

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционная коллегия

А.И. Абдуллин (Казанский (Приволжский) федеральный университет, РФ)

Дж. Айджани (Туринский университет, Италия)

Ю. Базедов (Институт сравнительного и международного частного права Макса Планка, ФРГ)

С.В. Бахин (Санкт-Петербургский государственный университет, РФ)

Н.А. Богданова

(МГУ им. М.В. Ломоносова, РФ)

В.А. Виноградов (НИУ ВШЭ, РФ)

А.В. Габов (ИГП РАН, РФ)

Ю.В. Грачева (НИУ ВШЭ, РФ)

Г.А. Гаджиев (НИУ ВШЭ, РФ)

С.Ф. Дикин (Кембриджский университет, Великобритания)

Г.Б. Динвуди (Чикаго-Кент колледж, США)

И.А. Емелькина (РАНХиГС при Президенте РФ, РФ)

Н.Ю. Ерылева (НИУ ВШЭ, РФ)

А.А. Иванов (НИУ ВШЭ, РФ)

В.Б. Исаков (НИУ ВШЭ, РФ)

А.А. Ларичев (НИУ ВШЭ, РФ)

Т.Г. Морщакова (НИУ ВШЭ, РФ)

Г.И. Муромцев (Российский университет дружбы народов, РФ)

А.В. Наумов (НИИ Университета прокуратуры, РФ)

Н.А. Поветкина (НИУ ВШЭ, РФ)

А.И. Рарог (МГЮА

им. О.Е. Кутафина, РФ)

В.А. Сивилский (Конституционный Суд Российской Федерации)

Е.А. Суханов (МГУ

им. М.Ю. Ломоносова, РФ)

Ю.А. Тихомиров (НИУ ВШЭ, РФ)

Г.Г. Шинкаревич (ИГП РАН, РФ)

Т. Эндикотт (Оксфордский университет, Великобритания)

Главный редактор

И.Ю. Богдановская
(НИУ ВШЭ, РФ)

Адрес редакции

109028 Москва,
Б. Трехсвятительский пер. 3,
офис 113
Тел.: +7 (495) 220-99-87
<http://law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Адрес издателя

и распространителя

Фактический: 117418, Москва,
ул. Профсоюзная 33, к. 4
Издательский дом
Высшей школы экономики.
Почтовый: 101000,
Москва, ул. Мясницкая, 20
Тел./факс: +7 (495) 772-95-71
e-mail: ld.hse@mail.ru
www.hse.ru

© НИУ ВШЭ, 2023

Право

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

4/2023



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Правовая мысль: история и современность

И.В. Гетьман-Павлова

Генезис международного частного права в Древнем мире 4

В.Е. Кондуров

Становление науки публичного права: от глоссаторов к сравнительному методу Жана Бодена 34

С.И. Нагих, И.А. Шершнева-Цитильская

Институты наследника, соправителя (преемника) и восприемника верховной власти в истории российского права (XV — начало XX вв.) . . . 56

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

С.Г. Рокитянский

Место прокуратуры в государственном механизме Российской Федерации: теоретический, исторический и нормативный аспекты . . . 80

А.А. Громов

Сфера действия публичного договора 103

И.И. Зикун

Доверительное управление объектами социального назначения 126

Е.В. Зайнутдинова

Модели правового регулирования оборота цифровых прав и цифровой валюты 149

М.А. Перепелица, В.В. Мирончуковская, Т.Н. Ёркина

Особенности налогового регулирования ИТ-отрасли в России и государствах Евразийского Экономического Союза 183

Ю.Д. Жукова, А.С. Подмаркова

Основания привлечения руководителя к ответственности в корпоративных отношениях: новые тенденции судебной практики. . . 206

Д.В. Зыков

Смена застройщика проблемного объекта: анализ правового регулирования. 233

Н.В. Ростовцева, К.С. Ючинсон

Правовые основы искусственного прерывания беременности по желанию женщины: опыт России и Франции 259

К.А. Барышева, Ф.Ф. Мамедова

Ограничения прав отцов в уголовном законодательстве 282

К.К. Клевцов

Особенности собирания уголовных доказательств, находящихся за рубежом. 306

Право в современном мире

К.А. Пономарева

Сравнительный анализ опыта введения налога на цифровые услуги в зарубежных странах 334

Цзя Шаосюе

Автономное вождение в цифровую эпоху и правовая охрана: китайский опыт и пути развития 357

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics

Editorial Board

A.I. Abdullin (Kazan (Volga Region) Federal University, RF)
G. Ajani (University of Turino, Italy)
J. Basedow (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Germany)
S.V. Bakhin (St. Petersburg State University, RF)
N.A. Bogdanova (Lomonosov Moscow State University, RF)
S. Deakin (University of Cambridge, UK)
G. Dinwoodie (Chicago-Kent College of Law, Chicago, USA)
I.A. Emelkina (the Russian Academy of National Economy under the President of the Russian Federation, RF)
T. Endicott (University of Oxford, UK)
A.V. Gabov (Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, RF)
G.A. Gadjeu (HSE, RF)
Yu.V. Gracheva (HSE, RF)
A.A. Ivanov (HSE, RF)
V.B. Isakov (HSE, RF)
A.A. Larichev (HSE, RF)
T.G. Morshchakova (HSE, RF)
G.I. Muromtsev (Peoples' Friendship University of Russia, RF)
A.V. Naumov (University of Procuracy, RF)
N.A. Povetkina (HSE, RF)
A.I. Rarog (Moscow State Juridical Kutafin University, RF)
G.G. Schinkaretskaya (IGP RAN, RF)
V.A. Sivitsky (the Constitutional Court, RF)
E.A. Sukhanov (Lomonosov Moscow State University, RF)
Y.A. Tikhomirov (HSE, RF)
V.A. Vinogradov (HSE, RF)
N.Y. Yerpyleva (HSE, RF)

Editor-in-Chief

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, RF)

Address:

3 Bolshoy Triokhsviatitsky Per.,
Moscow 109028, Russia

Tel.: +7 (495) 220-99-87
<http://law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Law

JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

4/2023



ISSUED QUARTERLY

Legal Thought: History and Modernity

- I.V. Getman-Pavlova**
The Genesis of Private International Law in the Ancient World 4
- V.E. Kondurov**
The Development of Public Law Theory: from Glossators
to Jean Bodin's Comparative Method 34
- S.I. Nagikh, I.A. Shershneva-Tsitulskaya**
Institutions of Heir, Co-Ruler (Successor) and Receiver of Supreme
Power in History of the Russian Law (15th — early 16th Centuries) 56

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

- S.G. Rokityansky**
Procurator Office in the Russian State Mechanism: Theoretical,
Historical and Normative Aspects 80
- A.A. Gromov**
The Scope of Public Contract 103
- I.I. Zikun**
Trust Management of Social Facilities 126
- E.V. Zainutdinova**
Models of Legal Regulating Turnover of Digital Rights
and Digital Currency 149
- M.A. Perepelitsa, V.V. Mironchukovskaya, T.N. Yerkina**
Peculiarities of Tax Regulation of IT Industry in Russia and EAEU States . . . 183
- Yu.D. Zhukova, A.S. Podmarkova**
Legal Grounds of Director's Liability within Corporate Relationships:
New Trends of Court Practice 206
- D.V. Zykov**
Changing Developer of Problem Object: Analysis of Legal Regulation 233
- N.V. Rostovtseva, Ch.S. Hutchinson**
Legal Ground of Artificial Termination of Pregnancy at Woman Request:
Russian and French Experience 259
- K.A. Barysheva, F.F. Mamedova**
Restrictions on Father's Rights in Criminal Law 282
- K.K. Klevtsov**
Features of Collection of Criminal Evidence Located Abroad 306

Law in the Modern World

- K.A. Ponomareva**
Comparative Analysis of Imposing Digital Services Taxes
in Different Countries 334
- Jia Shaoxue**
Autonomous Driving in the Digital Age and Legal Protection: Chinese
Experience and Development Paths 357

Law JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

ISSUED QUARTERLY

The journal is an edition of the National Research University Higher School of Economics (HSE) to broaden the involvement of the university in the dissemination of legal culture and legal education.

The objectives of the journal include:

- encouraging academic debates
- publishing materials on the most topical legal problems
- contributing to the legal education reform and developing education including the design of new educational courses
- cooperation between educational and academic departments of HSE
- involvement of young scholars and university professors in the academic activity and professional establishment
- arranging panels, conferences, symposiums and similar events

The following key issues are addressed:

legal thought (history and contemporaneity)
Russian law: reality, outlook, commentaries
law in the modern world
legal education reform
academic life

The target audience of the journal comprises university professors, post-graduates, research scholars, expert community, legal practitioners and others who are interested in modern law and its interaction with economics.

The journal is included in the List of peer-reviewed scientific publications recommended by the Higher Attestation Commission under the Ministry of Higher Education and Science of Russian Federation for the publication of the main research results for the degree of Candidate and Doctor of juridical sciences.

The journal is registered in **Web of Science Core Collection**, **Emerging Sources Citation Index**, **Russian Science Citation Index (RSCI)** on the base of **Web of Science**, Cyberleninka, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

Научная статья

УДК: 341.9

DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.4.33

Генезис международного частного права в Древнем мире



Ирина Викторовна Гетьман-Павлова

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20, getmanpav@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-2428-8016>



Аннотация

Проблемы генезиса международного частного права не пользуются особым вниманием в российской доктрине. Такая ситуация вызывает сожаление, поскольку знание истории — это базис юридической культуры общества. Статья нацелена на частичное восполнение этого пробела и посвящена вопросам происхождения коллизий разнонациональных законов в Древнем Израиле, Древней Греции, Древнем Египте. Основное внимание уделяется природе таких коллизий и формированию способов их решения. Обращается внимание на разницу природы коллизий законов в Израиле и Египте (интерперсональные), с одной стороны, и в Греции (межполисные) — с другой. При написании исследования использовались методы сравнительного анализа и реконструкции, формально-логический, диалектический, естественнонаучный и исторический методы. Государства Древнего мира в большинстве своем — теократические деспотии, для которых характерны ксенофобия и политика воинствующего изоляционизма. Однако объективные потребности экономики диктуют необходимость международной торговли и признания прав иностранцев. Отношение к иностранцам эволюционирует от их полного бесправия до предоставления им национального режима, и это имеет место во всех государствах. В местных судах признается и применяется иностранный личный закон, что позволяет утверждать о становлении в Древнем мире коллизийной привязки *lex personalis*. Для иностранцев создаются специальные суды, которые в процессе учитывают язык составления договора, происхождение сторон и место заключения контракта. Во всех государствах основным источником правил выбора применимого права является судебная практика; в Древней Греции важную роль играют межполисные договоры; в Древнем Израиле необходимое регулирование выводится посредством толкования Торы; в эллинистическом Египте коллизионные нормы фиксируются в царском эдикте. В заключении сделан вы-

вод, что МЧП Древнего мира представляет собой коллекцию отдельных казусов; это «эпизодическое международное частное право». Ограниченное количество данных не позволяет сделать общетеоретических выводов, выстроить общую линию эволюции правил выбора права. Однако именно античные и библейские подходы стали впоследствии интеллектуальным фундаментом для создания научных доктрин МЧП и его законодательного регулирования.



Ключевые слова

международное частное право; происхождение; история; конфликт законов; имплицитные коллизионные нормы; Древний Израиль и Иудея; Древняя Греция; Древний Египет.

Для цитирования: Гетьман-Павлова И.В. Происхождение международного частного права в Древнем мире // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2023. Том 16. № 4. С. 4–33. DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.4.33

Legal Thought: History and Modernity

Research article

The Genesis of Private International Law in the Ancient World



Irina Viktorovna Getman-Pavlova

National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitckaya Street, Moscow 101000, Russia, getmanpav@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-2428-8016>



Abstract

The problems of private international law genesis do not receive some special attention in the Russian doctrine. This situation is regrettable, since a study of history is the basis of the society's legal culture. The article is aimed at partially filling this gap. It is devoted to the origin of conflicts of different national laws in Ancient Israel and Judea, Ancient Greece, Ancient Egypt. The main attention is paid to the nature of such collisions and the formation of ways to solve them. Attention is drawn to the difference in the nature of conflicts of laws in Israel and Egypt (interpersonal), on the one hand, and in Greece (interpolis), on the other. By writing the study, the author used the methods of comparative analysis and reconstruction, formal-logical, dialectical, natural science and historical methods. The states of the Ancient World were mostly theocratic despotisms characterized by xenophobia and a policy of militant isolationism. However, the objective needs of the economy dictate the need for international trade and recognition of the rights of foreigners. The attitude towards foreigners evolves from their complete lack of rights to the provision of national treatment to them, and this takes place in all states. In local courts, foreign personal law is recognized and applied, which makes it possible to assert the formation the connecting factor "lex personalis". For foreigners, special courts

are created, which in the process take into account the language of the contract, the origin of the parties and the place of conclusion of the contract. The main source of rules for choice of law is jurisprudence in all states; interpolis agreements play an important role in ancient Greece; the necessary regulation is derived through the interpretation of the Torah in Ancient Israel; conflict norms are fixed in the royal edict in Hellenistic Egypt. In conclusion, it is concluded that the PIL of the Ancient World is a collection of individual cases, this is “episodic private international law”. The limited amount of data does not allow drawing general theoretical conclusions, building a general line of evolution of the rules for applicable law. However, it is precisely the ancient and biblical approaches will subsequently become the intellectual foundation for the creation of scientific doctrines of PIL and its legislative regulation.



Keywords

private international law; history; origin; conflict of laws; implicit conflict rules; Ancient Israel and Judea; Ancient Greece; Ancient Egypt.

For citation: Get'man-Pavlova I.V. (2023) The Genesis of Private International Law in the Ancient World. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 16, no. 4, pp. 4–33. (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.4.33

Введение. Постановка проблемы

Международное частное право (далее — МЧП) в современной жизни воспринимается как сугубо практико-ориентированное явление — его проблемы возникают в гражданском судопроизводстве, если спор связан с правовыми порядками двух и более государств. Релевантные нормы о разрешении как конфликта юрисдикций, так и конфликта законов найти просто: это и международные договоры, и национальное законодательство. Однако нужно не только найти необходимую норму — ее надлежит правильно применить, т.е. грамотно истолковать и квалифицировать закрепленные в ней правовые понятия. Только знания нормативных актов для этого недостаточно, здесь требуются серьезное юридическое образование, а главное — высокая правовая культура. Правовую культуру воспитать в себе значительно труднее, нежели заучить текст законодательства.

Основой формирования правовой культуры всегда выступала, выступает и будет выступать история права. Для МЧП это особенно актуально, поскольку «международное частное право является, по существу, в техническом смысле историческим правом, то есть правом, которое применяется таким, каким его создала история, а не таким, каким его предусмотрел законодатель» [Ancel B., 2008: 10]. К сожалению, отечественная доктрина МЧП редко обращается к проблемам его генезиса, предпочитая уделять внимание насущным вопросам правопримени-

тельной практики. Настоящая статья представляет собой попытку частично восполнить этот пробел.

В рамках статьи невозможно исчерпывающим образом рассмотреть проблематику МЧП всего Древнего мира, ввиду чего исследование ограничивается тремя государствами Средиземноморья — это Древний Израиль, Древняя Греция, Древний Египет. Коллизии законов в Древнем Риме в статье не анализируются, поскольку МЧП Древнего Рима — самостоятельная тема отдельного исследования.

Интерес к изучению МЧП в древности вызван еще и тем, что по настоящее время в нашей науке доминирует позиция, чрезвычайно категорично выраженная в 1900 г. одним из основоположников российской доктрины МЧП А.Н. Мандельштамом: «Международное частное право не могло возникнуть в древности. Не говоря уже о народах теократических — египтянах, индусах, евреях — ни греки, ни даже римляне не возвысились до признания личности иностранца. В законах Ману (XII, 43) иностранец на общественной лестнице стоит ниже слонов, лошадей и судра; он только выше диких животных. Евреи — избранный народ считают богоугодным делом истребление других народностей. Ненависть египтян ко всему иностранному или нечистому и старание предохранить себя от всякого соприкосновения с этим элементом — общеизвестный факт. Война и рабство — иностранцам, вот лозунг древнего теократического мира, да и так называемые торговые народы, финикияне и карфагеняне, были не столько носителями идеи мирного обмена, сколько пиратами и работниками» [Мандельштам А.Н., 1900: 1]. Эту «жуткую картину» подтверждал социолог и культуролог П. Сорокин: «В Полинезии побежденные поголовно истреблялись, не исключая жен и детей; те же сведения имеются о кафрах, краснокожих индейцах, древних персах, египтянах, евреях, греках, римлянах, магометанах и т.д.» [Сорокин П.А., 1992: 151].

Ксенофобия Древнего мира и политика воинствующего изоляционизма древних государств — исторически доказанные явления. Однако и в теократических деспотиях потребности экономики диктуют необходимость международной торговли и признания прав иностранцев. Международные экономические и политические связи в древности — неопровержимый факт: «У древних исторических народов религия воспитывала ненависть ко всем, не приобщенным к племенному культу. Но торговые отношения сближали людей. Та же религия брала под свое покровительство гостя, т.е. обыкновенно заезжего купца» [Брун М.И., 1911: 152]. Очевидны также факты признания существования других государств (и восприятия их как равных себе) и разная природа систем частного права в разных государствах [Hamza G., 1992: 197], что порождает коллизии между национальными законами и необходи-

мость решать коллизионный вопрос. Наконец, институт гостеприимства известен практически всем древним государствам, и объем прав иностранцев имеет тенденцию к расширению. «Древнейшими формами международных отношений были отношения гостеприимства между отдельными лицами, принадлежащими к разным государствам, — база будущего частного международного права»¹.

Научные исследования XX века с полной уверенностью позволяют утверждать, что отдельные нормы МЧП закрепляются в правовых порядках древних государств, более того, в древности существовало МЧП в собственном смысле этого слова (т.е. коллизионные нормы, правила выбора применимого права), хотя и в самой зародышевой форме [Hamza G., 2008: 84]. Наличие отдельных коллизионных норм естественным образом предполагало sporadическое применение эксклюзивного метода МЧП — коллизионного.

1. Древнееврейское государство (Израиль и Иудея)

У древних народов основание прав человека лежит в религии, а не в личности человека. Человек, не принадлежащий к данному религиозному обществу, бесправен. Религия является краеугольным камнем отношения к другим народам. Российский историк XIX века профессор В. Пероговский справедливо указывал, что «каждый народ считал только свою религию истинною, все же прочие ложными. Иностранцы, исповедовавшие другую религию, не могли быть допущены к пользованию правом другого народа. Как мог иметь у них силу брак иностранца, когда он был освящен жрецом, служащим чуждому богу? Как он мог иметь после этого законные последствия? Таким образом в восточных государствах царствовал произвол по отношению к иностранцам» [Пероговский В., 1859: 1–2].

То, что сознание религиозной исключительности и господство теократии приводят к воинствующей ксенофобии — непреложный факт, доказанный опытом многих тысячелетий. Большинство древних государств — это теократические восточные деспотии, поэтому отношение к иностранцам, по общему правилу, является более чем враждебным. Древний Израиль, по мнению известного французского историка и государственного деятеля конца XVIII — начала XIX вв. К.Э. де Пасторе, являет один из самых ярких примеров ксенофобской государственной политики: «Народ, которому обещана была земля, занятая другим наро-

¹ Ростовцев М.И. Международные отношения и международное право в древнем мире // Современные записки. 1921. № 4. С. 128. Цит. по: Стародубцев Г.С., 2000. С. 111.

дом, которому религия внушала ненависть к идолослужителям, не должен был иметь законы, благоприятствовавшие иностранцам. Иностранцы — свободные или пленные, путешествовавшие или поселившиеся на земле Израиля — мало испытывали благосклонности законодателя; им оказывали только недоверчивость»². Такая ошибочная, как считал В. Пероговский, оценка основывалась на том, что поскольку «законодательство Моисея имело, между прочим, в виду и то, чтобы отделить евреев от всех других народов, поставить между ними и иностранцами непреодолимую преграду», постольку «Еврейское частное международное право было одно из самых враждебных иностранцам» [Пероговский В., 1859: 14]³.

Несостоятельность подобной оценки отношения к иностранцам в Древнем Израиле очевидна из писаного еврейского закона — Торы (Пятикнижия Моисея)⁴. На земле Израилевой иностранцы находятся под защитой закона: «Когда поселится пришелец в земле вашей, не притесняйте его: ⁴ пришелец, поселившийся у вас, да будет для вас то же, что туземец ваш; любите его, как себя; ибо и вы были пришельцами в земле Египетской» (Лев. 19: 33–34)⁵. В Пятикнижии Моисея упоминается три категории иностранцев: 1) присоединенные к еврейскому народу, принявшие подданство и Закон Моисеев (геры) (*Ger или prosélytes de justice*); 2) поселившиеся в Иудее (иностранцы-резиденты) (*Tochab или prosélytes d'habitation*); 3) иностранцы, которые проходили или проезжали через Иудею (иностранцы-нерезиденты) (*Nocri*) [Пероговский В., 1859: 21].

Иностранцы имеют право на справедливое судебное разбирательство наравне с местными жителями: «И дал я повеление судьям вашим в то время, говоря: выслушивайте братьев ваших и судите справедливо, как брата с братом, так и пришельца его» (Втор. 1:16). *Все иностранцы на территории Израиля подсудны местным судам*: «Один суд должен быть у вас как для пришельца, так и для туземца...» (Лев. 24:22).

Прозелиты обеих категорий пользовались национальным режимом — «один закон да будет и для природного жителя, и для пришельца, поселившегося между вами» (Исх. 12:49). Национальный режим для прозе-

² Pastoret C.E. Histoire de la legislation. 1817–1837. Т. III. Цит. по: [Пероговский В., 1859: 14].

³ Здесь более всего интересен перевод французского термина «частное международное право» В. Пероговским в 1859 г. В современной российской доктрине считается, что на русском языке первым этот термин употребил в 1850 г. в неопубликованной магистерской диссертации Ф. Бобровский, вторым — Н.С. де Галет в книге «Международное право» (1860 г.). См.: [Бахин С.В., 2022: 56–66]. Получается, что вторым был В. Пероговский, а не де Галет.

⁴ Цитаты из Ветхого и Нового заветов даны по: Библия. Книги Священного писания Ветхого и Нового Завета. М., 2004.

⁵ Аналогичные установления: Исх., 22:21, 23:9; Втор., 10:19; Быт. 46:5.

литов *de justice* имеет абсолютный характер: «¹⁴ и если будет между вами жить пришелец, или кто бы ни был среди вас в роды ваши, и принесет жертву в приятное благоухание Господу, то и он должен делать так, как вы делаете; ¹⁵ для вас, общество [Господне], и для пришельца, живущего [у вас], устав один, устав вечный в роды ваши: что вы, то и пришелец да будет пред Господом; ¹⁶ закон один и одни права да будут для вас и для пришельца, живущего у вас... ²⁹ один закон да будет для вас, как для природного жителя из сынов Израилевых, так и для пришельца, живущего у вас, если кто сделает что по ошибке» (Числ. 15: 14–16, 29).

Для прозелитов *d'habitation* были установлены изъятия из национального режима (прежде всего религиозного характера): «⁴³... вот Устав Пасхи: никакой иноплеменник не должен есть ее; ⁴⁴ а всякий раб, купленный за серебро, когда обрежешь его, может есть ее; ⁴⁵ поселенец и наемник не должен есть ее... ⁴⁸ Если же поселится у тебя пришелец и захочет совершить Пасху Господу, то обрежь у него всех членов мужеского пола, и тогда пусть он приступит к совершению ее, и будет как природный житель земли; а никакой необрезанный не должен есть ее» (Исх., 12:43–48). Прозелиты *d'habitation* обязывались к исполнению общих территориальных законов, но, «кажется, эти иностранцы имели особенных судей. Судьи эти избирались иногда из числа Евреев, но большею частью из числа самых же прозелитов *d'habitation*. Иногда был избираем посредник для прекращения споров, возникших между иностранцем и Израильянином» [Пероговский В., 1859: 23]. На то, что иностранцы-резиденты могли иметь собственных судей, в конце XII в. указывал Маймонид⁶ в Кодексе «Мишне Тора»: «Еврейский суд обязан назначать судей для этих постоянно проживающих в стране иностранцев, чтобы они судили их в соответствии с этим уставом [Торой], чтобы мир не стал упадочным. Если суд сочтет целесообразным назначить судей из числа проживающих в стране иностранцев, они могут это сделать. Если сочтет нужным назначить их из числа евреев, они могут сделать это»⁷.

В тексте Торы подтверждения наличия в Израиле специальных судей для разбирательства споров между иностранцами-резидентами найти не удалось. По-видимому, это не были институциональные, постоянно

⁶ Маймонид (Моисей Маймонид, Моше бен Маймон, Рамбам) (1135/1138–1204) — выдающийся еврейский философ и богослов-талмудист, раввин, врач, кодификатор законов Торы.

⁷ РАМБАМ: Мишне Тора. XIV Судьи. Законы о королях, их войнах и Короле Мошиахе. Гл. 10: 11. Available at: URL: <https://moshiach.ru/rambam/1016> (дата обращения: 25.06.2023); Melachim uMilchamot. Chapter 10:11. Available at: URL: https://www.chabad.org/library/article_cdo/aid/1188355/jewish/Melachim-uMilchamot-Chapter-10.htm (accessed: 25.06.2023)

действующие суды; по собственной инициативе или по просьбе сторон еврейский суд назначал арбитров из иностранцев-резидентов для рассмотрения конкретного дела. Вряд ли подобные случаи встречались часто.

Кстати, много позже, когда земли Древнего Израиля войдут в состав Римской империи и воцарится римское правосудие, именно в Торе раввины будут искать указание, что евреи не должны разрешать свои споры в римских судах. Настаивая, чтобы евреи обращались только к собственным судьям, в том числе и по делам, относящимся к нееврейскому праву, рабби Элеазар бен Азария⁸ апеллирует к Книге Исхода⁹: «Теперь, когда язычники должны были судить по законам Израиля, я мог бы подумать, что их решения действительны. Поэтому Писание говорит: вот законы, которые ты объявишь им: вы можете судить их, но они не будут судить вас»¹⁰.

Изучение Торы позволило В. Пероговскому сделать вывод, что израильтяне демонстрировали большее уважение к иностранцам, нежели другие народы Древнего мира: «Ни у одного народа древнего мира законы, относящиеся к иностранцам, не приближались так к началам равенства, свободы и братства, как у Евреев... в Иудее иностранец был предметом всей заботливости законодателя; законодатель... заботится об их нуждах, он увещевает судей судить их беспристрастно, точно так же, как и каждого Израильянина» [Пероговский В., 1859: 15]. По мнению профессора В.Г. Графского, установления Торы, входящие в Книгу Договора (Ковенанту), имеют основополагающее значение для правопонимания и применения заповедей и конкретных законодательных положений, они закрепляют принцип равнозакония — равенства перед повелениями Божьими для иудеев и иноземцев [Графский В.Г., 2007: 135].

С принципом равнозакония иудеев и прозелитов можно согласиться: иностранцы не только не бесправны, они под защитой еврейского закона не в меньшей степени, чем иудеи. Нужно при этом иметь в виду, что в Торе много и иных мыслей, не подтверждающих данный тезис и ставящих под сомнение оценку В. Пероговского, что веротерпимость — это отличительное и существенное свойство религии Моисеевой и что Законы Моисея отличаются особенною гуманностью по отношению к иностранцам [Пероговский В., 1859: 15]. Определенно можно утверждать лишь, что право иностранцев сформировалось в Древнем Израиле намного раньше, чем в других государствах Средиземноморья; правовой

⁸ Рабби Элеазар бен-Азария — еврейский законоучитель конца I — начала II вв. н.э.

⁹ «И вот законы, которые ты объявишь им» (Исх. 21:1).

¹⁰ Furstenberg Y. Imperialism and the creation of local law: The case of rabbinic law. Available at: URL: <https://books.openedition.org/efr/9808> (accessed: 25.06.2023)

статус иностранца был закреплён в законе; иностранец не рассматривался как враг и в сфере частного права не подвергался дискриминации.

О международных договорах, заключённых Древним Израилем с другими государствами и затрагивающих статус иностранцев, мало известно. Трудно предположить, что Израиль признавал другие государства и их законы равными себе. Однако и из Торы, и из других источников хорошо известно, что на территории Израиля пребывало большое количество «пришельцев». При Иисусе Навине и его преемниках, при Соломоне, во времена пророков — всегда число иностранцев было велико. В последнее время существования Иудеи иностранцев в Иерусалиме было столько же, сколько и иудеев [Пероговский В., 1859: 23–24]. Большинство иностранцев — это язычники, т.е. представители других религий. В религиозном обществе личный закон определяется по конфессиональной принадлежности человека и, по общему правилу, следует за ним повсюду. Отсюда становится неизбежным возникновение интерперсональных коллизий, появляется проблема признания других правопорядков и возможности применения «чужеземных» норм.

Принцип равнозакония даёт основания усомниться, что в Древнем Израиле возникали коллизионные проблемы; во всяком случае, это было чрезвычайно редко. Несмотря на наличие частноправовых общественных отношений, связанных с разными правопорядками, безусловно господствовало общее правило — местный суд применяет собственный закон (лексфоризм). Мог ли иностранец в еврейских судах судиться по его личному закону? Скорее всего, ответ должен быть отрицательным: распространение на пришельца Закона Моисеева — это привилегия для него, это наилучшая защита; зачем прибегать к иному праву? О возможности обращаться к чужим законам в Торе напрямую ничего не говорится, а еврейские мудрецы высказывают по этому поводу диаметрально противоположные позиции. В частности, Ицхак Наппаха¹¹, впоследствии поддержанный Моисейм Иссерлесом¹², утверждал, что к иностранцам на территории Израиля применялся исключительно еврейский закон [Meron Y., 1989: 52].

Маймонид, напротив, считал, что еврейский закон применяется избирательно — если обе стороны-иностранцы («оба идолопоклонники») «желают, чтобы их судили в соответствии с законом Торы, то их следует судить соответственно»¹³. По существу, это свободный выбор сторонами

¹¹ Рабби Ицхак Наппаха (Исаак-кузнец) — раввин, талмудист, мыслитель III–IV вв., проживал в Галилее.

¹² Моисей Иссерлес (Ремо) (1520–1572) — польский раввин, талмудист, правовед и философ.

¹³ РАМБАМ: Мишне Тора. XIV Судьи... Гл. 10: 12; Melachim u Milchamot. Chapter 10:12.

личного закона — *professio juris*, и тем самым презюмируется, что компетентным может быть и языческое право. Более того, «если один желает, чтобы его судили в соответствии с законом Торы, а другой — нет, то их принуждают судить только по их собственным законам»¹⁴, т.е. применение к иностранцам их языческих личных законов — это обычная практика, применение еврейского закона — исключение, допускаемое только при обоюдном явно выраженном согласии сторон. Толкование Маймонида подтверждает мысль, что попасть под действие еврейского закона — это именно привилегия, даруемая не всем и не всегда. Из этого можно сделать вывод: Древний Израиль не считает другие правовые порядки равными себе, но это отнюдь не мешает применению «иностранного» права; наоборот, чужеземцам лучше пользоваться именно их законом, не претендуя на компетенцию Торы.

По мнению Маймонида, в спорах между евреем и язычником различаются две ситуации: 1) если «у еврея есть возможность выиграть дело по местным нееврейским законам, судят их по этим законам»; 2) «если еврей оказывается прав по закону Торы, их будут судить по законам Торы»¹⁵. Таким образом, суд при выборе права руководствуется принципом *lex benignitatis* в пользу еврейской стороны процесса. Однако обозначенные подходы применяются только в отношении иностранцев-нерезидентов; «постоянно проживающего в стране жителя-пришельца... всегда судят по законам ноахидов [язычников]»¹⁶. Все свои выводы Маймонид обосновывает отрывком из Пятикнижия, с точки зрения современного человека не имеющим никакого отношения к исследуемому вопросу: «Не ешьте никакой мертвечины; иноземцу, который случится в жилищах твоих, отдай ее, он пусть ест ее, или продай ему» (Втор., 14:21)¹⁷.

Трудно представить, как на практике могло быть реализовано утверждение Маймонида, что в еврейском суде к еврею может быть применен иностранный (языческий) *lex benignitatis*. Авторитет Торы в проистекает из ее божественного происхождения, и иудей может быть судим только по ее законам. Никакому другому правовому порядку нельзя подчиняться по определению, поскольку детям Израиля прямо запрещено «ходить» пу-

¹⁴ Английский перевод с иврита («If one desires to be judged according to Torah law and the other does not, they are only forced to be judged according to their own laws») более точен, нежели русский («Если один желает, чтобы его судили в соответствии с законом Торы, а другой — нет, его тоже заставляют судить в соответствии с его собственными законами»). Дословный перевод с иврита: «Один хочет, а другой не хочет, нет силы об-суждать это, кроме как в их законах». Там же.

¹⁵ Там же.

¹⁶ Там же.

¹⁷ Melachim u Milchamot. Chapter 10:12.

тиями или законами других народов: «По делам земли Египетской, в которой вы жили, не поступайте, и по делам земли Ханаанской, в которую Я веду вас, не поступайте, и по установлениям их не ходите» (Лев., 18:3) [Berthelot K., Dohrmann N., Nemo-Pekelman C., 2021: 9].

В Торе присутствуют и другие сведения о проблеме множественности правопорядков и конфликта законов, правда, очень немногочисленные [Ancel B., 2008: 17]. Израильтяне могут вступать в браки с представительницами других народов, но не всех¹⁸: «и увидишь между пленными женщину, красивую видом, и полюбишь ее, и захочешь взять ее себе в жену, то приведи ее в дом свой, и пусть она острижет голову свою и обрежет ногти свои» (Втор., 21:11–12). В приведенной цитате можно увидеть имплицитную коллизионную норму («пусть она острижет голову свою и обрежет ногти свои», т.е. выполнит иудейский обряд), в соответствии с которой смешанные браки подчиняются исключительно личному закону мужа. Безусловное господство личного закона мужа подтверждается и в других книгах Ветхого Завета (в частности, история Руфи) [Ancel B., 2008: 17].

Попытки найти имплицитные коллизионные нормы в Ветхом Завете предпринимались создателями науки МЧП — итальянскими постглоссаторами XIV в.; к ним в XVII в. присоединился и создатель науки международного права Гуго Гроций. В науке МЧП XX века также есть точка зрения, что Пятикнижие Моисея содержит целый ряд межгосударственных общих коллизионных норм [Gutzwiller M., 1977: 5]. Многие современные израильские исследователи подчеркивают, что фундаментом основных коллизионных принципов, используемых в законодательстве и судебной практике Израиля, являются тексты Ветхого Завета, истолкованные Маймонидом и другими древними еврейскими мыслителями [Meron Y., 1989: 37–74]; [Lifshitz B., 1982: 179–189].

Ветхий Завет был и остается фундаментом основных правил человеческого общения (в том числе и связанных с несколькими правопорядками). С этой точки зрения, конечно, можно утверждать, что в его текстах заложена основа будущего определения правил выбора применимого права. Однако приведенные цитаты показывают, что если установления Ветхого Завета и можно считать «имплицитными коллизионными нормами», то они обладают «наивысшей степенью имплицитности». Скорее их следует квалифицировать как материально-правовые и процессуальные нормы, прямо устанавливающие модель поведения в делах с участием иностранцев. Говорить о существовании МЧП в Древнем Израиле, разумеется, не приходится; нельзя и утверждать, что это было особое «религиозное

¹⁸ «Браки Израильтян с лицами женского пола из племен Ханаанских были строго запрещены» [Пероговский В., 1859: 18].

МЧП»¹⁹, хотя попытки его реконструировать основаны на обращении к писаному религиозному закону. В судебной практике был выработан и освоен только один коллизионный подход — возможность применения чужеземного *lex personalis* в спорах с участием иностранных лиц.

В I в. н.э. на территории Древней Иудеи, ставшей к тому времени провинцией Римской Империи, создается Новый Завет. По мнению австрийского ученого Ф. Швинда, в Новом Завете есть рассуждения о государственном суверенитете и экстерриториальном характере личного закона. Речь идет об эпизоде из Деяний апостолов, когда римское гражданство избавляет апостола Павла от бичевания: «... скажи мне, ты Римский гражданин? Он сказал: да... я и родился в нем. Тогда тотчас отступили от него хотевшие пытать его. А тысяченачальник, узнав, что он Римский гражданин, испугался, что связал его» (Деян. 22:27–29). Этот отрывок выражает мысль, что «суверенитет государственной власти в отношении определенного круга лиц соответствует представлению о том, что правопорядок, действующий в отношении данного круга лиц, распространяется на этот круг лиц везде, даже тогда, когда правопорядок территориально ограничен и лицо находится за пределами его границ» [Schwind F., 1959: 99].

Многие исследователи находят в текстах Нового Завета имплицитные коллизионные нормы, предписывающие применение еврейского закона. Интерперсональные коллизии имманентны для римской провинции Иудеи, и религиозный личный закон следует за лицом при любых его перемещениях. Этот постулат отражен в Новом Завете: в Евангелии от Иоанна прокуратор Иудеи Понтий Пилат пытается передать Иисуса Синедриону со словами — «возьмите Его вы и по закону вашему судите Его» (Ин. 18:31). Слова Пилата можно трактовать как отсылку к личному закону иудеев и отказ от применения к ним римского права. Аналогичная ситуация имеет место и в отношении апостола Павла, который был обвинен в том, что «...учит людей чтить Бога не по закону». На это обвинение проконсул Галлион заявил: «Иудеи! если бы какая-нибудь была обида, или злой умысел, то я имел бы причину выслушать вас; Но когда идет спор об учении и об именах и о законе вашем, то разбирайте сами: я не хочу быть судьей в этом» (Деян., 18: 13–16).

Упомянутые отрывки из Нового Завета фразеологически и содержательно в большой мере напоминают классические коллизионные нормы; ассоциативно в них можно найти концепцию «*forum non conveniens*» и презумпцию «какой суд, такое и право». Во всяком случае, вполне справедлив вывод А.А. Мережко, что существовала коллизионная нор-

¹⁹ Самостоятельное «религиозное МЧП» выделяет В.Л. Толстых и дает его определение (но отнюдь не применительно к Древнему Израилу). См.: [Толстых В.Л., 2004: 23, 25–26].

ма, разграничивающая компетенцию между римским правом и правом иудейской общины [Мережко А.А., 2006: 22]. Новый Завет (который создавался отнюдь не как закон или свод правовых обычаев) содержит упоминание о таких нормах, поскольку для Римской Империи характерны не только интерперсональные, но и интелокальные коллизии, и имела практическая потребность иметь способы их решения. Однако эти способы устанавливаются не в Новом Завете, а в римском праве.

Необходимо также учитывать, что в Священном писании при желании можно найти цитаты, доказывающие любую мысль, в том числе и ту, которая совсем не имела в виду его авторами; кроме того, взятые вне контекста многие библейские постулаты звучат как прямо противоречащие друг другу. В частности, приведенные цитаты из Нового Завета имеют в виду ситуации, когда речь идет о религиозном и уголовном правосудии, но не о гражданско-правовых спорах. Авторы как Ветхого, так и Нового заветов отнюдь не задавались целью выработать правила разрешения коллизий законов и конфликта юрисдикций в частноправовых отношениях; тем более их не интересовали вопросы возможности применения иностранного права.

Французский ученый профессор Б. Ансель считает, что рассматривать Библию как историческую книгу и релевантный исторический источник слишком смело [Ancel B., 2008: 17]. Однако нельзя недооценивать мифологию Ветхого Завета как источника позитивного права того времени и сборника моделей должного/недолжного с точки зрения общества. Миф — это не сказка и не людской вымысел; миф выполняет двоякую функцию: он закрепляет сложившуюся в реальности регулятивную нормативную систему и создает своего рода нормативный прецедент, обращенный в будущее [Ковлер А.И., 2002: 130]. Миф объясняет в равной мере как прошлое, так и настоящее и будущее [Леви-Стросс К., 1985: 186]. Ввиду этого какой бы натяжкой ни выглядела квалификация отрывков из древних религиозных текстов как коллизионных норм, они позволяют утверждать — в Древнем Израиле были общественные отношения, входящие в сферу МЧП, существовала необходимость их регулирования, возникали коллизионные вопросы и имелся механизм их разрешения. Доминирующим был при этом не коллизионный, а внутренний материально-правовой (с использованием норм непосредственного применения).

2. Древняя Греция

Как утверждают некоторые современные греческие ученые, «до 800 года до н.э. нормы МЧП на этой территории не были известны, хотя люди путешествовали в различные другие страны и контактировали с

лицами разного этнического происхождения. При этом в гомеровской «Одиссее» можно найти некоторые правила религиозного или этического характера, касающиеся статуса иноземцев» [Vrellis S., 2009: 19]. Древняя Греция — это суверенные [Wolff H., 1979: 15] города-государства (полисы) с законодательством, учреждениями и властями.

Профессор Б.И. Нефедов, говоря об отсутствии МЧП в Древней Греции, утверждает, что «в господствующем правосознании людей этого периода не было места ни равенству между людьми, ни равенству между государствами, ни равенству между их правовыми системами» [Нефедов Б.И., 2016: 8]. Мы не можем согласиться с этим утверждением — различные письменные источники, сохранившиеся со времен классической Греции, свидетельствуют об обратном: несмотря на постоянные войны, попытки экспансии и завоевания соседних территорий, полисы признают равенство друг друга и равноценность полисных правопорядков. На территории Эллады «была развита национальная и международная коммерческая деятельность, сопровождаемая развитыми и мудрыми законами и правилами почти во всех вопросах публичного и частного права. Естественно, они касались также отношений с участием иностранных элементов» [Mádl F., 2003: 2]. Очевидно, что трансграничные отношения в этот период не носили массового характера (и здесь Б.И. Нефедов абсолютно прав) и были следствием торговых семейных, политических и дружественных связей между гражданами различных государств [Нефедов Б.И., 2016: 8], что требовало признания прав иностранных частных лиц. Отношение к «иногородцам»²⁰ эволюционировало в течение столетий — от их полного бесправия и отождествления с врагами²¹ до предоставления им национального режима.

В Древней Спарте Законы Ликурга (начало VIII до н.э.) «относительно иногородцев были так строги, что ему приписывается установление ксенеласии, изгнания чужих». Ликург придерживался политики полного изоляционизма — не позволял спартанцам выезжать из своей страны и проводить время в других краях, чтобы они не приучались к чужим нравам, не перенимали беспорядочного образа жизни и не заимствовали у иностранцев политических мнений, несогласных с устройством Спарты. Он запретил приезд в Спарту иноземцев из опасения, «чтоб они не сделались учителями в зле» для граждан Спарты: «Ликург изгнал из Спарты иностранцев и никому из своих не позволил путешествовать из опасения, чтоб Спартанцы не заимствовали чужих нравов» [Биби-ков П.С., 1852: 14, 15, 17].

²⁰ Такой термин употребляется в российской литературе XIX века.

²¹ «Слова: иностранец и враг у Греков значили одно и то же» [Пероговский В., 1859: 25].

Однако уже в конце VI — начале V вв. до н.э. отношение к иностранцам в большинстве греческих полисов изменилось, чему немало способствовали межполисные договоры (*symvola*) (например, Никиев договор Афин со Спартой 421 г. до н.э., договор Афин с Аргосом, Мантинеей и Элидой 420 г. до н.э., договор Халкидонского союза с Македонией 375 г. до н.э.). В соответствии с этими договорами и при соблюдении взаимности гражданам договаривающихся полисов предоставлялся ряд прав (изотелия); иногда предусматривалось полное уравнивание иногородцев в гражданских правах с местными гражданами (изополия)²². Выражаясь современным языком, на основании международных договоров иностранцам предоставлялся режим наибольшего благоприятствования или национальный режим. Некоторые города (например, Коринф) в определенных сферах предоставляли иностранцам специальный преференциальный режим [Пероговский В., 1859: 34].

К концу VI вв. до н.э. в греческом праве сформировался особый институт — *проксения* (гостеприимство). Суть проксении состояла в том, что гражданин одного полиса добровольно брал на себя обязанность принимать в своей отчизне иностранцев гостеприимно и защищать их. Проксен вступал в близкие отношения с тем полисом, который вверил ему своих подданных, и этот полис был для проксена как бы вторым отечеством. Впоследствии проксения была даруема не отдельным гражданам, а целым государствам; она подразумевала частные правоотношения и двустороннее равное решение дел на основании договоров. Проксения рождалась из торговых трактатов, и в силу проксении иностранцы пользовались различными привилегиями [Пероговский В., 1859: 27]. Привилегии могли быть дарованы и в одностороннем порядке местной властью отдельным категориям иностранцев для улучшения коммерческой жизни [Ancel В., 2008: 21].

В Аттике иностранцы делились на две категории — гости, приехавшие на короткое время, и метэки (метеки), т.е. иностранцы-резиденты, переселившиеся из одного города в другой для постоянного жительства. В Афинах иностранцам-нерезидентам было запрещено вступать в брак

²² Исополия (изополия) (греч. «равенство граждан»). Древнегреческий политический термин, обозначающий равенство всех граждан в отношении их гражданских прав и участия в политической жизни. Исополия была одним из важнейших видов политического равенства и наиболее последовательно проводилась в древнегреческих демократиях. *Исотелия* (изотелия) (греч. «равенство в податях»). В древнегреческих полисах (в частности, в Афинах) привилегия, предоставляемая за заслуги некоторым метэкам. Метэк, получивший исотелию, полностью уравнивался с гражданином в отношении податей и повинностей и не вносил налога, собираемого с метэков за проживание в городе. См.: История и культура Древней Греции: энциклопедический словарь / Суриков И.Е. и др. М., 2009. С. 300.

с афинскими гражданами. Метэки на территории Афин имели право вступать в браки (в том числе с местными гражданами), приобретать недвижимое имущество, заключать сделки, искать защиту в суде [Биби-ков П.С., 1852: 25]. Метэки находились под юрисдикцией специальных магистратов (*Zenokidai*), занимавшихся рассмотрением частноправовых исков с участием таких иностранцев [Мережко А.А., 2006: 24].

Выдающийся российский археолог и историк-эмигрант М.И. Ростовцев пришел к выводу, что уже к VI в. до н.э. в Древней Греции пышно расцвело такое явление, как международное частное право: «Самые широкие междугосударственные деловые отношения поощрялись большинством греческих городов... были организованы особые суды, разбиравшие дела неграждан с гражданами. Они руководствовались не столько действующим правом данного города, сколько специальными соглашениями, существовавшими на этот предмет между отдельными городами, т.е. коммерческими трактатами»²³. О существовании в Древней Греции полноценного МЧП писал и американский ученый А. Кун [Kuhn A., 1937: 1–2]. Однако такой вывод оба исследователя основывают на существовании особой юрисдикции иностранцев и не утверждают наличия в греческом праве коллизионных норм МЧП.

В современной литературе указывается, что из-за значительного оборота людей и товаров между греческими городами-государствами возникало множество проблем, связанных с тем, какой закон необходимо применять [Castro L., 2000: 16]. Коллизионные проблемы, безусловно, возникали, но нельзя утверждать, что они отличались остротой. На деле реального конфликта законов в Древней Греции не было. Во-первых, межполисные договоры содержали материальные нормы, непосредственно применимые к спорам между гражданами этих городов-государств. Например, в договоре между Сикионом и Стимфалом (302/301 г. до н.э.) конфликт законов был устранен посредством выработки унифицированных материальных правил, применимых в спорах из деликтов [Ancel B., 2008: 23. 27]. Во-вторых, имело место значительное сходство (доходящее до полного тождества) правовых норм разных греческих полисов, что устраняло необходимость обращаться к иностранному правопорядку [Hamza G., 1992: 197]; [Wolff H., 1979: 34]²⁴. В подавляющем большинстве случаев гражданско-правовые споры с участием иностранцев разрешались при помощи прямого метода регулирования,

²³ Ростовцев М. И. Указ соч. С. 159.

²⁴ Кроме этого, известны случаи полной рецепции права одного полиса другими в процессе синойкизма (например, рецепция права острова Кос городами Теосом и Лебедосом).

т.е. посредством применения унифицированных межполисных или внутренних материальных норм.

В отношениях межполисной торговли необходимость учитывать законы разных полисов, связанных с заключенным контрактом, являлась очевидным источником затруднений. Одним из способов избежать трудностей конфликта законов или выбора применимого права было изъятие контракта из действия всех законов, т.е. существовало понятие «контракт без закона». Это понятие появилось довольно рано — уже Демосфен в судебной «Речи против Лакрита» (341 или 351 г. до н.э.) апеллировал к нему, чтобы получить исполнение контракта бодмерии: «Договор гласит, что ничто не имеет большей силы, чем условия, записанные в нем, и его не может отменить ни закон, ни постановление, ни что-нибудь иное»²⁵. Речь Демосфена, кроме того, позволяет предположить, что для отношений в сфере международной торговли существовало общее материальное право, поскольку оратор задается вопросом: «Разве не одни и те же законы писаны для всех и не одно и то же право существует для судебных споров по делам о торговле?»²⁶. Такое предположение «получает подтверждение в виде знаменитого закона *Lex Rhodia de iactu* по регулированию общей аварии, который пройдет через века» [Ancel B., 2008: 22, 24].

Как правило, споры с участием иностранцев разрешались на основе *lex fori*, но его применение не было безусловной обязанностью судей, установленной в законе. Скорее всего, это был самый легкий и часто наиболее разумный способ. Лексфоризм был естественным явлением. Если такое решение по какой-либо причине являлось невозможным или непрактичным, то судья имел право свободного выбора компетентного закона. Обращение к иностранному праву, кстати, не вызывало затруднений ввиду общегреческой общности многих юридических идей [Wolff H., 1979: 45]. При этом, естественно, никакие греческие законы не содержали положений об обязанности судей применять иностранные нормы.

Дошедшие до нас памятники древнегреческого права содержат весьма немногочисленные упоминания ситуаций возникновения конфликта законов и их решения. В «Истории Геродота» описывается брак афинянина Мегакла (прадеда знаменитого Перикла) и Агаристы, дочери тиранина Клисфена из Сикиона. Соглашаясь на брак, Клисфен объявил, что отдает Мегаклу в жены Агаристу «по законам Афин». Этот имевший место в 571 г. до н.э. эпизод показывает, что брачно-семейные отношения

²⁵ Демосфен. Речи. В 3 т. Т. 1. М., 1994. С. 438–439.

²⁶ Там же. С. 440.

подчинялись личному закону мужа. «Объявление» Клисфена производит впечатление, что мог иметь место свободный выбор применимого права, но это не так — отец невесты таким образом формально признавал брак, и это «признание обнаруживало такое разрешение конфликта законов, которое ставило союз под закон мужа» [Ancel B., 2008: 24].

Известно также завещание (V в. до н.э.), в котором Ксутиас (завещатель), гражданин Спарты, нашел способ обойти законы его города, запрещающие владение капиталом. Ксутиас поместил в храме Тегеи, защищенном неприкосновенностью, крупную сумму денег и отчеканил на бронзовой пластине завещательные распоряжения, предусматривающие определение круга наследников по закону и разрешение споров между потенциальными сонаследниками по обычаям Тегеи: «Если у него нет детей, они [деньги] будут принадлежать тем, кто имеет на них право; о чем народ Тегеи решит в соответствии с обычаем... Если между ними есть споры, народ Тегеи их разрешит в соответствии с обычаем». Волеизъявление Ксутиаса с первого взгляда также производит впечатление выбора применимого права (*professio iuris*), но, как пишет Б. Ансель, в его основе лежит постулат равенства конкурирующих законов, т.е. идея о том, что по вопросам наследования законы Тегеи и Спарты обладают равной ценностью, и нет причины, которая бы предписала применение одного в большей степени, чем другого. В итоге завещательный акт спартанца регулируется тегенийским правом [Ancel B., 2008: 25, 26].

Самый известный пример рассмотрения в греческом суде выбора применимого права — это «Речь перед судом в Эгине» (Aiginetikos) (393/390 г. до н.э.), составленная известным афинским ритором Исократом (436–338 гг. до н.э.) для одной из сторон процесса по наследственному спору («спор об имении Фрасилоха»). Процесс проходил в Эгине и касался действительности завещания Фрасилоха, гражданина Кеоса (где применялся закон Сифноса), политического эмигранта, домицилированного в Эгине. Это один из очень немногих случаев, когда в древнегреческом суде поднимается коллизийный вопрос, в связи с чем данное дело активно обсуждается в современной доктрине МЧП. К сожалению, о нем до сих пор мало известно, поскольку сохранилась только речь Исократов, и суть процесса реконструируется на ее основе. Мы не знаем ни имен тяжущихся сторон, ни того, кто был истцом, а кто ответчиком, ни состава наследственной массы или ее места нахождения. Возможно, как считает немецкий ученый Г.Ю. Вольф, процесс имел форму «диадиказии», т.е. арбитражного разбирательства между равными претендентами, где нет ни истца, ни ответчика, и решение сводится к простому установлению закона [Wolff H., 1979: 18].

Фрасилох, имевший в Эгине статус метэка, составил завещание в пользу своего друга, соратника и дальнего родственника, мужа сестры (также выходца с Кеоса и метэка), которого он к тому же усыновил (уже проживая в Эгине) и назначил в завещании опекуном своих сестры и матери. Процессуальный противник наследника (Исократ произносил речь от лица наследника) — муж единокровной сестры Фрасилоха, выступавший от ее имени, гражданин Афин. Оспаривались содержание завещания и форма его составления: «По словам моих противников, они верят тому, что Фрасилох оставил завещание, но считают, что оно составлено плохо и неправильно»²⁷. Как видим, спор был сложным — помимо наследственных вопросов (о недостойных наследниках) затрагивались и вопросы действительности усыновления.

В деле было три правопорядка: 1) закон Эгины (*lex fori*, одновременно — *lex loci actus* и *lex domicilii* наследодателя как на момент составления завещания, так и на момент смерти), 2) закон Сифноса (*lex patriae* или *lex originis* наследодателя), 3) закон Афин (*lex patriae* или *lex originis* лица, оспаривавшего действительность завещания) [Vrellis S., 2009: 19]. Тексты всех законов, содержание которых было практически идентичным, Исократ представил суду: «Прочти мне теперь эгинский закон. Ведь в соответствии с ним должно было составить завещание, так как здесь, на Эгине, мы жили, став метэками... Вот по этому-то закону Фрасилох и усыновил меня... Ну, а теперь возьми у меня кеосский закон. Его мы соблюдали, когда были полноправными гражданами у себя на родине... Если бы эти люди [процессуальные противники] отказывались признать эти два закона, ссылаясь на закон, принятый в их государстве [Афины], то ... и этот закон имеет тот же смысл, что и оба предыдущих»²⁸.

В «Речи» Исократ размышлял, применение какого из законов будет наиболее рациональным: последнего места жительства умершего, места исполнения воли, места происхождения наследодателя, места жительства наследника [Castro L., 2000: 16]. Очевидно, что ни законы Эгины, ни законы Афин (которые лучше всего были известны Исократу) не содержали каких-либо явных инструкций по разрешению коллизий законов [Wolff H.J., 1979: 26]. Во всяком случае, знаменитому ритору такой нормы найти не удалось, но сформулированная им проблема — это выбор применимого права с использованием коллизионного метода.

Исократ предъявил доказательства, что завещание допустимо и юридически действительно в соответствии с законами всех мыслимых по-

²⁷ Исократ. Речи. XIX. Эгинская речь. Available at: URL: <http://simposium.ru/ru/node/10302> (дата обращения: 25.06.2023)

²⁸ Там же.

лисов, и его позиция была неоспорима: «Законы все на моей стороне... и ваш закон, принятый здесь... и закон Сифноса, откуда родом был тот, кто оставил завещание... у них самих, возбудивших эту тяжбу, на родине существует такой же закон... Завещание... составлено в согласии со всеми законами... Закон, поддерживающий такие завещания, все эллины находят прекрасным... хотя относительно многих других вещей они расходятся друг с другом»²⁹. Перед судьями Эгины Исократ апеллировал, прежде всего, к их собственному закону, тем более что именно этого закона, по его мнению, наследодатель должен был придерживаться при составлении завещания. Тем не менее, тон замечаний риторы был достаточно нейтральным, поскольку использование *lex fori* для него отнюдь не было самоочевидным; одновременно он не знал никаких юридических принципов, которые могли бы требовать применения иностранного права [Wolff H., 1979: 26].

По поводу того, материальным правом какого именно полиса должен руководствоваться суд, Исократ ничего не говорит. По версии Г.Ю. Вольфа, настойчивые аргументы Исократ о компетентности законов Эгины показывают, что судьи не горели желанием распространить силу собственных законов на иностранцев, не важно, резиденты они или нет. Из этого можно сделать вывод, что в спорах с иностранным участием суд на основе собственного усмотрения был вправе сам найти соответствующую норму, если необходимо выбрать между несколькими правовыми порядками, представленными ему сторонами. Правовые отношения сторон являются единственно авторитетными, следовательно, суды не обязаны применять собственное право, а могут обратиться к другому праву, наиболее тесно связанному с отношением [Wolff H., 1979: 40, 43–44].

Анализируя немногочисленные памятники древнегреческого права, некоторые современные ученые утверждают, что магистраты применяли коллизионную норму *lex loci contractus*, если стороны спора имели разный домицилий или происхождение. В греческой литературе высказывается мнение, что такое решение вытекало из межполисных соглашений, которые автоматически делали применимым право места заключения контракта [Vrellis S., 2009: 19]; мог применяться также личный закон ответчика; компетенция, по общему правилу, принадлежала суду города происхождения ответчика. Такое решение закреплено, в частности, в договорах, заключенных в V в. до н.э. между Афинами и Фессалией, Афинами и Трезеном [Ancel B., 2008: 27–28]. В торговых контрактах часто сами стороны оговаривали юрисдикцию и применимое право [Мережко А.А., 2006: 24]. Кроме того, можно предположить, что вопро-

²⁹ Там же.

сы личного и наследственного права решались по закону домицилия, гражданства или происхождения соответствующей стороны [Wolff Н., 1979: 26]. Доминировал, по-видимому, *lex originis*, который применялся в любых спорах, затрагивающих личный статус.

Завершая рассмотрение проблематики МЧП в Древней Греции, следует согласиться с Б. Анселем, что уже в V–IV вв. до н.э. появляется идея, что для надлежащей организации отношений с иностранцами следует урегулировать проблему конкурирующих законов [Ancel В., 2008: 28]. МЧП как целостного явления, конечно, нет, нельзя выявить какую-либо определенную систему решений, общие правила или принципы. Законодательно вопросы МЧП не регламентируются, но отношения, входящие в его предмет, занимают большую нишу. Кроме того, греческие полисы считают друг друга равными и признают равную ценность разных правовых порядков. Ввиду этого в греческом обществе в классическую эпоху складывается осознание наличия конфликтов законов и необходимости иметь инструментарий их разрешения; судебная практика заполняет легальные лакуны и вырабатывает различные коллизионные подходы (включая определение компетентного закона на основе наиболее тесной связи).

3. Древний Египет

Ненависть к иностранцам, отношение к ним как к «нечистым» — общее место в истории этого государства, отраженное в Ветхом Завете: «... Египтяне не могут есть с Евреями, потому что это мерзость для Египтян» (Быт. 43:32). В VII в. до н.э. в Древнем Египте был только один город — Навкратис, куда закон позволял приезжать иностранцам для обмена их товаров на египетские; египтяне никогда не соглашались употреблять сосуды грека «для обеда, употреблять его нож и есть то мясо, которое было резано ножом Грека. Так Египтяне чуждались иностранцев, считали их чем-то нечистым!» [Пероговский В., 1859: 11]. Однако Древнему Египту известен институт гостеприимства [Циммерман М., 1924: 35], а уже в конце VI в. до н.э. грекам в Египте позволено было отправлять богослужение; они имели собственных судей и специальный трибунал, где греческие судьи рассматривали спорные дела [Пероговский В., 1859: 12]. Скорее всего, в процессе применялись законы различных греческих полисов, в основном, Афин [Мережко А.А., 2006: 22].

Завоевание Египта Александром Македонским в значительной степени пошатнуло египетский изоляционизм. Эллинистический Египет эпохи Птолемея (IV–I вв. до н.э.), как считает французский автор Н. Каре, является в этот период единственной в Средиземноморье территорией с

действительно плюралистической правовой системой³⁰. Правовой плюрализм смог увидеть свет благодаря чрезвычайно разнообразию населения — помимо коренных жителей там проживали греки, сирийцы, персы, иудеи. Формально Египет — единое государство, в котором существуют разнообразные этнические и религиозные общины, имеющие собственные правовые порядки (практически полностью греческим был город Навкратис; Александрия, Птолемаида и Мемфис в основном были населены греками и иудеями). Действуют единые египетские законы, но в рамках одной царской власти население имеет разные личные законы и каждый подчиняется законам своего происхождения, своей общины. Коллизии законов в такой ситуации неизбежны.

Необходимо учитывать, что коллизии законов в птолемеевском Египте качественно отличаются как от межобщинных коллизий в догосударственный период, так и от межполисных коллизий в Древней Греции. И первобытные общины, и греческие полисы воспринимают другие аналогичные сообщества как равные себе, т.е. понимают ценность иных правовых порядков (хотя и редко их применяют, отдавая безусловное предпочтение собственному закону). С большой натяжкой, но мы все же можем говорить, что такие коллизии близки к международным (протомеждународным). Ничего похожего нет в Египте — здесь коллизии законов имеют не международный, а внутренний интерперсональный характер, т.е. внутри одного государственного правового порядка коллидируют различные «местные» религиозно-этнические законы. Схожую ситуацию мы уже видели в Древнем Израиле и Иудее, в дальнейшем увидим в Римской Империи, потом — в первой половине Средневековья; в современном мире подобная картина наблюдается в странах с множественностью личных законов (Израиль, Индия, Индонезия, арабские страны).

Скорее всего, коллизийные вопросы в эллинистическом Египте возникали редко и не отличались остротой. В частности, Г.Ю. Вольф считает, что особых коллизийных проблем заметить нельзя [Wolff H., 1979: 57]. Во всех этнических общинах действовали собственные суды, создаваемые как третейские и применявшие свои религиозные законы. Коренные жители (лаокриты — *laocrites*, λαοκρίτης) были подсудны египетским судам; греческим судам (хрематистии — *chrematistes*, χρεματιστής) подсудны дела между греками; раввинские суды компетентны по спорам между иудеями. Этнические религиозные общины имели замкнутый характер — «смешанные» брачно-семейные и наследственные отношения,

³⁰ Caré N. La conception du pluralisme juridique pendant l'antiquité grecque. Available at: URL: <https://all-andorra.com/fr/la-conception-du-pluralisme-juridique-pendant-lantiquite-grecque/> (дата обращения: 25.06.2023)

мягко говоря, не приветствовались. Почва для коллизий — практически только обязательства из договоров и деликтов.

Однако обязательственные отношения — основные в частном праве и самая плодородная почва для споров. Правовой плюрализм отражается в судебной организации — в начале III в. до н.э. царь Египта Птолемей II Филадельф официально узаконил дуализм судебной системы. Двум основным группам населения (лаокритам и грекам) была дарована законодательная привилегия иметь собственные суды, имевшие статус государственных и юрисдикцию по вопросам частного права. Цель установлений Филадельфа заключалась в том, чтобы обеспечить каждому человеку, ищущему справедливости, судебную власть, которая вела процесс на его родном языке и в привычной для него манере. Суды лаокритов состояли из трех жрецов и судили на основе египетских законов. Хрематистии создавались как в городах, так и в сельских поселениях, состояли из восьми–десяти судей, избиравшихся по жребию в соответствии с древнегреческой практикой; в процессе применялось греческое право³¹.

Кроме этого, были учреждены особые смешанные суды — койнодикионы (*koinodikion*, *κοινωδικιον*), уполномоченные рассматривать дела между представителями разных этносов, между постоянными жителями страны и приезжими, т.е. к их юрисдикции были отнесены «смешанные национальные процессы» [Wolff H., 1979: 52–53]. К сожалению, об этих судах мало известно: до сих пор не удалось установить, кем и в соответствии с какими методами отбора назначались судьи, являлись ли они постоянными учреждениями или являли собой локальное и исключительное явление.

Г.Ю. Вольф утверждает, что койнодикионы по умолчанию применяли *lex fori*, т.е. «общее египетское право»: «Царский закон представлял собой решающую норму при всех обстоятельствах, независимо от происхождения и национальности сторон... Только ввиду конкретных практических обстоятельств (но не в принципе!) иногда можно было обратиться к личному закону» [Wolff H., 1979: 55–56]. Иной позиции придерживается Н. Каре, который полагает, что смешанные суды стремились разработать объективные коллизионные нормы, применимые для определения права, компетентного в данной ситуации. Это могло привести к весьма удивительным решениям: что касается договоров, судья считал, что в отсутствие текста именно язык, выбранный для составления, определяет правопорядок, которому стороны должны подчиняться (такой индекс, кстати, используется и в настоящее время)³². Подобный

³¹ Хрематистии были также доступны для фракийцев и евреев.

³² Caré N. La conception du pluralisme juridique pendant l'antiquité grecque....

критерий выбора права мы увидим и позже, когда Египет войдет в состав Римской Империи.

Вероятно, во всех египетских судах господствовал лексфоризм, что совершенно естественно ввиду наличия общего государственного регулирования — царских эдиктов, стоявших выше любых иных правовых установлений. Это, однако, не исключает ситуаций возникновения коллизионного вопроса и спора о применимом праве: как по инициативе судей, так и по просьбе сторон могло иметь место обращение к иному закону — личному (*lex originis*) или места совершения акта. Во всяком случае, койнодикионы испытывали практическую потребность в наличии общей коллизионной методологии, о чем свидетельствует немногочисленные дошедшие до нас документы. Так, Б. Ансель, ссылаясь на известного немецкого ученого профессора Г. Левальда, пишет о двух известных случаях, когда в процессе возникала коллизионная проблематика: 1) спор между двумя иудеями с применением права Афин; 2) спор из договора купли-продажи пшеницы, в котором содержалась штрафная оговорка со ссылкой на право Афин [Ancel B., 2008: 31]. Несмотря на то, что подобные трудности возникали довольно редко, они все же привлекли внимание законодателя.

В 1896–1907 гг. английские археологи Б. Гренфелл и А. Хант руководили раскопками на территории Египта около древнего города Оксиринос (аль-Бахнаса), в результате которых было найдено примерно полмиллиона фрагментов древних папирусов (в эти папирусы были завернуты мумии людей и животных). При раскопках кладбища крокодилов (священное животное в этом регионе Древнего Египта) в пасти одной из мумий был обнаружен папирус с текстами эдиктов царя Птолемея VIII Эвергета II Трифона, принятых в 120–118 гг. до н.э. В одном из царских эдиктов, который в наше время получил название «О разграничении компетенции между хрематистиями и лаокритами» [Wolff H., 1979: 61], предписывалось, что все споры из контрактов между греками, проживающими в Египте, и египтянами, если они заключены в греческой форме и на греческом языке, должны рассматриваться хрематистиями; если в египетской форме и на древнеегипетском (демотическом) языке — то перед лаокритами и в соответствии с законами Египта [Schwind F., 1959: 104]; [Yntema H., 1953: 300].

Науке МЧП этот текст стал известен в 1940-х гг. благодаря Г. Левальду, который в работе «Конфликты законов в греческом и римском мире», опубликованной в 1946 г., обратил внимание ученых на царский эдикт как на содержащий первый пример нормы о конфликте законов, сохранившейся до наших дней. В эдикте был установлен принцип, согласно которому язык документа представлял собой юридический элемент

формулы прикрепления³³. Вслед за Левальдом данный текст подробно анализировали многие специалисты по МЧП, в частности, американский ученый профессор Ф. Юнгер пришел к выводу, что первые в истории человечества законодательные коллизионные нормы были разработаны в эллинистическом Египте во II в. до н.э. [Juenger F., 1993: 7–8].

В современной доктрине выдвигается предположение, что в праве Древнего Египта эпохи Птолемеев наличествовали настоящие коллизионные нормы, хотя и имевшие имплицитный характер, — в частности, выбор языка договора рассматривался в качестве коллизионной привязки, опосредованно указывающей применимое право. Язык документа, свободно избираемый сторонами, выступал решающим критерием для определения компетентного закона. По мнению Б. Анселя, такое решение означает приоритет выбора права в сравнении с личным законом должника («*electio iuris contre lex debitoris*») [Ancel B., 2008: 31]. А.А. Мережко делает вывод, что выбор языка косвенным образом предопределял выбор правовой нормы по собственному желанию сторон, в связи с чем можно утверждать, что египетскому праву был известен принцип автономии воли сторон договора [Мережко А.А., 2006: 23]³⁴.

Эдикт «О разграничении компетенции между хрематистиями и лаокритами» нацелен на разрешение конфликта юрисдикций, а не конфликта законов, и, по мнению Г.Ю. Вольфа, был принят по сугубо политическим соображениям [Wolff H., 1979: 63–64]. В нем закрепляется презумпция, впоследствии долгое время господствовавшая в практике МЧП, — «кто выбрал суд, тот выбрал право». Здесь есть косвенная имплицитная односторонняя коллизионная норма, устанавливающая применение *lex fori* (которым в зависимости от вида суда является *lex originis* истца или ответчика). Возможность прибегать к иному закону из текста эдикта вывести затруднительно. Однако язык договора стороны выбирают сами по соглашению между собой, предопределяя таким образом как юрисдикцию, так и компетентный закон. Очень-очень косвенно, но в этом можно усмотреть автономию воли, правда, ограниченную выбором одного из двух личных законов. Исходя из этого, корректным является вывод, солидарный с позициями Юнгера, Анселя и Мережко — в

³³ Lewald H. Conflits de lois dans le monde grec et romain. Цит. по: Freu C. Communiquer l'accord: réflexions juridiques romaines et pratiques provinciales concernant l'établissement des contrats et accords commerciaux dans un Empire plurilingue. 2015. Available at: URL: <https://books.openedition.org/cths/1215> (дата обращения: 25.06.2023)

³⁴ Г.Ю. Вольф придерживается противоположной позиции: с его точки зрения, текст эдикта не позволяет утверждать, что законодатель имел в виду выбор закона по собственному желанию сторон. Скорее, речь идет только о применении личного закона. См.: [Wolff H., 1979: 62].

законодательстве эллинистического Египта закреплена имплицитная альтернативно-диспозитивная коллизионная норма.

Первое в истории законодательное закрепление коллизионной нормы — чрезвычайно важная веха в истории формирования МЧП. Значение эдикта Птолемея VIII Эвергета II в этом отношении невозможно переоценить: это самый ранний по времени известный нам текст, однозначно касающийся проблем МЧП и исходящий от верховной государственной власти³⁵; до его обнаружения были известны только малочисленные судебные решения и косвенные указания отдельных межполисных договоров, затрагивающие вопросы МЧП. Однако, как справедливо указывает американский ученый профессор Х. Интема, нельзя утверждать, что в Египте был принят кардинальный принцип коллизии законов — применение иностранного права. Древнеегипетские правила только готовили почву для гуманитарного прогресса и формулировки двух идей: особый порядок выбора права, применимого к иностранцам, и наличие специализированных судов для иностранцев [Yntema H., 1953: 300–301].

Заключение

Все исследователи истории МЧП единодушно указывают, что в распоряжении современной науки совсем немного документов и свидетельств, подтверждающих существование конфликтов законов и правил их разрешения в Древнем мире. Мы располагаем только единичными данными, имеющими при этом хаотичный характер. МЧП Древнего мира представляет собой коллекцию отдельных казусов, когда международный характер спора был очевиден и присутствовал явный иностранный элемент. МЧП древности — это «эпизодическое международное частное право», его предыстория и «предоктринальный» период его развития [Ancel B., 2008: 17–18, 44]. Ограниченное количество данных не позволяет сделать общетеоретических выводов, выстроить общую линию эволюции правил выбора применимого права в тот период. Кроме того, необходимо учитывать, что «правовые традиции греков, египтян, евреев... не отличались совершенством юридических конструкций и глубиной научной разработки» [Дождев Д.В., 2023: 13].

Известный немецкий ученый профессор К. Липштейн писал, что исследование факта, существовали ли нормы МЧП в древних правовых системах, не является ни необходимым, ни полезным. Даже если они

³⁵ Пятикнижие Моисея — это, конечно, писанный закон, и он намного старше эдикта Птолемея Трифона. Однако в Торе нет прямых и однозначных указаний о разграничении юрисдикции и выборе языка договора, определяющего применимое право.

действительно существовали, эти нормы определенно не повлияли на современную отрасль права [Lipstein K., 1981: 3]. Данный вывод несправедлив — очень важно не преуменьшать степень развития МЧП в Древнем мире [Mills A., 2006: 5], поскольку именно античные и библейские подходы стали впоследствии интеллектуальным фундаментом для создания первой научной доктрины МЧП — теории статутов.

Уже в Древнем мире мы можем увидеть будущую классическую конструкцию МЧП — его «большую черепаху, на спине которой стоят три кита»³⁶: черепаха (первооснова) — это *lex fori* (закон страны суда), три кита (которые впоследствии будут выделены как проявления иностранного элемента) — это личный закон (*lex personalis*), закон места нахождения вещи (*lex rei sitae*) и закон места совершения акта (*lex loci actus*). К трем китам «подплывает» четвертый: выбор право сторонами отношения (*lex voluntatis*), автономия воли сторон — древний принцип, в соответствии с которым «намерение договаривающихся сторон, явное или неявное, является источником права» [Yntema H., 1966: 16].



Список источников

1. Бахин С.В. К вопросу об истоках изучения международного частного права в России // Журнал российского права. 2022. № 4. С. 56–66.
2. Бибилов П.С. Очерк международного права в Греции. М.: Типография В. Готье, 1852. 121 с.
3. Брун М.И. Международное частное право: курс, читанный в Московском Коммерческом Институте в 1910–1911 годах. М.: Тип. Л.М. Прохорова и Н.А. Яшкина, 1911. 313 с.
4. Графский В.Г. Всеобщая история права и государства. М.: Норма, 2007. 738 р.
5. Дождев Д.В. Римское частное право. М.: Норма, 2023. 784 с.
6. Ковлер А.И. Антропология права. М.: НОРМА, 2002. 480 с.
7. Леви-Стросс К. Структурная антропология. М.: Наука, 1985. 536 с.
8. Мандельштам А.Н. Гаагские конференции о кодификации международного частного права. СПб.: Типография А. Бенке, 1900. 279 с.
9. Мережко А.А. Наука международного частного права: история и современность. Киев: Таксон, 2006. 356 с.
10. Нефедов Б.И. Возникновение международного частного права. Часть 1 // Московский журнал международного права. 2016. № 1. С. 3–18.
11. Переговский В. О началах международного права относительно иностранцев у народов древнего мира. Киев: Университет, 1859. 51 с.
12. Сорокин П.А. Человек. Цивилизация. Общество. М.: Политиздат, 1992. 543 с.
13. Стародубцев Г.С. Международно-правовая наука российской эмиграции (1918–1939). М.: Книга и бизнес, 2000. 294 с.

³⁶ Или три слона.

14. Толстых В.Л. Международное частное право: коллизионное регулирование. СПб.: Юрид. Центр Пресс, 2004. 526 с.
15. Циммерман М. История международного права (с древнейших времен до 1918 года). Прага: Типография русского юридического факультета, 1924. 382 с.
16. Ancel B. Histoire du droit international privé. Paris: Université Panthéon-Assas, 2008, 196 p.
17. Berthelot K., Dohrmann N., Nemo-Pekelman C. (dir.). Legal engagement. The reception of Roman law and tribunals by Jews and other inhabitants of the Empire. Rome: École française, 2021, 535 p.
18. Caré N. La conception du pluralisme juridique pendant l'antiquité grecque. Available at: URL: <https://all-andorra.com/fr/la-conception-du-pluralisme-juridique-pendant-lantiquite-grecque/> (дата обращения: 25.06.2023)
19. Castro L. Derecho internacional privado. Parte general. Mexico: University Press, 2000, 780 p.
20. Gutzwiller M. Geschichte des International privatrechts. Basel — Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn, 1977, 326 S.
21. Hamza G. ¿Existió el Derecho Internacional Privado en el Imperio Romano? Revista Internacional de Derecho Romano, 2008, Octubre, pp. 78–90.
22. Hamza G. Some Reflections on the History of Private International Law. Acta Juridica Hungarica, 1992, vol. 34, pp. 195–200.
23. Juenger F. Choice of Law and Multistate Justice. Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, 265 p.
24. Kuhn A. Comparative Commentaries on Private International Law or Conflict Laws. New York: Macmillan, 1937, 381 p.
25. Lifshitz B. The Rules concerning Conflict of Laws between a Jew and a Gentile according to Maimonides / Mélanges a la Mémoire de Marcel-Henri Prévost. Paris: Presses universitaires de France, 1982, pp. 179–189.
26. Lipstein K. Principles of the Conflict of Laws, National and International. The Hague: Martinus Nijhoff, 1981, 144 p.
27. Mádl F. Milestones on the Road of Private International Law Developments / Delivered at the Celebration of the 110th Anniversary of the Hague Conference on Private International Law, on 31 October 2003. The Hague, 2003, pp. 1–4.
28. Meron Y. The Choice of Law in Tort in Israel. Anglo-American Law Review, 1989, vol. 18, pp. 37–74.
29. Mills A. The Private History of International Law. The International and Comparative Law Quarterly, 2006, vol. 55, no. 1, pp. 1–49.
30. Schwind F. Geistige und historische Grundlagen des internationalen Privatrechts. Wien: Rohrer, 1959, 113 S.
31. Vrellis S. Historical Evolution / Private International Law in Greece. Dordrecht: Wolters Kluwer, 2009, pp. 19–23.
32. Wolff H. Das Problem der Konkurrenz von Rechtsordnungen in der Antike. Heidelberg: Winter, 1979, 78 S.
33. Yntema H. The Comity Doctrine. Michigan Law Review, 1966, vol. 65, no. 1, pp. 9–32.
34. Yntema H. The Historic Bases of Private International Law. American Journal of Comparative Law, 1953, vol. 2, pp. 297–317.



References

1. Ancel B. (2008) *Histoire du droit international privé*. Paris: Université Panthéon-Assas (Paris II), 196 p.
2. Bakhin S.V. (2022) At the sources of studies in international private law in Russia. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Journal of Russian Law, no 4, pp. 56–66 (in Russ.)
3. Berthelot K., Dohrmann N., Nemo-Pekelman C. (eds.) (2021) *Legal engagement. The reception of Roman law and tribunals by Jews and other inhabitants of the Empire*. Rome: École française, 535 p.
4. Bibikov P.S. (1852) *An outline of international law in Greece*. Moscow: Gauthier, 121 p. (in Russ.)
5. Brun M.I. (1911) *International private law: course of lectures delivered at the Moscow Commercial Institute in 1910/1911*. Moscow: L.M. Prokhorov and N.A. Yashkin Printing House, 313 p. (in Russ.)
6. Caré N. La conception du pluralisme juridique pendant l'antiquité grecque. Available at: URL: <https://all-andorra.com/fr/la-conception-du-pluralisme-juridique-pendant-lantiquite-grecque/> (accessed: 25.06.2023)
7. Castro L. (2000) *Derecho internacional privado. Parte general*. Mexico: University Press, 780 p.
8. Dozhdev D.V. (2023) *The Roman private law. Textbook*. Moscow: Norma, 784 p. (in Russ.)
9. Grafskiy V.G. (2007) *A general history of law and state. Textbook*. Moscow: Norma, 738 p. (in Russ.)
10. Gutzwiller M. (1977) *Geschichte des International Privatrechts*. Basel –Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn, 326 S.
11. Hamza G. (2008) ¿Existió el Derecho Internacional Privado en el Imperio Romano? *Revista Internacional de Derecho Romano*, Octubre, pp. 78–90.
12. Hamza G. (1992) Some reflections on the history of private international law. *Acta Juridica Hungarica*, vol. 34, pp. 195–200.
13. Juenger F. (1993) *Choice of law and multistate justice*. Dordrecht — Boston — London: Martinus Nijhoff, 265 p.
14. Kovler A.I. (2002) *Anthropology of law. Textbook*. Moscow: Norma, 480 p. (in Russ.)
15. Kuhn A. (1937) *Comparative commentaries on private international law, or conflict of laws*. New York: Macmillan, 381 p.
16. Levi-Stross K. (1985) *Structure of anthropology*. Moscow: Nauka, 536 p. (in Russ.)
17. Lipstein K. (1981) *Principles of the conflict of laws, national and international*. The Hague: Martinus Nijhoff, 144 p.
18. Lifshitz B. (1982) The rules concerning conflict of laws between a Jew and a Gentile according to Maimonides. In: *Mélanges a la Mémoire de Marcel-Henri Prévost*. Paris: Presses universitaires de France, pp. 179–189.
19. Mádl F. (2003) Milestones on the road of private international law developments. Delivered at the Celebration of the 110th Anniversary of the Hague Conference on Private International Law, 31 October 2003. The Hague, pp. 1–4.
20. Mandel'shtam A.N. (1900) *The Hague conventions on codification of international private law*. Saint Petersburg: Benke, 279 p. (in Russ.)

21. Merezhko A.A. (2006) Science of international private law: history and modernity. Kiev: Takson, 356 p. (in Russ.)
 22. Meron Y. (1989) The choice of law in tort in Israel. *Anglo-American Law Review*, vol. 18, pp. 37–74.
 23. Mills A. (2006) The private history of international law. *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, no. 1, pp. 1–49.
 24. Nefedov B.I. (2016) The emergence of international private law. Part one. *Moskovskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava*=Moscow Journal of International Law, no 1, pp. 3–18 (in Russ.)
 25. Perogovskiy V. (1859) On the emergence of international law norms about aliens in the ancient world. Kiev: University, 51 p. (in Russ.)
 26. Schwind F. (1959) Geistige und historische Grundlagen des internationalen Privatrechtes. Wien: Wien Rohrer, 113 S.
 27. Sorokin P.A. (1992) *Human being. Civilization. Society*. Moscow: Politizdat, 543 p. (in Russ.)
 28. Starodubtsev G.S. (2000) *The Russian emigration scholar researches in international law in the period of 1918–1939*. Moscow: Kniga i biznes, 294 p. (in Russ.)
 29. Tolstykh V.L. (2004) *International private law: regulating collisions*. Saint Petersburg: Yuridical Tsent Press, 526 p. (in Russ.)
 30. Tsimmerman M. (1924) A history of international law since ancient times to 1918. Praha: Russian Faculty, 382 p. (in Russ.)
 31. Vrellis S. (2009) *Historical evolution of private international law in Greece*. Dordrecht: Wolters Kluwer, pp. 19–23.
 32. Wolff H. (1979) Das Problem der Konkurrenz von Rechtsordnungen in der Antike. Heidelberg: Winter, 78 S.
 33. Yntema H. (1966) The comity doctrine. *Michigan Law Review*, vol. 65, no. 1, pp. 9–32.
 34. Yntema H. (1953) The historic bases of private international law. *American Journal of Comparative Law*, vol. 2, pp. 297–317.
-

Информация об авторе:

И.В. Гетьман-Павлова — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

I.V. Getman-Pavlova — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 20.06.2023; одобрена после рецензирования 11.09.2023; принята к публикации 18.09.2023.

The article was submitted to the editorial office 20.06.2023; approved after reviewing 11.09.2023; accepted for publication 18.09.2023.

Научная статья

УДК 342.56

DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.34.55

Становление науки публичного права: от глоссаторов к сравнительному методу Жана Бодена



Вячеслав Евгеньевич Кондуров

Санкт-Петербургский государственный университет, Россия 199034,
Санкт-Петербург, Университетская наб., 7–9, v.kondurov@spbu.ru, <https://orcid.org/0000-0002-7331-4305>



Аннотация

Начало правовой науки, как правило, относят к XI–XII векам, когда школе глоссаторов удалось создать общий, базирующийся на схоластике подход к исследованию и преподаванию римского права. Впоследствии данный текстоцентричный, «буквалистский» метод был преобразован школой «комментаторов», в особенности Бартоло да Сассоферрато. Комментаторы в отличие от глоссаторов проявляли куда больший интерес к вопросам публичного права, что было продиктовано во многом политической ситуацией эпохи, в том числе стремлением итальянских городов к автономии. Тем не менее принципиальный пересмотр метода глоссаторов стал возможен лишь позднее, когда под влиянием гуманистической критики среди юристов распространилась идея историко-филологического метода, предполагавшего, что римское право следует интерпретировать в контексте той эпохи, когда оно создавалось. Свойственное глоссаторам и комментаторам убеждение в универсальности и юридической действительности римского права ушло в прошлое. Новый «галльский» метод (*mos gallicus*) постепенно трансформировался из обусловленного историей и филологией исследования римского права в общую историцистскую установку, которая обратила интерес юристов к местному праву и обычаям. Таким образом, гуманистический подход стал тем основанием, из которого родилась идея о своеобразии «национального» правового порядка. Данная идея, будучи перенесена в область публичного права, привела к убеждению, что принципы устройства «национального» правопорядка должны выводиться не из универсальных категорий чуждого римского права, но из политической практики прошлого, местных обычаев и «древних конституций». Тем не менее сам по себе исторический метод в силу его сосредоточения на уникальных, специфических чертах правовых порядков не мог обеспечить становления новой публично-правовой

науки. В связи с этим Ж. Боденом был разработан, а впоследствии применен своеобразный сравнительно-правовой подход, который, как полагал французский правовед, должен был служить созданию системы универсальных понятийных категорий публицистической науки.



Ключевые слова

публичное право; методология права; история публичного права; глоссаторы; комментаторы; гуманизм; сравнительное право.

Благодарности: Исследование выполнено в рамках поддержанного Российским научным фондом научного проекта № 23-28-00973 «Догма публичного права в условиях постглобализации» (<https://rscf.ru/project/23-28-00973/>).

Статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций авторов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ.

Для цитирования: Кондуров В.Е. Становление науки публичного права: от глоссаторов к сравнительному методу Жана Бодена // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2023. Том 16. № 4. С. 34–55. DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.34.55

Research article

The Development of Public Law Theory: from Glossators to Jean Bodin's Comparative Method



Viacheslav Evgenievich Kondurov

Saint Petersburg State University, 7/9 Universitetskaya Embankment, Saint Petersburg 199034, Russia, v.kondurov@spbu.ru, <https://orcid.org/0000-0002-7331-4305>



Abstract

The beginning of jurisprudence is usually attributed to the 11th–12th centuries, when the school of glossators created a general, scholastic-based methodological approach to the study and teaching of the Roman law. This textualistic method was later transformed by the so-called school of “commentators”, especially Bartolo da Sassoferrato. The commentators, unlike the glossators, were much more interested in particular public law questions. Mainly this interest was dictated by the political situation, including the threat to the autonomy of Italian cities. Nevertheless, a fundamental revision of the glossators’ method became possible only later, when, under the influence of humanist criticism, the idea of the historical-philological method spread among jurists, suggesting that Roman law should be interpreted in the context of the time in which it was created. The glossators and commentators’ belief in the universality and legal validity of the Roman law gone into the past. The new method (*mos gallicus*) was gradually transformed from a history- and philology-driven study of the Roman law texts into a general historicist point of view, which turned the main interest of jurists to domestic law and customs. Thus, the humanist approach became the basis from which the idea of the uniqueness

of the domestic legal order was born. This idea was transferred to the field of public law and led to the belief that the principles of the domestic legal order should be derived not from universal categories of the alien Roman law, but from real political practices of the past, local customs and “ancient constitutions”. Nevertheless, the historical method itself, due to its focus on unique, specific features of legal orders, could not ensure the establishing of a new public law science. In this regard, Jean Bodin developed and later applied a peculiar comparative-legal approach, which, as the French jurist believed, should have served to create a system of universal concepts of public law theory.



Keywords

public law; legal methodology; history of public law; glossators; commentators; humanism; comparative law.

Acknowledgments: The research was funded by Russian Science Foundation, project number 23-28-00973 «Dogma of public law in the context of post-globalization» (<https://rscf.ru/en/project/23-28-00973/>).

The paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the Higher School of Economics academic publications.

For citation: Kondurov V. E. (2023) The Development of Public Law Theory: from Glossators to Jean Bodin’s Comparative Method. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 16, no. 4, pp. 34–55 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.34.55

Введение

В литературе значение сравнительного метода для современного публичного права, как правило, обсуждается с точки зрения: (а) практических целей правового регулирования (заимствование институтов, аргументов и т.д.) [Tschentscher A., 2007: 807–808]; (б) образовательных и просветительских задач [Reitz J., 1998: 617–619]; (в) эпистемологических целей, таких как классификация, уточнение категориального аппарата или построение теоретической модели; (г) гармонизации правовых систем и т.д. [Glenn H., 2006: 57–64]; [Örücü E., 2007: 53–56]; [Троицкая А.А., 2018: 22–30]

Несомненно, все перечисленные аспекты актуальны и ценны для современной науки публичного права. Вместе с тем в исторической ретроспективе сравнительный метод в публичном праве приобретает дополнительное значение ввиду роли, которую данный метод сыграл в генезисе и становлении названной науки. Описанию и анализу этой роли и посвящена настоящая статья.

Наука публичного права начала формироваться на заре Нового времени, сопутствуя становлению современных государств и обретая автономию в борьбе с научным господством римского права. Нельзя сказать, что эта борьба оказалась полностью успешной. Сейчас, как и ранее, мно-

гие ключевые понятия римского права остаются определяющими и для публичного права, и для теории права вообще. Автор настоящей работы не ставит целью делать далеко идущие выводы о позитивных и негативных сторонах присутствия римского наследия в основании публично-правовых конструкций. Проблема некритичного восприятия наукой публичного права категорий древней цивилистики как общеправовых, дискутируется уже длительное время [Белов С.А., 2011: 244–261], и на данный момент в обсуждении вряд ли поставлена точка. В контексте поставленной цели эта дискуссия может служить необходимым фоном, напоминающим о современном состоянии публично-правовой науки и в особенности ее догматики.

Статья сосредоточена на описании пути развития методологии правовой науки как таковой и показывает, какую роль в выделении науки публичного права сыграл сравнительный метод. Для этого автор обратился: (1) к схоластическому методу глоссаторов и (2) тем трансформациям, которым он подвергся под влиянием Бартоло; он описывает (3) историко-филологическую критику гуманистами схоластики и (4) методологические выводы, которые удалось сделать из этой критики последующим поколениям юристов-гуманистов; наконец, (5) анализирует методологический проект Жана Бодена, содержание и смысл его сравнительного подхода.

К сожалению, ввиду необходимых предметных рамок исследования опущен ряд вопросов: периодизация спора схоластиков и гуманистов, нюансы их дискуссий на различных этапах, влияние Реформации и т.п. В оправдание отметим, что всякая схема, в том числе и схема интеллектуальной истории методологических трансформаций в сфере юридической науки не может избежать абстрагирования от частных случаев, тонкостей и вопросов, смежных с предметом исследования. Можем лишь надеяться, что несмотря на соответствующие лакуны, предлагаемое описание в целом остается корректным, по крайней мере в русле узкой постановки вопроса.

1. Глоссаторы и основание правовой науки

Начало науки права принято относить к XI–XII векам, когда в Болонье возникает юридическая школа глоссаторов. Принято считать, что благодаря глоссаторам в Европе возобновилось исследование и преподавание *Corpus juris civilis*, однако их подлинная роль, пожалуй, состоит не в этом. В конце концов изучение римского права осуществлялось и ранее, как в Италии [Марей А.В., 2012: 99], так и во Франции [Бобкова М.С., 1998: 188]. Действительная заслуга школы глоссаторов в том, что они создали систематический подход к корпусу текстов римского

права, сформулировали терминологический и концептуальный аппарат, единый метод работы с соответствующими текстами.

Конечно, на становление юридической науки влияли и иные факторы, будь то возникновение университетской культуры и рецепция римского права, или создание целостной системы канонического права, равно как и известное упорядочивание феодального права [Марей А.В., 2012: 96–102]. Вместе с тем методологически эти первые шаги юридической науки в целом объединены единым методом глоссаторов, без которого первые шаги правовой науки были бы, по-видимому, невозможны.

Возникновение школы глоссаторов справедливо принято приписывать Ирнерию (*Irnerius*), у которого обучались «четыре доктора», из которых в истории остались Мартин (*Martinus Gosia*) и Булгар (*Bulgarus*). Последние стали основателями двух различных школ, отличавшихся, собственно говоря, ответом на вопрос о строгости следования буквальному тексту Свода Юстиниана: первый полагал необходимым придерживаться буквального чтения без оговорок, второй считал необходимым отступать от текста, когда того требовала справедливость. Среди итальянских глоссаторов верх одержала «буквалистская» школа Булгара [Покровский И.А., 1909: С. 9–10].

В основании метода глоссаторов лежала схоластика [Берман Г. Дж., 1998: 127]; [Franklin J., 1963: 30], а потому по своим характеристикам данный метод был лишен филологического или исторического измерения: глоссаторы не учитывали ни различные стадии становления римского права, ни отличия римского общества от социальной ситуации итальянских городов той эпохи. Пожалуй, это не удивительно, так как римское право мыслилось глоссаторами как универсальный рациональный и, что немаловажно, юридически действительный стандарт (*ratio scripta*) [Franklin J., 1963: 9, 16].

Благодаря такому соединению универсальной абстрактности и юридической значимости римское право парадоксально оказывалось связанным с социальной ситуацией и преломлялось через нее, будучи применено, в частности к текущим политическим спорам между Папой, императором Священной Римской империи, итальянскими городами и т.д. Так, изданный Фридрихом Барбароссой в 1158 году список имперских прав (*Constitutio de regalibus*), оправдывающий его власть, в том числе над итальянскими городами, во многом был обоснован именно «четырьмя докторами» [Скиннер К., 2018: 30–31]. В этом отношении, оставляя в стороне чисто политико-правовые вопросы, важно понимать, что проблематика публичного права не была чужда глоссаторам с самого основания их школы. Методологически интересно, что использованный ими метод не претерпевает изменений в зависимости от того,

какой вопрос рассматривается: проблема договорной конструкции, проблема иска или вопрос, является ли император Священной Римской империи *dominus mundi* (господином мира); они разрешаются единым описанным ранее текстоцентричным методом, с абсолютным доверием к тексту как таковому.

2. Метод Бартоло да Сассоферрато

«Буквалистский» метод глоссаторов был основным у ученых-юристов вплоть до возникновения метода «комментаторов» и в особенности работ Бартоло да Сассоферрато. Берущий начало от него стиль преподавания можно для простоты разложить на семь операций [Franklin J., 1963: 12–13]:

praemitto — общая дискуссия о существовании текста, а также определение его терминов и понятий;

scindo — разбор различных правил и принципов, а также формулировка максим для дальнейшего анализа;

summo, casumque figure — общее резюме, дополненное ссылками на ведущих комментаторов, а затем представление иллюстративных примеров либо из Свода Юстиниана, либо из собственного опыта и воображения;

perlegere — чтение комментируемого текста;

causas dare — объяснение соответствующих правил из текста в соответствии с четырьмя причинами Аристотеля;

connotare — исследование связанных отрывков с разрешением очевидных противоречий и указанием параллелей, а также извлечением общих максим;

objicere — разрешение возражений, т.е. опровержение очевидных противоречий мнению автора, причем не только от других комментаторов, но также из сфер канонического и обычного права, юридической практики и т.д.

Как нетрудно заметить, здесь комментатор практически не связан текстом Свода, хотя метод остается схоластическим в своей основе. Ключевая переменная, которую произвел Бартоло относительно стиля глоссаторов, пожалуй, проявляется в том, что факт более не подгоняется под абстрактное положение, но наоборот, закон должен учитывать факты и строиться на их основании [Скиннер К., 2018: 32]. Ввиду этой установки, римское право в руках Бартоло и его последователей становится более гибким и современным, но их метод все еще остается подобным глоссированию в своей основе, равно как не исчезает установка на универсальность и действительность римского права.

В контексте проблемы публичного права в целом и конституционного права в частности, необходимо отметить, что Бартоло и его последователи куда больше интересовались специальными вопросами этих областей права. Сам Бартоло был автором исключительно публично-правовых сочинений, в частности, «О тиране» (*De tyrannia*), «О гвельфах и гибеллинах» (*De Guelphis et Gebellinis*) и «Об управлении городом» (*De regimine civitatis*).

Отчасти интерес Бартоло и комментаторов к публичному праву был продиктован политической ситуацией, в том числе опасностями, которые грозили тогда независимости итальянских городов. Показательно, что Бартоло здесь, как и в методологических вопросах, принимает первичный тезис глоссаторов, но видоизменяет его с учетом собственных представлений. Например, подобно ранним глоссаторам он признает, что император является единственным *dominus mundi* и *de jure* обладает высшей властью, а империя составляет единую юрисдикцию. Однако с учетом методологической посылки о необходимости учета фактов (по сути, о «нормативной силе фактического»), он указывает, что итальянские города *de facto* являются свободными и самостоятельно осуществляют власть, в том числе создают законы, и это — реальность, с которой необходимо считаться. По существу, он обосновывает конституционную независимость итальянских городов от империи, апеллируя к голому факту самостоятельности и независимости [Скиннер К., 2018: 31–37].

Однако даже несмотря на столь заметную перемену, ни методологический, ни политико-правовой пересмотр наследия глоссаторов не ознаменовал окончательного разрыва со «старой» методологией, не указал на историческую конкретность римского права и не привел к возникновению историко-сравнительной перспективы [Томсинов В.А., 1998: 173].

3. Историко-филологический поворот

Первые шаги к подлинно революционному пересмотру старого метода были сделаны в лоне гуманизма такими великими деятелями Ренессанса, как Петрарка, Лоренцо Валла, Маффео Веджио, Помпонио Лето, Полициано [Kelley D., 1970: 89]. Через их критику схоластической диалектики [Perreiah A., 1982: 6–8], аристотелизма, бартолизма в университетах эпохи возникли ростки историзма и филологизма, позже оказавшие прямое влияние на таких приверженцев новой методологии, как У. Цазий, А. Альчато и Г. Бюде [Kelley D., 1967: 808–810].

Филологический метод гуманистов, различным образом преломляясь применительно к областям знания, в наиболее общем виде предпо-

лагал необходимость сосредоточения на языке и историческом (оригинальном) контексте явлений, подлежащих изучению. По меткому выражению М. Гилмора, гуманисты «обращались через головы средневековых комментаторов к авторам основных текстов» [Gilmore M., 1963: 154]. Так, в области библейских споров дебаты между схоластами и гуманистами сводились к вопросу о роли знания древних языков и истории для правильного понимания Библии [Rummel E., 1992: 714, 724]. С гуманистической точки зрения, Священное писание — филологический и исторический памятник, изучать который необходимо критическим инструментарием: «Гуманисты... хотели вмешаться в самый начальный этап процесса интерпретации, настаивая... что грамматист (*grammarian*), как эксперт в языках и реконструкции текстов, должен создать (*establish*) текст как таковой и разъяснить для тех, кто не способен читать в оригинале, значение его слов... Таким образом, несмотря на свои, казалось бы, скромные притязания, гуманисты требовали... власти над самим текстом, над буквальным значением его слов и даже над диапазоном возможных значений, которые эти вдохновенные слова могли иметь для древнего автора» [Nauert C., 1998: 436].

У схоластов такое притязание гуманистов не только означало нарушение естественных границ дисциплин, но и было вторжением чуждых методологических принципов и авторитетов в сферу христианской мысли [Rummel E., 1992: 719], атакой «поэтов» и «грамматистов» на рациональные и вечные основы веры и традиции.

Сходной оппозиция «схоластика-гуманизм» была и в области права. Гуманисты относились к Своду Юстиниана скорее как к филологическому памятнику, стремились раскрыть первоначальное, оригинальное его значение средствами филологии. Иными словами, для гуманистов юридически действительное и универсальное римское право перестало быть актуальным регулятором, вечным *ratio scripta*, применимым к актуальным политическим отношениям [Бобкова М.С., 1998: 189], а превратилось в памятник великой и древней римской цивилизации, который требовал методов изучения, соответствующих его историческому качеству.

4. Гуманистическая юриспруденция

Первые значительные плоды гуманистической критики в области права созрели на заре XVI столетия в трудах Ульриха Цазия (Ulrich Zasius; также Цизий; Германия/Швейцария), Гийома Бюде (Guillaume Budé; Франция) и Андреа Альчато (Andrea Alciato; также Альчиато, Альциат, Альцит; Италия), метод которых — *mos gallicus juris docendi* — бу-

дет развит в том числе Бодуэном, Ле Дюараном (le Douaren, Duarenus), Отманом (Hotman), Кюжа (Cujas, Cujacius; также Кюжас, Куяций) и, наконец, в известной мере Боденом [Скиннер К., 2018: 183].

Наиболее радикальным из «великого триумvirата» был Г. Бюде. В его мышлении филология играла куда большее значение, чем, например, у его младшего современника Альчато. В 1508 году Бюде опубликовал одно из наиболее значительных своих произведений — «Аннотации к двадцати четырем книгам пандектов» (*Annotationes in quattuor et viginti Pandectarum libros*), где призывал реконструировать оригинальное значение понятий и положений римского права [Franklin J., 1963: 19–20]. Тем самым Бюде развивал своеобразный метод, одновременно филологический и, отчасти, исторический: филология в данном контексте означала лучший способ исследования и восстановления античной культуры, призыв к исторической (оригинальной) интерпретации текстов средствами филологического анализа. Так, все антиномии в текстах римского права, как полагал Бюде, являются либо следствием позднейших наслоений, возникших благодаря глоссаторам и комментаторам, либо свидетельствами исторической изменчивости римского права. Соответственно, их расшифровка возможна лишь средствами искусной филологии и историческим чутьем [Kelley D., 1967: 812, 814–815, 819].

Наряду со сказанным, Бюде, пожалуй, одним из первых привлекает элементы сравнительного метода. Возможно, в силу присущего ему галликанства, предполагающего живой интерес к французским институтам, он «почти навязчиво проводил параллели между античными институтами и институтами современной [ему] Франции». Тем не менее, в общем и целом, его убеждение в исключительном своеобразии и автохтонном характере институтов различных народов и исторических эпох это практически не затрагивало [Kelley D., 1967: 823, 824].

Другой участник «великого триумvirата», Ульрих Цазий, был гораздо более профессионален, чем Г. Бюде (если говорить о юридической стороне дела). В работах он даже придерживался внешне «бартолистского» стиля, хотя не отвергал ни тонкостей нового гуманистского метода, ни заинтересованности в историческом генезисе права [Kelley D., 1970: 90]. Он утверждал, что уважает авторитет «старых» докторов Аккурсия, Бартоло и т.д., хотя не стеснялся порой высокомерно (и не всегда удачно) критиковать их. Так, слова Бальди де Умбальди (Бальд, Бальдус) о том, что надлежит «следовать Аккурсию как болонцы своему кароччо (Caroccio)», он истолковал так, будто речь идет о неизвестном ему глоссаторе (Carocius), хотя под кароччо в Италии эпохи Бальда понималась четырехколесная повозка, на которой находился штандарт города и был установлен алтарь, где во время битвы проходила литургия, а труба-

чи воодушевляли солдат перед боем [Thieme Н., 1964: 66–67]. Ошибка весьма незначительная, однако в свете постоянных упреков в незнании культурных и исторических реалий, которые гуманисты обращали против глоссаторов и комментаторов, неточность показательная.

Хотя Бюде был первым из радикальных реформаторов старого метода, а самым старшим из «триумvirата» был Цазий, именно Альчато считается основателем подлинно гуманистической юриспруденции [Kelley D., 1967: 826]; [Kelley D., 1970: 92]. Несмотря на первичную приязнь и признание со стороны Г. Бюде, молодой итальянский юрист далеко не всегда разделял позиции старшего коллеги. Он был куда более сдержан в историзации юридических проблем, с определенным скепсисом относился к филологии, прохладно оценивал вклад Лоренцо Валла, который, как полагал Альчато, ничего не смыслил в юриспруденции. Так, разбирая критику Валлы в адрес «Константинова дара», Альчато указал, что та касается лишь исторического вопроса и юридических притязаний Папы не затрагивает. Не менее скандально звучал для уха всякого французского гуманиста-галликанца и тезис Альчато: «Я придерживаюсь мнения Бартоло как наиболее близкого к истине, что французский король признал Императора как стоящего выше по праву (*superior in law*)» [Kelley D., 1970: 98, 99]. В методологическом ключе Альчато также не всегда совпадал с Цазием или с Бюде: итальянский гуманист полагал, что при толковании текстов мы, конечно, должны следовать грамматике, но также учитывать волю и дух законов.

Впрочем, заслуга Альчато была не столько в разработке нового метода, сколько в придании общей методической тенденции необходимых ей зрелости и равновесия, перспективы развития. Тем более, именно он ввел исторический метод в структуру юридического образования, что и позволило злым языкам называть следующее за «триумvirатом» поколение юристов «новой сектой Альчато» (*new sect of Alciato*) [Kelley D., 1970: 87–88, 99].

Шедшие вслед за «триумvirатом» Бодуэн, Отман, Ле Дюаран, Кюжа и другие, лишь развили и усилили заложенный в трудах своих предшественников исторический заряд. Не последнюю роль здесь сыграл и куда более филологический Бюде, интерес которого к французским институтам, продиктованный галликанством, парадоксально помог следующему поколению отвергнуть некоторые свойственные первым гуманистам «классицистские» предрассудки: внимание к политико-правовой истории возобладало над свойственным гуманистам почитанием классической Античности. Постепенно историко-филологический метод изучения права преобразовался в исследование институциональной и правовой истории как базы для построения публично-правового порядка [Kelley D., 1970: 88].

Примером здесь может служить Франсуа Бодуэн, подробно и глубоко изучавший историю права, обычное право и историю церкви. Наряду с этим он был одним из первых, кто обратил внимание, что задача юриста — консультирование не только гражданских лиц, но и государей. Источников римского права недостаточно для мудрого государственного строительства, причины революций и смен политических форм черпаются лишь из истории, и потому именно она является главным источником благоразумия для государственных деятелей [Franklin J., 1963: 44], а равно ключом к пониманию права в принципе. Наконец, его главным достижением, превосходящим многочисленные комментарии [Kelley D., 1970: 131], было руководство по историческому методу — «Институты всеобщей истории и их связь с юриспруденцией» (*De institutione historiae universae: et eius cum iurisprudentia coniunctione*). Но что касалось юриспруденции, даже у Бодуэна она все еще, по преимуществу, сводилась к изучению именно памятников римского права.

Можно также вспомнить, что другой деятель позднего гуманизма, Ле Дюаран в последние десятилетия жизни углубился в изучение канонического и феодального права [Kelley D., 1967: 831]. Кроме того, именно он был первым, начавшим осмысливать отношение между светской и сакральной властью (церковью и государством, как бы сейчас сказали) [Kelley D., 1970: 104].

Наиболее ярко историческая направленность творчества гуманистов проявилась, пожалуй, в работах «величайшего» [Kelley D., 1970: 112] из них — Жака Кюжа, ученика юриста-гуманиста и галликанца Арно де Феррье. Знаток в равной мере греческого и латыни, Кюжа преимущественно знаменит историческими исследованиями памятников римского права, в том числе составленных до Юстиниана [Prévost X., 2019: 136]. Вместе с тем одним из наиболее значимых его достижений было критическое издание сборника феодального права *Libri feudorum*, что вполне укладывалось в общий интерес юристов его поколения к феодальному праву. Именно последователи Кюжа, как отмечается в литературе, позднее сделали для французского средневекового права то, что гуманисты уже сделали для римской античности [Kelley D., 1967: 833].

Вместе с тем, несмотря на ярко выраженную историческую направленность исследований Кюжа, про него нельзя сказать, что он был, как гуманист, радикален в отношении глоссаторов и комментаторов. Здесь, как и у Альчато, сказывалось, возможно, его юридическое образование и общее почитание римского права. Отмечается, например, что *Glossa ordinaria* Аккурсия являлась по существу основой его лекций, и там, где великий глоссатор был с точки зрения Кюжа справедлив в своей интерпретации, французский гуманист нисколько не стеснялся отсылать пря-

миком к нему («...я буду аннотировать столько, сколько Аккурсий не заметил, плохо заметил или недостаточно глубоко изложил»). Нередки в его работах ссылки и на Бартоло. Вместе с тем метод Кюжа, его чисто историческая заинтересованность в источнике, а не в авторитетной интерпретации и современном применении положений источника, делает его представителем *mos gallicus*, ничуть не уступавшим современникам [Prévost X., 2019: 140, 143].

Куда радикальнее в отрицании значимости римского права был Франсуа Отман. Он, по существу, первым в наиболее ясном виде перенес исторический метод гуманистов в сферу публичного права. Одной из основных и, пожалуй, наиболее ярких его идей была теория о радикальной автохтонной самостоятельности всякого правопорядка. Отман полагал, что ни одна правовая система не может быть действительна вне социального контекста, в котором она создана. В историко-культурном релятивизме Отман идет так далеко, что отрицает предложенную Аристотелем типизацию политических форм. По его мнению, она не исчерпывала ни политических, ни исторических реалий. Условно относимые к единому типу монархии в действительности, полагал Отман, управляются по-разному, основа их власти может быть различной, у них может отличаться соотношение военных и гражданских должностей и т.д. [Kelley D., 1970: 112]

Из названной посылки о своеобразии всякого правового порядка Отман делал вывод, что римское право не может быть применимо к совершенно отличному от римского французскому порядку [Hotman F., 2021: 74]; [Franklin J., 1963: 21]. Его стратегия дискредитации значимости римского права была проста. Во-первых, на многочисленных примерах он стремился показать расхождения между структурами французского и римского порядков, а также составляющих их институтов. К примеру, он резонно замечал, что в сфере публичного права вся римская правовая система основывалась на дуализме статусов патрициев и плебеев, тогда как французское право базируется на тройственной схеме «дворяне (*nobles*) — плебеи (*roturiers*) — крепостные (*serfs*)». Во-вторых, он стремится доказать, что *Corpus juris civilis* — это не римское право, но весьма специфический, противоречивый продукт эпохи Юстиниана, это фрагмент римского права, который не способен дать о целом ясного представления. Вместо римского права Отман предлагает обращаться к разуму и французскому опыту, обычаям Франции, ее «древней конституции» и политической форме [Franklin J., 1963: 47, 57–58].

У этого призыва был, конечно, и политический контекст. Обычное право, «древняя конституция» и т.д. не проистекают из волевого властного решения, но всегда являются ограничением политического усмотрения. В связи с этим не вызывает удивления, что борец с зарождающимся

абсолютизмом Франсуа Отман, равно как и иные так называемые «борцы с монархией» — монархомахи, обратил столь пристальное внимание на обычное право, противопоставив его праву римскому¹.

Суммируя сказанное, мы, по крайней мере, можем наблюдать, что гуманистический подход, приведший к возникновению историзма в праве, породил мысль о своеобразии всякого институционального порядка. Тем самым в область публичного права проникла историцистская методология, предполагавшая в своем итоговом завершении, что принципы публичного права должны обосновываться исследованиями политических практик прошлого, местных «древних конституций» и традиционных свобод, существовавших в прошлом. Одновременно с этим росло и уважение к обычному праву, противопоставляемому в определенной степени системе римского права (этот удар был направлен и против гуманистов).

Вместе с тем, несмотря на все оговорки, в подавляющем большинстве своих представителей (возможно, кроме Отмана и, с оговорками, Бодуэна) «историческая» школа гуманистов интересовалась в первую очередь римским правом, и их главной целью было восстановление римских памятников в оригинальной чистоте [Kelley D., 1970: 103]. Куда меньше гуманистов занимали вопросы французского права, и в еще меньшей — действующие политические проблемы, которые могла бы исследовать публично-правовая наука. Римское право, как было упомянуто, перестало восприниматься как нечто универсально применимое, а потому напрямую не могло в полной мере служить основой новой науки. Историцистского метода было явно недостаточно для создания системы публичного права Нового времени. Так, анализ одной из наиболее значимых проблем того времени, а именно юридическое описание французской монархии, абсолютной «при поддержании мира, но примиренной со свободами французов», было невозможно осуществить категориями римского права [Franklin J., 1963: 42].

Следующий шаг к отделению публичного права от старой методологии сделал Ж. Боден, дополнивший установку на историческое исследование сравнительным методом.

5. Сравнительно-правовой метод Жана Бодена

Несмотря на то, что *alma mater* Жана Бодена была Тулуза, которая не была оплотом гуманизма, а также на то, что сам Боден не почитал первых гуманистов (таких, как Полициано и Валла) [Kelley D., 1984: 126], нельзя сказать, что он был далек от гуманистической юриспруденции.

¹ О противопоставлении римского и обычного права см.: [Franklin J., 1963: 37–38].

По крайней мере, на первых порах он действовал и думал в русле *mos gallicus* [Franklin J., 1963: 60]. Лишь впоследствии, отойдя от приверженности «галльского» метода оригинальному римскому праву, Боден сблизился (возможно, на почве юридической практики) с легистской традицией [Kelley D., 1984: 130].

В свою очередь, с политической точки зрения Ж. Боден принадлежал к так называемым «политикам» (хотя в то время, на удивление, не был среди них яркой фигурой), т.е. к умеренной фракции юристов, полагавших, что религиозный раскол и порожденная им гражданская война могут быть прекращены только с возвышением королевской власти. Однако королевская власть не казалась им чем-то уничтожающим традиционные свободы. Напротив, в ней видели гарантию порядка и проистекающих из нее свобод [Franklin J., 1963: 41].

Именно политики-легисты в условиях межконфессиональной гражданской войны создавали и обосновывали ключевые понятия государства Нового времени. В связи с этим многие из приводимых ими аргументов и создаваемых понятий не столько проистекали из абстрактных построений, сколько были продиктованы экзистенциальной ситуацией кризиса и раскола. Например, утверждение, что даже тирания не является обоснованием для гражданской войны, распространенное среди «политиков», равно как и часто критикуемое отождествление приказа короля и права как такового, не были связаны с универсальной системой взглядов, но были продиктованы ужасом происходящей междоусобицы [Schnur R., 1994: 179, 187, 190]. Звезда Бодена также восходит на фоне кровавых межрелигиозных распрей. От многих современных ему «политиков» Бодена при этом отличает куда большая системность подхода, что, по-видимому, и обеспечило ему будущую славу.

Принадлежность Бодена к политикам-легистам важна, чтобы с необходимой ясностью отделить критику римского права монархонами и гугенотами (как Ф. Отман) от такой критики у Бодена. Действительно, последний прямо заявлял, что любые попытки найти в римском праве универсальное основание — это нелепость: «Я умалчиваю о том, сколь абсурдно желание вынести приговор о всеобщем праве на основании римских законов, которые менялись по малейшему поводу, главным образом потому, что почти все Законы Двенадцати таблиц были упразднены благодаря бесконечному множеству эдиктов и указов, а затем и законопроекту Эбуция, и старые <законы> то и дело теряли силу из-за вновь появлявшихся. Мы видим, что даже кодекс Юстиниана был почти полностью отменен последующими императорами. Я умалчиваю о том, сколь много абсурдного в сохранившихся законах и сколь много было отвергнуто справедливыми постановлениями почти всех народов и са-

мой жизнью... Все пятнадцать мужей, назначенных Юстинианом для составления законов, когда все было растоптано отвратительным варварством, до такой степени замутили источники права, что почти ничего чистого не извлекается из грязи и тины» [Боден Ж., 2018: 42–43].

Как видно из приведенного отрывка, критические аргументы Бодена не отличаются новизной: он указывает на эклектичность римского права, наличие различных наслоений и неактуальность и т.д. Вместе с тем его критическая позиция отличается тем, что его атака на римское право продиктована в своем политическом аспекте не оппозицией римскому католицизму, а его чисто легистской поддержкой бесспорной юридической власти монарха над Францией [Hirschl R., 2018: 116].

Вместе с тем политический аспект, конечно, не исчерпывает содержания и последствий критики Боденом римского права. У этой критики есть очевидные методологические следствия, особенно если помнить, что вышеприведенное замечание находится в труде, где и были сформулированы начала сравнительного метода — в вышедшем в 1566 году «Методе легкого чтения историй» (*Methodus ad facilem historiarum cognitionem*). В данной работе Боден противопоставляет сравнительный метод всем своим предшественникам, сосредоточившимся на римском праве, и со ссылкой на Платона заявляет, что «есть единственный способ устанавливать законы и управлять государством — это если бы благородные мужи, собрав воедино все законы всех государств или самых известных, сравнили их между собой и выплавили из них наилучшую форму» [Боден Ж., 2018: 42].

Речь, конечно, не идет о бессистемном сборе разнородного исторического материала [Боден Ж., 2018: 43]. В своей визионерской работе Джулиан Франклин описывает методическую систему Бодена как сочетание трех элементов: изложение *jus gentium* через определение на основе правовой истории необходимых или наиболее действенных принципов права; создание системы сравнительного правоведения; оформление социологической теории истории права.

Следуя данной схеме, можно свести метод Бодена к следующим установкам: на основании истории различных народов и их политико-правовых практик необходимо выявить общие для них и наиболее действенные принципы, общие предметы (например, у каждого народа есть публичное и частное право, есть законы, различные обычаи и учреждения и т.д.); вокруг них выстраиваются законы с целью сравнения и выявления общих предписаний; после этого необходимо определить основные различия в конституциях, сравнить их между собой, указав их преимущества и недостатки; на последнем этапе устанавливается связь между конституциями народов и их характерами, продиктованными,

как полагал Боден, в том числе географическими условиями жизни. В результате, как пишет Дж. Франклин, получалась всеобъемлющая, подкрепленная множеством примеров и универсальная система сравнительного конституционного права [Franklin J., 1963: 69, 77].

Таким образом, подход Бодена отличался тем, что он предполагал не только сопоставление римских и французских институтов (что мы находим даже у Бюде), но сравнение институтов множества обществ, форм их правления и конституций. Еще одним важным и принципиальным был систематический, а не окказиональный характер сравнения Бодена. Несложно догадаться, что в эпоху раннего Нового времени работы последнего не были единственными, в которых фигурировал сравнительный метод. К примеру, Б. де Шасснэ (B. de Chasseneux; также Шассенё, Шассено) не только пытался в бартолистской манере систематизировать обычное право, но и внес в исследования последнего элементы сравнительного метода (например, сопоставляя *droits de justice* с *jura meri imperii*, а кутюмы с римскими понятиями о неписаном праве). Вместе с тем подобное сравнение французских и римских институтов, также антиисторичное, как и сравнение в работах Ж. Бодена, не отличается ни всеобъемлющим характером, ни системностью. Кроме того, нечто подобное мы находим еще у Бюде.

Аналогично, элементы компаративистики встречаются в ряде юрико-технических и управленческих трактатов того времени, например в работе Винсена де ла Лупа (Vincent de la Loupe) о достоинстве магистратов (Premier et second livre des Dignitez, magistrats et offices du royaume de France...1560), трактате Жана Дюре (Jean Duret) о сравнении римских магистратов и французских чиновников (L'harmonie et conférence des magistrats romains avec les officiers françois, tant laiz, que ecclesiastiques : où succinctem... 1574) и т.д. Вместе с тем, как отмечает Д. Келли, в этих и подобных им работах «использование сравнительного метода варьировалось от надуманных аналогий, как сравнение “Салической правды” с римским *lex regia*, до самых изощренных обсуждений институтов юстиции (judicial organizations), бюджетных ресурсов (fiscal resources) или влияния иностранных институтов» [Kelly D., 1984: 136–137]. Иными словами, всем этим сочинениям не хватало ни системности, ни масштаба сравнения, который мы находим у Ж. Бодена, ни его абсолютной цели — построения новой систематической науки публичного права.

Ввиду указанной цели примечательно, что Бодену был чужд сколько-либо «хронологический» подход к сравнению, он брал материал из истории, но само сравнение носило преимущественно надвременной характер [Kelley D., 1984: 130]. Уже в «Методе легкого чтения историй» он со всей ясностью указывает, что будет ориентироваться не только на

древние законы (римляне, евреи и т.д.), но и на законы бриттов, испанцев, итальянцев, германцев и т.д. [Боден Ж., 2018: 43] Причиной такого анахронического подхода, слабо сочетавшегося с историцизмом гуманистов, является то, что Боден сравнивает институты разных народов в свете не условных, но абсолютных целей — поиска универсальной и истинной природы соответствующего института, ведь конечным результатом сравнения должна стать универсальная система публичного права.

Иными словами, на материале сравнения сходных институтов различных обществ Боден стремился создать систему публично-правовых понятий, которые могли быть в должной степени универсальными для описания с их помощью любого возможного публичного порядка. Таким образом, при помощи истории и сравнительного метода Боден пытался достичь универсального знания о человеческих сообществах, дать этому знанию понятийное выражение и привести в систему, тем самым создав, по существу, новую науку публичного права и политики. Это можно наблюдать на примере книги II «Шесть книг о республике» (1576), в которой Боден на богатом фактическом материале сравнивает различные публичные порядки для выявления истинной природы этих политических форм, а равно использует полученные универсальные понятия для анализа государств. Так, исследуя варианты аристократического правления (Геную, Швейцарию, Венецию, Древний Рим, греческие полисы и т.д.), Боден делает вывод, что современная ему Священная Римская империя является аристократией, где сословия имеют суверенную власть над императором [Bodin J., 1606: 236].

В свете изложенного критическое замечание Бодена о том, что римское право не может служить универсальной системой, не означает отказа от ценности универсальности как таковой, но призвано указать на недостаточность римского права. Уничтожение «исключительности» римского права как единственно возможного содержания правовой науки было важно Бодену именно в методологическом смысле, поскольку позволяло приступить к созданию (посредством сравнения) совершенной новой науки публичного права [Hirschl R., 2018: 118].

Сказав столь многое о революционном характере методологии Жана Бодена, нельзя не сделать и оговорок. Степень свободы Бодена от старых понятий римского права и его авторитетов не стоит абсолютизировать. В своей догматической части публичное право все еще оставалось в той или иной мере зависимым от старых понятий. Так, ряд использованных Боденом концептов был напрямую перенесен из римского частного права. Например, он квалифицировал юридически публичную власть как *potestatem publicam*, которое, по существу, представляет собой перенос *potestas privata* частного права из гражданского права в сферу права пу-

бличного [Спекторский Е.В., 2006: 109]. Не говоря уже о том, что даже для него римское право, как и для почитаемого им «принца легистов» Шарля Дюмулена (Charles Du Moulin, также Dumoulin), оставалось источником многочисленных примеров, проблем и аргументов, которые он использовал для решения проблем французского публичного права [Kelley D., 1984: 136]; [Gilmore M., 1967: 93].

Не менее интересно и то, что в вышедшем куда позднее «Метода...» и «Шести книг о республике» труде «О демономании колдунов» Ж. Боден прямо опирается на постглоссаторов Бартоло да Сассоферрато, Бальда и других [Боден Ж., 2021: 303, 336, 338, 350 и др.]. Ссылки на знаменитых комментаторов присутствуют, как правило, в определении правил доказывания в рамках «процесса над ведьмами», т.е. не относятся непосредственно к конституционному праву. Однако ряд вопросов касается, к примеру, разделения светской и церковной юрисдикций [Боден Ж., 2021: 350], человеческого и божественного законов и т.д.

Соответственно даже в трудах Бодена публичное право, получив известную и чрезвычайно важную методологическую автономию, не приобрело окончательной концептуальной и догматической самостоятельности. Своим сравнительным методом, не всегда свободным от ошибок [Kelley D., 1984: 130], Боден только лишь пытался найти путь к самостоятельной концептуальной догматике публичного права, остававшейся делом будущего.

Заключение

Сравнительный метод сыграл ключевую роль в выделении науки публичного права в качестве более или менее автономной дисциплины. Несомненно, другие факторы, такие как становление государств Нового времени и секуляризация, также занимают далеко не последнее место в истории обозначенного процесса. Тем не менее с методологической точки зрения только сравнительному методу в виде, сформулированном Боденом, удалось создать базис дальнейшего позитивного развития, которое мы находим позднее, например, в трудах Ш. Монтескье. В свою очередь филолого-исторический подход гуманистов, ввиду его интереса в первую очередь к специфическому, конкретному и уникальному, остался все же инструментом критики.

В основании сравнительного подхода Бодена, напротив, лежало убеждение в необходимости выявления универсальных понятийных категорий, которые в дальнейшем могли бы быть использованы не только для анализа, но и для построения публично-правового порядка, т.е. для целей политики права. В этом смысле, конечно, нельзя сказать, что

французский юрист руководствовался исключительно целями чистого познания — его подход имел в виду и прагматику ситуации. Такой подход, универалистский по своим целям и антиисторический по характеру напоминал скорее возврат к трудам Аристотеля, чем гуманистическую критику.

Конечно, сравнительный метод Жана Бодена невозможно отождествить с современными компаративистскими исследованиями, куда более изощренными. Тем не менее для современной публично-правовой науки, как кажется, важно помнить о роли сравнительного метода в ее становлении. Это требование продиктовано не только одним лишь археологическим интересом. Метод Бодена может служить напоминанием современным компаративистам. Напоминанием об опасности и о надежде. С одной стороны, сравнительный метод как таковой, если иметь в виду его универалистскую цель, предполагает убеждение, что из цветущего многообразия эпох и институтов можно вычленить общие для всех времен и народов юридические понятия и/или модели правового регулирования. Это убеждение может корректироваться или смягчаться, может становиться даже более радикальным, если сводится к простой прагматике заимствования. Вместе с тем современной правовой науке вполне очевидно, что при всем внешнем сходстве понятий, например, правового государства сейчас и в момент возникновения данной концепции в XIX веке их содержание значительным образом различается. В равной мере это относится к понятию юстиции (сейчас и, например, в XVI веке во Франции), полиции (в современную эпоху и в XIX веке) и т.д.

По этому антиисторический сравнительный подход Бодена вряд ли может считаться абсолютным образцом при всей привлекательности самой идеи нахождения универсальных понятий и регуляторных схем. В этом смысле сравнительный метод Бодена сам принадлежит прекрасной эпохе юридической веры в универсальное естественное и божественное право.

Таким образом, данный метод напоминает компаративистам об опасности чистого антиисторизма. Вместе с тем современной науке публичного права, страдающей от непроясненности ряда фундаментальных догматических понятий (например, понятие «полномочие», которое в лучшем случае не ясно определяется как одновременно право и обязанность), вера, лежащая в основании подхода Жана Бодена, могла бы дать надежду на системность и определенность концептуальных схем. В конечном счете вера в универсальный правопорядок и в универсальные категории юридической науки — это, быть может, разные веры, где вторая вполне может и не зависеть от первой.



Список источников

1. Белов С.А. Теория публичного правоотношения: перспективы избавления от цивилистической догматики // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2011. № 2. С. 244–261.
2. Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М.: Норма, 1998. 624 с.
3. Бобкова М.С. Пути становления национальной школы права во Франции XVI века // Древнее право. IVS ANTIQVVM. 1998. № 3. С. 188–196.
4. Боден Ж. Метод легкого чтения историй I. Что есть исторический жанр. М.: Издательский дом Высшей школы экономики, 2018. 552 с.
5. Боден Ж. О демонии колдунов. СПб.: Chaos Press, 2021. 411 с.
6. Марей А.В. К осмыслению феномена рецепции римского права: формирование *ius commune* в Западной Европе в XII–XIV вв. // Государство и право. 2012. № 5. С. 96–102.
7. Покровский И.А. Естественно-правовые течения в истории гражданского права. СПб.: типография Вольфа, 1909. 53 с.
8. Скиннер К. Истоки современной политической мысли: в 2 т. Т. 1: Эпоха Ренессанса. М.: Дело, 2018. 464 с.
9. Спекторский Е.В. Проблема социальной физики в XVII столетии. Т. II. СПб.: Наука, 2006. 531 с.
10. Томсинов В.А. Рецепция римского права в Западной Европе в Средние века: постановка проблемы // Древнее право. IVS ANTIQVVM. 1998. № 3. С. 169–175.
11. Троицкая А.А. Цели сравнительных исследований в конституционном праве // Государство и право. 2018. № 7. С. 21–38.
12. Bodin J. Six Bookes of a Commonwealth. London: G. Bishop, 1606, 794 p.
13. Glenn H. Aims of Comparative law / Elgar Encyclopedia of Comparative Law. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2006, pp. 57–65.
14. Gilmore M. Argument from Roman Law in Political Thought 1200–1600. New York: Russell & Russell, 1967, 148 p.
15. Gilmore M. Humanists and Jurists. Six Studies in the Renaissance. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1963, 198 p.
16. Hotman F. Antitribonian. Leiden: Brill Nijhoff, 2021, 256 p.
17. Hirschl R. Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law. Oxford: University Press, 2018, 304 p.
18. Kelley D. Foundations of Modern Historical Scholarship: Language, Law, and History in the French Renaissance. New York: Columbia University Press, 1970, 321 p.
19. Kelley D. Guillaume Budé and the First Historical School of Law. The American Historical Review, 1967, vol. 72, no. 3. pp. 807–834.
20. Kelly D. The Development and Context of Bodin's Method. In: Kelly D. History, Law and the Human Sciences. Medieval and Renaissance Perspectives. London: Variorum Reprints, 1984, pp. 123–150.
21. Nauert C. Humanism as Method: Roots of Conflict with the Scholastics. The Sixteenth Century Journal, 1998, vol. 29, no. 3, pp. 427–438.
22. Örüçü E. Developing Comparative Law. In: Comparative Law. A Handbook. Oxford: Hart Publishing, 2007, pp. 43–65.

23. Perreiah A. Humanistic Critiques of Scholastic Dialectic. *The Sixteenth Century Journal*, 1982, vol. 13, no. 3, pp. 3–22.
24. Prévost X. Jacques Cujas (1522–1590). In: *Great Christian Jurists in French History*. Cambridge: University Press, 2019, pp. 134–148.
25. Reitz J. How to Do Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law*, 1998, no. 4, pp. 617–636.
26. Rummel E. Et cum theologo bella poeta gerit: The Conflict between Humanists and Scholastics Revisited. *The Sixteenth Century Journal*, 1992, vol. 23, no. 4, pp. 713–726.
27. Schnur R. Die französischen Juristen im konfessionellen Bürgerkrieg des 16. Jahrhunderts / Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag dargebracht von Freunden und Schülern. Berlin: Duncker, 1994, pp. 179–218.
28. Tschentscher A. Dialektische Rechtsvergleichung — Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht. *Juristen Zeitung*, 2007, no. 17, S. 807–816.
29. Thieme H. Ulrich Zasius und die Glosse des Accursius. *Publications du Centre Européen d'Etudes Bourguignonnes*, 1964, vol. 6, pp. 63–68.



References

1. Belov S.A. et al. (2011) The Theory of Public Law: Rejection of Civil Dogmatics. *Izvestiya vysshih uchebnyh zavedeniy. Pravovedenie*=Proceedings of Higher Education Institutions. Legal Studies, no. 12, pp. 244–261 (in Russ.)
2. Berman H. (1998) *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. Moscow: Norma, 624 p. (in Russ.)
3. Bobkova M.S. (1998) Development Paths of the National Legal School in 16th Century France. *Drevnee Pravo. IVS ANTIQVVM*=The Ancient Law. IVS ANTIQVVM, no. 3, pp. 188–196 (in Russ.)
4. Bodin J. (1606) *The Six Books of a Commonwealth*. London: G. Bishop, 794 p.
5. Bodin J. (2018) *Method for the Easy Comprehension of History*. Moscow: HSE Press, 552 p. (in Russ.)
6. Bodin J. (2021) *On the Demon-mania of Witches*. Saint Petersburg: Chaoss Press, 441 p. (in Russ.)
7. Gilmore M. (1963) *Humanists and Jurists. Six Studies in the Renaissance*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 198 p.
8. Gilmore M. (1967) *Argument from Roman Law in Political Thought 1200–1600*. New York: Russell & Russell, 148 p.
9. Glenn H. (2006) Aims of comparative law. In: *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, pp. 57–65.
10. Hirschl R. (2018) *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford: University Press, 304 p.
11. Hotman F. (2021) *Antitribonian*. Leiden: Brill Nijhoff, 256 p.
12. Kelley D. (1967) Guillaume Budé and the First Historical School of Law. *The American Historical Review*, vol. 72, no. 3, pp. 807–834.
13. Kelley D. (1970) *Foundations of Modern Historical Scholarship: Language, Law, and History in the French Renaissance*. New York: Columbia University Press, 321 p.
14. Kelly D. (1984) The Development and Context of Bodin's Method. In: Kelly D. R. *History, Law and the Human Sciences. Medieval and Renaissance Perspectives*. London: Variorum Reprints, pp. 123–150.

15. Marey A.V. (2012) To Understanding Phenomenon of Roman Law Reception: The Formation of *Ius Commune* in Western Europe in the 12th–14th Centuries. *Gosugarstvo i pravo*=State and Law, no. 5, pp. 96–102 (in Russ.)
16. Nauert C. (1998) Humanism as Method: Roots of Conflict with the Scholastics. *The Sixteenth Century Journal*, vol. 29, no. 3, pp. 427–438.
17. Örücü E. (2007) Developing Comparative Law. In: *Comparative Law. A Handbook*. Oxford: Hart Publishing, pp. 43–65.
18. Perreiah A. (1982) Humanistic Critiques of Scholastic Dialectic. *The Sixteenth Century Journal*, vol. 13, no. 3, pp. 3–22.
19. Pokrovskiy I.A. (1909) *Natural Law Movements in the History of Civil Law*. Saint Petersburg: Wolf, 53 p. (in Russ.)
20. Prévost X. (2019) Jacques Cujas (1522–1590). In: *Great Christian Jurists in French History*. Cambridge: University Press, pp. 134–148.
21. Reitz J. (1998) How to Do Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law*, no. 4, pp. 617–636.
22. Rummel E. (1992) Et cum theologo bella poeta gerit: The Conflict between Humanists and Scholastics Revisited. *The Sixteenth Century Journal*, vol. 23, no. 4, pp. 713–726.
23. Schnur R. (1994) Die französischen Juristen im konfessionellen Bürgerkrieg des 16. Jahrhunderts. *Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag dargebracht von Freunden und Schülern*. Berlin: Duncker, pp. 179–218.
24. Skinner K. (2018) *The Foundations of Modern Political Thought. Vol 1: The Renaissance*. Moscow: Delo, 464 p. (in Russ.)
25. Spektorsky E.V. (2006) *The Problem of Social Physics in the Seventeenth Century*. Vol. 2. Saint Petersburg: Nauka, 531 p. (in Russ.)
26. Thieme H. (1964) Ulrich Zasius und die Glosse des Accursius. *Publications du Centre Européen d'Etudes Bourguignonnes*, vol. 6, pp. 63–68.
27. Tomsinov V.A. (1998) The Reception of Roman Law in Western Europe in the Middle Ages: Setting the Problem. *Drevnee parvo. IVS ANTIQVVM*= The Ancient Law. *IVS ANTIQVVM*, no. 3, pp. 169–175 (in Russ.)
28. Troitskaya A.A. (2018) The Aims of Comparative Research in Constitutional Law. *Gosugarstvo i pravo*=State and Law, no. 7, pp. 21–38 (in Russ.)
29. Tschentscher A. (2007) Dialektische Rechtsvergleichung — Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht. *Juristen Zeitung*, no. 17, S. 807–816.

Информация об авторе:

В.Е. Кондуров – кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

V. E. Kondurov—Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 21.08.2023; одобрена после рецензирования 04.10.2023; принята к публикации 17.10.2023.

The article was submitted to editorial office 21.08.2023; approved after reviewing 04.10.2023; accepted for publication 17.10.2023.

Научная статья

УДК 340.5

DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.56.79

Институты наследника, соправителя (преемника) и восприемника верховной власти в истории российского права (XV — начало XX вв.)



Сергей Иванович Нагих¹, Ирина Александровна Шершнева-Цитульская²

^{1,2} Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20,

¹ snagikh@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0003-3026-8094>

² itsitulskiaia@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0003-2417-1130>



Аннотация

В статье ставится задача исследовать отечественный историко-правовой опыт регулирования механизма передачи верховной власти сквозь призму становления и эволюции институтов наследника верховной власти, соправителя (преемника) и восприемника трона. Целью исследования выступает выявление специфики правовых институтов соправителя (преемника) и восприемника трона, использовавшихся в случаях невозможности передачи верховной власти путем наследования, а также их роль, значение и место в механизме воспроизводства верховной государственной власти. Объектом исследования выступает правовой механизм передачи верховной власти в истории российского права, начиная с формирования централизованного государства и до ликвидации монархии, предметом — правовые институты наследника, соправителя (преемника) и восприемника верховной власти как самостоятельные составляющие механизма передачи верховной власти. Институты соправителя и восприемника трона рассматриваются в контексте рецепции норм позднеримского и византийского права, исследуется правовая конструкция восприемника трона, восходящая к каноническому праву. Руководствуясь формально-логическим, историческим и сравнительно-правовым методами исследования, основываясь на историко-правовых источниках, авторы делают вывод, что в праве действовал институт восприемника трона, оформившийся в законодательстве XVIII века. Восприемник трона противопоставлялся наследнику

по критерию юридического основания прав на трон; в эпоху дворцовых переворотов эти институты были разграничены и в законодательстве. В содержании института соправительства, сложившегося в России в XV веке, выявлена российская специфика, заключающаяся в сочетании признаков византийского соправительства и позднеримского преемничества. Это обуславливалось переходом в период формирования Российского централизованного государства от родового (лествичного) порядка престолонаследия к внутрисемейному (от отца к сыну), поскольку именно соправитель представлялся российскому обществу как преемник трона, выделяемый среди других наследников. В эпоху формирования абсолютизма институт соправителя (преемника) верховной власти вытесняется из сферы правового регулирования и в последующем развивается только как политический институт.



Ключевые слова

история государства и права России; Смутное время; эпоха дворцовых переворотов; институт права; наследник трона; преемник верховной власти; соправитель; восприемник трона.

Для цитирования: Нагих С.И., Шершнева-Цитульская И.А. Институты наследника, соправителя (преемника) и восприемника верховной власти в истории российского права (XV — начало XX вв.) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2023. Том 16. № 4. С. 56–79. DOI: 10.17323/2072-8166.2023.4.56.79

Research article

Institutions of Heir, Co-Ruler (Successor) and Receiver of Supreme Power in History of the Russian Law (15th — early 16th Centuries)



**Sergey Ivanovich Nagikh¹,
Irina Aleksandrovna Shershneva-Tsitulskaya²**

^{1, 2} National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia,

¹ snagikh@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0003-3026-8094>

² itsitulskaya@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0003-2417-1130>



Abstract

The article aims to investigate the domestic historical and legal experience of regulating the mechanism of the transfer of supreme power through the prism of the formation and evolution of institutions of the heir of supreme power, co-ruler (successor) and successor of the throne. The purpose of the study is to identify the specifics of the legal institutions of the co-ruler (successor) and successor of the throne, used in cases where it is impossible to transfer the supreme power by inheritance, as well as their role, significance and place in the mechanism of reproduction of the supreme state power. The object of the study is the legal mechanism of the transfer of supreme power

in the history of Russian law, from the formation of a centralized state to the liquidation of the monarchy, the subject is the legal institutions of the heir, co-ruler (successor) and receiver of supreme power as independent components of the mechanism of the transfer of supreme power. The institutions of the co-ruler and receiver of the throne are considered in the context of the reception of the norms of Late Roman and Byzantine law, the legal structure of the receiver of the throne, dating back to canon law, is investigated. Guided by formal-logical, historical and comparative-legal research methods, based on historical and legal sources, it is concluded that in the case of a non-hereditary transfer of monarchical power in Russian law, the institution of the successor of the throne, which took shape in the legislation of the XVIII century, operated. The successor of the throne was opposed to the heir according to the criterion of the legal basis of the rights to the throne. The content of the institute of co-rule reveals the Russian specifics, consisting in a combination of signs of Byzantine co-rule and late Roman succession, which was due to the transition from the ancestral (ladder) order of succession to the family (from father to son) during the formation of the Russian centralized state. In the era of absolutism, the institution of a co-ruler (successor) of the supreme power is displaced from the sphere of legal regulation and subsequently develops only as a political institution.



Keywords

history of the state and law of Russia; Time of Troubles; the era of palace coups; institute of law; heir to the throne; successor to the supreme power; co-ruler; receiver of the throne.

For citation: Nagikh S.I., Shershneva-Tsitulskaya I.A. (2023) Institutions of Heir, Co-ruler (Successor) and Receiver of Supreme Power in History of the Russian Law (15th-early 20th Centuries). *Law. Journal of the Higher School of Economics*. vol. 16, no. 4, pp. 56–79 (in Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2023.4.56.79

Введение

Проблема правового регулирования организации верховной государственной власти и правового статуса органов верховной власти всегда являлась предметом изучения государственного (ныне — конституционного) права, а также теории и истории права и государства. Одной из составляющих указанной проблемы является механизм передачи верховной власти от лица к лицу в различные исторические эпохи, но далеко не все аспекты его становления и эволюции в истории российской государственности получили должное научное осмысление. В частности, имеется пробел в правовой оценке передачи верховной власти в ситуациях, когда наследование российского престола было невозможно в силу обстоятельств как объективного, так и субъективного характера.

Между тем в исследованиях истории отечественного государства и права сложилась традиция, в силу которой при изучении дооктябрьского периода российской истории используется категория «наследник верховной власти» в отношении лица, восходящего на трон, независимо от юридического основания смены персоналий на троне. Однако при рассмотрении событий, связанных с переломными эпохами в истории

российской государственности — Смутного времени, эпохи дворцовых переворотов, Февральской революции 1917 года, в ходе которых происходила смена персоналий верховной власти отнюдь не на основании престолонаследия, — использование категории «наследник верховной власти» вряд ли юридически оправдано. Здесь ощущается пробел в правовом осмыслении подобных ситуаций, возникавших в истории российской государственности не единожды, но не получивших еще категориального закрепления в отечественной историко-правовой науке.

В статье предпринимается попытка правового анализа ситуаций, возникавших при передаче верховной власти в истории дореволюционной России при наследовании трона и при отсутствии оснований для его наследования, посредством формально-логического, исторического и сравнительно-правового методов исследования.

Целью исследования выступает изучение роли, значения и места правовых институтов наследника и восприемника трона, а также института соправителя (преемника) в регулировании механизма передачи монархической власти в России дооктябрьского периода, выявление специфики применения указанных институтов в отечественной истории. Объектом исследования выступает правовой механизм передачи верховной власти от лица к лицу в период XV — начала XX вв.; предметом исследования являются непосредственно институты наследника, соправителя (преемника) и восприемника верховной власти как обособленные правовые институты в механизме передачи верховной власти в дооктябрьский период российской истории.

1. Институты наследника трона и соправителя (преемника) в механизме передачи верховной власти в XV–XVII вв.

В исследованиях истории отечественного права относительно рассмотрения проблем замещения персоналий на троне устойчиво используется категория «наследник верховной власти» («наследник престола»), и крайне редко можно столкнуться с иными категориями, например, категорией «преемник верховной власти», которая в отечественных исследованиях используется в значении правопреемства при занятии трона, но, как правило, не обозначает самостоятельного правового института. Категория «восприемник верховной власти» («восприемник трона») и вовсе не применяется в рамках отечественных историко-правовых исследований.

Состояние понятийного научного аппарата отражает глубину осмысления отечественного историко-правового опыта, поэтому не наиболее разработанным в отечественных научных исследованиях является ин-

ститут наследника престола. Изучению института преемника верховной власти отведено в современной отечественной правовой доктрине более скромное место [Коновалова Л.Г., 2020: 243]; [Сокольская Л.В., Анисимов А.П., 2020: 68]. Вследствие того, что институт преемника верховной власти не предусмотрен конституционным законодательством России, а регулируется ныне исключительно политическими нормами, он по большей части остается вне сферы интересов современных отечественных конституционалистов и теоретиков права. В исследованиях по конституционному праву категория «преемник верховной власти» («преемник президентской власти») применяется крайне редко и в основном не как правовая, а скорее как политическая категория для обозначения случаев персональной преемственности президентской власти в Российской Федерации [Авакьян С.А., 2020: 31–44]; [Кирсанов А.Ю., 2022: 113–116], и лишь в историко-правовых исследованиях она используется в правовом контексте для обозначения самостоятельного правового института, но относительно не российской, а зарубежной истории государства и права. Речь идет об изучении в отечественной историко-правовой науке механизма передачи верховной власти в Древнем Риме периода принципата (27 г. до н.э. — 285 г. н.э.) [Сердюкова Г.С., 2006: 206–211]; [Данилова В.Ю., 2018: 27–32].

В Риме выдвижение и легитимация преемника принцепса выступали в качестве юридической процедуры: кандидатура преемника публично представлялась римской общине (*civitas*) действующим принцепсом (императором), согласовывалась с Сенатом, при этом принцепс проводил официальную публичную процедуру усыновления преемника без передачи ему своего родового имени (*adoptio*) в целях подготовки к исполнению должностных обязанностей и передачи в последующем полномочий верховной власти. По сути в регулировании рассматриваемого института столкнулись два противоположных начала: республиканская правовая традиция (рассматривавшая верховную власть как порождение не *ius privatum*, а как *res publicum* — «вещь публичную») и зарождающаяся монархическая традиция (для которой свойственен наследственный принцип передачи верховной власти). Поскольку древнеримский принципат — это нетипичная форма правления, сочетавшая черты монархии и республики одновременно, традиция наследования власти оставалась чуждой республиканской культуре римских граждан, поэтому уже при первых принцепсах был выработан правовой институт преемника верховной власти, призванный обеспечить воспроизводство власти и устойчивость государственного развития. При этом, как ни парадоксально, для интересов *ius publicum* был приспособлен институт *ius privatum*.

В истории государственности Второго Рима — Византийской империи — и даже еще на этапе домината (285–476 гг.) в рамках единой Рим-

ской империи институт преемника принцепса вытесняется институтом соправителя императора. Император Диоклетиан — основатель системы домината впервые в 285 г. назначает соправителя Максимиана Грекулия в восточную часть империи без публичной церемонии усыновления и без согласования с Сенатом. Так началась история института соправительства, связанного с утверждением в Древнем Риме монархической формы правления.

В истории Византии соправителями становились чаще всего, уже по наследственному принципу дети или иные родственники правящего императора, хотя могло быть соправительство и вследствие иных семейных связей — супружества или свойства. При этом институт соправителя императора в Византии, как и преемника принцепса в Древнем Риме, выполнял главную функцию — обеспечение устойчивости политической системы империи. Разумеется, в правовом содержании этих институтов были и различия. Так, институт соправителя императора возник в условиях монархической формы правления, для его реализации царствующим монархом не требовалось подтверждение со стороны каких-либо государственных органов. Институт преемника верховной власти был порождением переходного состояния от республики к монархии, когда в Риме происходил процесс укрепления верховной власти, ее концентрации и персонификации, поэтому необходимо было узаконение статуса преемника Сенатом, формально остававшимся высшим органом государственной власти. Юридическое разграничение касалось также правового основания возникновения статуса: преемнику была необходима процедура его политического (публичного) усыновления действующим принцепсом, для назначения соправителя монарху было достаточно издать распоряжение, преемник верховной власти назначался в единственном числе, соправителей у византийского василевса могло быть одновременно и несколько.

В то же время ни правовой статус соправителя, ни статус преемника не гарантировали обязательного перехода верховной власти к конкретной персоне, иными словами, ни соправитель, ни преемник верховной власти не являлись наследниками верховной государственной должности. Их судьба зависела от расстановки политических сил, от успешности и легитимности правовой процедуры утверждения в верховной должности; оба института играли значительную роль в правовом механизме передачи высшей государственной власти и в Древнем Риме, и в Византии, если верховная государственная должность становилась вакантной.

В истории государства и права дооктябрьской России неоднократно встречается институт соправителя, рецепированный из византийской правовой культуры. По крайней мере в истории Московского княжества соправительство активно использовалось великими московскими

князьями для определения будущего наследника и представления его обществу. Так, Василий II Темный назначил в 1451 г. соправителем своего сына Ивана III, дав ему как соправителю титул Великого Московского князя¹. Этот правовой институт укоренится в российском праве и будет использоваться во второй половине XV–XVII веках², затронув периоды правления нескольких поколений великих московских князей, а с 1547 г. — и царей, эволюционировав к концу XVII в. в «двоецарствие» Петра I и Ивана V (1682–1696 гг.).

В целом институт соправителя в период складывания Российского централизованного государства можно рассматривать через призму категории «преемник верховной власти», поскольку на этом этапе происходит переход от лестничной формы наследования престола к наследованию внутрисемейному — от отца к сыну. В связи с этим царствующий великий князь выбирал политического преемника на троне между тем, кто мог быть наследником по отцу, и тем, кто мог им быть по старшинству в великокняжеском роду. Выбирая политического преемника, великий Московский князь объявлял его своим соправителем, представляя Боярской Думе, т.е. наделял своего преемника правовым статусом. Таким образом он упрочивал политическое положение своего избранника и указывал на его возможность стать наследником престола при том, однако, что соправитель — это не наследник и автоматически стать таковым он в обход других возможных претендентов на наследование Великого Московского княжения после смерти правящего монарха не мог. В отличие от Византии, в российском варианте соправитель назначался, как правило, в единственном числе, что сближало его с правовой конструкцией института преемника верховной власти, выявленного на материалах истории Древнего Рима. В этом отношении показательно правление Ивана III (1462–1505 гг.), который менял соправителей, выбирая между внуком от старшего сына (Дмитрием Ивановичем) и младшим сыном (Василием Ивановичем). Дмитрий Иванович утратил статус соправителя и подвергся опале еще при жизни Ивана III, и соправителем был назначен Василий Иванович, который в итоге получил престол, став великим Московским князем Василием III [Каштанов С.М., 1967: 168].

В период сословно-представительной монархии институт соправителя в российском варианте сопрягается с институтом наследника трона,

¹ Полное собрание русских летописей, изданное по высочайшему повелению Археографической комиссией. Т. 12: VIII. Летописный сборник, именуемый Патриаршею или Никоновскою летописью. СПб., 1901. С. 76.

² В литературе есть мнение, что институт соправителя был известен еще Древней Руси в форме «братского» и «династического» соправительства. См.: Александров Д.Н., Мельников С.А., Алексеев С.В., 1995: 60–62.

ибо соправителем во второй половине XVI–XVII вв. чаще всего становится старший сын царствующего монарха, которому затем и передается трон как наследнику после смерти отца. В целом анализ показывает, что российский институт соправительства можно рассматривать как вариант правового института преемника верховной власти, который, однако, по сей день остается «в тени» престолонаследия и не рассматривается в историко-правовых исследованиях как самостоятельный институт в механизме передачи верховной власти в России. Почему сложилась такая ситуация?

Как уже отмечалось, правовой механизм передачи верховной власти от лица к лицу в истории российской государственности давно стал объектом изучения правоведов в целом, и историков государства и права в частности. Целая плеяда отечественных дореволюционных государствоведов как консервативного, так и либерального направлений разрабатывала проблемы правового регулирования престолонаследия в России³, в первой половине XX века исследовательскую работу продолжили российские правоведы первой волны эмиграции⁴, в Советской России в силу политических условий изучение подобной проблематики не приветствовалось.

В трудах правоведов XIX — первой половины XX вв. рассматривались правовые аспекты замещения российского трона до принятия Указа о престолонаследии Павла I от 1797 г. и после него, было выработаны представления о специфике режима наследования российского престола, правах и обязанностях наследников престола и их очередности при наследовании трона, были изучены основания наследования и отказа от участия в престолонаследии. Недостаточной оставалась разработка проблем, связанных с нарушением порядка престолонаследия при дворцовых переворотах, в случае пресечения правящей династии или отречении династии от трона. Несмотря на обилие работ, оставленных отечественными дореволюционными авторами и соотечественниками в эмиграции первой половины XX века, следует признать, что в них (за редким исключением [Тихомиров Л.А., 1998: 415–420]; [Зазыкин М.В., 1924: 16–17]) не использовалась категория «преемник верховной власти».

³ Среди них специализированные труды таких ученых, как А.Д. Градовский «Начала русского государственного права» (1875), Н.М. Коркунов «Русское государственное право» (1899), С.А. Котляревский «Юридические предпосылки русских основных законов» (1912), Н.И. Палиенко «Основные законы и форма правления в России» (1910), Л.А. Тихомиров «Монархическая государственность» (1905) .

⁴ Эти традиции были продолжены в исследованиях зарубежных авторов русского происхождения в первой половине XX в.: Н.Н. Корево «Императорский Всероссийский Престол. Наследование Престола по Основным Государственным законам: Справка по некоторым вопросам, касающимся престолонаследия» (Париж, 1922.), М.В. Зызыкина «Царская власть и закон о престолонаследии в России» (София, 1924).

В самой России лишь в начале XXI века в сегменте историко-правовых исследований был проявлен интерес к изучению механизма передачи верховной власти в дореволюционный период [Шайрян Г.П., 2017: 131–132]; [Балковая В.Г., 2019: 20–24]; [Хутарев-Гарнишевский В.В., 2021: 110–137]. Ныне историки государства и права активно изучают проблемы правового регулирования престолонаследия в дореволюционной России [Шайрян Г.П., 2014: 4–5]; [Хутарев-Гарнишевский В.В., 2021: 110–137], исторические типы престолонаследия и механизм реализации права на престолонаследие [Томсинов В.А., 2009: 152–179]; [Мельников С.А., 2010: 4–15]; [Закатов А.Н., 2019: 269]; [Плотникова О.А., 2007: 107–110], статус монарха в Российской империи [Староверова Е.В., 2009: 99–107]; [Балковая В.Г., 2019: 20–24]. В последние годы пристальное внимание было обращено на изучение юридических аспектов отречения Николая II от трона, в том числе и возникшие в связи с этим проблемы преемства верховной власти, породившие политический кризис Февраля 1917 года [Ларионова Д.А., 2020: 45–53]; [Диунов М.Ю., 2022: 16–27].

В историко-правовых исследованиях начала XXI в. сделан значительный шаг в изучении правового механизма передачи верховной власти, поскольку был систематизирован и проанализирован значительный правовой материал, позволяющий детально изучить статус верховной власти в дореволюционной России, дана правовая оценка институтам верховной власти и механизма ее передачи в различные исторические эпохи развития отечественной государственности. Особое внимание было обращено на замещение российского престола при отсутствии оснований наследования верховной власти, однако правовые категории для обозначения ситуации замещения престола при отсутствии наследования так и не выработаны. Вместе с тем введенные в научный оборот и проанализированные отечественными авторами историко-правовые источники позволяют выдвинуть тезис о необходимости использовать при изучении механизма передачи верховной власти в дооктябрьский период не только категорию «наследник трона», но и иные правовые категории («восприемник трона», «преемник верховной власти») в отношении случаев ненаследственного перехода верховной власти.

2. Институты наследника и восприемника верховной власти в российской государственности (доимперский и имперский периоды)

Наследник верховной власти как правовой институт, исторически возникший первоначально в рамках частного, а не публичного права, предполагал наличие определенных юридических оснований для пере-

дачи прав и обязанностей от наследодателя наследнику. Наследование верховной власти возможно лишь при монархии как форме правления по закону (правовому обычаю) или по завещанию, а в феодальную эпоху формирование такого подхода в русском праве было тесно связано с обладанием вотчинным землевладением. Любой вотчинник и есть персонифицированная верховная власть в пределах вотчины, а сама вотчина — родовое наследуемое земельное владение, которым конкретный владелец может распоряжаться с учетом родовых ограничений.

Передача верховной власти в феодальную эпоху вытекала из принятия наследства внутри рода преимущественно по мужской линии с переходом прав на родовую вотчину (домен) и связанный с ней родовой титул (княжение), в который включались не только правомочия владельческого характера, но и правомочия по осуществлению верховной власти в отношении населения вотчины. В целом подобный подход можно наблюдать и на примере западноевропейского права: к примеру, у франков согласно Салическому закону *Lex Salica* власть в династии Меровингов передавалась через наследование аллода старшим мужчиной в роду⁵, в который входила вся земля Франкского королевства вместе с политической властью над населением [Неусыхин А.И., 1974: 68–69].

Изучая проблему формирования механизма передачи верховной власти в феодальную эпоху, можно прийти к выводу о том, что она закономерна связана с частнопроводным началом регулирования земельных отношений в высшем сословии феодального общества. Сам институт наследования верховной власти лишь впоследствии перейдет в разряд публично-правовых институтов по мере отделения общественных отношений, связанных с осуществлением верховной власти, от отношений владения земельным участком как объектом частных прав. Несомненно, этот переход синхронизируется с эпохой абсолютизма как исторически последней формой феодального государства.

В вопросах передачи землевладения и связанных с ним полномочий верховной власти в раннефеодальном государстве на землях Руси наследование происходило по родовому (лествичному) принципу. Это порождало политическую борьбу за княжеские владения, часто переходящую в вооруженные конфликты, чему немало примеров в истории Древнерусского государства, удельной Руси и Московского государства в эпоху его формирования. В частности, описанным способом из числа наиболее прославленных в истории Древней Руси правителей пришли к власти киевские князья Владимир Святославич и Ярослав Мудрый, получил киевское княжение Андрей Боголюбский.

⁵ Салическая правда. Ученые записки Моск. гос. пед. ин-т им. Ленина. Т. LXII. М., 1950. Титул LIX.

Как показывают исторические факты, и до утверждения принципа передачи верховной власти от отца к сыну далеко не во всех случаях княжеская власть наследовалась. Можно указать на альтернативные наследованию процедуру избрания князя с приглашением его править городскими вече и насильственный захват власти с игнорированием правовых обычаев наследования княжеского домена [Плотникова О.А., 2007: 107–110]; [Мельников С.А., 2009: 103–105]. Избрание князя городским народным собранием закрепится в Новгороде и Пскове, став основой формирования феодальных республик, хотя такая процедура передачи верховной власти применялась при необходимости и в Киеве, и в других городских центрах Древнерусского государства [Сергеевич В.И., 1910: 142–155].

Насильственный захват верховной власти рассматривался средневековой правовой культурой как легитимный способ воспроизводства власти, хотя и не связанный с наследованием и в целом нарушающий древние правовые обычаи передачи власти по внутриродовому старшинству, но базирующийся на новых — феодальных правовых обычаях, постепенно вытеснявших правовые обычаи родового строя. Правда, всеми указанными способами перехода власти от лица к лицу могли пользоваться исключительно представители правящей династии Рюриковичей или иных княжеских династий Древней Руси, но не выходцы из других социальных групп.

По рассматриваемой проблеме интересна для юридического анализа эпоха Смутного времени, когда наследственный принцип передачи верховной власти, основанный на кровном родстве, был поколеблен. Во-первых, пресеклась правящая династия Рюриковичей и возник династический кризис, а во-вторых, появились «узаконенные» самозванцы на троне. Правовая ситуация, возникшая после смерти Федора Ивановича — последнего прямого потомка династии Рюриковичей по мужской линии, — не позволяла использовать конструкцию наследования верховной власти, сложившуюся в России в XV–XVI вв. Однако в реалиях конца XVI — начала XVII вв. создавалась возможность закрепить в российском праве институт преемника верховной власти, не связанного с правящей династией кровнородственными отношениями, и выработать процедуру участия сословий в выдвижении кандидатов на престол и их легитимации во власти. По сути, использование такого механизма воспроизводства верховной власти посредством выборов новой правящей династии являлось рецепцией византийской государственно-правовой традиции, заключавшейся в применении процедуры выборов очередного кандидата на императорский трон, в том числе и преемника предшествующего императора армией, Сенатом и народом Константинополя [Величко А.В., 2014: 185].

В правосознании российского общества к этому моменту уже укоренился наследственный принцип передачи верховной власти, поэтому Земские соборы, созывавшиеся между 1598 и 1613 гг. при избрании новых правящих династий, исходили из кровнородственных (Романовы, Шуйские) или семейных (Годуновы) связей боярских родов с Рюриковичами. Если невозможно было найти прямых кровных потомков династии по мужской линии, то в ход шли связи по свойству, главное — любые семейные связи с Рюриковичами. Отчетливо этот подход прослеживается в содержании Утвержденной грамоты 1613 г., которая именует Михаила Романова «природным государем», указывая на связь рода Романовых с династией Рюриковичей, и закрепляет трон за его потомками⁶. Однако хотя и в обосновании прав на престол больший успех имели кандидаты, близкие к Рюриковичам по семейным связям, тем не менее юридически наследниками престола они не являлись, но могли рассматриваться как восприемники трона, поскольку трон передавал не предшественник, а очередной Земский собор.

Явление самозванства на троне стало побочным продуктом династического кризиса конца XVI в., ибо легкость, с которой Лжедмитрию I поверило общество, базировалась на незыблемом в правосознании эпохи династическом праве замещения престола по кровному родству. При этом как только обществу был предъявлен кандидат, утверждавший о более близком кровном родстве с Рюриковичами, нежели Годуновы или Шуйские, его права на трон были восприняты как бесспорные и преимущественные по отношению к другим возможным кандидатам. Как только улеглись волны Смутного времени, политическая система стабилизировалась, и при первых правителях династии Романовых наследование верховной власти вновь стало осуществляться на основании правового обычая, сложившегося до Смутного времени: от отца к сыну с учетом старшинства, отстраняя женщин и их потомство от наследования трона. Эта система продержится до конца XVII века, когда начнется переход к абсолютизму, сломавшему сложившиеся ранее традиции престолонаследия.

В дальнейшем в российской истории наблюдалось наследование верховной власти не только на основании правового обычая, но и по завещанию (эпоха дворцовых переворотов), и по закону (Российская империя после Павла I). Однако если рассуждать логически, наследование верховной власти происходило лишь в силу факта смерти наследодателя и принятия верховной власти вкупе с другим имуществом как наследственной массы надлежащим лицом. Если монарх, занимавший трон, не

⁶ Утвержденная грамота об избрании на Московское государство Михаила Федоровича Романова / с предисл. С. А. Белокурова. М., 1906. С. 45.

умирал, а был насильственно отстранен от власти или добровольно отрекся от трона, и по этой причине должность оказалась вакантной, либо преемник на троне, занявший его после смерти очередного российского монарха, не имел наследственных династических прав, то категория «наследник верховной власти» уже вряд ли применима к таким ситуациям. Поэтому закономерен вопрос: насколько корректно в этом случае именовать монархов, восходящих на трон, наследниками, и насколько легитимной была процедура передачи власти в эпоху дворцовых переворотов в отношении Екатерины I и Екатерины II, Елизаветы Петровны и Анны Иоанновны?

Например, Екатерина I взошла на трон в отсутствие необходимого формального юридического документа — императорского завещания⁷. В этом случае правомерным было бы допустить наследование по закону [Томсинов В.А., 2009: 158–159], поскольку завещание отсутствовало, и одним из вариантов было бы применение Указа о единонаследии 1714 г.⁸ Если же Сенат признал бы его в данном случае не подлежащим применению, то наследование трона могло быть осуществлено на основании сложившегося в допетровскую эпоху правового обычая. Правда, в обоих случаях ни супруга, ни обе незаконнорожденные дочери Петра I, хотя и узаконенные последующим браком родителей, наследовать трон не могли при живом наследнике по мужской линии — сыне царевича Алексея внуке Петра I Петре Алексеевиче, чьи права на трон юридически в сложившейся ситуации были более основательны.

Однако правовой порядок передачи наследства по закону (либо правовому обычаю) игнорируется членами Верховного Тайного совета. Власть передается с полным забвением сложившихся принципов наследственного права супруге покойного императора на том основании, что она была коронована и миропомазана как супруга российского императора и не являлась ни соправителем, ни наследником по завещанию в силу отсутствия такового⁹, а значит не имела права на наследование трона, но заняв его, приняла императорскую власть, не будучи наследницей трона. В Манифесте о кончине императора Петра I и вступлении на престол императрицы Екатерины I права новой императрицы обосновываются тем, что она была коронована и ей присягнули Правительствующий Сенат и Святейший Синод, и в тексте Манифеста она

⁷ Именной указ «О праве наследия престолом» / Полное собрание законов Российской империи. Т. VII. № 3893.

⁸ Именной указ «О порядке наследования в движимых и недвижимых имуществах» / Полное собрание законов Российской империи. № 2789.

⁹ 7 мая 1724 г. Екатерина Алексеевна (Марта Скавронская) была венчана на царство императорской короной.

не называется наследницей¹⁰. Таким образом, если передача верховной власти по свойству имела место в эпоху Смутного времени, то передача трона по супружеству стало новым «прецедентом» в государственном праве Российской империи. Супружество станет одним из оснований передачи трона и Екатерине II в 1762 году.

Еще более запутанной видится ситуация с правовым регулированием порядка наследования верховной власти после составления Екатериной I своего завещания — «Тестамент», которым она назначала наследником Петра II — внука Петра I и устанавливала порядок престолонаследия на тот случай, если Петр II, находясь на троне, не оставит потомков. Создается уникальная для российского права ситуация: по названию и назначению акт можно причислить к завещаниям, а значит, к юридическим актам частного права, но содержание не дает возможности считать его таковым, поскольку, с одной стороны, касается наследования верховной императорской власти, с другой, «Тестамент» выходит за рамки частного правового акта, содержит новые правовые нормы, и может рассматриваться в качестве закона о престолонаследии.

В частности, в п. 8 «Тестамент» вводится порядок наследования трона в случае смерти Петра II не до, а после венчания его на царство при отсутствии у него прямых потомков. Если бы это касалось перехода прав к другим наследникам в случае смерти до венчания внука Петра I на царство, то можно было бы вести речь об использовании института поднаследника (*substitutio*) по завещанию, т.е. института частного по своей природе права, но установление норм относительно перехода прав к иным лицам, пусть и относящимся к роду Романовых, в случае смерти действующего императора явно ограничивает венчанного на царство Петра II, который имел право, вступив в совершеннолетие и заняв трон, самостоятельно составить завещание, выразив собственную волю.

При возведении на трон Петра II текст «Тестамент» публикуется в Манифесте о восшествии на престол в виде приложения к акту¹¹. Одновременно было дано предписание изъять Устав Петра I «О праве наследия престолом» из учреждений Российской империи наряду со всеми остальными актами, связанными с делом цесаревича Алексея — отца Петра II¹². В связи с этими фактами встает вопрос: если «Тестамент»

¹⁰ Манифест О кончине императора Петра I и о вступлении на престол императрицы Екатерины I / Полное собрание законов Российской империи. Т. VII. № 4643.

¹¹ Тестамент, блаженной памяти, Императрицы Екатерины I / Полное собрание законов Российской империи. Т. VII. № 5007.

¹² Именной указ, состоявшийся в Верховном тайном совете «Об отобрании манифестов, выданных из бывшей Розыскной канцелярии» / Полное собрание законов Российской империи. Т. VII. № 5131.

Екатерины I являлся по юридической природе нормативным правовым актом, то можно ли полагать, что он заменил Устав Петра I «О праве наследия престолом»? Или все же екатерининский «Тестамент» имел частноправовую природу, а стало быть, он может являться исключительно актом реализации права, в силу чего нет оснований сомневаться в действии на тот момент Устава Петра I «О наследии престолом» от 1722 года, установленного именным указом императора?

Приглашенная на трон Верховным тайным советом племянница Петра I Анна Иоанновна подтвердит Манифестом от 17 декабря 1731 г. норму петровского Устава 1722 г. о назначении наследника верховной власти по воле действующего императора¹³. Представляется, что в данной ситуации новая императрица восстановила правовой порядок, поскольку любое завещание, даже императорское, все же не является по юридической силе законодательным актом. Его природа была частноправовой, и это — акт реализации права. Любой манифест о восшествии на трон также имел ограниченный срок действия и обязателен был лишь в правление императора, издавшего его, но другого монарха он не обязывал к признанию и исполнению. Монарх, вступающий на трон, мог отменить его нормы или внести изменения собственным манифестом, в то время как многие именные указы (как и уставы) по своей юридической силе близки к современному пониманию закона как нормативно-правового акта, рассчитанного на постоянное применение, если иное не было предусмотрено в тексте самого акта. Поэтому полагаем, что считать Устав Петра I от 1722 г. «О праве наследия престолом» отмененным Манифестом Петра II о восшествии на престол неправомерно, скорее, можно вести речь о приостановлении его действия (признания недействующим) в правление Петра II [Закатов А.Н., 2019: 240–242].

Елизавета Петровна, занявшая трон в результате дворцового переворота, отстранила наследника, назначенного Анной Иоанновной в 1740 году — Иоанна VI¹⁴, объявив Манифестом от 28 ноября 1741 г. о восстановлении своего права на престол. Она апеллировала к «Тестаменту» Екатерины I как юридическому акту, устанавливающему права на престол старшей дочери Петра I — Анны и ее наследников¹⁵. Щекот-

¹³ Манифест «Об учинении присяги в верности Наследнику Всероссийского престола, который от Ея Императорского Величества учинен будет» / Полное собрание законов Российской империи. Т. VIII. № 5909.

¹⁴ Манифест, сочиненный графом Остерманом о назначении императрицею Анною принца Иоанна наследником русского престола / Законодательство Анны Иоанновны / сост. и авт. вступ. статьи Томсинов В.А. М., 2009. С. 232–233.

¹⁵ Манифест «О вступлении на престол государыни императрицы Елисаветы Петровны, с обстоятельным изъяснением ближайшего и преимущественного права ее

ливый момент о праве на престол своего племянника, принца Шлезвиг-Гольштейнского Карла-Петра-Ульриха (будущего Петра III), Елизавета обходит ссылкой на религиозную принадлежность российского монарха, который должен состоять в православии (принц на тот момент был лютеранином). Тем самым создавалась уникальная правовая ситуация: акт правоприменения («Тестамент» Екатерины I) был поставлен по юридической силе выше Устава Петра I и Манифеста Анны Иоанновны. Незаконнорожденная дочь Петра I Елизавета Петровна могла обосновать свое право на престол только через завещание своей матери Екатерины I, остальное решили расстановка политических сил и симпатии дворянства.

В истории воцарения Екатерины II вообще не наблюдается правовых «зацепок» для наследования ею верховной власти. Максимум, на что она могла претендовать — регентство до совершеннолетия Павла I. По юридическим основаниям именно сын Петра III и Екатерины II и должен был взойти на трон вследствие отречения императора на основании закона (действовавшего петровского Указ о единонаследии 1714 г.). Но уже был «прецедент» назначения на трон Верховным тайным советом Екатерины I как супруги императора. В 1762 году российское дворянство уже не видело ничего противоправного в том, чтобы посадить на трон супругу отрекшегося Петра III как наиболее удобную для дворянского сословия кандидатуру.

Итак, очевидно, что все вышеупомянутые императрицы юридически не могли именоваться наследницами верховной власти. Тем не менее фактом остается их правление и пребывание на троне в обход института наследования по завещанию, закрепленного Уставом Петра I «О праве наследия престолом». Впрочем, они и сами это осознавали. В тексте манифестов о восшествии на трон и Екатерина II, и Елизавета Петровна, и Анна Иоанновна именуют себя не наследницами, а «восприемницами» трона¹⁶. Этот аспект показателен, ибо указывает на отсутствие оснований наследования при вступлении указанных лиц на трон.

Анализ текстов манифестов о восшествии на престол императоров и императриц эпохи дворцовых переворотов приводит к выводу о том, что

величества на российскую корону» / Полное собрание законов Российской империи. Т. XI. № 8476.

¹⁶ Манифест, изданный Верховным тайным советом «О кончине Императора Петра II, и о восприятии Российского престола Государынею Царевною, Анною Иоанновною» / Полное собрание законов Российской империи. Т. XV. № 11390; Высочайший Манифест о вступлении на Всероссийский Престол Государыни Императрицы Елисаветы Петровны, и об учинении присяги / Полное собрание законов Российской империи. Т. XI. № 7997; Манифест «О вступлении на престол Императрицы Екатерины II» / Полное собрание законов Российской империи. Т. XXIV. № 17530.

в рассматриваемый период терминологически произошло разграничение категорий «наследник престола» и «восприемник престола». Толкование текстов дает возможность предположить, что критерием разграничения выступало именно юридическое основание прав претендента на трон. По крайней мере, в правовых текстах эта тенденция устойчиво проявляется, значит, можно вести речь о зарождении в российском праве нового института в механизме передачи верховной власти, отличного от наследования верховной власти.

К примеру, в вышеупомянутом Манифесте от 25 ноября 1741 г. терминологически разграничиваются наследник престола, которым назван внук умершей императрицы Анны Иоанновны, и восприемница престола: Елизавета Петровна, утверждая Манифестом права на отеческий престол, указывает, что она его «воспрять соизволили»¹⁷.

Если обратиться к происхождению термина «восприемник», то следует признать, что конструкция «восприятия» (принятия) трона в значении правопреемства верховной власти в российское государственное право была реципирована из византийского церковного права¹⁸, в рамках которого «восприемником» именовали лицо, принимающее от купели новообращенного в христианство мирянина при проведении таинства святого крещения. Второе значение термина «восприемник» в каноническом (церковном) праве — представитель при крещении, т.е. лицо, принимающее новообращенного христианина под покровительство после проведения таинства крещения¹⁹.

Термин «восприемник престола» мог появиться в светском законодательстве Российской империи в связи с переносом конструкции восприемника при таинстве крещения на таинство миропомазания кандидата на трон. Миропомазание, предшествовавшее венчанию на царство, придавало в православной традиции новый церковно-государственный статус лицу, восходившему на трон, легитимировало власть нового монарха перед обществом, даже если очередной кандидат не имел наследственных прав на трон. Для обряда миропомазания и процедуры венчания на царство в византийской традиции не имело значения наличие или отсутствие наследственных прав на престол, это требования российского государственного права. Главное условие для восприемника трона — быть в лоне

¹⁷ Полное собрание законов Российской империи. Т. XI. № 7997.

¹⁸ Восприемничество в церковном обряде крещения как институт канонического права было закреплено 53-м правилом Трулльского собора (681).

¹⁹ Петровский А.В. Восприемники // Православная богословская энциклопедия. Том 3. Стлб. 1000 / Приложение к духовному журналу «Странник» за 1902 г. Available at: URL: <http://www.biblioteka3.ru/biblioteka/pravoslavnaja-bogoslovskaja-jenciklopedija/tom-3/vospriemniki.html> (дата обращения: 6.10.2023)

православной Церкви; при иных обстоятельствах стать православным монархом — «помазанником божьим» — было невозможно²⁰.

Институт восприемника трона отсылает исследователя к реалиям замещения трона в Византии, откуда родом большинство правовых институтов церковного права. Во Втором Риме не столь важна была связь по кровному родству при наследовании трона, но в расчет могли приниматься и свойства, и супружеская связь, да и перевороты со сменой династии были достаточно частым явлением. При этом венчание на царство и миропомазание претендента на императорский трон, которому предшествовала легитимация в виде избрания претендента Сенатом и народом Константинополя, снимали все вопросы об отсутствии наследственных прав, и кандидат становился восприемником престола по праву священных канонов и воле народа.

Справедливости ради следует отметить, что в XVIII в. была предпринята попытка укоренения практики передачи верховной власти в Российской империи по завещанию монарха. При этом преемник как будущий наследник трона официально представлялся двору, что, однако, не гарантировало уму передачи трона после смерти предшественника. Представляется, что в эпоху дворцовых переворотов преемник (он же наследник по завещанию) не являлся правовым институтом, а возник как институт политический. Так, Екатерина I назвала наследником по завещанию (преемником) Петра II, Анна Иоанновна представила российскому дворянству своего преемника — племянника Иоанна VI как наследника по завещанию, а права регентства возложила на его мать — Анну Леопольдовну. Аналогично поступила и бездетная Елизавета Петровна, представившая двору наследника — будущего Петра III, обеспечив тем самым преемство верховной власти. В сущности как преемник трона жил при Екатерине II и будущий император Павел I, иначе, как уже отмечалось, венчан на царство он должен был с момента отречения Петра III как наследник, а Екатерина II могла быть в крайнем случае регентшей при малолетнем императоре.

Возможно, если бы не Указ о престолонаследии от 5 апреля 1797 г.²¹, в дальнейшем политический институт преемника верховной власти мог развиваться, но переход к престолонаследию на основании закона уничтожил условия возможной эволюции в указанном направлении. Однако,

²⁰ Это требование до XIX в. существовало в рамках канонического права, с созданием Основных законов Российской империи было закреплено в ст. 63 т.1 Свода государственных законов Российской империи издания 1832 года.

²¹ Акт, Высочайше утвержденный в день священного коронования Его Императорского Величества и положенный для хранения на престол Успенского собора / Полное собрание законов Российской империи. Т. XXIV. № 17910.

с другой стороны, нельзя не признать, что определение законом порядка престолонаследия, в сущности, исключало политическую неустойчивость при смене персоналий верховной власти и давало возможность подготовить к обязанностям наследника трона с детства. Но «ловушкой» законного порядка престолонаследия оставалась проблема слабого и неспособного к управлению огромной империей наследника. В нее и попала российская государственность в начале XX века.

Революционные изменения начала XX века снова поставили на повестку дня вопрос об институте восприемника верховной власти в связи с отречением от престола Николая II за себя и цесаревича Алексея и последовавшего затем отказа Михаила Романова принять освободившийся престол. В акте об отречении Николай II был вынужден назвать восприемника, поскольку, отрекаясь за себя и несовершеннолетнего наследника цесаревича Алексея, монарх нарушал очередность наследования престола, передавая трон своему брату великому князю Михаилу Романову. Михаил не мог стать легитимным наследником по российскому законодательству о престолонаследии, поскольку отречение Николая II за несовершеннолетнего наследника, к которому должен был перейти трон, не предусматривалось Основными государственными законами.

Отказ Михаила Романова вступить в права престолонаследия и отсутствие иных заявлений о праве на трон со стороны наследников по закону из других ветвей царствующей династии²² и породили политический кризис Февраля 1917 года. Вместе с тем, отказываясь занять трон в связи с отречением действующего императора, великий князь Михаил Романов в тексте своего Манифеста от 3 марта 1917 г. вновь вспоминает институт восприемника верховной власти, использовавшийся в законодательстве XVIII в.: «Одушевленный единою со всем народом мыслию, что выше всего благо Родины нашей, принял я твердое решение в том лишь случае воспринять верховную власть, если такова будет воля великого народа нашего, которому надлежит всенародным голосованием, через представителей своих в Учредительном собрании, установить образ правления и новые основные законы Государства Российского»²³. Но история распорядилась иначе, и в России 1 сентября 1917 г. была провозглашена республика, а институты соправителя (преемника), наследника и восприемника трона ушли в прошлое.

²² Основные государственные законы Российской империи. Т. 1. Свод основных государственных законов Российской Империи. СПб., 1906. Ст. 28–30.

²³ Акт (Манифест) отречения Михаила Александровича Романова от престола. 3 марта 1917 г. / Архив новейшей истории России. Т. III; Скорбный путь Романовых (1917–1918 гг.). Гибель царской семьи: Сборник документов и материалов / отв. ред. и сост. В.М. Хрусталева. М., 2001. С. 51.

Заключение

В исследованиях историко-правового материала правового механизма передачи верховной власти дореволюционной эпохи существуют пробелы: до сих пор не созданы специальные труды правоведов о рецепции института соправительства, неисследованным является институт восприемника трона. Но если институт соправителя известен отечественным исследователям, институт восприемника трона пока не стал объектом научного интереса. В настоящей статье он выделен как самостоятельный правовой институт в механизме престолонаследия Российской империи.

Институт восприемника верховной власти (восприемника трона) обладает признаками, отличающими его от наследника трона, поскольку восприемник не обязательно является кровным родственником царствующего монарха. Он получает трон не на основании наследственного правоотношения, а в силу отречения предшествующего монарха либо насильственного завладения троном с отстранением наследников верховной власти от принятия трона. Восприемник трона не получает власти как наследник — по закону или воле правопредшественника (завещанию), — он ее приобретает в силу обряда миропомазания и процедуры венчания на царство, поэтому категория церковного права была использована в государственном законодательстве Российской империи для легитимации власти монархов в период дворцовых переворотов. Указанные признаки и соответствующая терминология в законодательстве Российской империи позволяют выявить правовой институт восприемника верховной власти как устойчивое правовое явление, отразившееся в законодательстве XVIII века.

Институт соправителя, существовавший в эпоху формирования Российского централизованного государства и сословно-представительной монархии и реципированный из византийского права, в XV — первой половине XVI вв. использовался в Московском княжестве для назначения преемника верховной власти, чтобы затем передать ему трон как наследнику после смерти царствующего монарха. Объединение в институте соправителя признаков преемника верховной власти и наследника верховной власти было порождением эпохи, в которую происходил переход от родового (лестничного) порядка наследования к феодальному принципу от отца к сыну, создававшей возможность царствующему монарху выбрать претендентов на престолонаследие в Московском княжестве. В сословно-представительной монархии институт соправителя уже играл в большей степени политическую роль, но по традиции использовался чтобы укрепить политические позиции наследника царствующего монарха.

Вновь институт преемника верховной власти, но уже в качестве политического, а не правового института, можно встретить в период дворцовых переворотов при назначении царствующим монархом наследника по завещанию с последующей церемонией его представления двору. В данном случае юридически монархом определялся наследник по завещанию, который мог реализовать свои права лишь после смерти наследодателя. Дворянству представляли его как политического преемника царствующего монарха, выбранного из ряда других претендентов, имевших права на получение престола по наследству.

Настоящее исследование не претендует на всеобъемлющий характер ответов на поставленные вопросы, связанные с изучением механизма воспроизводства верховной власти в дореволюционной России, а представляет попытку рассмотреть отдельные правовые аспекты ненаследственного занятия трона российскими монархами, выявить в механизме передачи верховной власти до Октября 1917 года правовые институты, отличные от института наследника верховной власти. Рассмотренные в статье правовые институты требуют более пристального внимания и дальнейшего изучения отечественной историко-правовой наукой.



Список источников

1. Авакьян С.А. Проекты законов о поправках к Конституции РФ: грядет ли раунд четвертый? // Конституционное и муниципальное право. 2020. № 1. С. 31–44.
2. Александров Д.Н., Мельников С.А., Алексеев С.В. Очерки истории княжеской власти и соправительства на Руси в IX–XV вв. М.: Мосты, 1995. 114 с.
3. Величко А.В. Единоличная власть и византийское «многоцарствие» // Проблемы национальной стратегии. 2014. № 1. С. 182–197.
4. Балковая В.Г. Становление института главы государства в государственном праве дореволюционной России // Образование. Наука. Научные кадры. 2019. № 4. С. 20–24.
5. Данилова В.Ю. Тацит и Плиний Младший об усыновлении императоров // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия: Социально-гуманитарные науки. 2018. Т. 18. № 3. С. 27–32.
6. Диунов М.Ю. Оценка законности отречения Николая II // Вестник Северного (Арктического) федерального университета. Серия: Гуманитарные и социальные науки. 2022. № 2. С. 16–27.
7. Закатов А.Н. Проблема обеспечения преемственности верховной власти в царствование императрицы Екатерины II Великой / Екатерина Великая — Великой России. К 255-летию Вольного экономического общества России /отв. ред. Бодрунов С.Д. М.: Академия менеджмента и бизнес-администрирования, 2019. С. 240–246.
8. Зызыкин М.В. Царская власть и Закон о престолонаследии в России. София: Новая жизнь, 1924. 190 с.

9. Каштанов С.М. Социально-политическая история России конца XV — первой половины XVI века. М.: Наука, 1967. 392 с.
10. Кирсанов А.Ю. О поправках к Конституции Российской Федерации: pro et contra // Вестник Московского университета МВД России. 2022. № 4. С. 113–116.
11. Коновалова Г.Н. Нормативные правовые договоры и нормоориентирующие акты судов как новые источники российского права: анализ через призму принципа верховенства закона // Вестник Томского университета. Право. 2020. № 3. С. 241–246.
12. Ларионова Д.А. Отречение Николая II: историко-правовой анализ // Вопросы российской юстиции. 2020. № 6. С. 45–53.
13. Мельников С.А. Правовой режим наследования престола в древней Руси IX–начала XVI в. Историко-правовое исследование. М.: Информ-Знание, 2009. 224 с.
14. Мельников С.А. Престолонаследие как фактор эволюции Древнерусского государства. Автореф. дисс. ... д.ю.н. М., 2010. 61 с.
15. Неусыхин А.И. Свобода и собственность в варварских правдах / Проблемы европейского феодализма. М.: Наука, 1974. С. 35–212.
16. Плотникова О.А. Порядок наследования власти в Древнерусском государстве // Власть. 2007. № 10. С. 107–110.
17. Сергеевич В.И. Лекции и исследования по древней истории русского права. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1910. 680 с.
18. Сердюкова Г.С. Реализация квазидинастического принципа наследования при Антонинах // Вестник Санкт-Петербургского университета. История. 2006. Сер. 2. Вып. 4. С. 206–211.
19. Сокольская Л.В., Анисимов А.П. Проблемы применения правовых обычаев в российской юрисдикции // Право и государство: теория и практика. 2020. № 1. С. 67–70.
20. Староверова Е.В. Свойства императорской власти согласно основным государственным законам российской империи 1906 г. // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 2009. № 2. С. 99–107.
21. Тихомиров Л.А. Монархическая государственность. М.: Облиздат, 1998. 672 с.
22. Томсинов В.А. Проблема престолонаследия в России во второй четверти XVIII века / Жидковские чтения. Материалы межвузовской научной конференции. Москва, 2008. М.: РУДН, 2009. С. 152–177.
23. Хутарев-Гарнишевский В.В. Российское императорское престолонаследие в реалиях XXI века // Журнал российских и восточноевропейских исследований. 2021. № 1. С. 110–137.
24. Шайрян Г.П. Законодательное регулирование престолонаследия в российской империи (конец XVIII — начало XX вв.). Автореф. дисс. ... к.ю.н. М., 2014. 26 с.
25. Шайрян Г.П. Неизменный закон о престолонаследии в России и опыт его применения в начале XX века // Международный исследовательский журнал. 2017. № 3. Ч. 2. С. 131–132.



References

1. Alexandrov D.N., Melnikov S.A., Alekseev S.V. (1995) Essays on the history of princely power and co-government in Russia in 9–14th centuries. Moscow: Mosty Press, 114 p. (in Russ.)

2. Avakian S.A. (2020) Draft laws on amendments to the Constitution of the Russian Federation: is the fourth round coming? *Konstitucionnoe i municipalnoe pravo*=Constitutional and Municipal Law, no. 1, pp. 31–44 (in Russ.)
3. Balkovaya V.G. (2019) Formation of the institute of the head of state in the state law of pre-revolutionary Russia. *Obrazovanie. Nauka. Nauchnye kadry*=Education. Science. Academic Personnel, no. 4, pp. 20–24 (in Russ.)
4. Danilova V.Y. (2018) Tacitus and Pliny the Younger on the adoption of emperors. *Vestnik Uzhnoyarskogo gosudarstvennogo yuniversiteta. Sotcialno-gumanitarnye nauki*=Bulletin of the South Ural State University. Social and Humanitarian Sciences, no. 3, pp. 27–32 (in Russ.)
5. Diunov M.Yu. (2022) Assessment of legality of Nicholas II abdication. *Vestnik Severnogo (Arkticheskogo) federalnogo universiteta. Gumanitarnye i sotcialnye nauki*=Bulletin of the Northern (Arctic) Federal University. Humanities and Social Sciences, vol. 22, no. 2, pp. 16–27 (in Russ.)
6. Kashtanov S.M. (1967) *Russian socio-political history at the end of 14th and first half of 16th century*. Moscow: Nauka, 392 p. (in Russ.)
7. Khutarev-Garnishevsky V.V. (2021) Russian imperial succession in the realities of 21st century. *Zhurnal rossiyskih i vostochoedropeiskih isslelovaniy*= Journal of Russian and Eastern European Studies, no. 1, pp. 110–137 (in Russ.)
8. Kirsanov A.Yu. (2022) Amendments to the Constitution of the Russian Federation: *pro et contra*. *Vestnik Moskovskogo Universiteta MVD*=Bulletin of Moscow University of Ministry of Internal Affairs, no. 4, pp. 113–116 (in Russ.)
9. Konovalova G.N. (2020) Normative legal agreements and standard-setting acts of courts as new sources of Russian law: analysis through the prism of the rule of law principle. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo*= Bulletin of Tomsk University. Law, no. 3, pp. 241–246 (in Russ.)
10. Larionova D.A. (2020) The abdication of Nicholas II: historical and legal analysis. *Voprosy rossiyskoi ustitsii*=Issues of Russian Justice, no. 6, pp. 45–53 (in Russ.)
11. Melnikov S.A. (2009) *The legal regime of succession to the throne in ancient Russia 9th-early 16th century*. Moscow: Inform-Znanie, 224 p. (in Russ.)
12. Melnikov S.A. (2010) Succession to the throne as a factor in the evolution of the Old Russian state. Doctor of Juridical Sciences Summary. Moscow, 61 p. (in Russ.)
13. Neusykhin A.I. (1974) Freedom and property in barbaric truths. In: Problems of European feudalism. Moscow: Nauka, pp. 35– 212 (in Russ.)
14. Plotnikova O.A. (2007) The order of inheritance of power in the Old Russian state. *Vlast'*=Power, no. 10, p. 107 (in Russ.)
15. Serdyukova G.S. (2006) The implementation of the quasi-dynastic principle of inheritance under the Antonines. *VestnikSankt-Peterburgskogo universiteta. Istoria*=Bulletin of Saint Petersburg University. History, issue 4, pp. 206–211 (in Russ.)
16. Sergeevich V.I. (1910) Lectures and research on the ancient history of Russian law. Saint Petersburg: M.M. Stasyulevich, 680 p. (in Russ.)
17. Shayryan G.P. (2014) Legislative regulation of succession to the throne in the Russian Empire (late 18–early 20th centuries). Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 26 p. (in Russ.)
18. Shayryan G.P. (2017) The immutable law on succession to the throne in Russia and experience of its application in the early twentieth century. *Miezdunaronyi*

issledovatel'skiy zhurnal=International Research Journal, no. 3, part 2, pp. 131–132 (in Russ.)

19. Sokolskaya L.V., Anisimov A.P. (2020) Application of legal customs in Russian jurisdiction. *Pravo i gosudarstvo: teoriya i praktika*=Law and State: Theory and Practice, no. 1, pp. 67–70 (in Russ.)

20. Staroverova E.V. (2009) Properties of imperial power according to the basic state laws of the Russian Empire of 1906. *Vestnik Moskovskogo gosudarstvennogo Universiteta. Pravo*=Bulletin of Moscow State University. Law, no. 2, pp. 99–107 (in Russ.)

21. Tikhomirov L.A. (1998) *Monarchical statehood*. Moscow: Oblizdat, 672 p. (in Russ.)

22. Tomsinov V.A. (2009) The succession to the throne in Russia in the second quarter of the 18th century. In: Materials of the scholar conference. Moscow: RUDN Press, pp. 152–177 (in Russ.)

23. Velichko A.V. (2014) Sole power and the Byzantine “multi-kingdom”. *Problemy natsionalnoy strategii*=Issues of National Strategy, no. 1, pp. 182–197 (in Russ.)

24. Zakatov A.N. (2019) Maintaining continuity of supreme power under Empress Catherine II. In: Catherine the Great in Great Russia. Moscow: Academy of Management and Business Administration, 248 p. (in Russ.)

25. Zyzykin M.V. (1924) *Tsar power and the Law on Succession to the Throne in Russia*. Sofia: Novaya zhizn', 190 p. (in Russ.)

Информация об авторах:

С.И. Нагих — кандидат юридических наук, профессор.

И.А. Шершнева-Цитульская — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the authors:

S.I. Nagikh — Candidate of Sciences (Law), Professor.

I.A. Shershneva-Tsitulskaya — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 25.07.2023; одобрена после рецензирования 04.09.2023; принята к публикации 02.10.2023.

The article was submitted to editorial office 25.07.2023; approved after reviewing 04.09.2023; accepted for publication 02.10.2023.

Научная статья

УДК: 342.5

DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.81.102

Место прокуратуры в государственном механизме Российской Федерации: теоретический, исторический и нормативный аспекты



Сергей Георгиевич Рокитянский

Университет прокуратуры Российской Федерации, Россия 123022, Москва,
2-я Звенигородская ул., 15, rocky1979@rambler.ru



Аннотация

Несмотря на многовековую историю российского прокурорского надзора, в юридической науке нет единства мнений о государственно-правовом статусе органов прокуратуры и их месте в механизме государства. Законодательство Российской империи, СССР и Российской Федерации не дает прямого ответа на вопрос о принадлежности прокуратуры к органам государственной власти или к государственным органам, что воспринимается многими учеными как повод для дискуссии. Высказываются взаимоисключающие суждения, что прокуратура является органом президентской, законодательной, исполнительной, судебной или контрольно-надзорной власти. Такое разнообразие мнений не может быть оправдано идеологическим плюрализмом и недопустимо с точки зрения правовой науки, поскольку основательной классификации правового явления должно предшествовать корректное определение его специфических и устойчивых характеристик, которые имеются у органов прокуратуры с их многовековой историей и могут быть четко установлены. Правильное решение этого вопроса имеет не только теоретическое, но и практическое значение. Во-первых, от этого зависит включение прокуратуры в отношения внутри системы разделения властей (или исключение из них). Во-вторых, это влияет на конституционно-правовую природу органов прокуратуры, от которой зависят общие векторы и параметры дальнейшего развития надзорного института. Применение к поставленному вопросу базисных положений теории государства, а также исследование исторических трансформаций прокуратуры в системе российского государства показало, что давно устоявший-

ся законодательный подход может рассматриваться вовсе не как молчание законодателя, а как вполне закономерное решение о статусе прокуратуры в качестве системы надзорных органов *sui generis*. При решении данного вопроса были рассмотрены три фактора, определенные в ходе исследования: производный характер государственно-правового статуса органов прокуратуры (определение полномочий по усмотрению законодателя); исторически сложившаяся системная связь прокурорского надзора с институтом верховной власти; надзор за законностью и обоснованностью осуществления властных полномочий другими органами государства как отличительный признак прокуратуры в государственном механизме России.



Ключевые слова

прокуратура; общий надзор; государственный механизм; система надзорных органов; история российского права; разделение властей.

Для цитирования: Рокитянский С.Г. Место прокуратуры в государственном механизме Российской Федерации: теоретический, исторический и нормативный аспекты // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2023. № 4. С. 81–102. DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.81.102

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

Research article

Procurator Office in the Russian State Mechanism: Theoretical, Historical and Normative Aspects



Sergey Georgievich Rokityansky

University of the Procurator Office of the Russian Federation, 15 Vtoraya Zvenigorodskaya St., Moscow 123022, Russia, rocky1979@rambler.ru.



Abstract

Although the Russian Procurator Office supervision has the centuries-old history, there is still no consensus in doctrine on its status and place in the state mechanism. The legal enactments of the Russian Empire and the USSR as well as current legislation in force do not certainly refer the Procurator Office to either agencies of state power or to other state agencies, and this fact is estimated by various scholars as a cue to doctrinal discussion. A lot of inconsistent arguments have been expressed about the Procurator Office's disposition within a presidential, legislative, executive, judicial and even 'supervisory-controlling' branches. Such a diversity of opinions cannot be justified by ideological pluralism and is unacceptable from the perspective of legal studies, since the correct classification of a legal phenomenon can be only gained by means of due definition of its specific and stable characteristics Procurator Office, evidently, possesses with respect to its centuries-old history. The accurate consideration of this

issue has not only theoretical, but also practical significance. Firstly, if the Procurator Office was declared to be agency of state power, it would be at once inserted in the relations within separation of powers principle. Secondly, it affects the constitutional stature of the institute having impact on the general patterns and the framework of the further development of Russian supervisory institution. The author has addressed the issue in respect of three dimensions: basic provisions of the legal theory, historical transformations of the Procurator Office within system of the Russian State and the normative (legislative) trends. As a result, the position has been elaborated that the long-established legislative approach may be reckoned not as the silence of the legislator, but as a deliberate decision on the status of the Procurator Office as a supervisory institution *sui generis*. Addressing this issue, three factors have been identified and taken into account: derivative legal status of the Procurator Office (determination of its powers at the discretion of the legislator); historically determined systemic relationship between Procurator Office and the institution of supreme power; supervision over the legality and validity of the authority exercised by other state bodies as a distinctive feature of the Procurator Office in the state mechanism of Russia.



Keywords

procurator office; general supervision; state mechanism; supervisory bodies system; history of Russian law; separation of powers.

For citation: Rokityanky S.G. (2023) Procurator Office in the Russian State Mechanism: Theoretical, Historical and Normative Aspects. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 16, no. 4, pp. 81–102 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.81.102

Введение

Вопрос о конституционно-правовом статусе прокуратуры Российской Федерации, в особенности в части, касающейся ее места в государственном механизме, долгое время находится в категории дискуссионных. Первостепенный документ, конструирующий механизм современного российского государства — Конституция Российской Федерации 1993 г. вплоть до 2020 г. не давал определения конституционно-правового статуса прокуратуры, оставляя не только ее организацию и порядок деятельности, но и полномочия прокуратуры полностью на усмотрение федерального законодателя. Указывалось лишь, что данные вопросы должны быть урегулированы федеральным законом (ч. 1 ст. 129 Конституции в первоначальной ее редакции).

Поправками к Конституции России от 14.03. 2020 данный вопрос пересмотрен в пользу закрепления на уровне акта, обладающего высшей юридической силой, базисного представления о том, что такое прокуратура. В действующей редакции ч. 1 ст. 129 Конституции России прокуратура — единая федеральная централизованная система органов, осуществляющих надзор за соблюдением Конституции и исполнением

законов. Ни для кого не секрет, что данная формулировка была неотъемлемой концептуальной частью Федерального закона от 17.01.1992 № 2202-І «О прокуратуре Российской Федерации»¹ (далее — Закон о прокуратуре). В связи с этим важно отметить, что концепция прокуратуры как федеральной централизованной системы органов, осуществляющих надзор (надзорных органов), не только просуществовала на протяжении 30 лет в почти неизменном виде, но и была вынесена на уровень конституционного регулирования. Следовательно, необходимо признать как минимум ее неугасающую актуальность.

Вместе с тем ни из названных конституционных положений, ни из Закона о прокуратуре не следует, имеет ли прокуратура наряду со статусом системы надзорных органов также статус государственного органа (в узком смысле), органа государственной власти, органа публичной власти или органа какой-либо из ветвей власти. Это привело к многочисленным научным вопросам о том, какова государственно-правовая природа прокуратуры, от ответа на которые напрямую зависит концепция регламентации полномочий надзорных органов и характер отношений между ними и органами государственной власти. Например, если пойти по пути, предлагаемому некоторыми юристами, и признать прокуратуру органом исполнительной власти, то на нее должны автоматически распространяться все общие сдержки и противовесы со стороны органов законодательной и судебной властей, присущие им в силу неоднократно исследованного Конституционным Судом Российской Федерации конституционного принципа разделения властей. Однако такой подход вряд ли может быть признан соответствующим действительности.

В доктрине выдвинуты разнообразные доводы об отнесении (прямом или преимущественном) российской прокуратуры к системе органов государственной власти [Чуглазов Г., 2003: 30], к законодательной ветви власти [Долежан В.В., 1991: 44]; [Ломовский В., 2001]; к исполнительной ветви власти [Бессарабов В., 1999: 43–44]; к судебной власти [Чуглазов Г., 2003: 32]; к президентской власти [Кулагин П., 2001: 29]; к контрольным органам [Глазунова Н.И., 2007: 457]; к контрольно-надзорным органам [Кокотов А.Н., 2007: 56–57]; [Матузов Н.И., Малько А.В., 2013: 92]. Из сказанного следует, что в качестве первичного напрашивается вопрос — является ли прокуратура органом государственной власти (законодательной, исполнительной, судебной, президентской — второстепенный вопрос). Если же она таковым не является, то является ли она государственным органом в узком смысле (по аналогии с Центризбиркомом России, Администрацией Президента и т.п.). Наконец, может

¹ СЗ РФ. 1995. № 47. Ст. 4472.

ли прокуратура рассматриваться как часть государственного механизма *sui generis* (государственный орган в широком понимании), и уместны ли в отношении нее применение понятий контрольных или контрольно-надзорных органов?

Поиску теоретически и нормативно обоснованного ответа на данные вопросы посвящено настоящее исследование.

1. Теоретико-правовое соотношение понятий «орган государства», «государственный орган» и «орган государственной власти»

Государственные органы во всем многообразии их видов, форм, структур и наименований являются неотъемлемым элементом системы, которую в теории государства и права принято называть механизмом государства или, более узко, государственным аппаратом. Основопологающим для данной проблематики наблюдением по мере исторического развития стал теоретический вывод, что государства действуют в повседневной деятельности общества — не сами по себе в качестве абстрактной сущности, а через органы государства. Как человек не может совершить ни одного действия без органов чувств или двигательной системы, так государство осталось бы лишь отвлеченным идейным образом, не будь у него органов, которые непосредственно выполняли бы функции государства. Выдающийся российский теоретик права, профессор Санкт-Петербургского императорского университета Н.М. Коркунов еще в начале XX в. отмечал: «Ведь деятельность государства есть деятельность людей, признаваемых органами государственной власти» [Коркунов Н.М., 1909: 65].

Современные теоретики права и конституционалисты сходятся во мнении [Авакьян С.А., 2015: 469], что орган государства — организация, т.е. коллектив граждан, а в определенных случаях — единоличный орган, т.е. один гражданин, единственной задачей которых в данном качестве является осуществление определенной функции самого государства. Связь понятий органа государства и функции государства является здесь определяющей — деятельность с целью осуществления именно этих функций (которые также основательно изучены теорией государства и права), а не каких-либо иных функций — ключевое отличие органов государства от любых других организаций и объединений, создаваемых в обществе. Одной из важнейших функций государства является защита нарушенных прав и свобод граждан, обеспечение законности и правопорядка [Клишас А.А., 2019: 110–117]. С этой точки зрения прокуратура, бесспорно, относится к категории органов государства (государственных органов в широком смысле).

Для достижения вышеуказанных целей каждый орган государства наделяется определенной компетенцией и публичными полномочиями. Именно здесь начинается теоретико-правовой водораздел, ведь в зависимости от характера и природы этих полномочий органы государства зачастую не похожи друг на друга, что обуславливает необходимость их системной дифференциации. Одни наделяются непосредственной государственной властью, в том числе высшей властью, в связи с чем именуются органами государственной власти. Поскольку единая государственная власть является суверенной и не ограничена строго очерченным предметом деятельности, органы государственной власти в публичном интересе вправе рассматривать абсолютно любой значимый вопрос, встающий перед обществом и требующий государственного решения [Лесив Б.В., 2020: 148–150]. Разделение органов государственной власти на ветви — законодательную, исполнительную и судебную — приводит не к сокращению круга вопросов, которые они вправе разрешать, а к специализации компетенции и установлению порядка разрешения этого неограниченного круга вопросов.

Именно такая концепция заложена в одной из основ конституционного строя России — ч. 1 ст. 11 Конституции предусматривает, что государственную власть осуществляют Президент Российской Федерации, Федеральное Собрание (Совет Федерации и Государственная Дума), Правительство Российской Федерации, суды. С теоретической точки зрения понятно, почему в данном конституционном положении не упоминаются иные, помимо Правительства, федеральные органы исполнительной власти, хотя общие упоминания о них содержат другие положения Конституции (например, ч. 1 ст. 112). Только Правительство Российской Федерации в системе органов исполнительной власти имеет право рассматривать любые возникающие в общественной жизнедеятельности вопросы. Министерства, службы и агентства ограничены узконаправленным предметом компетенции и в любом случае замыкаются либо на Правительстве, либо на Президенте в качестве органа государственной власти, уполномоченного решать наиболее общественно-значимые вопросы в одном ряду с органами законодательной и судебной власти.

Еще одним отличительным признаком органов государственной власти, обуславливающим необходимость базисного урегулирования их деятельности именно на конституционном уровне, является способность принимать окончательные общеобязательные решения по любым вопросам в рамках их компетенции. Иными словами, это прямое следствие самого определения понятия государственной власти как единственного средства легализованного принуждения к определенному поведению, подчинения воли с применением силы при необходимости

[Коркунов Н.М., 1909: 74–75]. Только органы государственной власти могут принять решение об ограничении прав и свобод граждан, тогда как, например, следователи или прокуроры не имеют окончательного слова по данному вопросу. Даже если взять систему действующего законодательства, то следователи обращаются к суду с вопросом об избрании меры пресечения в виде домашнего ареста или заключения под стражу; прокуроры обращаются к суду в случае неисполнения их представлений либо для поддержания государственного обвинения; прокуроры вправе лишь возбудить дело об административном правонарушении, тогда как рассматривать его и наложить штраф вправе лишь органы исполнительной власти или ведомственные организации, которым переданы соответствующие властные полномочия.

С учетом изложенного понятен вывод С.А. Авакьяна, что к органам государственной власти относятся только органы государства, уполномоченные непосредственно осуществлять власть — законодательную, исполнительную, судебную [Авакьян С.А., 2015: 469].

Другая часть органов государства построена на обратном принципе. Они выполняют некоторую публично значимую функцию и одновременно ограничены этой функцией, которая зачастую призвана способствовать органам государственной власти в решении вопросов государственной значимости. Например, Центризбирком России занимается только подготовкой и проведением выборов, это единственная его функция (в обозначенном понимании). В свою очередь Следственный комитет России занимается только расследованием преступлений и способствует в данном плане правосудию, а Счетная палата России сосредоточена на контроле за надлежащим расходованием средств федерального бюджета, в чем является «правой рукой» парламента. Тем более это относится к органам, которые предназначены исключительно для обеспечения деятельности органов государственной власти — таковы аппараты палат Федерального Собрания и т.п. Эти органы с теоретической точки зрения относятся к категории государственных органов в узком смысле, поскольку они не наделены Конституцией непосредственной государственной властью, их решения не являются окончательными в вопросе вмешательства в права и свободы [Ананьева А.А., Бакулина Л.Т., 2020: 356–358]. С.А. Авакьян подтверждает, что когда законодатель зачастую называет такие органы государственными органами, они не вписываются в систему органов государственной власти по вышеописанной модели.

Концептуальная дифференциация органов государства на основе обозначенных критериев не нова для российской государственно-правовой теории и практики. В советское время данный вопрос был проработан фундаментально, и считалось общеизвестным, что все органы

советского государства подразделяются на четыре группы — органы государственной власти, органы государственного управления, органы суда и органы прокурорского надзора. Только первые обладали полной властью, что объяснялось принципом демократического централизма («вся власть Советам»), тогда как не только исполнительные органы («органы управления»), но и судебные органы (судебной власти не существовало) лишь исполняли волю Советов, не имея окончательной юрисдикции ни при каких обстоятельствах — любое их решение могло быть пересмотрено Советом как представительным органом, избираемым населением. Органы государственной власти, т.е. Советы, занимали тогда ведущее место в системе органов государства [Авакьян С.А., 2015: 469], следовательно, другие органы относились к категории государственных органов, но не органов государственной власти. Как будет показано далее, выделение органов прокурорского надзора в совершенно отдельную и самостоятельную категорию имеет существенное теоретическое и историко-правовое основание.

Идейно-концептуальная дихотомия органов государственной власти и государственных органов (при том что и те, и другие признаются органами государства) была хорошо известна отечественной доктрине государственного права и до установления советской власти. Конечно, в то время для обозначения различной природы органов государства использовался характерный терминологический аппарат. Однако идея такой дихотомии, непосредственно влиявшая на построение системы и принципов взаимодействия органов государства между собой, прослеживается под покровом непривычной сегодня терминологии.

Известный дореволюционный правовед, профессор Московского университета Ф.Ф. Кокошкин описал различие между непосредственными органами государства и подчиненными (посредственными) органами государства [Кокошкин Ф.Ф., 1912: 210]. Суть первых он связывал именно с государственной властью, которая непосредственно основывается на общественном признании, т.е. «на общественно-признанных юридических нормах, которые предписывают повиновение государственной власти». Он объяснял, что невозможно повиноваться «государству вообще» (как таковому, т.е. некой метафизической сущности), поэтому «в каждом государстве должны быть такие органы, которые имеют основание непосредственно в общем признании, существование которых неразрывно связано с основной обязанностью публичного права — обязанностью повиновения» [Там же: 210, 211].

Правовед пришел к закономерному выводу, что такие органы существуют в силу самого государственного устройства, без них государство не может существовать в том виде, в котором оно создано учредитель-

ной властью. Иными словами, переводя дискуссию в современную плоскость речь в таких случаях идет о конституционных органах, которые составляют непосредственно сущность конкретного государства и с которыми сама конституция как учредительный акт государства связывает непосредственное осуществление государственной власти в том или ином виде [Лесив Б.В., 2020: 147]. Такие органы связаны непосредственно с понятиями функций государства и механизма государства, как упоминалось выше, и теоретически способны сами обеспечить их выполнение даже в отсутствие «помощников» в лице создаваемых в субсидиарном порядке органов (хотя и не без дополнительных усилий). Другие органы, как отмечал Ф.Ф. Кокошкин, являются созданием самого государства, т.е. «непосредственных» его органов (в современной терминологии — органов государственной власти). Он пишет, что это органы, «существование которых основано уже не на первоначальных юридических нормах, лежащих в основе самого государства, а на воле уже сложившегося, организованного государства», и поэтому именуются «подчиненными» или «посредственными».

Перенося эту идейную линию на современное российское конституционное право, не вызывает сомнений, что сконструированное Конституцией 1993 г. российское государство немислимо без Президента, Федерального Собрания, Правительства и федеральных судов как органов государственной власти. В то же время очевидно, что и Центризбирком, и Счетная палата, и аппараты палат Федерального Собрания являются органами, созданными в том виде, в котором существуют ныне, именно «по воле» конституционных органов (с принятием федеральных законов или других нормативных актов).

По формальным признакам прокуратура России в описанной модели также соответствует понятию государственного органа, а не органа государственной власти. Однако для прояснения вопроса, считать ли прокуратуру ординарным государственным органом (в узком смысле) наряду с Центризбиркомом и другими органами, требуется подробнее изучить исторический аспект ее места в государственном механизме, ведь — в отличие от последних — прокуратура имеет 300-летнюю историю.

2. Нормативно-правовое позиционирование прокуратуры в механизме государства на различных этапах российской истории

Как известно, истоком российской прокуратуры принято считать указы Петра Великого от 27.04.1722 «О должности Генерал-Прокурора» и «О должности Прокурора в Коллегиях, Мануфактур и Статс-Конто-

рах, в Магистратах и в Надворных судах»². Не только через эти указы, но и через ряд других³ проходит заметная нормативно-смысловая линия о непосредственной связи Генерал-прокурора (а через него — и нижестоящих прокуроров) с верховной государственной властью. Это означает, что в механизме государства прокуроры занимали место непосредственно рядом с органом, осуществляющим верховную власть (на тот момент — император, Правительствующий Сенат), а не в рамках сформированной верховной властью взаимосвязанной структуре «подчиненных» органов, действующих отдельно от верховной власти и взаимодействующих друг с другом для наиболее точного выполнения поставленных этой властью задач.

Следует помнить, что создание Петром Великим первых самостоятельных надзорных институтов было связано в том числе с принципиальной реформой всего государственного механизма России и, во многом, с созданием Сената. В отличие от всех ранее существовавших государственных учреждений, включая Думу с простыми совещательными функциями, учрежденный Сенат впервые был наделен всей полнотой законодательной, исполнительной и судебной власти, которая была ему делегирована монархом, — он стал полновластным учреждением верховной власти, а его указы были равны по силе именным указам царя («Петр сразу дал Сенату все, что требуется от высшего государственного учреждения... он дал ему большую самостоятельность в действиях, снабдил обширными полномочиями» [Петровский С.А., 1875: 30], «Повелеваем всем, кому о том ведать надлежит, как духовным, так и мирским, военного и земского управления, высшим и нижним чинам, что мы... определили Управительный Сенат, которому всяк и их указам да будет послушен так, как нам самому под жестоким наказанием или смертию, по вине смотря»⁴).

Сенат сосредоточил в себе не только громадную административную власть по всем отдельным направлениям (отраслям) правительственной деятельности⁵, включая даже назначение всех чиновников и губернато-

² ПСЗ РИ. Т. 6: 1720-1722. № 3480-4136. № 3979, 3981. С. 662–664, 665–666.

³ Указ от 19.03.1725 «О жаловании Прокурорам» / ПСЗ РИ. Т. 7: 1723-1727: [№ 4137-5219]. № 4681. С. 436; Указ от 07.03.1727 о передаче Обер-Прокурору полномочий Генерала-Рекетмейстера / ПСЗ РИ. Т. 7. 1723-1727. № 4137-5219. № 5023. С. 752; Манифест Анны Иоанновны от 2.10. 1730 / ПСЗ РИ. Т. 8: 1728-1732. № 5220-6293. № 5625. С. 326.

⁴ Указ «О власти и ответственности Сената» от 2.03.1711 / ПСЗ РИ Т. 4: 1700-1712. № 1740-2619. № 2328. С. 634.

⁵ Причем Указом от 12.01.1722 из состава Сената были исключены входившие до этого в него в качестве членов президенты профильных коллегий, дабы Сенат мог независимо и беспристрастно надзирать за деятельностью последних и руководить ею при необходимости.

ров⁶, но и власть высшего судебного органа надзорной инстанции⁷, что особенно важно с точки зрения определения места прокуроров в механизме государства. Для этого определения достаточно сказать, что Генерал-прокурор был поставлен надзирать за деятельностью Сената и при необходимости вносить протесты, требовать исполнения закона, а при неповиновении — докладывать напрямую монарху. Если в странах Европы аналоги прокурорской должности стали элементом либо исполнительной власти (Англия), либо власти судебной (Франция), то петровская прокуратура была поставлена над обеими этими ветвями в лице возглавлявшего их Сената. Более того, поскольку Сенат был еще и законодательным органом по вопросам, не разрешенным монархом или в период его отсутствия, то Генерал-прокурор надзирал еще и за законодательной деятельностью. Не в этом ли можно заметить прообраз некоторых сегодняшних полномочий российской прокуратуры, например, надзор за законностью деятельности законодательных органов субъектов федерации или право на обращение Генерального прокурора в Конституционный Суд по вопросу нарушения конституционных прав и свобод граждан законом, примененным или подлежащим применению в конкретном деле?

Об особом месте прокуроров в государственном механизме, не свойственном ни одному другому органу власти или государственному органу (в узком смысле), говорит текст учредительного Указа «О должности Генерал-Прокурора»: «Генерал-прокурор повинен сидеть в Сенате и смотреть накрепко, дабы Сенат свою должность хранил, дабы Сенат в своем звании праведно и нелицемерно поступал» (п. I-1, II-1); «Генерал и обер-прокуроры ничьему суду не подлежат, кроме нашего» (п. IX-1); «и понеже сей чин — яко око наше и стряпчий о делах государственных, того ради надлежит верно поступать, ибо перво на нем взыскано будет» (п. XI-1). Другие прокуроры также были отделены от любого влияния со стороны каких-либо элементов государственного механизма за счет прямой и неразрывной связи с должностью Генерал-прокурора: «Сидеть в Коллегии, смотреть, чтоб дела по указам, как надлежит, отправлялись действием», а «ежели увидит что противно делают, в том протестовать и доносить Генерал-прокурору»⁸.

⁶ Например, Указом 1713 г. Сенат назначил губернатором Смоленской губернии князя А.Г. Долгорукого. См: Архив Министерства юстиции Российской Империи. Книга 21. Лист 1785. Цит. по: Петровский С.А. Указ. соч. С. 34.

⁷ «Суд иметь нелицемерный и неправедных судей наказывать отнятием чести и всего имения... смотреть во всем Государстве расходов, и ненужные, и особливо напрасные отставлять...» / ПСЗ РИ. Т. 4: 1700-1712. № 1740-2619. № 2330. С. 635.

⁸ Пункты 1 и 2 Указа «О должности Прокурора в Коллегиях, Мануфактур и Статс-Канцеляриях, в Магистратах и в Надворных судах».

Таким образом, отличительной чертой петровской прокуратуры была непосредственная ее связь с верховной властью — прокуроры были «продолжением» института верховной власти, его «оком» и «стряпчим», т.е. представителем в конкретных делах от имени этой власти (а не отдельным государственным органом с собственными задачами и ограниченным предметным функционалом). Прокуроры стояли не только над всеми органами власти того времени, но и вне системы этих органов. Как с нормативной точки зрения, так и с точки зрения социально-правового контекста, петровских прокуроров можно отнести скорее к надзорному институту *sui generis*, нежели к «одному из» в ряду государственных органов или, тем более, к органам исполнительной или судебной ветвей.

После установления советской власти формат прокурорской деятельности, естественно, претерпел существенные изменения, однако это не повлияло на глубинную суть этой деятельности и связь с верховной властью в государственном механизме.

Положение о прокурорском надзоре 1922 г.⁹ определило, что в составе Народного комиссариата юстиции учреждается Государственная прокуратура, на которую возложены функции осуществления надзора от имени государства за законностью действий всех органов власти, хозяйственных учреждений, общественных, частных организаций и частных лиц путем возбуждения уголовного преследования против виновных и опротестования нарушающих закон постановлений. В аспекте ранее обозначенного отношения между царским Генерал-прокурором и Сенатом (в судебной его части) интересно, что в 1923 г. была образована Прокуратура Верховного Суда СССР, одним из полномочий которой стало право приостанавливать решения и приговоры коллегий Верховного Суда СССР¹⁰.

Прокуратура недолго просуществовала в рамках исполнительного органа (хотя в силу названных полномочий она даже внутри этого органа имела большую самостоятельность). Вскоре к ней вернулась самостоятельность в отношениях со всеми органами власти (кроме высших). Постановлением Центрального исполнительного комитета и Совета Народных Комиссаров (СНК) СССР 17.12.1933¹¹ было утверждено положение о Прокуратуре СССР (далее — Положение 1933 г.). Прокурор СССР назначался ЦИК, был ответственен перед СНК, ЦИК и его президиумом

⁹ Постановление ВЦИК от 28.05.1922. Положение о прокурорском надзоре // Известия ВЦИК. 1922. № 132.

¹⁰ Постановление Президиума ЦИК СССР от 23.11.1923. Положение о Верховном Суде Союза Советских Социалистических Республик // Вестник ЦИК, СНК и СТО СССР. 1923. № 10. Ст. 311.

¹¹ Положение о прокуратуре Союза ССР // СЗ СССР. 1934. № 1. Ст. 26.

(п. 2 и 3 Положения 1933 г.). Статус прокуратуры СССР в качестве органа государственной власти или государственного органа в данном положении 1933 г. определен не был.

Пунктом 4 положения 1933 г. на прокуратуру Союза ССР возлагались:

а) надзор за соответствием постановлений и распоряжений отдельных ведомств Союза ССР и союзных республик и местных органов власти — Конституции Союза ССР, постановлениям и распоряжениям правительства Союза ССР; б) наблюдение за правильным и единообразным применением законов судебными учреждениями; в) надзор на основе особого положения за законностью и правильностью действий ОГПУ, милиции и исправительно-трудовых учреждений.

Конституция СССР 1936 г. впервые в истории советского законодательства ввела понятие высшего надзора за точным исполнением законов, что также может рассматриваться как сходство с изначальным положением прокуратуры, учрежденной Петром I. Причем эта прерогатива была отнесена к полномочиям только Прокурора Союза ССР (ст. 113), что напоминает «высшее» положение Генерал-прокурора, следящего за «высшим государственным учреждением».

Указ Президиума Верховного Совета СССР от 24.05.1955 утвердил Положение о прокурорском надзоре в СССР¹² (далее — Положение 1955 г.). Напоминая нормативно-идейной конструкцией указы Петра Великого, ст. 1 этого Положения установила, что высший надзор за точным исполнением законов всеми министерствами и подведомственными им учреждениями, равно как отдельными должностными лицами, а также гражданами СССР возлагается на Генерального прокурора СССР. Более того, ст. 4 Положения 1955 г. предусматривала, что Генеральный прокурор и подчиненные ему прокуроры, осуществляя от имени государства надзор за законностью, обязаны своевременно принимать меры к устранению всяких нарушений законов, от кого бы эти нарушения ни исходили. При этом Положение 1955 г. вновь не называет прокуратуру ни органом государственной власти, ни государственным органом, хотя о других государственных органах в нем имеются прямые указания («вправе вносить в государственные органы представления», «государственный орган или общественная организация обязаны...»). Вместо этого ст. 5 Положения 1955 г. говорит об «органах прокуратуры в СССР» (можно сказать, о самостоятельном виде органов), которые «составляют единую централизованную систему».

Важнейшим изменением, которое пришло с Положением 1955 г., стало назначение прокурора не ЦИК СССР (тогда уже упраздненным), а

¹² Ведомости Верховного Совета СССР. 1955. № 9. Ст. 222.

Верховным Советом СССР (ст. 38). Генеральный прокурор нес ответственность только перед Верховным Советом СССР, а в период между его сессиями — перед его Президиумом (ст. 7 Положения 1955 г.).

В 1979 г. был принят Закон СССР «О прокуратуре СССР»¹³, который действовал вплоть до принятия современного законодательства России о прокуратуре. Он не внес принципиальных изменений в государственно-правовую парадигму позиционирования прокуратуры в системе российского государственного механизма и стал продолжением ранее выявленной закономерности. Вместе с тем был расширен перечень поднадзорных организаций, дабы охватить и еще раз подчеркнуть всеобщность прокурорского надзора, его самостоятельность в отношениях с какими бы то ни было субъектами власти (кроме верховной). В соответствии с его ст. 1 на Генерального прокурора СССР и подчиненных ему прокуроров возлагался высший надзор за точным и единообразным исполнением законов всеми министерствами, государственными комитетами и ведомствами, предприятиями, учреждениями и организациями, исполнительными и распорядительными органами местных советов народных депутатов, колхозами, кооперативными и иными общественными организациями, должностными лицами, а также гражданами.

Названный Закон вновь не называет прокуратуру ни органом государственной власти, ни государственным органом, и вновь упоминает последние в контексте права прокурора внести им представление. Зато в ст. 4 Закон содержит интересное положение, напоминающее нормы Указа от 27.04.1722 о нижестоящих прокурорах: так, в соответствии с Конституцией СССР органы прокуратуры осуществляли полномочия независимо от каких бы то ни было местных органов, подчиняясь только Генеральному прокурору СССР. В свою очередь, Генеральный прокурор по-прежнему был ответственен только перед верховной властью, а именно Верховным Советом (и ему подотчетен), а в период между сессиями — Президиуму этого органа (ст. 6).

Из анализа следует четко выраженная закономерность: во-первых, российская прокуратура никогда не позиционировалась законодателем как орган государственной власти или государственный орган в обычной парадигме государственного механизма (наряду с другими такими органами); во-вторых, российская прокуратура в своей уникальной функции была всегда непосредственно и неразрывно связана только с верховной властью, выступая от ее имени и не имея «горизонтальных» отношений с другими органами (во времена СССР вся власть принад-

¹³ Закон СССР от 30.11.1979 № 1162-Х О прокуратуре СССР // Ведомости Верховного Совета СССР. 1979. № 49. Ст.843.

лежала Советам, а ЦИК и Верховный Совет были высшими законодательными органами на соответствующих этапах развития государства). Формальное нахождение прокуратуры в системе органов юстиции в незначительный период 1922–1933 гг. вряд ли можно считать кардинальным отступлением от общей государственно-правовой парадигмы с учетом сохранявшегося прокурорского функционала и особенностей организации власти в то переходное время.

3. Место прокуратуры в современном государственном механизме России

На фоне исследованных закономерностей развития государственно-правового статуса российской прокуратуры становится ясно, что Федеральный закон 1992 г. стал одним из немногих законодательных актов, который не разрывал связь с историческим прошлым (советским, царским), а напротив, сохранял и продолжал ее. В ракурсе ранее сделанных выводов есть множество оснований полагать, что этим Законом прокуратура целенаправленно не относится ни к органам государственной власти, ни к государственным органам — она по-прежнему является единой централизованной системой органов, осуществляющих надзор. Для сравнения: п. 1 ст. 21 Федерального закона от 12.06.2002 № 67-ФЗ¹⁴ и ч. 1 ст. 1 Федерального закона от 28.12.2010 № 403-ФЗ¹⁵ прямо называют Центризбирком и Следственный комитет федеральными государственными органами (соответственно).

До 2020 г. не вызывало также сомнений позиционирование прокуратуры с точки зрения дихотомии органов государственной власти и государственных органов в том смысле, который ранее описывал Ф.Ф. Кокошкин («непосредственные» и «подчиненные» органы). Часть 1 статьи 129 Конституции оставляла как статус, так и полномочия прокуратуры на полное усмотрение федерального законодателя, в связи с чем прокуратура, несомненно, подпадала под критерии «подчиненных» органов и не подпадала под критерии «непосредственных». Однако Законом о поправке к Конституции Российской Федерации от 14.03.2020 № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти»¹⁶ указанная норма изменена, и теперь Конституция не только упоминает прокуратуру, а закрепляет ее статус в качестве единой федеральной централизованной

¹⁴ СЗ РФ. 2002. № 24. Ст. 2253.

¹⁵ СЗ РФ. 2011. № 1. Ст. 15.

¹⁶ СЗ РФ. 2020. № 11. Ст. 1416.

системы органов, осуществляющих надзор за соблюдением Конституции и законов. Таким образом, основы статуса и полномочий прокуратуры изъяты из дискреции законодателя, а прокуратура встроена в непосредственную конституционную систему государственного механизма. Делает ли это ее органом государственной власти? Неизменное содержание ст. 10 и 11 Конституции не позволяют дать утвердительного ответа на этот вопрос.

Таким образом, с одной стороны, прокуратуру России не следует рассматривать в качестве государственного органа в узком смысле этого термина, с другой стороны — она не является органом государственной власти, но в то же время встроена в непосредственный (конституционный) механизм современного российского государства. Чтобы основательнее разобраться в поставленном вопросе, требуется не только обратиться к абстрактным формулировкам о статусе прокуратуры, а сопоставить порядок организации ее деятельности и характер полномочий с характеристиками других органов государства.

В соответствии с ч. 3 ст. 129 Конституции Генеральный прокурор, его заместители назначаются на должность Президентом после консультаций с Советом Федерации. До изменений 2020 г. в назначении высших прокурорских должностей участвовали те же органы, хотя и в другом порядке. Прокуроры субъектов федерации и приравненные к ним прокуроры назначаются Президентом (ч. 4 ст. 129 Конституции). До 2020 г. региональные прокуроры также назначались Президентом, но для представления ему кандидатуры Генеральному прокурору требовалось согласие с регионом. До 2014 г. региональные прокуроры назначались самим Генеральным прокурором, что, впрочем, не влияет на рассмотрение вопроса об отношениях прокуратуры с другими органами государства.

В описанном подходе усматривается аналогия с ранее выявленной историко-правовой закономерностью о связи российской прокуратуры с верховной властью, каким бы органом она ни была представлена — единоличным, коллективным либо сразу несколькими. В дореволюционной России высшие должности прокуроров были связаны с монархом, в советской — первоначально с ЦИК СССР, впоследствии — с Верховным Советом СССР. В каждом из случаев это были высшие органы государственной власти. Сегодня Конституция оставляет верховную власть (суверенитет) только народу России (ст. 3), однако Президент и Федеральное Собрание как избираемые народом (прямо или опосредованно) высшие органы государственной власти представляют народ в решении важнейших текущих конституционных вопросов. В рамках принципа разделения властей (ст. 10 Конституции) участие в решении вопроса о

назначении Генерального прокурора сразу нескольких высших органов государственной власти, вероятно, призвано подчеркнуть не только названный новый подход к организации верховной власти, но и независимость прокуратуры и ответственность только перед ней в лице ее конституционных представителей.

Подобно тому как в Российской империи прокуроры следили за «хранением должности» всеми государственными органами, докладывая императору, и как в СССР прокуратура вносила протесты и направляла отчеты в Советы соответствующего уровня, в том числе в Верховный Совет, сегодня органы прокуратуры видят одной из своих важнейших задач информирование органов представительной и исполнительной властей всех уровней о состоянии законности, складывающейся в правоприменительной практике¹⁷. В этом наблюдается одно из проявлений того, что российская прокуратура является не органом государственной власти сама по себе в привычном понимании, а «оком» государственной власти.

С точки зрения этих позиций допустимо согласиться с теми учеными, которые утверждают, что современная прокуратура больше тяготеет к президентской власти. Это связано с тем, что именно Президент России является главой государства, гарантом Конституции, прав и свобод человека и гражданина (надзор за соблюдением которых осуществляет прокуратура). Президент осуществляет эти конституционные полномочия вне привязки к какой-либо ветви государственной власти, выступая в данном качестве конституционным авторитетом для любого органа государственной власти. Более того, ст. 91 Конституции наделяет Президента неприкосновенностью без конкретизации ее содержания и объема. В этом смысле организационная и юрисдикционная независимость прокуратуры и неуместность действия в отношении нее классических противовесов со стороны отдельных ветвей власти, безусловно, коррелируют с природой современной президентской власти, стоящей вне классической триады ветвей власти.

Однако если Президент, несомненно, является органом государственной власти (ст. 11 Конституции), то прокуратура таковым не является. Поэтому нельзя сказать, что прокуратура — это орган президентской власти. Нельзя забывать, что полномочия прокуратуры устанавливаются не Президентом, а федеральным законом. Поэтому если и придерживаться указанной точки зрения, то точнее сказать, что прокуратура является самостоятельной системой надзорных органов, содействующих обеспечению соблюдения Конституции, прав и свобод человека и граж-

¹⁷ Официальный сайт Генеральной прокуратуры Российской Федерации. Available at: URL: <https://epp.genproc.gov.ru/web/gprf/about-the-proc/history> (дата обращения: 01.09.2023)

данина и, как следствие, содействующих Президенту России в данном направлении.

Что касается тезисов об отнесении прокуратуры к законодательной власти, то очевидно, что те из них, которые действительно имеют логику, подразумевают не законодательную функцию органов прокуратуры, а ее связь с законодательными органами и вопросом исполнения законов. Вероятно, эти тезисы являются своеобразным продолжением советской традиции, когда вся власть официально принадлежала Советам, т.е. законодательным органам, которые создавали прокуратуру, и которым она была подотчетна. Однако сегодня законодательная власть является не высшей, а равной в системе разделения государственной власти (ст. 10 Конституции). С учетом исследованных выше конституционных норм и принципиально нового подхода к организации верховной власти основания ассоциирования прокуратуры исключительно с законодательной властью отпали.

Некоторые юристы предлагают видеть в прокуратуре орган исполнительной власти. Относительно обоснованной такая позиция является лишь в отношении единственного полномочия российских прокуроров — руководить расследованием преступлений и поддерживать обвинение в суде (действительно, данное полномочие во многих странах издавна осуществляется исполнительной властью). Однако российская прокуратура отличается на базисном уровне своими широкими полномочиями по общему надзору за осуществлением государственных полномочий как таковых, а вовсе не своими уголовно-процессуальными функциями. Поэтому если признать прокуратуру органом исполнительной власти, то на нее неизбежно должны были бы распространиться все сдержки и противовесы, которыми располагают органы законодательной и судебной власти в силу неоднократно исследованного Конституционным Судом России принципа разделения властей. Речь идет о юридических гарантиях невмешательства в деятельность законодательных и судебных органов, либо, напротив, о гарантиях вмешательства последних в деятельность прокуратуры. Последнее прямо противоречит независимости прокурорского надзора от каких бы то ни было государственных органов, а первое не соответствует, к примеру, полномочиям прокуроров надзирать за деятельностью законодательных органов субъектов федерации или обжаловать вступившие в законную силу судебные акты любых судов вне зависимости от того, принимали ли прокуроры участие в рассмотрении дела. Эти возможности, очевидно, не характерны для исполнительной власти. Более того, одной из ключевых задач органов прокуратуры является надзор именно за органами исполнительной власти (п. 2 ст. 1, п. 1 ст. 21, п. 1 ст. 26 Закона о прокуратуре),

в связи с чем встраивание прокуроров в систему исполнительной власти выглядит более чем сомнительно.

Устойчивость современного законодательного понятия контрольно-надзорной деятельности, государственного контроля (надзора) и органов, осуществляющих данный контроль (надзор), не позволяет отнести прокуратуру России и к системе указанных органов. Более того, в ч. 3 ст. 1 Федерального закона от 31.07.2020 № 248-ФЗ «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации»¹⁸ прямо предусмотрено, что деятельность органов прокуратуры по осуществлению прокурорского надзора не подпадает под общую законодательную дефиницию государственного контроля (надзора). Аналогичный подход заложен и в Федеральный закон от 26.12.2008 № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля»¹⁹. В соответствии с данным Законом контрольно-надзорную деятельность осуществляют, как правило, органы исполнительной власти и уполномоченные муниципальные органы, а прокуратура осуществляет собственную независимую от контрольно-надзорных органов функцию, в том числе по согласованию плана проверок и внеплановых контрольных мероприятий. Таким образом, прокуратура и здесь выступает гарантом соблюдения прав и законных интересов субъектов подконтрольной деятельности, а не только органом, координирующим контрольно-надзорную работу исполнительной власти. В любом случае объявление прокуратуры контрольно-надзорным органом теоретически нежелательно хотя бы потому, что оно внесет неоправданную путаницу в контексте прочтения и толкование названных федеральных законов.

Для отнесения прокуратуры к органам судебной власти также недостает оснований ни в нормативном регулировании, ни в конституционной доктрине. Как известно, такая концепция давно действует во Франции, где прокуроры вместе с судьями являются магистратами, т.е. замещают судебные должности. Однако и функции, и организация французской прокуратуры далеки от российской модели, но самое важное заключается в неизвестности понятия общего надзора во Франции. Более того, встраивание органов прокуратуры с собственными полномочиями, далеко не все из которых напрямую связаны с осуществлением правосудия, вызывало бы вопросы с точки зрения особого отношения действующей Конституции России к принципу независимости судебной

¹⁸ СЗ РФ. 2020. № 31. Ст. 5007.

¹⁹ СЗ РФ. 2008. № 52. Ст. 6249.

власти, который приобрел совершенно новые смыслы [Лесив Б.В., 2019: 32–40], не известные ни советскому, ни монархическому правлению. Конечно, невозможно отрицать близость прокуратуры к суду с той точки зрения, что ежедневной задачей прокуроров является обращение в суд за защитой прав граждан и публичного интереса, за поддержанием государственного обвинения, за оспариванием нормативных актов. Однако в этом заключаются сугубо процессуальные отношения между прокурором и судом, а не государственно-правовые отношения между ними в качестве органов государства.

О том, что прокуратуру трудно отнести к органам какой-либо из классических ветвей власти, свидетельствуют не только приведенные выше рассуждения, но и понятие государственной власти, сформулированное в доктрине [Авакьян С.А., 2015: 194–195], в соответствии с которым только четко определенные органы могут быть отнесены именно к органам государственной власти, а остальные не отвечают этим критериям.

Заключение

Во-первых, прокуратура Российской Федерации, бесспорно, является государственным органом (органом государства) в широком смысле, как и любой орган, через который государство выполняет собственные функции;

во-вторых, для отнесения прокуратуры к органам государственной власти не имеется должных нормативных и теоретических оснований, равно как и для отнесения ее органов к одной из классических ветвей власти;

в-третьих, нормативные основания для отнесения российской прокуратуры к государственным органам (в узком смысле) в одном ряду с Центризбиркомом, Следственным комитетом и другими государственными органами не очевидны;

в-четвертых, прокуратура России не является контрольно-надзорным органом в понимании профильного законодательства, а весомых оснований для формирования новой исключительно теоретической категории в противовес законодательным формулировкам не имеется;

в-пятых, в России заметна устойчивая государственно-правовая преемственность тесной связи прокуратуры с верховной властью в качестве ее непосредственного помощника в поддержании общей законности. В современных условиях эта связь проявляется в организации прокуратуры федеральным законом и поддерживается за счет назначения Генерального прокурора и его заместителей Президентом России после консультаций с Советом Федерации;

наконец, уникальность функции общего надзора за деятельностью практически всех органов публичной власти в части соблюдения Конституции, исполнения законов, соблюдения прав и свобод человека и гражданина, а также самостоятельность (независимость) прокуроров от этих органов ставит вопрос о непопадании прокуратуры России ни в стандартные рамки какой-либо ветви власти, ни под понятие государственного органа в узком смысле и, следовательно, о возможности позиционировать органы прокуратуры как надзорный институт *sui generis*.

Исследованные выше конституционная и законодательная дефиниции прямо указывают на то, что прокуратура является не надзорным органом, а системой надзорных органов, т.е. отдельно взятыми органами, приведенными в единую централизованную систему. Этот подход заметно отличается от структурной концепции других федеральных государственных органов. К примеру, федеральный орган исполнительной власти, как и прокуратура, может иметь свои органы на местах, но во всех нормативных актах они рассматриваются именно как структурные подразделения одного государственного органа. Тот же принцип наблюдается и в Следственном комитете России, который является федеральным государственным органом и имеет систему следственных управлений на уровне регионов и муниципалитетов, которые являются управлениями этого государственного органа.

По-другому дело обстоит, например, в системе избирательных комиссий: Центризбирком России — федеральный государственный орган, но одновременно имеется система избирательных комиссий на уровне регионов и территорий. Однако они не образуют единой централизованной системы в том же смысле, который имеет место в случае с прокуратурой, — данные органы не являются подчиненными друг другу и зачастую обладают собственной сферой деятельности на местах, в которую центральный государственный орган не вправе вмешиваться.

Но в случае с прокуратурой имеется третий, собственный вариант: поэтому есть, скажем, прокуратура Московской области, Пушкинская городская прокуратура, а не управления Генеральной прокуратуры по Московской области и Пушкинскому городскому округу. Таким образом, можно с долей уверенности проследить законодательную концепцию отношения к прокуратуре в качестве системы надзорных органов *sui generis*. С одной стороны, это отдельные органы, возглавляемые соответствующими прокурорами и ответственные за состояние законности на вверенной территории, с другой — это органы, приведенные в единую организованную систему федерального масштаба. Это подразумевает тесные организационно-правовые связи внутри этой системы и налаженный порядок организационно-правовой субординации прокурорских работников.



Список источников

1. Ананьева А.А., Бакулина Л.Т. и др. Юридическая наука в современном мире: Россия и Болгария. М.: Проспект, 2020. 584 с.
2. Авакьян С.А. Конституционный лексикон: Государственно-правовой терминологический словарь. М.: Юстицинформ, 2015. 640 с.
3. Бессарабов В. Место прокуратуры в государственном механизме современной России // Законность. 1999. № 10. С. 40–45.
4. Глазунова Н.И. Государственное и муниципальное (административное) управление. М.: Проспект, 2007. 560 с.
5. Долежан В.В. Проблемы компетенции прокуратуры: автореф. дис.... д. ю. н. М., 1991. 50 с.
6. Кокотов А.Н. Конституционное право России: курс лекций. М.: Проспект, 2007. 296 с.
7. Кокошкин Ф.Ф. Лекции по общему государственному праву. М.: Кушнерев, 1912. 306 с.
8. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб.: Белокопытов, 1909. 354 с.
9. Кулагин П. Прокуратура должна стать органом президентской власти // Законность. 2001. № 1. С. 29–30.
10. Клишас А.А. и др. Теория государства и права. М.: Статут, 2019. 512 с.
11. Лесив Б.В. Реалии и потенциал конституционного контроля над действиями и решениями властей: сравнительное исследование // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 6. С. 141–170.
12. Лесив Б.В. Уважение к суду как конституционная ценность: формирование доктрины // Судья. 2019. № 9. С. 32–40.
13. Ломовский В. Какой власти принадлежит прокуратура // Российская юстиция. 2001. № 9 // СПС Гарант.
14. Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права. М.: Дело, 2013. 528 с.
15. Петровский С.А. О Сенате в царствование Петра Великого. Историко-юридическое исследование. М.: Университетская типография, 1875. 375 с.
16. Чиркин В.Е. Конституционное право Российской Федерации. М.: Норма, 2003. 474 с.
17. Чуглазов Г. Прокуратура в системе органов государственной власти // Законность. 2003. № 2. С. 30–32.



References

1. Anan'eva A.A., Bakulina L.T. et al. (2022) Legal science in the modern world: Russia and Bulgaria. Moscow: Prospekt, 584 p. (in Russ.)
2. Avakyan S.A. (2015) Constitutional lexicon: terminology and vocabulary. Moscow: Yustitsinform, 640 p. (in Russ.)
3. Bessarabov, V. (1999) Procurator office place in state mechanism of Russia. *Zakonnost'*=Legality, no. 10, pp. 40–45 (in Russ.)
4. Chirkin V.E. (2003) *Constitutional law of Russia*. Moscow: Norma, 474 p. (in Russ.)
5. Chuglazov G. (2003) Procurator Office withiin the system of state power bodies. *Zakonnost'*=Legality, no. 2, pp. 30–32 (in Russ.)

6. Dolezhan V.V. (1991) Issues of Procurator Office competence. Doctor of Juridical Sciences Summary. Moscow, 50 p. (in Russ.)
7. Glazunova N.I. (2007) State and municipal management. Textbook. Moscow: Prospekt, 560 p. (in Russ.)
8. Klishas A.A. et al. (2019) Theory of state and law. Moscow: Statut, 512 p. (in Russ.)
9. Kokotov A.N. (2007) Constitutional law of Russia: course of lectures. Moscow: Prospekt, 296 p. (in Russ.)
10. Kokoshkin F.F. (1912) *Lectures on general state law*. Moscow: Kushnerev, 306 p. (in Russ.)
11. Korkunov N.M. (1909) *Lectures on general legal theory*. Moscow: Belokopytov, 354 p. (in Russ.)
12. Kulagin P. (2001) Procuratorate should become the organ of presidential power. *Zakonnost'=Legality*, no. 1, pp. 29–30 (in Russ.)
13. Lesiv B. (2020) Reality and potential of behavioral constitutional review: a comparative study. *Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie=Comparative Constitutional Review*, no. 6, pp. 141–170 (in Russ.)
14. Lesiv B. (2019) Respect for the court as a constitutional value: shaping the doctrine. *Sud'ya=Judge*, no. 9, pp. 32–40 (in Russ.)
15. Lomovskiy V. (2001) What branch does Procurator Office belong to. *Rossiiskaia yustitsiia=Russian justice*, no. 9 (in Russ.) Available at: URL: <https://base.garant.ru/3917029/> (дата обращения: 01.09.2023)
16. Matuzov N.I., Mal'ko A.V. (2013) Theory of state and law. Textbook. Moscow: Delo, 528 p. (in Russ.)
17. Petrovskiy S.A. (1875) *Senate during the reign of Peter the Great. Historical and legal study*. Moscow: University, 375 p. (in Russ.)

Информация об авторе:

С.Г. Рокитянский — аспирант.

Information about the author:

S.G. Rokityansky — Postgraduate Student.

Статья поступила в редакцию 15.10.2023; одобрена после рецензирования 01.11.2023 ; принята к публикации 01.11.2023.

The article was submitted to editorial office 15.10.2023; approved after reviewing 01.11.2023; accepted for publication 01.11.2023.

Научная статья

УДК: 347

DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.103.125

Сфера действия публичного договора



Андрей Андреевич Громов

Исследовательский центр частного права им. С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации, Россия 109012, Москва, Ильинка, 8/2, andrei_gromof@mail.ru, SPIN-код: 3487-3909, AuthorID: 1146987



Аннотация

До настоящего времени сфера действия публичного договора остается не до конца проясненной. В российской доктрине и практике сформировался устойчивый подход, согласно которому перечень публичных договоров не ограничивается случаями, специально упомянутыми в законе. Любой договор может быть признан публичным, если он подпадает под абстрактные критерии ст. 426 Гражданского кодекса Российской Федерации. При этом в российской литературе до настоящего времени отмечается, что ряд характерных черт, свойственных публичному договору, установить довольно трудно. Это касается, например, таких элементов, как характер деятельности обязанного лица и круг лиц, обладающих правом требовать заключения договора и обозначенных в ст. 426 Гражданского кодекса в качестве потребителей. В связи с этим крайне значимой задачей является четкое определение признаков публичного договора. Для достижения указанных целей в статье используется как анализ российской судебной практики и доктрины, так и опыт германского правопорядка, в рамках которого содержательное наполнение общей обязанности заключить договор имеет довольно давнюю историю. В статье также обращается особое внимание на то, что обязанность заключить договор с каждым, кто обратится, может иметь по меньшей мере три самостоятельных обоснования: намерение правопорядка предоставить лицу конкретное благо, требование равного обращения и запрет дискриминации по определенным критериям. Публичный договор по большей части связан с первым из трех приведенных обоснований, что существенно влияет на такой признак публичного договора, как характер деятельности обязанного лица. Автор приходит к выводу, что публичный договор служит двум различным целям: обеспечению обычных потребностей участников оборота и защите конкуренции. Данная двойственность приводит к тому, что признаки публичного договора несколько отличаются в зависимости от того, какую из двух указанных целей публичный договор обеспечивает в рамках конкретного договорного отношения.



Ключевые слова

публичный договор; принудительное заключение договора; ограничение свободы договора; сделка; волевое действие.

Благодарности: Исследование подготовлено в рамках выполнения государственного задания, утвержденного Исследовательскому центру частного права им. С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации (номер научно-исследовательской работы в ЕГИСУ НИОКТР 123021600231-5).

Для цитирования: Громов А.А. Сфера действия публичного договора // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2023. Том 16. № 4. С. 103–125. DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.103.125

Research article

The Scope of Public Contract



Andrey Andreevich Gromov

Private Law Research Centre, 8/2 Ilinka Str., Moscow 109012, Russia, andrei_gromof@mail.ru; SPIN-код: 3487-3909, AuthorID: 1146987



Abstract

The scope of the public contract remains not fully clarified. In Russian literature and practice, an approach has been formed, according to which the list of public contracts is not limited to cases specifically mentioned in the law. Any contract can be recognized as public if it falls under the abstract criteria of Article 426 of the Civil Code of the Russian Federation. At the same time, the Russian literature has so far noted that a number of characteristic features of a public contract is quite difficult to establish. This applies, for example, to such elements as the nature of the activity of the obligated person and the circle of persons who have the right to demand the conclusion of an agreement and indicated in the Article 426 as consumers. In this regard, an extremely important task is to clearly define the characteristics of a public contract. To achieve these goals, the article uses both an analysis of Russian judicial practice and doctrine, and the experience of the German legal order, within which the content of the general obligation to conclude an agreement has a rather long history. The article also draws special attention to the fact that the obligation to conclude an agreement with everyone who applies may have at least three independent justifications: the intention of the legal order to provide a person with a specific benefit; requirement of equal treatment and prohibition of discrimination based on certain criteria. At the same time, a public contract is mostly associated with the first of the three justifications given, which significantly affects such a feature of a public contract as the nature of the activity of the obligated person. Based on the results of the study, the author comes to the conclusion that a public contract serves two different purposes: ensuring the usual needs of participants in the turnover and protecting competition. This duality leads to the fact that the characteristics of a public contract differ somewhat depending on which of the two specified goals the public contract provides within the framework of a specific contractual relationship.



Keywords

public contract; forced conclusion of a contract; restriction of freedom of contract; juridical act; volitional action.

Acknowledgements: This study was prepared as part of a state assignment approved by the Alekseev Private Law Research Center under the President of the Russian Federation (research work number in EGISU NIOKTR 123021600231-5)

For citation: Gromov A.A. (2023) The Scope of a Public Contract. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 16, no. 4, pp. 103–125 (In Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.103.125

Введение

Свобода договора представляет собой одну из значимых гарантий, которая позволяет участникам гражданского оборота свободно устанавливать свои обязательственные правоотношения. Что не менее важно, свобода договора позволяет в ряде случаев отказаться от совершения сделки и прекратить начавшиеся переговоры. Осознание того, что ваш потенциальный контрагент может в любой момент отказаться от заключения договора, побуждает стороны к поиску компромиссов при формулировании договорных условий.

Безусловно, свобода договора не может быть безграничной [Степин С.П., 2018: 20]. В ряде случаев законодатель предписывает специальные требования к форме сделок. Также нормы, регулирующие вопросы обязательственного права, которому, по общему правилу, свойственна диспозитивность, в ряде случаев содержат некоторые императивные требования [Плотников И.Г., 2017: 17]. Кроме того, большое количество ограничений касаются института несправедливых договорных условий [Ширвиндт А.М., 2014: 45]. Но, вероятно, наибольшее умаление договорной свободы происходит вследствие введения обязательства заключить договор. В отличие от ограничительных мер, упомянутых ранее, данная мера не позволяет лицу использовать негативное проявление договорной свободы и отказаться от совершения сделки.

Источником соответствующей обязанности заключить договор может быть как договор, так и нормативное предписание. В ряде случаев лицо может добровольно возложить на себя обязательство по совершению сделки в будущем. Этот случай, как правило, квалифицируется как предварительный договор (ст. 429 Гражданского кодекса Российской Федерации; далее — ГК РФ; ГК). Он находится вне сферы нашего исследования. В настоящей статье предпринята попытка проанализировать

ситуации, в которых законодатель обязывает лицо заключить договор с каждым, кто обратится. Для этого первоначально приводится немецкий опыт, в рамках которого в доктрине и в судебной практике с начала 1920-х годов активно обсуждается вопрос о границах института принудительного заключения договора (1). После этого рассматривается действующее российское правовое регулирование (2).

1. Институт принудительного заключения договора в Германии

Немецкие исследователи отмечают, что наиболее «тяжелое» воздействие на договорную свободу имеет место, если лицо обязано заключить договор [Medicus D., Lorenz St., 2012: 39]. Это понуждение ограничивает не только свободу заключить договор, поскольку обязанное лицо могло бы без лишнего труда обойти эту обязанность, включив в проект договора неприемлемые для контрагента условия (например, астрономическую цену) [Kilian W., 1980: 77]. Отсюда следует, что обязанность заключить договор также исключает свободу произвольного определения содержания такого договора. Классическое определение института принудительного заключения договора охватывает как обязанность заключить договор, так и привносит содержательные ограничения. Например, такое описание нередко приводится в немецких публикациях: «Понуждение к заключению договора — это возлагаемое на лицо обязательство, основанное на норме правопорядка, предписывающее субъекту вне зависимости от его воли в интересах управомоченного лица заключить договор с этим лицом или с заранее определенным содержанием, или его содержание будет определено независимым лицом» [Medicus D., Lorenz St., 2012: 39].

1.1. Обязанность заключить договор в специальных законах

Непосредственно в Германском гражданском уложении (далее — ГГУ) общий институт понуждения к заключению договора прямо не предусмотрен. Однако начиная с 1900 г. он встречается в других законах. Например, Закон о пассажирских перевозках (1964) обязывает публичного перевозчика, участвующего в пассажирских перевозках, к перевозке пассажиров. Еще одним примером может выступать обязанность страховщика застраховать ответственность владельца транспортного средства. Специальный закон обязывает поставщика электроэнергии осуществлять доставку лицам, находящимся на его территории деятельности. Также законы предписывают работодателям заключать трудовые договоры с лицами из определенной группы [Leenen D., 2012: 11].

Понуждение к заключению договора в сфере электроэнергетики и транспорта обусловлено насущной потребностью в этих услугах, а также сохранением по крайней мере де-факто монополий во многих случаях. В сфере страхования ответственности причина понуждения к заключению договора несколько иная. Она связана с тем, что законодатель обязал владельцев транспортных средств застраховать свою ответственность. Для исполнения этой обязанности требуется страховая компания, которая не должна иметь возможность отказаться от заключения договора. В противном случае владелец транспортного средства фактически окажется лишенным возможности пользоваться своим автомобилем. В случае с обязанностью работодателя заключить договор законодатель защищает работника, помогая ему найти рабочее место, которое в условиях свободного рынка он, вполне вероятно, мог бы не получить.

Самостоятельные основания для принудительного заключения договора предусмотрены в Законе Федеративной Республики Германии против ограничения конкуренции (1958). Параграф 20 Закона запрещает несправедливо препятствовать нормальной деятельности другой компании или относиться к ней иначе, чем к аналогичным компаниям без объективной уважительной причины. Этот запрет дискриминации направлен на четырех адресатов, а именно: доминирующие компании (пар. 19); некоторые объединения компаний, а именно определенные разрешенные картели (пар. 20); фирмы, которые фиксируют свои цены (т.е. фиксируют розничную цену, что допускается только в исключительных случаях на основании пар. 28, 30); на основании пар. 20 Закона компании и ассоциации компаний, от которых малые или средние компании настолько зависят, что не могут переключиться на другие компании в достаточной и разумной форме [Medicus D., Lorenz St., 2012: 40, 41].

Согласно пар. 33 Закона против ограничения конкуренции нарушение запретов в области защиты конкуренции может приводить ко взысканию убытков и заявлению требования об устранении нарушения. Это также может служить основанием для понуждения к заключению договора. Например, спортивный магазин в предгорьях баварских Альп зарекомендовал себя как крайне недорогой. Затем один из ведущих производителей товаров отказывается продолжать поставки розничному продавцу, если он не будет придерживаться цены, рекомендованной производителем. Ритейлер успешно подал в суд иск об обязании производителя продолжать поставки товара. Суд указал, что известная и популярная продукция производителя не должна отсутствовать в спортивном магазине, специализирующемся на водных видах спорта в Верхней Баварии [Leenen D., 2012: 12].

Гипотеза пар. 20 Закона против ограничения конкуренции отчасти дает определенное обобщение правовых концепций, ранее выраженных в отдельных старых правилах: там, где конкуренция (через объединения предпринимателей или поддержание цен) нарушается, потерпевшие участники рынка должны иметь возможность требовать заключения договора на разумных условиях [Wolf M., Neuner J., 2012: 575].

Насколько далеко посредством пар. 20 Закона против ограничения конкуренции может зайти гарантируемая защита, показывают судебные дела, основанные еще на старой редакции (1973) данного параграфа Закона. В этих делах рыночная доля производителей составляла 8% и 11% [Medicus D., Lorenz St., 2012: 41]. Предъявивший в суд иск ритейлер мог продолжать свою деятельность и без договоров с ответчиками. Его интересовали только полнота и разнообразие тех товаров, которые он предлагает потребителю. Однако в обоих случаях судебные инстанции подтвердили наличие зависимости ритейлера от производителя. Более того, в одном из дел суд не счел в качестве разумной причины отказа заключить договор то обстоятельство, что истец использовал товар производителя как приманку клиентов, реализуя его по особенно низкой цене, что, возможно, сделало этот товар непривлекательным для других продавцов. В результате пар. 20 Закона может помешать производителю проводить ограничительную политику продаж (например, поставлять продукцию только специализированным дилерам).

В пар. 20 Закона против ограничения конкуренции содержится еще одно основание понуждения к заключению договора в рамках института защиты конкуренции. В соответствии с этой нормой бизнес-ассоциация или профессиональная ассоциация могут быть обязаны принять компанию в свои ряды. Примером может выступать решение суда, основанное на пар. 27 Закона в старой редакции. Оптовый торговец санитарно-техническими изделиями добился вступления в ассоциацию оптовиков в этой отрасли, поскольку соответствующие производители были готовы поставлять данную продукцию только членам ассоциации [Medicus D., Lorenz St., 2012: 41].

В качестве еще одной иллюстрации полезно привести дело, в котором было установлено, что в городе действует зарегистрированная ассоциация, которая по согласованию с городскими театрами организует для своих членов недорогие театральные абонементы [Schwab D., Löhnig M., 2012: 252]. Членство в ассоциации пользуется большим спросом, поскольку в ней подписка на абонемент стоит дешево. Одно лицо подает заявку на членство. Его вносят в «список ожидания», где оно, скорее всего, получит шанс стать членом ассоциации только через три года. Однако это лицо узнает, что другой кандидат был принят сразу же по

рекомендации уходящего в отставку члена ассоциации. Тогда это лицо требует, чтобы в ассоциацию немедленно приняли его, и этот иск удовлетворяется.

Вступление в сообщество происходит посредством заключения договора между объединением и участником. По общему правилу, каждый из них при этом свободен. Никто не может быть принужден к участию в определенных объединениях. Также объединение не обязано присваивать статуса участника любому лицу, в данном вопросе действует некая автономия объединения, поскольку гражданская свобода создавать объединения с другими предполагает, что человек также может выбирать лиц, с которыми он хочет создать объединение.

Однако в упомянутом случае есть опасения относительно полномочий ассоциации принимать или отклонять кандидатов в члены по своему желанию, поскольку это объединение удовлетворяет социальную потребность, а именно: предоставляет дешевые абонементы для постоянных театралов. Возможно предположить, что объединение в данном случае выступает единственным источником дешевых абонементов, т.е. занимает положение сродни монопольному. Отсюда может вытекать обязанность заключить договор с каждым, кто обратится, на одинаковых условиях.

1.2. Общий институт понуждения к заключению договора

Понуждение к заключению договора не исчерпывается специальными нормами закона. Предпосылки, при которых возникает обязательство заключить договор, довольно спорны. Преобладает мнение: общее обязательство заключить договор распространяется не только на монополистов, но и на предприятия или объединения, которые обладают экономической властью, и заявитель зависит от договорных отношений с ними для достижения значимых, существенных интересов. Господствующее мнение полагает, что предприниматель, предлагающий жизненно важные блага, может отказаться заключить договор, только приведя разумные основания, если при этом другая сторона не имеет разумной возможности удовлетворить свои потребности иначе [Schwab D., Löhnig M., 2012: 252, 253].

Как законное основание для общего требования уместно рассмотреть пар. 826 ГГУ, если отказ в заключении договора представляет собой намеренное причинение вреда, противоречащее добрым нравам. В качестве примера можно привести судебное дело 1931 года. Городская администрация Бохума отказала театральному критику, чьи обзоры ей не нравились, в посещении городского театра (однако суд отклонил иск,

что впоследствии стало предметом сильной доктринальной критики). Здесь также можно привести школьный пример, в котором пекарь отказывается продать супругу или супруге хлеб, поскольку он поругался с ее/его мужем или женой.

Общим для этих случаев является то, что кто-то предлагает услугу всем, но утаивает ее от отдельного лица. Оценка подобного действия как противоправного зависит, в первую очередь, от причин отказа заключить договор. В примере с отказом пекаря эти причины, конечно, предосудительны. Однако и здесь могут быть выдвинуты аргументы в контексте вопроса о понуждении к заключению договора — если другой пекарь находится совсем неподалеку (например, в одной минуте ходьбы), тогда отказ первого продавца причинил бы клиенту, возможно, довольно небольшой имущественный ущерб (если таковой в принципе был). Скорее всего, причиненный ущерб будет носить нематериальный характер. В таком случае потерпевший может воспользоваться правом требовать взыскания компенсации за причиненный моральный вред. Но иск о понуждении к заключению договора вряд ли позволит потерпевшему эффективно достичь желаемого. Как отмечается в немецкой доктрине, в лучшем случае он получит притворное послушание пекаря по итогам длительных судебных разбирательств. Отмечается, что меры административного или уголовного права в данном случае могут оказаться более эффективными [Medicus D., Lorenz St., 2012: 42, 43].

1.3. Общий закон о равном обращении

Правила Общего закона о равном обращении (2006) близки институту понуждения к заключению договора. Эти правила направлены на обеспечение равенства между участниками оборота по ряду прямо названных в Законе критериев. С точки зрения сферы действия он включает в том числе случаи публичного предоставления товаров и услуг в рамках частноправовых сделок. Например, указанный Закон работает, когда: арендодатель принял решение сдать квартиру в аренду; гостиница приглашает гостей; страховщик предлагает заключить договор; объединение принимает решение о членстве определенного лица; частная школа принимает решение о допуске ученика к обучению [Kotz H., 2012: 15].

Институт защиты от дискриминации не следует воспринимать как внедренный в частное право чужеродный элемент. Избыток защиты от дискриминации может задушить частную автономию, но исторический опыт показывает, что частная автономия становится пустой тратой времени, если отсутствует хотя бы минимальная защита от дискриминации. Задолго до принятия Общего закона о равном обращении в

2006 году принцип защиты от дискриминации рассматривался как один из фундаментальных принципов [Wolf M., Neuner J., 2012: 572].

Параграф. 21 Общего закона о равном обращении регулирует правовые последствия при нарушении гражданско-правового запрета на дискриминацию, установленного в пар. 19. Содержащееся в пар. 21 Общего закона требование о прекращении причинения вреда охватывает также требование о понуждении к заключению договора, если дискриминация состоит именно в отказе от заключения договора и совершение сделки еще возможно. Если, например, лицу с ограниченными возможностями отказано в заключении договора именно по этой причине при том, что аналогичные договоры заключаются с каждым, кто обратится, потерпевший может потребовать устранения этой дискриминации. Поскольку дискриминация состоит именно в том, что нарушитель не заключил договор с потерпевшим, который он, однако, заключил бы с любым третьим лицом, дискриминация может быть прекращена посредством понуждения к заключению этого договора.

Институт понуждения к заключению договора может, кроме того, вытекать из предусмотренного в пар. 21 Общего закона требования о возмещении вреда, поскольку один из способов его возмещения — это возмещение в натуре (пар. 249 ГГУ). Возмещение в натуре означает в данном случае, что нарушитель должен создать положение, при котором дискриминации бы не было (т.е. договор был бы заключен). Это имеет место в ситуации, когда нарушитель заключает подобные договоры с лицами, не имеющими соответствующей дискриминационной характеристики.

Против понуждения к заключению договора в Общем законе о равном обращении говорит тот факт, что в проекте названного Закона первоначально содержалась норма, в которой прямо предусматривалось: при дискриминирующем отказе заключить договор потерпевший может понудить другую сторону к его заключению, если бы при этом не нарушался запрет на дискриминацию. Эта норма была серьезно раскритикована специалистами и исключена из окончательного проекта. Указанное обстоятельство вроде бы намекает, что законодатель не предусмотрел в Общем законе требование о понуждении к заключению договора.

Однако в опровержение этого подхода отмечается, что при таком понимании был бы излишним пар. 15 Общего закона о равном обращении, в котором указано, что в определенных случаях у лица нет права требовать вступления в обязательственное правоотношение; отсюда вполне можно сделать вывод, что в других случаях устранение недостатка может происходить и путем иска о заключении договора. Также указывается, что, критикуя принуждение к заключению договора, всегда нужно принимать во внимание, что принуждение, конечно, оказывает существенное

влияние на свободу дискриминирующего лица принимать решение о том, заключать ли ему договор или нет, но, с другой стороны, расширяет чисто фактическую свободу носителя определенных дискриминационных признаков заключать договор [Schwab D., Löhnig M., 2012: 254].

Следует отметить, что мнения ученых расходятся относительно того, позволяет ли Общий закон о равном обращении понуждать к заключению договора при нарушении лицом дискриминационных запретов [Wiemann J., 2010: 1134–1145]. Так, Х. Кетц указывает, что можно, конечно, спорить, нарушит ли арендодатель моральный запрет, если объявит, что не хочет заключать договоры со слишком молодыми людьми, однако нет оснований принуждать его в подобном случае на законных основаниях к заключению договора аренды или угрожать ему санкциями, если он ведет себя в данной ситуации не так, как (возможно) ожидается от рачительного хозяина. По его мнению, в принципе о неправомерной дискриминации довольно трудно говорить, если для отказа в заключении договора есть объективная причина или если в рамках переговоров о заключении договора, не являющегося массовой сделкой, лицо отказывается совершить сделку без объяснения причин [Kotz H., 2012: 15–16]. Если имеет место случай недопустимой дискриминации, то потерпевшему, как полагает автор, не предъявляется требование о заключении договора. Вместо этого он вправе требовать возмещения убытков, в частности нематериальный ущерб.

1.4. Классификация обязательств заключить договор в зависимости от ключевой цели законодателя

При более близком рассмотрении все указанные выше случаи обязательств заключить договор служат достижению следующих целей. Во-первых, институт понуждения к заключению договора предназначен для защиты личности от социальной изоляции и изоляции в сфере оборота товаров. Во-вторых, он в целом необходим для обеспечения минимума однородных базовых установок в обществе. Указанные цели могут защищаться как исключительно в правовом поле в форме возмещения причиненных убытков в денежной форме, так и посредством социального вовлечения потерпевшего в жизненные процессы, в которых он жаждет принять участие.

С точки зрения правового измерения защита от дискриминации может быть направлена против злоупотреблений третьего лица, которые проявляются в форме таких противоправных действий, как, например, выставление таблички в заведении, предлагающем услуги публично, с ограничением права прохода определенной группы лиц. С точки зрения

частного права защита от подобных злоупотреблений осуществляется через деликтную защиту, в особенности, посредством защиты личных неимущественных прав. Также могут применяться притязания о прекращении нарушения или устранении угрозы причинения вреда (по аналогии с пар. 1004 ГГУ) [Wolf M., Neuner J., 2012: 572, 573].

Нарушение личных неимущественных прав может быть вызвано и тем, что дискриминирующее лицо ведет себя сугубо пассивно, избегая законных контактов с определенными группами лиц и отказываясь от предложений заключить контракт без объяснения причин. Вроде бы дискриминирующее лицо использует свою негативную договорную свободу, однако при этом почему-то отдельные лица в сравнении с другими заинтересованными систематически подвергаются дискриминации. Это неравное обращение с участниками оборота может с точки зрения деликта создать предпосылки для иска о взыскании морального вреда. Однако при признании доминирования свободы договора это не может привести к равному обращению в смысле обязательства заключить договор, поскольку дискриминирующее лицо использует свою частную автономию только в негативном ключе [Vandenbergh A.-S., 2011: 13–15].

С точки зрения социального измерения институт понуждения к заключению договора описывается в таком ключе, что дискриминирующее лицо вопреки его воле, но для целей защиты третьих лиц, а равно и интересов социального государства, обязуется заключить договор. Легитимная цель подобной обязанности заключается преимущественно в том, чтобы защитить дискриминируемого от исключения (отстранения) от определенных товаров или услуг, а не в карательном отношении к дискриминирующему лицу. Кроме того, существует множество случаев юридического понуждения к заключению контрактов, которые обычно служат общим интересам. В этой связи обязанность заключить договор имеет скорее не защитно-правовой, а социальный характер [Kilian W., 1980: 53–61]. Сообразно этим целям возможно выделить следующие классификации случаев принуждения к заключению договора.

1.4.1. Общий институт понуждения к заключению договора

В рамках общей обязанности заключить договор адресат должен с каждым заинтересованным лицом вступить в договорные отношения. Такое безусловное принуждение к заключению договора соответствует принципу равного обращения в том плане, что в принципе аналогичные правоотношения должны быть установлены со всеми заинтересованными лицами. Тем не менее принцип равенства в данном случае имеет второстепенное значение, поскольку независимо от возможных обяза-

тельств должника перед третьими лицами у каждого человека уже есть первоначальное притязание, которое также может остаться единственным [Wolf M., Neuner J., 2012: 574].

Идея равенства приобретает значение только тогда, когда ресурсы ограничены, когда несколько заинтересованных сторон просят одного и того же блага. В таких случаях обязанное лицо должно произвести распределение благ, основываясь на объективных критериях. Общий институт понуждения к заключению договора может служить для защиты коллективных интересов, таких как сохранение ресурсов. В то же время очень часто он также направлен на защиту отдельных субъектов, в первую очередь, в сфере обеспечения услугами, представляющими общий интерес, для обеспечения социокультурного минимального существования каждого гражданина.

Например, для предприятий, поставляющих электроэнергию, предусмотрена обязанность заключать договоры. Аналогичное обязательство предусматривается для пассажирских перевозок, для страховых организаций при страховании ответственности автовладельцев; обязанность заключить договор на ведение текущего счета может вытекать из специальных положений в законах о сберегательных кассах федеральных земель.

В дополнение к этим специальным юридическим обязательствам по заключению договоров в немецкой доктрине выработан общий подход, согласно которому компания, публично предлагающая товары или услуги первой необходимости, может отказаться от заключения договора только по объективно обоснованным причинам, если у заказчика отсутствуют разумные альтернативные варианты [Bydliniski F., 1980: 41]. В данном контексте адресатом обязанности, как правило, будет или монополия, или предприятие, занимающее доминирующее положение на рынке. Поскольку для признания положения доминирующим достаточно ограниченной территории, даже единственная местная пекарня может быть признана монополистом. При этом существует некая взаимосвязь — чем настоятельнее потребность в товаре или услуге, тем выше вероятность возникновения обязанности заключить договор; чем больше конкурентов предлагают услугу на рынке, доступном для клиента, тем меньше требуется вводить обязанность заключить договор для удовлетворения спроса.

1.4.2. Требование равного обращения

В отличие от общей обязанности заключения договора требование равного обращения предполагает, что к отдельным субъектам частного права относятся ровно также, как и по отношению к другим. Это требо-

вание имеет свое основание не в изначальных обязанностях двустороннего правоотношения. Напротив, оно может быть реализовано только при нарушении принципа относительности обязательственных отношений [Wolf M., Neuner J., 2012: 575]. Так же, как и общее обязательство по заключению договора, требование равного обращения может служить защите коллективного блага, например, преследуя определенные цели в антимонопольном праве. Наряду с этим указанное требование может защищать и интересы индивидуальных лиц. Это требование может проявиться на всех стадиях договорного отношения, начиная с заключения договора, до его прекращения.

Обязательство по заключению договора может вытекать, например, из запрета на дискриминацию для компаний, занимающих доминирующее положение, а также для бизнес-ассоциаций и профессиональных ассоциаций. Эти предприятия и ассоциации не должны необоснованно препятствовать отдельным компаниям по сравнению с другими компаниями того же типа в вопросе заключения договора и не должны прямо или косвенно относиться к ним по-разному без объективно уважительной причины.

Внутри договорных отношений требование о равном обращении может существовать, в частности, между работодателем и его работниками. Если кому-либо из работников работодатель выплачивает бонус, то он должен его выплатить и другим. Также должник, который обеспечивает контрагенту частичное предоставление из-за ограниченности ресурсов, должен с конкурирующим кредитором обойтись точно так же. Это относится, например, к требованию пропорционального уменьшения предоставления в случае частичной утраты должником ограниченного родового долга не по своей вине.

1.4.3. Запреты проведения различий

В отличие от требования равного обращения, запрет различий не требует тождественного образа действий, но только чтобы частноправовое решение не ставилось в зависимость от некоторых возмутительных критериев. Здесь нет обязанности предоставлять равным равное, но нужно только исключить некоторые преференциальные решения. Например, работодатель имеет право отказать тому или иному лицу в приеме на работу, но не на основании определенных критериев, подпадающих под запрет дискриминации.

Как Общий закон о равном обращении, так и частноправовые директивы ЕС содержат только запрет использования некоторых различий, но не общее требование о равном обращении. Разница между этими явлениями, ограничивающими частную автономию, будет становиться

меньше, чем больше признаков будут признаваться дискриминирующими, и на их основании нельзя будет принимать решение о заключении договора. Теоретически можно подвергнуть все персональные данные запрету на дифференциацию и таким образом фактически устранить свободу выбора. В связи с этим защита от дискриминации допустима только там, где релевантной группе лиц угрожает опасность оказаться отстраненной от определенных товаров или услуг. Прежде всего — это вопрос взаимодействия трех критериев [Wolf M., Neuner J., 2012: 576].

Во-первых, как правило, конкретная дискриминируемая характеристика определенной группы лиц становится проблемой, влекущей социальное отстранение, если она текущим общественным мнением рассматривается как решающий критерий дискриминации.

Во-вторых, рассматриваемая группа должна быть достойна защиты. В случае характеристик, на которые можно повлиять (нежелание быть готовым осуществить предоставление, неопрятный внешний вид), эти критерии дифференциации, как правило, признаются разумными. С другой стороны, в случае неизменяемых атрибутов существует фундаментальная потребность в защите, которая также зависит от особенностей конкретного предоставления.

В-третьих, необходимо принимать во внимание объективную заинтересованность лица, принимающего решение о совершении сделки, в проведении дифференциации.

2. Российское регулирование

В рамках российского регулирования существует довольно много случаев, когда лицо обязуется заключить договор. Однако если приводить общие обязательства по заключению договора, в которых управомоченным может выступать каждый, кто обратится, то среди них особо можно выделить: публичный договор (2.1); обязанность заключить договор, установленную для лица, занимающего доминирующее положение на рынке (2.2).

2.1. Публичный договор

Согласно п. 1 ст. 426 ГК РФ публичным договором признается договор, заключенный лицом, осуществляющим предпринимательскую или иную приносящую доход деятельность, и устанавливающий его обязанности по продаже товаров, выполнению работ либо оказанию услуг, которые такое лицо по характеру своей деятельности должно осуществлять в отношении каждого, кто к нему обратится (розничная торговля,

перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжение, медицинское, гостиничное обслуживание и т.п.).

К публичным договорам относятся также иные договоры, прямо названные в законе в качестве таковых, например договор бытового подряда (п. 2 ст. 730 ГК РФ), договор водоснабжения (ч. 3 ст. 13 Федерального закона от 7.12.2011 № 416-ФЗ «О водоснабжении и водоотведении»), договор обязательного страхования ответственности владельцев транспортных средств (абз. 8 ст. 1 Федерального закона от 25.04.2002 № 40-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств»)¹.

Однако, например, кредитный договор или договор добровольного имущественного страхования не относятся к числу публичных. Причина этого заключается в том, что, например, при заключении кредитного договора банк рассматривает каждого потенциального клиента индивидуально. Вследствие этого деятельность банка нельзя рассматривать как предполагающую, что банк готов заключить кредитный договор с любым лицом, которое к нему обратиться.

В доктрине неоднократно отмечалось, что ст. 426 ГК содержит абстрактную формулировку, и конкретный договор, рассматриваемый в рамках судебного спора, может признаваться публичным вне зависимости от того, содержится ли в специальном законе соответствующее указание или нет [Савельев А.И., 2009: 105]; [Брагинский М.И., Витрянский В.В., 2003: 253].

К лицам, обязанным заключить публичный договор, исходя из положений п. 1 ст. 426 относятся: коммерческая организация; некоммерческая организация при осуществлении ею приносящей доход деятельности; а равно индивидуальные предприниматели, которые по характеру своей деятельности обязаны продавать товары, выполнять работы и/или оказывать услуги в отношении каждого, кто к ним обратится (потребителя). При этом для целей применения ст. 426 ГК потребителями признаются физические лица, на которых распространяется действие законодательства о защите прав потребителей, а также индивидуальные предприниматели, юридические лица различных организационно-правовых форм, например, потребителями по договору оказания услуг универсальной связи являются как физические, так и юридические лица (пп. 30 ст. 2, ст. 44 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи»)².

¹ Федеральный закон от 07.12.2011 № 416-ФЗ (ред. от 13.06.2023) «О водоснабжении и водоотведении» // СПС КонсультантПлюс.

² Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ (ред. от 04.08.2023) «О связи» // СПС Консультант Плюс.

В данном случае ключевая особенность публичного договора, отличающая его от остальных групп, заключается в том, что непосредственным источником обязанности заключить договор выступает особенность предоставления, предлагаемого предпринимателем. Это предоставление, во-первых, адресуется неопределенной группе лиц не потому, что так пожелал предприниматель, а непосредственно в силу характера деятельности. Например, если лицо профессионально осуществляет пассажирские перевозки, не имеет значения его намерение адресовать предложение об услугах только конкретным лицам. По характеру своей деятельности такой перевозчик должен оказывать услуги каждому желающему. Напротив, продавец земельного участка не обязан заключить договор с любым обратившимся. Он, конечно, может сделать публичную оферту, но это будет основано исключительно на его воле и не будет вытекать из деятельности, которую он осуществляет.

В качестве иллюстрации возможно привести дело, в рамках которого суд анализировал договор об оказании физкультурно-оздоровительных услуг, предусматривающий членство в спортивном клубе³. В качестве довода против признания такого договора публичным отмечалось, что по условиям договора и правил членом клуба является лицо, не имеющее противопоказаний к занятиям спортом по состоянию здоровья, следовательно, спорный договор предусматривает объективные критерии для лиц, имеющих намерение заключить такой договор, а потому у ответчика отсутствует обязанность заключить договор с каждым, кто к нему обратится.

Однако данный аргумент был отвергнут. Верховный Суд России указал, что в публичном договоре одной из сторон является продавец (исполнитель), который занимается предпринимательской деятельностью и, как правило, реализует социально необходимые и публично значимые товары (работы, услуги). Предмет договора по данному делу составляют физкультурно-оздоровительные услуги, оказываемые соответствующей организацией, и их оплата гражданином. Эти услуги заключаются в создании условий для систематических занятий спортом, развития общей физической подготовки гражданина, контроля за тренировочным процессом. Объективные критерии для лиц, обращающихся за заключением такого договора, в виде отсутствия противопоказаний к занятиям спортом по состоянию здоровья свидетельствуют о том, что клуб обязан заключить договор с каждым, кто будет соответствовать указанным требованиям. Таким образом, названные критерии не могут являться

³ П. 12 Обзора судебной практики по делам о защите прав потребителей, утв. Президиумом Верховного Суда России от 20.10.2021 // СПС КонсультантПлюс.

основанием для вывода о том, что заключенный между сторонами договор не обладает признаками публичного договора.

Приведенные разъяснения несколько уточняют первый признак публичного договора. Лицо по характеру своей деятельности обязано заключить договор с каждым, кто к нему обратится, т.е. характер деятельности таков, что услуги предлагаются публично. Однако круг указанных лиц может быть несколько ограничен посредством введения объективных критериев.

В рамках указанного дела приведен и второй значимый критерий публичного договора, который из непосредственного текста ст. 426 ГК можно вывести разве что посредством анализа примеров, которые приводятся в п. 1 названной нормы. Так, среди предоставлений, подпадающих под действие публичного договора, законодатель упоминает розничную торговлю, перевозку транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжение, медицинское, гостиничное обслуживание и т.п. Из приведенного перечня можно вывести, что указанные услуги направлены на удовлетворение нормальных потребностей лиц. Именно на это указал и Верховный Суд России, отметив, что соответствующий договор, как правило, направлен на предоставление публично значимых товаров.

В подтверждение наличия этого признака возможно привести дело, в рамках которого ответчиком выступало АО «Почта России»⁴. К нему было заявлено требование об обязанности заключить договор со стороны оператора почтовой связи. «Почта России» обратилось с кассационной жалобой, в которой просило изменить мотивировочную часть постановления апелляционного суда, в котором содержался вывод о публичности договора на предоставление услуг почтовой связи в отношении истца, имеющего статус почтового оператора.

В указанном деле Апелляционный суд указал, что в силу ст. 2 Федерального закона о почтовой связи⁵ договор на оказание услуг почтовой связи для ответчика является публичным. Никаких ограничений по кругу потенциальных клиентов либо исключений, в том числе и для иных почтовых операторов, ни Закон о почтовой связи, ни иные федеральные законы не содержат. Следовательно, договор АО «Почта России» по предоставлению услуг оператору почтовой связи также является публичным.

С приведенной позицией не согласился суд кассационной инстанции, отметив, что публичный договор всегда связан с существенным

⁴ Постановление Апелляционного суда ВСО от 01.02.2021 по делу № А19-1315/2020 // СПС КонсультантПлюс.

⁵ Федеральный закон от 17.07.1999 № 176-ФЗ (ред. от 18.03.2023) «О почтовой связи» // СПС КонсультантПлюс.

фактическим неравенством его сторон и особым предметом договора; признание договора публичным направлено на защиту интересов потребителя как экономически более слабой стороны в правоотношениях с лицом, осуществляющим профессиональную деятельность в определенной сфере. Это означает, что публичный договор связан с существенным фактическим неравенством субъектов, один из которых является на рынке профессионалом, а второй — нет.

В рассматриваемом случае и ответчик, и истец являются профессиональными участниками в сфере оказания услуг почтовой связи. В этой связи понуждение одного оператора почтовой связи к заключению договора с другим оператором почтовой связи невозможно на основании ст. 426 ГК.

Надлежит подробнее остановиться на указанном критерии, предполагающем, что публичный договор направлен на удовлетворение нормальных потребностей. Следует отметить, что юридические меры предосторожности, позволяющие удовлетворить все законные потребности человека, носили бы утопический характер. Это связано с ограниченностью экономических благ и с тем, что удовлетворение одной потребности человека может порождать другие потребности. Таким образом, стремление обеспечить удовлетворение всех человеческих потребностей было бы невыполнимым требованием, которое правовая и экономическая система, безусловно, не выдвигает. Остается только искать максимально широкую и приемлемую норму для исправления сбоев в товарном обороте, которая бы основывалась на относительно широком консенсусе. Акцент должен быть сделан не на тех аспектах, особенности которых влияют на различия во мнениях, а на самоочевидных и бесспорных потребностях [Bydliniski F., 1980: 36–38]. Существование подлинных и весьма различных человеческих потребностей, выходящих за рамки этого, никоим образом не отрицается, но их удовлетворение отдано на откуп одному лишь некорректируемому принудительно правовому порядку, основанному на свободном товарном обороте.

В качестве возможного правила следует указать, что речь идет о потребностях, удовлетворение которых необходимо для осуществления нормальной человеческой жизни в соответствии с реалиями времени (сегодняшний нормальный образ жизни среднестатистического человека). Товары и услуги, которые сегодня доступны практически каждому и которые среднестатистический человек использует (потребляет) в повседневной жизни или, по крайней мере, относительно регулярно, необходимы для его существования в современном мире. Человек не должен быть лишен соответствующих товаров и услуг в долгосрочной перспективе, по крайней мере, если он хочет и может приобрести их на обычных

условиях. Обеспечение беспрепятственного нормального занятия своим делом, на которое теоретически может претендовать каждый, также будет относиться к нормальной потребности. Сосредоточение исключительно на товарах первой необходимости, необходимых для биологического существования, кажется в наше время слишком узким.

Таким образом, гипотеза ст. 426 ГК включает два условия. Во-первых, характер услуг, оказываемых предпринимателем, должен предполагать, что эти услуги оказываются неопределенной группе лиц, выделенной по объективным критериям. Во-вторых, что данные услуги служат удовлетворению нормальных человеческих потребностей настоящего времени.

2.2. Обязанность заключить договор, адресованная субъекту, злоупотребляющему своим доминирующим положением

Согласно ч. 1 ст. 10 Федерального закона о защите конкуренции⁶ запрещаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей, в том числе экономически или технологически не обоснованные отказ либо уклонение от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) в случае наличия возможности производства или поставок соответствующего товара, а также в случае, если такой отказ или такое уклонение прямо не предусмотрены федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента, нормативными правовыми актами Правительства, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или же судебными актами.

Равным образом запрещены соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, т.е. между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, или между хозяйствующими субъектами, осуществляющими приобретение товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести к достижению указанной выше цели (ч. 1 ст. 11 Закона «О защите конкуренции»). Соответствующие запреты также предусмотрены для государственных органов, если их действия ограничивают конкуренцию (ст. 15 того же Закона).

В настоящем случае акцент несколько иной по сравнению с публичным договором. Ключевым является значительная доля участия хозяй-

⁶ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ (ред. от 10.07.2023) «О защите конкуренции» // СПС КонсультантПлюс.

ствующего субъекта на рынке товаров или услуг, в результате чего его действия могут привести к ограничению конкуренции. Соответственно этому в отношениях между предпринимателями общее правило об обязанности заключить договор может иметь место, если действия участника рынка, занимающего значительное положение, посредством произвольного отказа заключить договор приводят к тому, что существование другого предпринимателя, зависящего от его предоставления, может быть поставлено под угрозу. При этом в данном случае, вероятно, во главе угла стоит не угроза существования участника оборота, а факт того, угрожает ли дискриминирующее поведение лица существованию конкуренции на соответствующем рынке, создает ли его поведение для рынка существенный негативный эффект.

В качестве иллюстрации уместно привести дело, в рамках которого администрация, владевшая имуществом, на котором были размещены объекты связи, настаивала на прекращении договорных отношений и демонтаже объектов связи⁷. Судебные акты нижестоящих инстанций, удовлетворившие требования администрации, были отменены, а дело возвращено на новое рассмотрение, поскольку демонтаж объектов связи привел бы к прекращению деятельности оператора связи, у которого отсутствуют технические возможности переноса линий связи в подземную канализацию.

Как указал Верховный Суд России, совокупный анализ сложившейся между администрацией (и подконтрольными ей предприятиями) и операторами подвесной связи конфликтной ситуации свидетельствует, что выполнение заявленных исковых требований создаст условия изменения качественного состояния рынка услуг электросвязи в городе с конкурентного на монополистический, позволив организации, имеющей подземную канализацию для размещения объектов связи, единолично занять доминирующее положение на данном товарном рынке, что не отвечает публичным интересам и целям антимонопольного регулирования.

Как следствие, обязанность лица заключить договор, основанная на нормах Закона о защите конкуренции, акцентирует внимание не на характере оказываемого лицом предоставления, а на его правовом положении в рамках соответствующего товарного рынка. Цель в данном случае заключается не только и не столько в удовлетворении нормальных потребностей человека, а в сохранении конкурентного рынка.

⁷ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 12.10.2015 № 309-ЭС15-6673 // СПС КонсультантПлюс.

Заключение

Во-первых, как в рамках германского, так и российского регулирования институт принудительного заключения договора используется в нескольких более или менее однотипных группах случаев.

Во-вторых, среди них отмечаются взаимоотношения с монополистом или лицом, занимающим доминирующее положение, в ситуации, когда ограничения или устранения конкуренции и (или) необходимости сохранения конкурентного рынка. В таком случае обязанность заключить договор служит цели защиты конкуренции.

В-третьих, еще одна группа случаев, предполагающих обязательство заключить договор, имеет место, когда лицо в силу характера своей деятельности предлагает товары или услуги неограниченному кругу лиц, а указанный товар или услуги служат нормальным потребностям членов общества. В этой ситуации публичный договор служит цели обеспечения участников оборота обычными потребностями, удовлетворение которых необходимо для комфортного существования и (или) ведения деятельности. В таком случае для признания договора публичным не нужно устанавливать факт занятия обязанным лицом доминирующего положения и (или) признания его монополистом.



Список источников

1. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. Общие положения. М.: Статут, 2003. 848 с.
2. Плотников И.Г. Ограничение свободы договора в целях защиты прав слабой стороны // Юрист. 2017. № 14. С. 15–19.
3. Савельев А.И. Применение судами норм Гражданского кодекса РФ о публичных договорах // Вестник гражданского права. 2009. № 4. С. 99–136.
4. Степкин С.П. Гражданско-правовые ограничения свободы договора // Юрист. 2018. № 3. С. 19–23.
5. Ширвиндт А.М. Ограничение свободы договора в целях защиты прав потребителей в российском и европейском частном праве. М.: Статут, 2014 // СПС Консультант Плюс.
6. Bydlinski F. Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges / Archiv für die civilistische Praxis. Tübingen: Mohr Siebeck 1980, S. 1–46.
7. Edward D. Non-Discrimination as a Legal Concept / Non-Discrimination in European Private Law. R. Schulze (ed.). Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, pp. 3–9.
8. Kilian W. Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem / Archiv für die civilistische Praxis. Tübingen: Mohr Siebeck. 1980, S. 47–83.
9. Kotz H. Vertragsrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, 559 S.
10. Leenen D. BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre. Berlin: De Gruyter, 2012, 522 S.

11. Medicus D., Lorenz S. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. Munchen: C.H. Beck, 2012, 434 S.
12. Schwab D., Löhnig M. Einführung in das Zivilrecht. Munchen: C.F. Müller, 2012, 459 S.
14. Wiemann J. Obligation to Contract and the German General Act on Equal Treatment (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz). *German Law Journal*, 2010, vol. 11, no. 10, pp. 1131–1146.
13. Vandenberghe A.-S. The Economics of Non-Discrimination. In: *Non-Discrimination in European Private Law*. R. Schulze R. (ed.) Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 9–27.
15. Wolf M., Neuner J. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 10. Aufl. Munchen: C.H. Beck, 2012, 753 S.



Reference

1. Braginskiy M.I., Vitryanskiy V.V. (2003) Contract Law. First book. General part. Moscow: Statut, 848 p. (in Russ.)
 2. Bydlinski F. (1980) Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges. In: *Archiv für die civilistische Praxis*. Tübingen: Mohr Siebeck, S. 1–46.
 3. Edward D. (2011) The non-discrimination as a legal concept. In: *Non-Discrimination in European Private Law*. R. Schulze (ed.). Tübingen: Mohr Siebeck, 268 p.
 4. Kilian W. (1980) Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem. In: *Archiv für die civilistische Praxis*, S. 4–83.
 5. Kotz H. *Vertragsrecht* (2012) Tübingen: Mohr Siebeck, 559 p.
 6. Leenen D. (2012) BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre. Berlin: De Gruyter, 522 p.
 7. Medicus D., Lorenz S. (2012) Schuldrecht. Allgemeiner Teil. Munchen: C.H. Beck, 434 S.
 8. Plotnikov I.G. (2017) Limitation of contractual freedom for protection of weaker party rights. *Yurist=Lawyer*, no. 14, pp. 15–19 (in Russ.)
 9. Saveliev A.I. (2009) The application of the Russian civil code rules on public contracts. *Vestnik grazhdanskogo prava=Bulletin of the Civil Law*, no. 4, pp. 99–136 (in Russ.)
 10. Schwab D., Löhnig M. (2012) *Einführung in das Zivilrecht*. Munchen: C.F. Müller, 459 S.
 11. Shirvindt A.M. (2014) Restrictions of contractual freedom as a means of consumer protection under the EU and Russian private law. *SPS Consultant Plus* (in Russ.)
 12. Stepkin S.P. (2018) Limitations of contractual freedom. *Yurist=Lawyer*, no. 3, pp. 19–23 (in Russ.)
 13. Vandenberghe A.-S. (2011) Economics of non-discrimination. In: *Non-Discrimination in European Private Law*. R. Schulze (ed.), pp. 9–27.
 14. Wiemann J. (2010) Obligation to contract and the German General Act on Equal Treatment (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz). *German Law Journal*, vol. 11, no. 10, pp. 1131–1146.
 15. Wolf M., Neuner J. (2012) Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 10. Aufl. Munchen: C.H. Beck, 753 S.
-

Информация об авторе:

А.А. Громов — кандидат юридических наук, старший научный сотрудник.

Information about the author:

A.A. Gromov — Candidate of Sciences (Law), Senior Researcher.

Статья поступила в редакцию 17.10.2023; одобрена после рецензирования 01.11.2023; принята к публикации 01.11.2023.

The article was submitted to editorial office 17.10.2023; approved after reviewing 01.11.2023; accepted for publication 01.11.2023.

Научная статья

УДК: 347.22.01

DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.126.148

Доверительное управление объектами социального назначения



Илья Игоревич Зикун

Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации, Россия 109012, Москва, ул. Ильинка, 8/2, zikun@privlaw.ru, <https://orcid.org/0009-0000-4979-601X>



Аннотация

В статье рассматриваются модели управления объектами коммунальной, транспортной и социальной инфраструктуры для удовлетворения общественно-полезных целей. Автор показывает, что в управлении объектами социального назначения используются траст и его функциональные аналоги. Исследованы подходы стран континентального (преимущественно Германии) и общего права. Для управления объектами социального назначения в Германии используются правоспособные и неспособные фонды, а также учреждения. Однако использование давно известной конструкции траста не дает кредиторам права обратить взыскание по долгам траста на объекты социального назначения. В статье делается попытка показать возможность использования российского института доверительного управления для управления объектами социального назначения вместо институтов права оперативного управления и права хозяйственного ведения. Однако данная модель управления общественно-полезным имуществом не может быть использована при административном правоотношении между публично-правовым образованием и государственным органом. Для использования модели доверительного управления субъекты должны быть имущественно обособлены друг от друга. В противном случае конструкция договорного правоотношения утрачивает значение. Заимствование российским правом категории «фидуциарная собственность» или траста невозможно в связи с тем, что российское право на протяжении нескольких столетий исходило из унитарной концепции права собственности. Свойственное трасту сокрытие личности учредителя траста не имеет смысла при управлении объектами социального назначения. Речь идет только о хозяйственном управлении государственным имуществом. Использование договора доверительного управления для управления объектами социального назначения позволит решить проблему участия в российском обороте юридических лиц-несобственников. Однако даже при выборе такой модели управления

государственным имуществом сохраняется необходимость в ответственности государства по долгам, связанным с управлением объектами социального назначения. Выбор модели управления государственным имуществом не может решить проблемы экономической убыточности достижения общественно-полезных целей.



Ключевые слова

договор доверительного управления; траст; фидуциарная собственность; право оперативного управления; право хозяйственного ведения; фонд; учреждение; объект социальной инфраструктуры; вещное право; обязательственное право; гражданское право.

Благодарности: исследование подготовлено в рамках выполнения государственного задания Исследовательскому центру частного права им. С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации (номер научно-исследовательской работы в ЕГИСУ НИОКТР АААА-А21-121012090141-8).

Для цитирования: Зикун И.И. Доверительное управление объектами социального назначения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2023. Том 16. № 4. С. 126–148. DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.126.148

Research article

Trust Management of Social Facilities



Ilya Igorevich Zikun

Alekseev Private Law Research Centre under the President of the Russian Federation, 8 Ilyinka Str., Building 2, Moscow 109012, Russia, zikun@privlaw.ru



Abstract

The article considers the models of management of communal, transportation and social infrastructure facilities to meet socially useful purposes. Based on the results of analyzing experience of foreign countries, the author shows that the trust and its functional analogues are used for the management of social purpose objects. The author considers the approaches of common law countries and continental law countries (mainly Germany). For the management of social purpose objects in Germany legal and non-legal foundations and institutions are used. However, the use of the long-known trust structure does not give creditors the right to foreclose on the debts of the trust on social objects. The article attempts to show the possibility of using the Russian institute of trust management for the management of social objects instead of the institutes of the right of operational management and the right of economic management. However, this model of management of socially useful property cannot be used in the presence of an administrative legal relationship between a public-law entity and a state body. To use the model of trust management the subjects must be property separate from each other. Otherwise, the construction of a contractual legal relationship loses its significance. Russian law cannot take the category of “fiduciary property” or trust due to the fact

that Russian law has been based on the unitary concept of property rights for several centuries. The concealment of the identity of the trust's founder, which is characteristic of a trust, does not make sense when managing social objects. We are talking only about economic management of state property. The use of a trust management agreement for the management of social objects will allow solving the problem of participation of non-owner legal entities in the Russian turnover. However, even if such a model of state property management is chosen, there is still a need for the state to be liable for debts associated with managing social facilities. The choice of the model of state property management cannot solve the problem of economic unprofitability of achieving socially useful goals.



Keywords

trust agreement; trust; fiduciary property; right of operational management; right of economic management; fund; office of state; social infrastructure object; right in *rem*; right of obligation; civil law.

Acknowledgements: The article is prepared within fulfilling state task to the Alekseev Research Center, number AAAA-A21-121012090141-8.

For citation: Zikun I.I. (2023) Trust Management of Social Facilities. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 16, no. 4, pp. 126–148 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.126.148

Введение

Так называемый институт фидуциарной собственности и его российский субститут в виде института доверительного управления находят все большую сферу применения во всех подотраслях гражданского права: вещном, обязательственном, корпоративном, наследственном и семейном. При обсуждении вопроса о субсидиарном применении к тому или иному институту гражданского права норм главы 53 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ, ГК) необходимо учитывать, что институт фидуциарной собственности может быть выражен в эксплицитной или имплицитной форме. Эксплицитная форма сводится к тому, что учредитель управления и управляющий заключают договор, в котором прямо или косвенно выражено условие о применении к отношениям сторон положений гл. 53 ГК о доверительном управлении.

На протяжении многих лет в советском и российском гражданском праве велись споры о выборе гражданско-правовой формы управления государственным имуществом, которое предназначено для удовлетворения общественных потребностей. Е.А. Суханов много раз обращал внимание на то, что закрепленная ГК РФ форма присвоения в виде права оперативного управления и права хозяйственного ведения является необоснованной, так как влечет за собой участие в гражданском

обороте юридических лиц-несобственников [Суханов Е.А., 2015: 256]; [Суханов Е.А., 1998: 206–221]; [Суханов Е.А., 2011: 4–24]; [Суханов Е.А., 2010: 5–12]; [Суханов Е.А., 2017: 130–141]. Для решения этой проблемы Е.А. Суханов предлагает два варианта участия юридических лиц публичного права в гражданском обороте:

юридическое лицо публичного права должно иметь право собственности на все имущество (оборотное и внеоборотное), которое было передано ему в управление публично-правовым образованием. В таком случае кредиторы смогут обратиться с иском на любое имущество юридического лица публичного права без каких-либо исключений;

юридическое лицо публичного права может и не иметь права собственности на управляемое им имущество, однако публично-правовое образование должно нести неограниченную субсидиарную ответственность по долгам учрежденного им юридического лица.

Из предложенных Е.А. Сухановым двух вариантов присвоения государственного имущества и с учетом результатов дискуссии о природе государственных предприятий в советском праве, допустим вывод, что управление государственным имуществом осуществляется двумя способами: по моделям централизации и децентрализации. Выбор способа управления государственным имуществом находится за пределами предмета гражданского права, так как относится к предмету административного права и обусловлен экономическими условиями. Однако выбор централизованной или децентрализованной модели управления государственным имуществом влечет гражданско-правовые последствия.

1. Модель децентрализации

Управление государственным имуществом в форме децентрализации осуществляется путем создания особых носителей гражданских прав и обязанностей (субъектов гражданского права). Носитель гражданских прав и обязанностей (*Rechtsträger*) обладает гражданско-правовой правоспособностью, которая не может быть отождествлена с административно-правовой правоспособностью. Субъекты административного права сами по себе не обладают гражданской правоспособностью, позволяющей им участвовать в гражданском обороте. Чтобы субъект административного права стал субъектом гражданского права, необходимо совершение особого акта, который наделит субъекта административного права гражданско-правовой правоспособностью. Можно выделить три варианта управления государственным имуществом в гражданском праве зарубежных стран по модели децентрализации.

1.1. Публично-правовая корпорация (public corporation)

Впервые институт фидуциарной собственности для общепользовных целей был применен в Англии в Статуте Елизаветы I (1601 г.). Использование института траста для управления объектами социального назначения в современном праве Соединенного Королевства связано с принятием Акта о благотворительности (Charities Act) 2011 г., которому предшествовали акты 1993 и 2006 годов под тем же названием. Согласно секции 3 (1) Акта 2011 г., положения института фидуциарной собственности применяются, если имущество управляется с целью предотвращения бедности, оказания образовательных и религиозных услуг, здравоохранения и спасения жизни, обслуживания общественных и коммунальных потребностей, развития искусства, культуры, науки и сохранения наследия, развития любительского спорта, защиты прав человека, разрешения споров или примирения, защиты религиозной и расовой гармонии, равенства и разнообразия, природной среды, помощи отдельным мало защищенным гражданам (молодым и пожилым, лицам с ограниченными возможностями и отклонениями здоровья, а также попавшим в затруднительное финансовое положение), защиты животных, обслуживания вооруженных сил, полиции, пожарных и спасателей, служб скорой медицинской помощи, а также в иных благотворительных целях, направленных на принесение пользы обществу.

Перечень благотворительных целей остается открытым, а достижение благотворительной цели должно быть действительной необходимостью. Причем цель будет благотворительной исключительно если она приносит пользу не отдельной количественно ограниченной категории нуждающихся, а численно неограниченной и испытывающей крайнюю нужду категории населения. В частности, не является публичным трастом фонд помощи детям сотрудников и бывших сотрудников банка¹, фонд помощи рабочим классам определенной территории².

Предметом публичного траста, например, является имущество школ, университетов, музеев, детских садов. В Соединенном Королевстве университеты (даже частные) имеют публичный статус, что обуславливает возникновение публичного траста. По общему правилу имущество исследовательских институтов не признается предметом публичного траста, так как институт должен оказывать образовательные услуги³.

Тем не менее в другом деле английские суды сделали исключение и признали имущество Общества Фрэнсиса Бэкона предметом публичного

¹ Re Coulthurst [1951] Ch 622.

² Re Sutton [1901] 2 Ch 640 at 646; Re Sanders, Will Trusts [1954] Ch 265.

³ См.: Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales v A-G [1972] Ch 73.

траста. Общество заявляло, что все пьесы Шекспира написаны Бэконом и пыталось доказать это своими исследованиями. Данное утверждение было осмеяно учеными, однако суд указал, что закон не может учитывать существо научного исследования, а должен исходить из «духа» (spirit) исследования для признания его благотворительным или нет⁴, поэтому имущество было квалифицировано как предмет публичного траста.

Таким образом, можно увидеть полное совпадение целей использования публичного траста (charitable trust) в английском праве и целей использования права оперативного управления и права хозяйственного ведения в российском праве.

Признание английским правом фидуциарной собственности публичной, т.е. направленной на достижение общественно полезных целей и приносящей пользу всему обществу или отдельным мало защищенным категориям граждан, влечет за собой наделение субъекта гражданского права рядом привилегий. Публичные трасты находятся под конституционно-правовой защитой Короны (контроль Charity Commission). Они выведены из-под правила «против отчуждаемости капитала» и правила «получения прибыли бенефициаром». Предмет публичного траста может быть неопределенным и подвергаться изменениям, так как все имущество публичного траста служит общественно полезным целям⁵. Публичные трасты пользуются также рядом привилегий в налоговом праве (charity exempt): освобождение от подоходного налога, налога на прибыль корпораций, на прирост капитала, с наследства, государственных сборов, непотребительских местных сборов и т.д.⁶

Тем не менее, несмотря на привилегии, общественно полезная цель траста не освобождает компанию-управляющего от ответственности перед кредиторами. По рекомендации Комитета по праву траста английское право не делает различий между ответственностью видов траста (публичный, пенсионный, семейный траст), унифицируя тем самым гражданско-правовую ответственность для любого траста вне зависимости от его общественной полезности. Управляющий несет ограниченную размером траста ответственность по долгам, возникшим в связи с управлением трастом.

Публичный траст учреждается в качестве отзывного или безотзывного. Если траст является безотзывным, то кредиторы, права требова-

⁴ Re Hopkins [1965] Ch 669.

⁵ См.: Hauxwell v Barton-on-Humber UDC [1974] Ch 432; Chichester Diocesan Fund and Board of Finance v Simpson [1944] AC 341 at 348.

⁶ См.: Income and Corporation Taxes Act 1988, s. 505; Taxation of Chargeable Gains Act 1992, ss. 256, 257; Inheritance Tax Act 1984, ss. 23, 76; Finance Act 1982, s. 129; Local Government Finance Act 1988, ss. 43, 47.

ния которых возникли в результате управления трастом, могут обратиться взыскание на предмет траста вплоть до признания управляющей компании несостоятельной. Если же учредитель управления может отозвать траст, то кредиторы имеют право требования к учредителю управления. Учреждение публичного траста не защищает имущество от обращения взыскания на него со стороны кредиторов. Кредиторы должны быть поставлены в такое положение, как если бы траста не существовало [Lischer H., 2000: 479]; [Sullivan J., 1998: 423]. Английские суды изначально пытались приравнять управляющего к агенту траста, однако впоследствии отказались от теории агентства, так как траст является только имущественной массой, которая принадлежит на праве «собственности» по закону управляющей компании⁷. Управляющая компания обязана учитывать предмет траста отдельно от своего имущества. По личным долгам управляющего он самостоятельно несет ответственность перед кредиторами. Кредиторы не вправе обратиться взыскание на предмет траста по личным долгам управляющего. Однако по требованиям кредиторов, возникших в связи с управлением трастом, управляющий личной ответственности не несет. Его ответственность ограничена размером траста. Вместе с тем управляющий вправе защитить предмет траста, заменив обращение взыскания по искам кредиторов на предмет траста уплатой собственных денежных средств.

Публичный траст является объектом гражданского права, для управления которым необходим особый субъект права — публичные компании (charitable companies), которые должны в своем названии содержать указание на их публичный («общественно полезный») характер. Исходя из этого, для управления общественно полезным имуществом необходимо наличие двух самостоятельных субъектов права: учредителя управления (публично-правового образования или иного лица) и управляющего (публичной компании). На один и тот же объект социального назначения в системе общего права установлено два права собственности: право собственности публично-правового образования «по праву справедливости» и право собственности публичной компании как управляющего «по закону».

Траст может быть создан в корпоративной и некорпоративной формах. В первом случае учреждается самостоятельное юридическое лицо (incorporated organization, далее — публичная инкорпорированная организация), в состав которой входят отдельные управляющие (trustees).

⁷ См.: Freeman & Lockyer v Buckhurst Park Properties Ltd [1964] 2 QB 480; De Vigier v IRC [1964] 1 WLR 1073, 1083; Perring v Draper [1997] EGCS 109, Marston Thompson & Evershed PLC v Bend 1997 Law Soc Gaz 94/39, 15 Oct 1997.

Деятельность управляющих и публичной инкорпорированной организации ограничена общественно полезной целью, которую определяет учредитель управления. Сам учредитель управления не имеет корпоративных прав участия, однако он вправе контролировать деятельность публичной инкорпорированной организации (подача ежегодного отчета, проведение аудита, привлечение к личной ответственности управляющих за нарушение условий траста). Инкорпорированная организация является самостоятельным субъектом гражданского права: выступает в гражданском обороте от своего имени; может быть истцом и ответчиком в судебном процессе; несет самостоятельную ответственность по долгам.

Некорпоративная форма управления имуществом в общественно полезных целях осуществляется управляющими без образования юридического лица. Управляющие могут самостоятельно нести права и обязанности, если их доходы за предыдущий финансовый год (поступления в целях благотворительности) не превышают 10 000 ф. ст., в управление не передан земельный участок, а также если не учреждено специальное юридическое лицо для управления имуществом в публичных целях. Учредитель управления обладает правом на иск напрямую к управляющим.

Имплицитное применение института траста в российском праве для управления объектами социального назначения невозможно в связи с тем, что в российском праве отсутствует параллельное существование двух правовых систем («права по закону» и «права справедливости»). Российское право не знает такой конструкции, как «расщепление права собственности», а закрепленный в Гражданском Кодексе Российской Федерации институт доверительного управления не связан с передачей права собственности управляющему. Управляющий лишь осуществляет чужое право собственности, но не обладает каким-либо самостоятельным вещным правом в отношении предмета управления. В связи с этим рассмотренный подход стран «общего права» не подходит российскому праву.

1.2. Самостоятельный фонд публичного права (selbständige Stiftung des öffentlichen Rechts)

В Германии по законодательству земли Рейнланд-Пфальц фонды публичного права — это правоспособные фонды, находящиеся в таком же отношении к земле, как и коммунальные территориальные объединения или иные объединения публичного права. Они выступают как публичные организации и формируются как фонды публичного права⁸. Регулирование фонда как формы юридического лица в германском праве осущест-

⁸ См.: § 3 Abs. 4 Landesstiftungsgesetz vom 19. Juli 2004 (GVBl. 2004, 385).

вляется на двух уровнях: федеральном (§ 80–88 BGB) и земельном. Однако к фондам публичного права положения Германского гражданского уложения (далее — ГГУ) о фондах (§ 80–88) не применимы. Уложение содержит лишь один параграф о самостоятельных фондах публичного права (§ 89), согласно которому фонды публичного права несут самостоятельную ответственность по долгам (обратить взыскание на имущество нельзя). Таким образом, к самостоятельным фондам публичного права применяются точно такие же правила гражданско-правовой ответственности, как и к другим субъектам гражданского права.

На федеральном уровне германский законодатель не говорит, что фонды публичного права являются управляющими («фидуциарными собственниками»). По общему правилу германская доктрина гражданского права не признает фонды управляющими и не рассматривает этот способ управления объектами социального назначения как «фидуциарную собственность» [Weidmann С., 2009: 18–20]. Некоторые федеральные земли однозначно исходят из того, что самостоятельный фонд публичного права является управляющим (Treuhänder)⁹. Однако законы о фондах публичного права других земель не говорят, что самостоятельные местные фонды публичного права являются фидуциарными управляющими объектами социального назначения, и к ним применяется институт Treuhand¹⁰.

На основании законов о фондах земель выделяют четыре вида местных самостоятельных фондов публичного права: церковные фонды, мировоззренческие, коммунальные и семейные фонды. Самостоятельным фондом публичного права опосредованно осуществляет управление государство (Träger der mittelbaren Staatsverwaltung). Фонды публичного права являются субъектами гражданского права, учреждаемыми на основании нормативных актов. Несмотря на связь с публично-правовым образованием, фонд публичного права имеет самостоятельную волю, которая отлична от воли учредителя (публично-правового образования), что и обуславливает его правосубъектность.

⁹ См.: § 10 Abs. 2 des Stiftungsgesetzes des Landes Mecklenburg-Vorpommern (Landesstiftungsgesetz — StiftG M-V) Vom 7. Juni 2006. Fundstelle: GVOBl. M-V 2006, S. 366; § 97 Gemeindeordnung für Baden-Württemberg in der Fassung vom 24. Juli 2000.

¹⁰ См.: Bayerisches Stiftungsgesetz (BayStG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. September 2008 Fundstelle: GVBl 2008, S. 834; Hessisches Stiftungsgesetz vom 4. April 1966 (GVBl. I S. 77); Sächsisches Stiftungsgesetz vom 7. August 2007 (SächsGVBl. S. 386); Saarländisches Stiftungsgesetz vom 11. Juli 1984 (Amtsblatt 2004, S. 1825); Thüringer Stiftungsgesetz vom 16. Dezember 2008 (GVBl. 2008, 561); Gesetz über rechtsfähige Stiftungen des bürgerlichen Rechts in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. März 2000 (GVOBl. 2000.208); Stiftungsgesetz Sachsen-Anhalt vom 20. Januar 2011 (GVBl. LSA 2011, 14); Landesstiftungsgesetz vom 19. Juli 2004 (GVBl. 2004, 385) и др.

Как указывал Й. Колер, «правосубъектность фонда покоится на его свойстве как организма общего юридического смысла; правосубъектность его покоится не на том, что она имеет цель осуществлять волю своего учредителя, и не так, как если бы правосубъектность фонда покоилась в гипостазированной воле учредителя» [Kohler J., 1891: 237]. Несмотря на гражданскую правосубъектность, фонды публичного права находятся под надзором публично-правовых органов (непосредственно под надзором земельных министерств внутренних дел и опосредованно – под надзором земельного или федерального правительства). Публично-правовые органы являются учредителями фонда публичного права и ежегодно проверяют финансовую отчетность фонда. Фонд публичного права должен уведомлять министерство внутренних дел об отчуждении земельного участка или иной имущественной ценности, выдаче поручительства или иной подобной сделке, если стоимость имущества превышает 30% стоимости всего имущества фонда.

Согласно §86 ГГУ уставы фондов публичного права, управляемых публично-правовым органом, могут предусматривать привилегии для субсидиарной ответственности органов фондов публичного права (Haftungsprivilegierung). Комментаторы ГГУ считают, что состав правления является фидуциарным управляющим (Treuhänder), т.е. действия правления должны быть такими, как если бы фонд был физическим лицом и его интересы могли бы быть самостоятельно защищены¹¹. Однако состав правления фонда можно признать управляющим только если он обладает самостоятельной правосубъектностью. В противном случае институт фидуциарной собственности не может быть применен, в связи с чем неправопоспособный публично-правовой орган действует от имени публично-правового образования.

Рассматривая в кассационном порядке очередное дело, Верховный суд ФРГ указал, что кредиторы не могут обратиться с иском к имуществу учредителя фонда, которое должно было быть передано фонду, так как учредитель не освобождается от субсидиарной ответственности по долгам фонда (§ 254 и 278 BGB)¹². Причем ответственность может быть возложена как на состав правления фонда публичного права, так и на публично-правовое образование, учредившее фонд.

Таким образом, фонды публичного права наделяются гражданской правосубъектностью для их участия в гражданском обороте, что распространяет на них положения §89 ГГУ о необходимости нести самостоятельную ответственность по своим долгам. Вместе с тем фонды

¹¹ Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München: C.H. Beck, 2015. S. 1018.

¹² См.: Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 20.05.2015, Az.: VII ZB 53/13.

публичного права сохраняют тесную связь с властными органами публично-правовых образований (действуют на основании нормативных актов под надзором земельных министерств внутренних дел). По утверждению комментаторов ГГУ, фонд публичного права является не только помощником публичной власти, но и частью управления (*Teil der Verwaltung*)¹³. Орган публично-правового образования определяет общественно полезное направление деятельности фонда публичного права и при необходимости может изменить это направление.

Фонд публичного права является управляющим государственным имуществом, в связи с чем такой фонд не приобретает права собственности на государственное имущество, а только осуществляет чужое право собственности. Однако в силу теории защиты доверия в глазах третьих лиц фонд публичного права выступает в качестве собственника имущества, хотя таковым и не является. Тем не менее в силу применения института управления имуществом («фидуциарной собственности») публично-правовое образование имеет право исключить объекты социального назначения из конкурсной массы фонда публичного права или освободить их из-под ареста в рамках процедуры исполнительного производства фонда публичного права. Таким образом, с точки зрения имущественной массы фонд публичного права для своих кредиторов является не более чем «пустышкой». Однако Верховный суд ФРГ возложил на публично-правовой орган и на публично-правовое образование неограниченную субсидиарную ответственность.

1.3. Форма полностью правоспособного учреждения (*rechtsfähige Anstalt*)

Между формами «учреждение» и «фонд», как указывают Р. Хюттеманн и П. Раверт, есть родственная связь. Обе эти формы появились на основе института прусского права (*die öffentliche Anstalt des preußischen Rechts*). В настоящее время некоторые фонды сохранили в названиях термин «учреждение», так как в XIII в. различали два вида фонда: фонд капитала (*Kapitalstiftung*) и фонд-учреждение (*Anstaltsstiftung*). Фонд является «формой замещения» (*Ersatzform*), т.е. вспомогательной структурой по достижению целей, которые возложены на учреждения¹⁴ [Ebersbach H., 1961: 28]; [Werner O., 2008: 1093]; [Schulte M., 1989: 7].

Различие фонда и учреждения в том, что фонд в большей степени предназначен для участия в гражданском обороте. Учреждение нахо-

¹³ Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. S. 941.

¹⁴ Handbuch des Stiftungsrechts. München, 2014. S. 11.

дится под контролем (в подчинении) учредителя — публично-правового образования. Учредители фонда утрачивают контрольные полномочия по отношению к фонду. Фонд, как правило, находится с третьими лицами в гражданско-правовых отношениях, заключая гражданско-правовые договоры. Учреждение с третьими лицами, как правило, находится в публично-правовых отношениях, так как обладает властными полномочиями по отношению к третьим лицам. Если на публично-правовое образование законодательно возложены обязанности, оно должно создать учреждение и возложить на него исполнение этих обязанностей. Если для выполнения этих задач требуется активное участие в гражданском обороте и связанное с обособлением государственного имущества на основе диспозитивности принятия решений, может быть учрежден фонд публичного права. Он не входит в систему государственных органов и непосредственно не подчинен публично-правовому органу, хотя и находится под его надзором. Однако публично-правовой орган не может напрямую принимать решения по управлению государственным имуществом, переданным фонду публичного права. У фонда отсутствуют самостоятельные, возложенные на него законом обязанности [Fischinger P., Kohler J., Seibl M., 2011: 127–128].

Учреждение не является корпорацией, в связи с чем оно не имеет членства. Местные учреждения создаются соответствующими министерствами федеральных земель (Träger der Anstalt). Согласно земельным законам об учреждениях, учреждения поддерживают своих учредителей и, если это не препятствует осуществлению публичных задач, поддерживает иные публичные организации. Совет управления состоит из лиц назначаемых законодательным и исполнительным собранием города и общины. Совет управления выбирает из своего состава исполняющего управляющего или исполняющих управляющих. Соответствующее министерство осуществляет надзор за деятельностью учреждения¹⁵.

Ввиду исторической схожести фонда и учреждения германское право не проводит каких-либо отличий в применении положений о гражданско-правовой ответственности между этими формами. Правоспособные учреждения не приобретают права собственности в отношении имущества своего учредителя, который передает учреждению имущество лишь «в управление». Точно так же, как кредиторы фонда, кредиторы учреждения могут привлечь к субсидиарной ответственности учредителя (публично-правовое образование) на основании § 254 и 278 ГГУ, так как учреждение находится под полным контролем публично-правового образования.

¹⁵ См., напр.: Thüringer Gesetz über die Errichtung der Anstalt öffentlichen Rechts vom 25. Oktober 2011 (GVBl. 2011. 273).

В германской судебной практике встал вопрос о необходимости согласия материнской компании (в случае с учреждением учредителя — Träger der Anstalt) на заключение предпринимательских договоров (Unternehmensvertrag). Верховный суд ФРГ неоднократно указывал, что необходимо получить согласие материнской компании (herrschende Gesellschaft) на заключение предпринимательского договора на основании § 293 Abs. 2, § 295 Abs. 1 Aktiengesetz¹⁶. В связи с этим Суд города Целле в 2014 году поставил вопрос: могут ли положения корпоративного права быть применены к взаимоотношениям учреждения (в рассмотренном деле сберегательная касса) и публично-правового образования. При разрешении дела суд применил к учреждению публичного права положения Закона об акционерных обществах, но с оговоркой — нормы применяются не потому, что акционерное общество и учреждение имеют одинаковую природу, а на том основании, что публично-правовое образование и материнская компания находятся в одном и том же положении (господствующее лицо). Кроме того, публично-правовое образование нуждается в защите, так как действует не в собственном, а в публичном интересе¹⁷.

Таким образом, правоспособное учреждение хотя и является субъектом гражданского права, оно является частью иерархической структуры государственных органов публично-правового образования. Ввиду этого правоспособное учреждение не является фидуциарным управляющим (Treuhänder), так как у учреждения отсутствует самостоятельная воля. Любые решения по управлению государственным имуществом принимаются членами совета управления, которые одновременно являются членами законодательных собраний и исполнительных органов муниципалитета и земли. Институт управления чужим имуществом подразумевает наличие двух самостоятельных субъектов гражданского права, которые принимают самостоятельные решения (принцип диспозитивности) и несут самостоятельную ответственность.

2. Модель централизации

Управление государственным имуществом по модели централизации заключается в том, что публично-правовое образование сохраняет за собой право собственности, не создает особого субъекта гражданского права и самостоятельно несет гражданско-правовую ответственность в

¹⁶ См.: Entscheidung des Bundesgerichtshofs (далее — BGH) vom 30.01.1992 — II ZB 15/91; Entscheidung des BGH vom 14.12.1987 — II ZR 170/87.

¹⁷ См.: Beschluss des Oberlandesgerichts Celle vom 16.05.2014, 9W 69/14.

полном объеме. Публично-правовое образование участвует в гражданском обороте от своего имени самостоятельно через свои структурные единицы. Государственные и муниципальные органы обладают лишь административной правоспособностью (компетенцией) и могут действовать как от своего имени, так и от имени публично-правового образования. Если государственный орган действует от своего имени, права и обязанности в любом случае возникают у публично-правового образования.

2.1. Публично-правовое образование как участник гражданского оборота

Хотя российский законодатель создает всегда правоспособные юридические лица для участия в гражданском обороте, управление государственным имуществом в российском праве осуществляется по модели централизации. Публично-правовое образование сохраняет право собственности на объекты социального назначения и передает их правоспособным учреждениям, государственным и муниципальным предприятиям, а иногда даже правоспособным государственным органам в оперативное управление. Несмотря на все попытки реформировать институт оперативного управления государственным имуществом, как и вещное право в целом, российское право до сих пор сохраняет дуализм прав на управление имуществом собственника.

В проекте Концепции развития законодательства о вещном праве (2009) отмечается, что право хозяйственного ведения и право оперативного управления лишились принципиального различия. Проект Концепции предлагает создать универсальную модель, устранив тем самым дуализм прав на управление имуществом собственника, оставив только одно право — право оперативного управления. Право оперативного управления предлагается определить как «право владения, пользования и распоряжения имуществом собственника в пределах, установленных законодательством, а также в соответствии с целями деятельности, заданиями собственника и назначением имущества» [Суханов Е.А., 2017: 430–435].

Таким образом, российское гражданское право предусматривает возможность создания правосубъектных юридических лиц-несобственников. Правосубъектность таким юридическим лицам нужна исключительно для того, чтобы участвовать в обязательственном правоотношении, принимая на себя обязательственные права и обязанности. Юридическое лицо-несобственник не может отвечать по своим долгам, так как его кредиторы лишены возможности обратиться с иском к нему.

«особо ценное имущество». Создание правосубъектного юридического лица позволит российским публично-правовым образованиям защитить себя от гражданско-правовой ответственности по требованиям кредиторов и участвовать в гражданском обороте, не рискуя утратить право собственности на свое имущество.

Участие юридических лиц в европейском праве связано с неограниченной субсидиарной ответственностью публично-правовых образований, которые выступили в качестве учредителей. Привлечение к субсидиарной ответственности публично-правового образования осуществляется на основании норм о соучастии в причинении вреда (§ 254 BGB), а также подтверждается практикой Европейского суда (EuGH)¹⁸. Помимо этого, при нарушении служащим возложенных на него обязанностей и причинении им вреда его также можно привлечь к личной ответственности (§ 839 BGB). Германские суды и доктрина толкуют понятие «служащий» (Beamter) расширительно, распространяя действие §839 ГГУ на солдат, медиаторов, судей, работников учреждений, регулировщиков движения (даже на основе гражданско-правового договора), служащих церкви, работников частных испытательных лабораторий, частных предпринимателей, осуществляющих публично-правовые функции на основании гражданско-правовых договоров (частные службы полиции) [Dauner-Lieb B., Langen W., 2016: 5387]. Поэтому в Германии параллельно существует два вида ответственности: ответственность публично-правового образования (Fiskalhaftung) и ответственность служащего (Amtshaftung).

В советской доктрине 1920-х годов вопрос о правосубъектности юридических лиц публичного права породил серьезную дискуссию [Дмитревский Н., 1925: 72–85]; [Гавзе Ф.И., 1926: 105–123]; [Полонский Э.Г., 1966: 80–104]; [Шпретер В., 1926: 108–121]. Это было вызвано необходимостью выстроить структуру управления государственным имуществом и делегирования полномочий по управлению, а также появлением трестов. Однако дискуссию продолжали в течение всего периода советского права [Замойский И.Е., 1971: 122–131]; [Корнеев С.М., 1964: 134–151].

В советском гражданском праве выделялись два подхода к проблеме правосубъектности юридических лиц публичного права. Согласно позиции С.Н. Братуся, Д.М. Генкина, Б.С. Мартынова, Е.А. Флейшиц, государственные предприятия являются самостоятельными (правоспособными) юридическими лицами в связи с тем, что обладают хозрас-

¹⁸ См.: Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 24.03.2009, Az.: C-445/06; Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 05.03.1996, Az.: C-46/93 und C-48/93.

четной самостоятельностью [Флейшиц Е.А., 2015: 55–143]; [Генкин Д.М., 1963: 3–5]; [Мартынов Б.С., 1927: 30–47]; [Братусь С.Н., 1947: 155–288]. Иную позицию отстаивал А.В. Венедиктов, согласно которой государственные предприятия не являются самостоятельными юридическими лицами, единым объектом прав или обособленным имуществом [Венедиктов А.В., 2004: 217–394].

2.2. Несамостоятельный фонд (*unselbständige Stiftung*)

В германском праве самостоятельный фонд не является субъектом гражданского права. В данном случае категория «фонд» употребляется в значении имущественной массы, не обладающей правосубъектностью. В связи с этим для управления такой имущественной массой необходимо наличие субъекта гражданского права — управляющего («фидуциарного собственника»). Несамостоятельный фонд с точки зрения гражданского права — это «юридическое ничто» (*rechtliches Nullum*) [Burgard U., 2006: 652]. Несамостоятельный фонд учреждается в идеальных благотворительных целях (*gemeinnützige Treuhand*). Учредитель не имеет собственного интереса, а действует в общественных интересах и передает имущество без встречного предоставления.

В германской доктрине гражданского права господствует мнение, что самостоятельный фонд (имущественная масса) находится в управлении другого субъекта гражданского права, но самостоятельный фонд не может быть носителем прав и обязанностей, не может выступать в гражданском обороте от своего имени, не может быть истцом и ответчиком в судебном споре. Несамостоятельный фонд — это только связанная целью имущественная масса (*Sondervermögen*), которая может облагаться налогами, но для управления имущественной массой необходимо наличие субъекта гражданского права — управляющего (*Treuhänder*). Й. Колер, Ф. Регельсбергер и Э. Беккер исходили из того, что самостоятельный фонд является целевым имуществом (*Zweckvermögen*) [Regelsberger F., 1893: 341–344]; [Bekker E., 1886: 285]; [Kohler J., 1891: 228–292].

Ныне финансовые суды ФРГ также воспринимают самостоятельный фонд как целевое имущество, а не субъект права¹⁹. Несамостоятельный (управляемый) фонд — это виртуальный носитель прав (*virtuelle juristische Person*), фиктивное юридическое лицо, симулированный носитель прав [Meyer P., 2005: 228–234]. Иначе самостоятельный фонд

¹⁹ См.: Beschluss des Bundesfinanzhofs vom 22. Dezember 2015, Az.: I R 43/13; Beschluss des Finanzgerichts Düsseldorf 6. Senat vom 08.10.1999, Az.: 6 V 5427/99; Beschluss des Finanzgerichts Münster 10. Senat vom 20.04.2017, Az.: 10 K 3059/14; Beschluss des Finanzgerichts Köln 7. Senat vom 25.05.2016, Az.: 7 K 291/16.

называют «фидуциарным фондом», так как к нему применяется институт *Treuhand*, а субъект гражданского права квалифицируется как управляющий. Причем *Stiftungsrecht* («право фондов») называют автономной областью права между частным и публичным правом [Lacob D., 2006: 43].

Таким образом, несамостоятельный (управляемый) фонд требует наличия субъекта гражданского права, которому передается имущество в управление. Институт «фидуциарной собственности» применим к несамостоятельному фонду только если публично-правовое образование передает в управление имущество другому субъекту гражданского права. Если публично-правовое образование, в собственности которого находится имущество, передает в управление имущество своей структурной единице в иерархической системе государственных органов, то институт управления (чужим) имуществом не применим, так как неправоиспособный государственный орган не может выступать в качестве посредника или представителя, к которым относится управляющий в гражданском праве зарубежных стран.

2.3. Форма неправоиспособного учреждения (*unrechtsfähige Anstalt*)

Участие публично-правового образования в гражданском обороте может осуществляться посредством различных государственных органов, основная цель деятельности которых является достижение публичных (идеальных) целей. В российском правовом порядке отдельные структурные единицы иерархической системы органов власти воспринимаются как правоиспособные юридические лица (самостоятельные субъекты гражданского права — подход С.Н. Братуся). Однако европейское континентальное право (ФРГ, Швейцария, Австрия, Лихтенштейн) использует конструкцию «несамостоятельное учреждение», не наделяя различные публично-правовые органы статусом субъекта гражданского права.

Подобие конструкции несамостоятельного учреждения существовало в римском частном праве («напротив, отдельные фискальные учреждения (*stationes fisci*), хотя они в видах практического удобства и целесообразности обособлялись одно от другого, в действительности были не самостоятельными субъектами, а обособленными кассами одного и того же хозяина — государства») [Суворов Н.С., 2000: 191].

В праве Лихтенштейна к несамостоятельным учреждениям применяются положения о *Treuhand*, так как в основе управления имуществом несамостоятельного фонда лежит «скрытый *Treuhand*» (*stillschweigende Treuhand*) [Schäfer A., 2007: 50–51]; [Bösch H., 1995: 314]. Согласно ст. 534

абз. 4 Закона Лихтенштейна о лицах²⁰, учреждениям без правосубъектности имущество передается с целевым назначением, к которому применяются правила о скрытом Treuhand.

Публично-правовые органы власти не являются субъектами гражданского права, так как учреждаются не для участия в гражданском и торговом обороте, а для исполнения обязанностей, возложенных на публично-правовое образование нормативными актами (прежде всего конституцией). По общему правилу публично-правовые органы вступают с третьими лицами в административно-правовые (публичные) правоотношения. Участие в гражданском обороте необходимо публично-правовым органам в целях материально-технического обеспечения их деятельности. Несамостоятельные учреждения — не носители прав и обязанностей, на них не может быть возложена гражданско-правовая ответственность, они не вправе выступать в суде в качестве истца и ответчика.

Передача в управление имущества публично-правовым образованием самостоятельным учреждениям не может быть квалифицирована ни в качестве доверительного управления, ни в качестве фидуциарной собственности. Подобная передача аналогична закреплению имущества за филиалом юридического лица, что является внутренним распределением имущества между структурными единицами одного субъекта права.

Таким образом, институт управления имуществом может быть использован исключительно при наличии двух самостоятельных правоспособных субъектов гражданского права, не связанных административной подчиненностью. Кроме того, передача имущества в доверительное управление или в фидуциарную собственность связана с потенциальной возможностью участия управляющего в гражданском обороте как самостоятельного субъекта гражданского права, т.е. самостоятельного носителя прав и обязанностей.

В Российской Федерации субсидиарное применение положений о доверительном управлении к институту оперативного управления невозможно, так как это противоречит системе гражданского права. Право хозяйственного ведения и право оперативного управления (гл. 19 ГК РФ) являются ограниченными вещными правами, а институт доверительного управления (гл. 53 ГК РФ) отнесен к отдельным договорным типам. Субсидиарное применение положений о доверительном управлении к оперативному управлению противоречит разграничению вещного и обязательственного права.

²⁰ Personen- und Gesellschaftsrecht vom 20. Januar 1926. Liechtensteinisches Landesgesetzblatt 1926 № 4, ausgegeben am 19. Februar 1926.

Полная замена института оперативного управления доверительным управлением также невозможна, если имущество управляется по модели централизации, так как п. 1 ст. 1012 ГК РФ требует наличия, по крайней мере, двух самостоятельных субъектов гражданского права (учредителя управления и управляющего). Таким образом, использование института доверительного управления в целях управления объектами социального назначения возможно только по модели децентрализации, при которой публично-правовое образование учреждает самостоятельное (право-способное) юридическое лицо для участия в гражданском обороте.

Однако использование модели децентрализации также не подходит для управления объектами социального назначения, так как в противном случае кредиторы смогут обратить взыскание на предмет управления. Ни один из рассмотренных правопорядков не допускает обращения взыскания на объекты социального назначения, а также не признает действительными сделки по нецелевому распоряжению объектами социального назначения. Как правило, гарантией удовлетворения требований кредиторов, возникших в связи с управлением объектами социального назначения, является неограниченная субсидиарная ответственность публично-правового образования.

Заключение

Институт управления чужим имуществом имеет широкую сферу применения и используется в вещном, корпоративном и наследственном праве. Управляющий имуществом не получает какого-либо вещного права на предмет управления (ограниченное вещное право или право собственности).

Для субсидиарного применения положений института управления имуществом к иным правоотношениям, напрямую не подпадающим под действие гл. 53 ГК РФ, необходимо установить, что учредитель управления и управляющий не связаны административными правоотношениями подчиненности и что они являются самостоятельными субъектами гражданского права. В связи с этим правоотношения по оперативному управлению имуществом не могут быть квалифицированы как правоотношения по доверительному управлению имуществом. Ни одна из моделей управления объектами социального назначения (централизованная и децентрализованная) не допускает субсидиарного применения положений о доверительном управлении (гл. 53 ГК РФ). Кроме того, ни один из рассмотренных правопорядков не допускает обращения взыскания на объекты социального назначения, что обуславливает неограниченную субсидиарную ответственность публично-правового образования

по долгам юридических лиц публичного права. Поэтому доверительное управление, предусмотренное гл. 53, является лишь одним из видов управления имуществом в гражданском праве. Сам термин «управление имуществом» является общей категорией, которая активно используется в отдельных подотраслях гражданского права. Система второй части ГК РФ не предусматривает возможности определения договора доверительного управления через какой-либо иной договорный тип (поручение, комиссия, агентский договор).

Между тем зарубежные правовые порядки часто прибегают к договорным формам управления чужим имуществом для управления объектами социального назначения. Данная сфера не относится к публично-правовым (административным) правоотношениям, а выстраивается с использованием институтов гражданского права. Выбор способа управления объектами социального назначения зависит от страны, системы вещных прав и системы гражданского права, традиций в применении тех или иных институтов. В России использование траста для управления объектами социального назначения невозможно. Однако при реформировании положений о праве оперативного управления и праве хозяйственного ведения данные институты могут быть сближены с институтом доверительного управления.



Список источников

1. Братусь С.Н. Юридические лица в советском гражданском праве. М.: Юридическое издательство Министерства юстиции СССР, 1947. 364 с.
2. Венедиктов А.В. Правовая природа государственных предприятий / Венедиктов А.В. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. I. М.: Статут, 2004. С. 217–394.
3. Гавзе Ф.И. Государственная собственность и использование ее трестами // Советское строительство. 1926. № 12. С. 105–123.
4. Генкин Д.М. Оперативное управление как институт советского гражданского права // Советская юстиция. 1963. № 9. С. 3–5.
5. Дмитриевский Н. Доверительное поручение (трест) как институт англо-американского права // Право и жизнь. 1925. № 7–8. С. 41–48.
6. Замойский И.Е. Право внутрихозяйственного оперативного управления — правовая форма имущественной самостоятельности хозяйственных звеньев предприятия / Проблемы государства и права на современном этапе. М.: Институт государства и права Академии наук СССР, 1971. Вып. IV. С. 122–131.
7. Корнеев С.М. Право государственной социалистической собственности в СССР. М.: МГУ, 1964. 268 с.
8. Мартынов Б.С. Организационные принципы советского госпредприятия в условиях планируемого товарного оборота // Право и жизнь. 1927 № 3. С. 30–47.
9. Полонский Э.Г. Право оперативного управления основными фондами промышленного предприятия / Ученые записки Всесоюзного научно-исследова-

- тельского института советского законодательства. М.: ВНИИ советского законодательства, 1966. Вып. 9. С. 80–104.
10. Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву. М.: Статут, 2000. 299 с.
11. Суханов Е.А. Еще раз о юридических лицах-несобственниках // Правоведение. 2017. № 3. С. 130–141.
12. Суханов Е.А. О Концепции развития законодательства о юридических лицах // Журнал российского права. 2010. № 1. С. 5–12.
13. Суханов Е.А. О юридических лицах публичного права // Вестник гражданского права. 2011. № 2. С. 4–24.
14. Суханов Е.А. Проблемы правового регулирования отношений публичной собственности и новый Гражданский кодекс / Гражданский кодекс России: проблемы, теория, практика / отв. ред. А.Л. Маковский. М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1998. С. 206–221.
15. Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2015. 455 с.
16. Флейшиц Е.А. Торгово-промышленное предприятие в праве западноевропейском и РСФСР / Флейшиц Е.А. Избранные труды по гражданскому праву. Т. 2. М.: Статут, 2015. С. 55–143.
17. Шретер В. Проект общесоюзного декрета о трестах // Советское право. 1926. № 4. С. 108–121.
18. Bekker E. System des Pandektenrechts. Weimar: Hermann Böhlau, 1886, Band I, 359 S.
19. Bösch H. Die liechtensteinische Treuhandenschaft zwischen trust und Treuhand. Eine rechtsdogmatische und-vergleichende Untersuchung aufgrund der Weisungsbestimmung des Art. 918 liecht. PGR. Mauren: GMG-Juris-Verlag, 1995, 562 S.
20. Burgard U. Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht: Zur Einführung korporativer Strukturen bei der Stiftung. Göttingen: Otto Schwartz, 2006, 850 S.
21. Ebersbach H. Die Stiftung des öffentlichen Rechts. Göttingen: Otto Schwarz, 1961. 286 S.
22. Handbuch des Stiftungsrechts (2014) V. Campenhausen, A. Friedrich (Hrsg.). München: C.H. Beck, 4 Aufl, 1570 S.
23. Kohler J. Ueber das Recht der Stiftungen / Archiv für bürgerliches Recht. Berlin: Carl Heymanns, 1891, Band 3, 170 S.
24. Lacob D. Schutz der Stiftung. Die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, 572 S.
25. Lischer H. Domestic Asset Protection Trusts: Pallbearers to Liability. Real Property, Probate and Trust Journal, 2000, vol. 35, pp. 479–515;
26. Meyer P. Treuhandrecht und treuhänderische Stiftung / Stiftungen in Theorie, Recht und Praxis.: Handbuch für ein modernes Stiftungswesen. Strachwitz R.G. Berlin: Duncker & Humboldt, 2005, S. 228–240.
27. Regelsberger F. Pandekten. Leipzig: Duncker & Humboldt, 1893, Band I, 518 S.
28. Schäfer A. Anstalten öffentlichen Rechts in Lichtenstein. Dornbiern: Europa Verlag, 2007, 165 S.
29. Schulte M. Staat und Stiftung. Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen des Stiftungsrechts und der Stiftungsaufsicht. Koblenz: Petra Gros, 1989, 123 S.
30. Sullivan J. Gutting the Rule Against Self-Settled Trusts: How The Delaware Trust

Law Competes with Offshore Trusts. Delaware Journal of Corporate Law, 1998, vol. 23, pp. 423–442.

31. Werner O. (Hrsg.) Die Stiftung: Recht, Steuern, Wirtschaft. Stiftungsrecht. Berlin: Berliner Wirtschaftsverlag, 2008, 959 S.

32. Weidmann C. Stiftung und Testamentsvollstreckung. Hamburg: Dr. Kovač, 2009, 238 S.



References

1. Bekker E. (1886) System des Pandektenrechts. Weimar: Böhlau, Band I, 359 S.
2. Bösch H. (1995) Die liechtensteinische Treuhandschaft zwischen trust und Treuhand. Eine rechtsdogmatische und-vergleichende Untersuchung aufgrund der Weisungsbestimmung des Art. 918 liecht. PGR. Juris-Verlag. Mauren 562 S.
3. Bratus' S.N. (1947) *Legal entities in the Soviet civil law*. Moscow: Publishing House of Ministry of Justice, 364 P. (in Russ.)
4. Burgard U. (2006) Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht: Zur Einführung korporativer Strukturen bei der Stiftung. Göttingen: Dr. Otto Schwartz, 850 S.
5. Dmitrevsky N. (1925) Trust as an institute of Anglo-American law. *Pravo i zhizn*= Law and Life, no. 7/8, pp. 41–48 (in Russ.)
6. Ebersbach H. (1961) Die Stiftung des öffentlichen Rechts. Göttingen: Otto Schwarz, 286 S.
7. Fleishits E.A. (2015) Trade and industrial enterprise in the Western Europe law and the RSFSR. In: Selected works. Vol. 2. Moscow: Statut, pp. 55–143 (in Russ.)
8. Gavze F.I. (1926) State property and its use by trusts. *Sovetskoe stroitelstvo*=Soviet construction, no. 12, pp. 105–123 (in Russ.)
9. Genkin D.M. (1963) Operative management as an institute of Soviet civil law. *Sovetskaya ustitcia*=Soviet Justice, no. 9, pp. 3–5 (in Russ.)
10. Handbuch des Stiftungsrechts (2014) V. Campenhausen, A. Friedrich (Hrsg.). München: C.H. Beck, 4 Aufl, 1570 S.
11. Kohler J. (1891) Ueber das Recht der Stiftungen. In: Archiv für bürgerliches Recht. Berlin: Heymanns, Band 3, 170 S.
12. Lacob D. (2006) Schutz der Stiftung. Die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, 572 S.
13. Korneev S.M. (1964) *Right of state socialist property in the USSR*. Moscow: University, 268 p. (in Russ.)
14. Lischer H. (2000) Domestic Asset Protection Trusts: Pallbearers to Liability. *Real Property, Probate and Trust Journal*, Band 35, pp. 479–515.
15. Martynov B.S. (1927) Organizational principles of Soviet state enterprise under planned commodity turnover. *Pravo i zhizn*= Law and Life, no. 3, pp. 30–47 (in Russ.)
16. Meyer P. (2005) Treuhandrecht und treuhänderische Stiftung. In: Stiftungen in Theorie, Recht und Praxis. Handbuch für ein modernes Stiftungswesen. Berlin: Duncker & Humboldt, S. 228–240.
17. Polonsky E.G. (1966) The right of operative management of the main funds of the industrial enterprise. *Academic notes of Institute of Soviet Legislation*, issue 9, pp. 80–104 (in Russ.)
18. Shreter V. (1926) Draft of a decree on trusts. *Sovetskoe pravo*=Soviet Law, no. 4, pp. 108–121 (in Russ.)

19. Regelsberger F. (1893) Pandekten. Leipzig: Duncker & Humboldt, Band I, 518 S.
20. Schäfer A. (2007) Anstalten öffentlichen Rechts in Lichtenstein. Dornbiern: Europa Verlag, 165 S.
21. Schulte M. (1989) Staat und Stiftung. Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen des Stiftungsrechts und der Stiftungsaufsicht. Koblenz: Petra Gros, 123 S.
22. Sukhanov E.A. (2017) Once again about legal entities-non-owners. *Pravo-vedenie*=Jurisprudence, no. 3, pp. 130–141 (in Russ.)
23. Sukhanov E.A. (2010) On concept of legislation on legal entities. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Journal of Russian law, no. 1, pp. 5–12 (in Russ.)
24. Sukhanov E.A. (2011) About legal entities of public law. *Vestnik grazhdanskogo prava*=Bulletin of Civil Law, no. 2, pp. 4–24 (in Russ.)
25. Sukhanov E.A. (1998) Legal regulation of public property relations and the new Civil Code. In: Civil Code of Russia: issues, theory, practice. A.L. Makovsky (ed.). Moscow: International Center for Economic Development, pp. 206–221 (in Russ.)
26. Sukhanov E.A. (2015) *Comparative corporate law*. Moscow: Statute, 455 p. (in Russ.)
27. Sullivan J. (1998) Gutting the Rule Against Self-Settled Trusts: How The Delaware Trust Law Competes with Offshore Trusts. *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 23, pp. 423–442.
28. Suvorov N.S. (2000) *Legal entities under Roman law*. Moscow: Statute, 299 p. (in Russ.)
29. Venediktov A.V. (2004) Legal nature of state enterprises. In: Selected works on civil law. Vol. I. Moscow: Statut, pp. 217–394 (in Russ.)
30. Weidmann C. (2009) Stiftung und Testamentsvollstreckung. Hamburg: Dr. Kovač, 238 S.
31. Werner O. (Hrsg.) (2008) Die Stiftung: Recht, Steuern, Wirtschaft. Stiftungsrecht. Berlin: Berliner Wirtschaftsverlag, 959 S.
32. Zamoysky I.E. (1971) The right of intra farm operational management — a legal form of property independence of self-supporting links of the enterprise. In: Current issues of state and law. Moscow: Institute of State and Law, issue 4, pp. 122–131 (in Russ.)

Информация об авторе:

И.И. Зикун — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

I.I. Zikun — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 16.08.2023; одобрена после рецензирования 02.10.2023; принята к публикации 17.10.2023.

The article was submitted to editorial office 16.08.2023; approved after reviewing 02.10.2023; accepted for publication 17.10.2023.

Научная статья

УДК 346.7

DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.149.182

Модели правового регулирования оборота цифровых прав и цифровой валюты



Елизавета Владимировна Зайнутдинова

Новосибирский государственный национальный исследовательский университет, Россия 630090, Новосибирск, ул. Пирогова, 1, zainutdinovaev@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-9522-890X>



Аннотация

В настоящее время на мировом уровне формируются нормы права, способные регулировать оборот цифровых объектов прав, получивших различные названия — цифровые права, токены, цифровые активы, цифровая валюта, криптовалюта. Различие формулировок не позволяет выработать единых подходов к трансграничному обороту новых объектов прав. Целью исследования является предложение модели правового регулирования, позволяющей полноценно включить такие объекты прав в гражданский оборот. Задачи исследования: анализ норм права, регулирующих оборот цифровых прав и цифровой валюты; формулирование моделей правового регулирования оборота цифровых прав и цифровой валюты; исследование мер и способов правового регулирования; анализ мнений исследователей по вопросу правового регулирования отношений в цифровой экономике; предложение мер и способов правового регулирования, исходя из его избранной модели. В исследовании использовались сравнительно-правовой и формально-юридический методы, метод правового моделирования. Также применялись общенаучные методы синтеза, анализа, индукции, сравнения. Подходы, используемые в юрисдикциях, различаются в ракурсе принимаемых правовых норм и создания условий для функционирования цифрового рынка. Страны мира используют запретительную модель правового регулирования оборота цифровых прав и цифровой валюты (запрет выпуска, обращения), частично запретительную (ограничение оборота), разрешительную (допущение оборота при соблюдении определенных условий — лицензирование, регулятивные песочницы и пр.) и дозволительную (допущение оборота при соблюдении минимальных требований). Из опыта правового регулирования зарубежных стран следует обратить внимание российского законодателя на необходимость и возможность лицензирования

участников цифрового рынка, успешный опыт функционирования регулятивных песочниц. При становлении отечественной правоприменительной практики, касающейся оборота цифровых прав и цифровой валюты, целесообразно обратить внимание на опыт таких юрисдикций, как США, Великобритания, Австралия. Следует принять во внимание также положительный опыт правового регулирования криптоиндустрии в Японии.



Ключевые слова

цифровые права; цифровая валюта; криптовалюта; токен; блокчейн; сравнительно-правовое исследование; цифровая экономика.

Благодарности: Исследование выполнено за счет гранта Российского научного фонда № 22-28-01031, <https://rscf.ru/project/22-28-01031>.

Статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций авторов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ.

Для цитирования: Зайнутдинова Е.В. Модели правового регулирования оборота цифровых прав и цифровой валюты // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2023. Том 16. № 4. С. 149–182. DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.149.182

Research article

Models of Legal Regulating Turnover of Digital Rights and Digital Currency



Elizaveta Vladimirovna Zainutdinova

Novosibirsk State National Research University, 1 Pirogova Str., Novosibirsk 630090, Russia, zainutdinovaev@gmail.com, ORCID: 0000-0002-9522-890X



Abstract

Currently countries of the world are forming legal norms that regulate the turnover of new digital objects of rights that are called differently as digital rights, tokens, digital assets, digital currency, and cryptocurrency. The difference in wording does not allow countries to develop common international approaches to the cross-border turnover of such new objects of rights. The purpose of research is to propose the model of legal regulation that would allow such objects of rights to be fully included in the civil circulation. The following research tasks are being solved: analysis of the legal norms that regulate the turnover of digital rights and digital currency; formulation of the models of legal regulation of the turnover of digital rights and digital currency; study of measures and means of legal regulation; analysis of different points of view of researchers on the issue of legal regulation of relations in the digital economy; proposal of measures and means of legal regulation, based on the chosen model of legal regulation. In carrying out the study, comparative legal, formal legal, legal modeling methods were implemented. General research methods of synthesis, analysis, induction, comparison, etc. were

used. Approaches used in jurisdictions differ both in terms of adopted legal norms and in creation of special conditions for the functioning digital market. Countries use a prohibitive model of legal regulation of the turnover of digital rights and digital currency (prohibition of their issuance and turnover), partially prohibitive (restrictions on the turnover), partially permissive (admission of turnover, subject to certain conditions — licensing, regulatory sandboxes, etc.), and permissive model (allowing the turnover, subject to minimum requirements). From the experience of legal regulation of foreign countries, the attention of the legislator should be drawn to the need and possibility of licensing in relation to participants in the digital market, as well as to the successful experience of the functioning of regulatory sandboxes. When establishing law enforcement practice in the Russian Federation regarding the turnover of digital rights and digital currency, the existing experience in such jurisdictions as the United States, Great Britain, Australia as well as the effective legal regulation of the crypto industry in Japan shall be considered.



Keywords

digital rights; digital currency; cryptocurrency; token; blockchain; comparative legal research; digital economy.

Acknowledgments: The study was supported by the Russian Science Foundation grant No. 22-28-01031, <https://rscf.ru/project/22-28-01031>.

The paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the Higher School of Economics academic publications.

For citation: Zainutdinova E.V. (2023) Models of Legal Regulating Turnover of Digital Rights and Digital Value. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 16, no. 4, pp. 149–182 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.149.182

Введение

Настоящее исследование преследует целью поиск оптимальной модели правового регулирования оборота цифровых прав и цифровой валюты в России на основании зарубежного опыта в рассматриваемой сфере. Формулируются выводы по мерам и способам правового регулирования, на которые рекомендуется обратить внимание законодателя.

Тема правового регулирования оборота цифровых прав и цифровой валюты в том или ином ключе исследовалась в науке. В зарубежной литературе отмечается неоднозначность подхода регуляторов к правовому регулированию оборота криптовалюты, к ее правовой природе как в отдельных странах, так и в территориальных единицах одного государства [Trautman L., 2019: 473–491]. Уже сформулированы задачи и направления государственного регулирования в рассматриваемой сфере, к которым отнесены гармонизация законодательства, поиск и использование лучших практик (что актуально для трансграничного сотрудничества),

налоговая политика и планирование, защита потребителей и развитие рынков, в том числе в части прозрачности, денежная стабильность и финансовая прозрачность [Allen J., Blandin A. et al., 2019: 30–34]. По мнению автора настоящей статьи, все данные сферы должны быть развиты законодателем и правоприменителем.

В российской доктрине есть различные взгляды на применимость зарубежного опыта, а также векторов развития в рассматриваемой сфере. А.Б. Быля отмечает, что стратегия (модель) развития законодательства необходима для устранения рисков использования цифровых прав и цифровой валюты в незаконных целях. Невозможность применения блокчейн-технологий, вызванная неготовностью законодательства, создает для государства дополнительные трудности и не позволяет развиваться как сильной экономической державе [Быля А.Б., 2020: 196]. Это обуславливает необходимость поиска приемлемого пути развития законодательной базы исходя из возможных альтернатив.

И.А. Маньковский делает неутешительный вывод: на территории Евразийского Экономического Союза не созданы надлежащие правовые условия развития рынка криптовалюты, ее безопасного применения, не предусмотрены гарантии защиты прав владельцев цифровых кошельков от возможного несанкционированного доступа, ввиду чего уменьшается инвестиционная привлекательность единого экономического пространства для инвесторов [Маньковский И.А., 2020: 64]. Безусловно, следует обратить внимание на защиту прав инвесторов цифрового рынка, в том числе потребителей на цифровом рынке от потенциальных злоупотреблений, обусловленных особыми техническими возможностями.

В то же время трудно полностью согласиться с мнениями А.Г. Гузнова и Т.Э. Рождественской, что в публичных целях необходимо создание препятствий тому, чтобы криптовалюта принималась вместо законного платежного средства (или в качестве встречного представления), а также тому, чтобы легально функционировали институты обмена–криптовиржи, криптообменники и пр. [Гузов А.Г., Рождественская Т.Э., 2021: 63]. На наш взгляд, наоборот, следует стремиться к переводу отношений, связанных с оборотом цифровых прав, цифровой валюты (криптовалюты), в правовое поле для соответствующего правового регулирования с точки зрения налогообложения, защиты прав потребителей, публичности информации для бизнеса и общественности. Кроме того, возможность расчетов в цифровой валюте (криптовалюте) не должна искусственно ограничиваться, так как это не позволяет ограничить ее весьма успешное использование в теневом секторе экономики. Правовое регулирование оборота цифровых прав и цифровой валюты должно быть взвешенным и отвечать разумным потребностям цифровой повестки дня.

В этом плане примечательна Концепция законодательного регламентирования механизмов организации оборота цифровых валют от 08.02.2022, в соответствии с которой в России отсутствует законодательное регулирование такого рискованного финансового инструмента, как цифровая валюта (криптовалюта). По мнению составителей Концепции, отсутствие правового регулирования рассматриваемой отрасли, равно как и установление полных запретов, приведет к увеличению доли теневой экономики, росту мошенничества и дестабилизации экономики в целом. Предлагаемые изменения законодательства направлены на формирование легального рынка криптовалют с установлением правил оборота и круга субъектов — участников операций с криптовалютами, а также требований к ним¹.

Нельзя не согласиться с указанной Концепцией; однако правовое регулирование показывает, что фактически законодатель создает новую среду для криптопроектов, вводя оператора электронной платформы и регламентируя деятельность иных новых субъектов-операторов². При этом не удастся регулировать действующие проекты и оборот криптовалюты. Дискуссионность вопросов правового регулирования цифровой валюты (криптовалюты) и цифровых прав отмечается как в заявлениях государственных органов, так и в правоприменительной практике.

Так, в деле № 22-5295/2020 Петроградский районный суд Санкт-Петербурга решил, что криптовалюта не может выступать предметом хищения, так как не является объектом гражданских прав и не может быть отнесена к вещам, в том числе к деньгам, ценным бумагам или любому иному имуществу. Прокурор не согласился с позицией суда и обжаловал приговор в Санкт-Петербургском городском суде. По его мнению, первая инстанция необоснованно исключила криптовалюту из объема предъявленного обвинения; прокурор указал, что криптовалюту следует считать иным имуществом по смыслу гражданского законодательства. В определении от 23.11.2020 апелляционная инстанция согласилась с позицией первой инстанции, пояснив, что криптовалюту нельзя считать электронными деньгами или валютой³. Однако Третий кассационный

¹ Available at: URL: <http://static.government.ru/media/files/Dik7wBqAubc34ed649ql2Kg6HuTANrqZ.pdf> (дата обращения: 18.11.2022)

² Федеральный закон от 14.07.2022 № 331-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и о приостановлении действия отдельных положений статьи 5-1 Федерального закона «О банках и банковской деятельности». Available at: URL: <http://publication.pravo.gov.ru> (дата обращения: 18.11.2022)

³ Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 23.11.2020 № 22-5295/2020 по делу № 1-95/2020. Available at: URL: <https://bsr.sudrf.ru/bigs/portal.html> (дата обращения: 18.11.2022)

суд общей юрисдикции указал, что судам следовало учесть, что цифровая валюта, к которой следует отнести, в том числе биткойны, могла быть принята в качестве средства платежа. По сути, основное отличие криптовалют от денег — способ их возникновения, а поскольку понятие криптовалюты не закреплено законодательно, суд мог рассматривать ее как «иное имущество»⁴.

На решение вышеуказанных проблем — предложение адекватного правового регулирования, позволяющего полноценно включить в российский гражданский оборот цифровые права и цифровую валюту с учетом применимого зарубежного опыта направлено настоящее исследование. Автор анализирует юрисдикции, которые вызвали интерес ввиду применения ими, как правило, иных, нежели в России, методов, способов и мер правового регулирования. Автор использует диалектический подход, позволяющий проанализировать правовое регулирование оборота цифровых прав и цифровой валюты в его историческом развитии в различных зарубежных юрисдикциях в контексте совокупности объективных и субъективных факторов. Методы системного и функционального анализа, а также формально-юридического, сравнительно-правового анализа и правового моделирования позволяют выделить особенности правового регулирования и дать рекомендации об оптимизации законодательства с целью легального и эффективного оборота цифровых прав и цифровой валюты в российском правовом поле.

1. Запретительная модель правового регулирования оборота цифровых прав и цифровой валюты

Большинству современных стран свойственна разрешительная модель правового регулирования, при которой используется лицензирование, применяются нормы антиотмывочного законодательства. Однако выделяются и государства, подошедшие к правовому регулированию оборота цифровых прав и цифровой валюты максимально жестким образом.

Так, правовое регулирование в Китае является самым жестким среди рассматриваемых юрисдикций по отношению к цифровым правам и цифровой валюте (криптовалюте). Жесткость данного подхода отмечается в литературе [Алексеев А.П., 2021: 55–65]; [Huang Y., Mayer M., 2022: 329]; [Martino P., 2021: 81–82], при этом указывается на желание властей этой страны регулировать полностью все отношения, в том числе в цифровой сфере [Ponsford M., 2015: 35–37].

⁴ От признания до отрицания: как суды решают дела с криптовалютой / Pravo.ru. 11.05.2022. Available at: URL: <https://pravo.ru/story/239374> (дата обращения: 18.11.2022)

В КНР действуют следующие запреты: 1) запрет финансовым организациям проводить сделки с криптовалютой; 2) запрет выпуска токенов (ICO) их эмитентами, при этом лица, которые уже провели ICO, обязаны вернуть средства инвесторам. Однако само по себе владение криптовалютой и токенами не запрещено. Все национальные и зарубежные сайты, платформы, относящиеся к торговле и размещению криптовалют, были внесены в реестр запрещенных, их работа блокирована [Молотников А.Е., Трощинский П.В., 2019: 317]. Следует согласиться, что негативные стороны заключаются в менее развитом цифровом рынке и менее развитой соответствующей инфраструктуре, включающей криптобиржи и прочих профессиональных и непрофессиональных участников рынка [Huang R., 2021: 122–123].

Подход Китая к цифровым правам и цифровой валюте является более чем патерналистским. В то же время Китай использует и преимущества технологии блокчейн и основанных на ней смарт-контрактов [Martino P., 2021: 90–91] и предусматривает возможность наследования криптовалюты в недавно принятом Гражданском кодексе КНР. Судебная практика подтверждает законность владения криптовалютой (биткоинами). Суды воспринимают криптовалюту и токены в качестве имущества [Riley J., 2021: 142–144]. Выпущен цифровой юань–валюта в цифровой форме, с которой возможно осуществлять расчеты на цифровых платформах. Криптовалютные биржи подлежат государственной регистрации. Народный банк Китая посредством контроля, управления и надзора защищает права потребителей на финансовых рынках.

Китайские власти проявляют осторожность при разработке и принятии правотворческих актов для регулирования рассматриваемой сферы. Китайский законодатель придерживается экспериментального порядка, подразумевающего принятие нормативных актов с ограниченным сроком действия и принятие их в окончательной редакции лишь после установления целесообразности их действия. Также как негативные стороны можно рассмотреть преимущественное регулирование на уровне подзаконных актов, умышленную расплывчатость и неопределенность используемой терминологии, отсутствие четких процедур и механизмов [Молотников А.Е., Трощинский П.В., 2019: 318–319]. Правовое регулирование является, безусловно, запретительным, но это не препятствует полностью инновациям в цифровой сфере. Представляется, что данная модель правового регулирования может быть учтена, но не может быть воспринята в полной мере российским законодателем, поскольку при отсутствии отечественных аналогов цифровой валюты приведет к оттоку средств за рубеж, не позволит эффективно развивать новые технологии.

2. Частично запретительная модель правового регулирования

Жесткостью и запретительным подходом отличается и такая азиатская юрисдикция, как Южная Корея. В отличие от Китая здесь присутствуют не только запреты в отношении криптовалюты и цифровых прав. Выпуск и оборот токенов, т.е. цифровых прав, был в Южной Корее изначально запрещен, и запрет сохраняется. В то же время оборот криптовалюты допускается при условии (как и в других юрисдикциях), что применяются нормы, регламентирующие обращение криптовалют в целях противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, а также финансированию терроризма [Долгиева М.М., 2018: 125]. С 30.01.2018 в Южной Корее обращение криптовалюты разрешено только с не анонимных счетов («счетов с реальными именами») [Тедеев А.А., 2019: 137]. Такой частично запретительный подход вызван требованиями ФАТФ (Межправительственной организации финансового мониторинга), несколькими крупными взломами криптовалютных бирж, а также особенностями правового регулирования в Южной Корее. По сравнению с Китаем данный подход имеет преимущества, так как не запрещает искусственно оборот криптовалюты, стимулирует экономическое развитие в указанной сфере.

Российское правовое регулирование является еще одним примером частично запретительной модели правового регулирования. Это обусловлено следующим: 1) цифровые права являются поименованными в законе⁵, их категории определяются законодателем, к ним отнесены утилитарные цифровые права (права требования передать вещь, передать исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности, требование выполнить работы или оказать услуги)⁶, а также цифровые финансовые активы (денежные требования; возможность осуществлять права по эмиссионным ценным бумагам; права участия в капитале непубличного акционерного общества; право требовать передачи эмиссионных ценных бумаг)⁷; 2) цифровая валюта, с одной стороны, выступает

⁵ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 25.02.2022). Ст. 141.1 // СПС КонсультантПлюс.

⁶ Федеральный закон от 02.08.2019 № 259-ФЗ (ред. от 31.07.2020) «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Ст. 8 // СПС КонсультантПлюс.

⁷ Федеральный закон от 31.07.2020 № 259-ФЗ «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Ст. 1 // СПС КонсультантПлюс.

имуществом и может быть средством накопления и даже инвестиций, с другой стороны, ее оборот ограничивается для российских юридических и физических лиц — они не вправе оплачивать ею товары, работы или услуги⁸.

Ныне в России под цифровой валютой понимается фактически частная цифровая валюта (криптовалюта), курс которой устанавливается спекулятивным образом и которая выпускается частными лицами. Криптовалюта — это особое обязательственное право, характеристики которого обусловлены также его цифровой формой. В этом плане есть сходство с такой юрисдикцией, как Германия, где биткоин (криптовалюта) рассматривается как частное средство платежа, однако в Германии нет ограничений осуществления платежей в криптовалюте, за исключением норм антиотмывочного законодательства.

Можно сделать вывод из российского законодательства: цифровые права и цифровая валюта существуют и оборачиваются в рамках определенной информационной системы. Разновидности цифровых прав определены законодателем, и их особенности регламентированы; оборот же цифровой валюты в российском правовом поле жестко ограничен. Цифровая валюта выступает средством накопления и в более редких случаях (приобретение цифровых прав за цифровую валюту или приобретение одной цифровой валюты за другую цифровую валюту) — средством платежа или обмена. Регулирование оборота цифровых прав и цифровой валюты в России отличается жесткостью. Такая модель правового регулирования является частично запретительной (поскольку ограничивается оборот цифровой валюты, также законодателем ограничен перечень цифровых прав — они должны быть поименованы в законе).

3. Разрешительная модель правового регулирования

Нижеследующие юрисдикции являют собой вариации мягкого правового регулирования. В то же время их можно разделить на более мелкие классификационные группы, так как частично разрешительная модель наиболее распространена в различных странах.

Доктрине известны следующие классификации моделей правового регулирования в цифровой экономике. В.К. Шайдуллина выделяет такие подходы (модели): принятие новых нормативных правовых актов, включая законы о внесении изменений в действующее законодательство; осуществление регуляторами разъяснений по применению дей-

⁸ Федеральный закон от 31.07.2020 № 259-ФЗ «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Ст. 1.14 // СПС Консультант Плюс.

ствующего законодательства [Шайдуллина В.К., 2019: 22]. Возможны и иные классификации. А.А. Волос указывает следующие модели: прямое установление нового цифрового института в гражданском законодательстве (некоторые американские штаты, Италия), т.е. прямое регулирование; применение к смарт-контракту норм схожих правовых институтов (например, законы об электронных транзакциях Австралии и Новой Зеландии, законодательство Индии), т.е. косвенное регулирование [Волос А.А., 2020: 24, 25]. Аналогичную позицию разделяют Л.Г. Ефимова, И.Е. Михеева и Д.В. Чуб, указывая модели правового регулирования: создание специального законодательства о договорных отношениях в киберпространстве (отдельные штаты США, Италия, Беларусь); применение к новым институтам и отношениям общих положений договорного права (страны Европы) [Ефимова Л.Г., Михеева И.Е., Чуб Д.В., 2020: 91]. Н.Б. Крысенкова похожим образом выделяет модели правового регулирования: принятие самостоятельного нормативного правового акта, который регулировал бы данную сферу правоотношений; внесение изменений в действующее законодательство, например, об электронной торговле, договорах, информационных технологиях [Крысенкова Н.Б., 2019: 29, 30].

На наш взгляд, рассматриваемые юрисдикции варьируются от тех, в которых к обороту цифровых прав и цифровой валюты применяются специально принятые нормы права (отдельные штаты США, Франция), и до тех, в которых новых норм не создают, а адаптируют действующие нормы, закрепляя в них требования к лицензированию и пр. Также используются разъяснения правоприменительных органов, расширяющих применение действующего законодательства (Великобритания, Австралия, Германия, Япония).

Хотя все рассматриваемые в настоящем разделе юрисдикции формируют разрешительную модель правового регулирования оборота цифровых прав и цифровой валюты, способы и методы, используемые в странах, различаются.

США — юрисдикция, которая одна из первых закрепила в правовом поле такие понятия, как блокчейн, криптовалюта, токен и смарт-контракт в законодательстве отдельных штатов. Поправки в законодательстве носили очень рамочный, можно сказать, поверхностный характер, закрепляя возможность использования технологии блокчейн, криптовалюты, смарт-контрактов в гражданском обороте⁹. Основная цель

⁹ См.: Arizona revised Statutes, Bill HB 2417, Section 44-7061. 2017. Available at: URL: <https://www.azleg.gov/legtext/53leg/1r/bills/hb2417p.pdf>; Vermont Statutes, Title 12, Chapter 81, Subchapter 1. 2016. Available at: URL: <https://law.justia.com/codes/vermont/2016/title-12/chapter-81/section-1913>; Senate Bill No. 398. Nevada Legislative Counsel Bureau. June 05, 2017. Available at: URL: <https://www.leg.state.nv.us/App/NELIS/REL/79th2017/>

правового регулирования заключается в закреплении возможности использования технологии блокчейн как средства записи и хранения информации с целью представления процессуальных доказательств, а также в признании юридической силы за оборотом цифровых прав и цифровой валюты посредством смарт-контракта. Вместо цифровых прав рассматривается такое понятие, как токен (token), и вместо цифровой валюты законодательные акты оперируют понятием криптовалюты (cryptocurrency). Имеется также понятие криптоактивов (cryptoassets), обозначающее экономическую ценность токенов и криптовалюты¹⁰.

Владение и распоряжение криптовалютой не ограничено, но в целях соблюдения антиотмывочного законодательства криптовалютные биржи в США обязаны идентифицировать клиентов. На уровне штатов появляются требования по лицензированию деятельности лиц, работающих с цифровыми правами и цифровой валютой [Martino P., 2021: 76]. В качестве примера может быть приведена BitLicense в штате Нью-Йорк, с точки зрения эффективности правового регулирования получающая неоднозначные оценки [Alkadri S., 2018: 84] как участников рынка, так и самих государственных органов. Имеются и примеры «регуляторных песочниц» (т.е. создания особых экспериментальных правовых режимов в рамках пилотирования применения новых технологий) в отдельных штатах, однако нельзя признать их распространенными¹¹.

Более того, данная юрисдикция отличается жесткостью в отношении инвестиционных проектов [Boreiko D., Ferrarini G., Giudici P., 2019: 684]; [Goforth C., 2021: 643–700], предлагающих токены к продаже в обмен на средства инвесторов. В зарубежной литературе подчеркивается, что Комиссия по ценным бумагам и биржам США (далее — SEC) проявляет активность в отношении токенов, применяя как меры государственного регулирования, так и информируя общественность о последствиях предложения токенов к публичной продаже [Henderson M., Raskin M., 2019: 449–455]. Целью является предотвращение мошенничества и иного незаконного поведения.

Bill/5463/Overview, https://www.leg.state.nv.us/Session/79th2017/Bills/SB/SB398_EN.pdf; Senate Bill 69. Delaware General Assembly. July 21, 2017. Available at: URL: <https://legiscan.com/DE/bill/SB69/2017>; Florida House Bill 1357. October 03, 2018. Available at: URL: <https://legiscan.com/FL/text/H1357/id/1676376> (дата обращения: 18.10.2022); Legislative Bill 695. Legislature of Nebraska. April 18, 2018. Available at: URL: <https://legiscan.com/NE/text/LB695/2017>; Tennessee Senate Bill 1662. Tennessee State Legislature. March 26, 2018. Available at: URL: <https://legiscan.com/TN/text/SB1662/2017> (accessed: 18.10.2022)

¹⁰ Blockchain & Cryptocurrency Laws and Regulations 2022. Available at: URL: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/usa> (accessed: 18.10.2022)

¹¹ Там же.

В США если токен отвечает признакам ценной бумаги, применяются соответствующие акты, регламентирующие деятельность на рынке ценных бумаг, в том числе правила о регистрации выпуска ценных бумаг, сообщении информации о лице, привлекающем инвестиции, о наличии у него необходимого капитала и т.д.¹² При этом применяется тест Хауи (по названию одноименного дела — наименованию ответчика), позволяющий выяснить, имеется ли инвестиционное соглашение, исходя из главного критерия — разумных ожиданий прибыли, получаемой в результате действий не самого инвестора, а других лиц¹³. Позиция властей США, остающаяся неизменной и по сей день, заключается в том, что ценные бумаги могут принимать различную форму, а цель законодательства о ценных бумагах — регулировать инвестиционные отношения, как бы они ни назывались¹⁴. Аналогичная позиция применима и к токенам.

Примерами служит ряд судебных дел с участием SEC, первым из которых стало дело SEC v. REcoin Group Foundation о мошенничестве и несоблюдении требований регистрации ценных бумаг токенов REcoin, которые в действительности не были подкреплены инвестициями в недвижимость и бриллианты¹⁵. В другом деле SEC v. Reginald Middleton, Veritaseum Inc. and Veritaseum LLC¹⁶ о мошеннической схеме по продаже токенов инвесторам и манипулировании на рынках указанных токенов суд применил замораживающий ордер («замораживание», т.е. запрет всех операций) в отношении активов, приобретенных ответчиками при незаконном предложении ценных бумаг.

Также можно привести дело Munchee, в котором Комиссия заняла позицию, что токен может быть признан ценной бумагой, даже если обладает предполагаемой полезностью, независимо от названия применя-

¹² The Laws that Govern the Securities Industry. U.S. Securities and Exchange Commission. Investor.gov. Available at: URL: <https://www.investor.gov/introduction-investing/investing-basics/role-sec/laws-govern-securities-industry> (accessed: 18.10.2022)

¹³ SEC v. W.J. Howey Co., 328 U.S. 293 (1946). U.S. Supreme Court. Available at: URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/328/293/> (accessed: 18.10.2022)

¹⁴ Reves v. Ernst & Young, 494 U.S. 56 (1990). U.S. Supreme Court. Available at: URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/494/56/> (accessed: 18.10.2022)

¹⁵ Securities and Exchange Commission v. RE coin Group Foundation et al. Civil Action No. 17-cv-05725. Litigation Release No. 24081 March 26, 2018. U.S. Securities and Exchange Commission. Available at: URL: <https://www.sec.gov/litigation/litreleases/2018/lr24081.htm> (accessed: 18.10.2022)

¹⁶ Final Judgement as to Defendants Reginald Middleton, Veritaseum, Inc. and Veritaseum, LLC. United States District Court Eastern District of New York. 19 Civ. 4625 (WFK) (RER). Available at: URL: <https://www.sec.gov/divisions/enforce/claims/docs/middleton-judgment.pdf> (accessed: 18.10.2022)

емой технологии [Boreiko D., Ferrarini G., Giudici P., 2019: 685] и потребовала вернуть все собранные средства инвесторам¹⁷.

Кроме того, SEC признала, что токены GRAM, выпускаемые компанией Telegram — ценные ценные бумаги; следовательно, они должны были быть зарегистрированы Комиссией. Компании пришлось прекратить выпуск токенов, а также уплатить 1,2 млрд. долл. инвесторам и 18,5 млн. долл. в качестве штрафа государству¹⁸. Поддержал выводы Комиссии и Федеральный окружной суд Южного округа Нью-Йорка в деле SEC против Telegram Group Inc. и TON Issuer Inc.¹⁹, удовлетворив ходатайство SEC о предварительном запрете на выпуск новых токенов компанией Telegram Group Inc. Суд установил, что SEC удалось доказать, что выпуск токенов GRAM будет выступать предложением ценных бумаг.

Аналогичным был подход Комиссии к компании Kik, выпустившей токены Kin в ходе открытых и закрытых предложений инвесторам, которые Комиссия признала ценными бумагами. Компании пришлось прекратить выявленное нарушение и уплатить 5 млн. долл. штрафа²⁰. В аргументации истца (SEC) говорилось, что отсутствие регистрации ценных бумаг, предлагаемых ответчиком, лишает инвесторов возможности обладать информацией, которая должна быть им сообщена по законам США [Lessambo F., 2020: 32].

Продолжение указанной политики можно заметить и в новых делах SEC: например, об обвинениях в инсайдерской торговле против бывшего менеджера по продуктам Coinbase, его брата и друга на платформе Coinbase²¹. Впрочем, это означает распространение на крипторынок правовых норм об инвестиционной деятельности, добросовестности и честной деловой практики. Это подтверждает многочисленная практика групповых исков в отношении криптопроектов²².

¹⁷ Order Instituting Cease-and-Desist Proceedings Pursuant to Section 8A of the Securities Act of 1933, Making Findings, and Imposing a Cease-and-Desist Order. U.S. Securities and Exchange Commission. Available at: URL: <https://www.sec.gov/litigation/admin/2017/33-10445.pdf> (accessed: 18.10.2022)

¹⁸ Telegram to Return \$1.2 Billion to Investors and Pay \$18.5 Million Penalty to Settle SEC Charges. U.S. Securities and Exchange Commission. June 26, 2020. Available at: URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2019cv09439/524448/227/> (accessed: 18.10.2022).

¹⁹ Securities and Exchange Commission v. Telegram Group Inc. et al, No. 1: 2019cv09439 (S.D.N.Y. 2020). US Law. Justia. Available at: URL: <https://www.sec.gov/news/press-release/2020-146> (accessed: 18.10.2022)

²⁰ SEC Obtains Final Judgment Against Kik Interactive For Unregistered Offering. October 21, 2020. Available at: URL: <https://www.sec.gov/news/press-release/2020-262> (accessed: 18.10.2022)

²¹ Press Releases. U.S. Securities and Exchange Commission. Available at: URL: <https://www.sec.gov/news/press-releases> (accessed: 18.10.2022)

²² См.: George Kattula vs. Coinbase Global Inc. and Coinbase Inc.. Complaint Class Action / United States District Court for the Northern District of Georgia Atlanta Division.

Данный подход, безусловно, повлиял на цифровой рынок и вызвал отток цифровых проектов, связанных с выпуском токенов, будь то токены, так или иначе сходные с сущностью ценной бумаги, или токены, предоставляющие права пользования тем или иным информационным ресурсам. Указанное не смогло сделать США купелью криптопроектов и иных проектов, связанных с цифровой индустрией. В то же время, пожалуй, это позволило защитить права тысяч потребителей на финансовых рынках, которые страдают от мошеннических проектов и схем. Более того, для достижения указанной цели SEC создала сайт [howeycoins.com](https://www.howeycoins.com), представляющий собой сайт фальшивого проекта по выпуску токенов (ICO)²³. Это своего рода образовательный инструмент для инвесторов с целью предупреждения о возможных рисках участия в ICO, указывающий на признаки того, что проект является фальшивым, мошенническим. Это весьма интересный и успешный опыт наглядного информирования потребителей. Он подводит к выводу, что власти США уделяют особое внимание защите прав потребителей в цифровой среде, поддерживают потребительски-ориентированный подход.

Это подтверждает и деятельность других государственных органов США. Так, Комиссия по торговле товарными фьючерсами (CFTC) подала иск о мошенничестве в связи с криптовалютой. По мнению истца, ответчики призывали потребителей отправлять денежные средства и криптовалюту в обмен на экспертные консультации по трейдингу криптовалют в режиме реального времени, а также в обмен на приобретение и трейдинг криптовалют ответчиками от имени потребителей. В результате ответчики завладели активами последних, после чего закрыли сайт, удалили информацию из социальных сетей и прекратили взаимодействие с потребителями. Окружной суд Восточного округа Нью-Йорка признал ответчиков совершившими «нечестные и мошеннические действия» и

Case 1:22-cv-03250-TWT. Filed 08/15/22. Available at: URL: <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.gand.306368/gov.uscourts.gand.306368.1.0.pdf>; Jeffrey Lockhart v. Bam Trading Services Inc. and Brian Shroder. Jury Demanded Class Action Complaint. United States District Court Northern District of California. Case 3:22-cv-03461. Filed 06/13/22. Available at: URL: <https://www.docdroid.net/zl5YX9G/binance-us-luna-class-action-pdf>; Plaintiffs v. Coinbase Inc., a Delaware Corporation. Class Action Complaint. United States District Court Southern District of Florida. Case No. 9:16-cv-81992. Entered on FLSD Docket 12/13/2016. Available at: URL: <https://www.silvermillerlaw.com/wp-content/uploads/2017/12/2016-12-13-DE-1-CLASS-ACTION-COMPLAINT.pdf>; William Ballou and Joan Williamson v. Asset Marketing Services LLC. Class Action Complaint. United States District Court of Minnesota. CASE 0:21-cv-00694. Filed 03/12/21. Available at: URL: <https://www.classaction.org/media/ballou-et-al-v-asset-marketing-services-llc.pdf> (accessed: 18.10.2022)

²³ Howey Coins. Available at: URL: <https://www.howeycoins.com/#white-paper> (date of access: 21 July, 2022); ICO — Howey Coins. U.S. Securities and Exchange Commission. Investor.gov. Available at: URL: <https://www.investor.gov/ico-howeycoins> (accessed: 18.10.2022)

обязал их уплатить общей стоимостью более 1,1 млн. долл. в счет реституции потребителям и штрафа государству²⁴.

При анализе законодательных и иных мер регулирования цифровых прав (токенов), цифровой валюты (криптовалюты), криптоактивов в США, видно, что имеет место: закрепление базовых понятий цифрового рынка, таких как криптовалюта, в законодательных актах отдельных штатов; формулирование разъяснений правоприменительных органов по применению действующего законодательства по отношению к токенам, криптовалюте и т.д. (SEC разъясняет, можно ли рассматривать в качестве ценных бумаг те или иные токены); лицензирование отдельных участников цифрового рынка штатами; жесткое регулирование выпуска и обращения токенов среди граждан и жителей США ввиду применения законодательства о ценных бумагах, правил о регистрации и использование при нарушении указанного законодательства значительных санкций в целях защиты прав инвесторов–физических лиц.

Великобритания отличается консервативностью и негибкостью подходов к цифровым активам (digital assets), специального законодательства для оборота данных активов не принято, однако предусмотрено лицензирование лиц, предлагающих к продаже такие активы²⁵. Правовая комиссия по совершенствованию законодательства издала Доклад о правовом регулировании смарт-контрактов, в котором исследовались и решались вопросы, связанные с оборотом цифровых активов. Из Доклада допустим вывод, что его создатели полагают и советуют законодателю не обновлять действующее законодательство, а умело использовать его, делая отсылку к необходимости разработать практику и модельные положения самими участниками рынка²⁶.

В Великобритании вопросы определения правовой природы цифровых активов пока не решены и не теряют актуальности. В промежуточном отчете Правовой комиссии по совершенствованию законодательства о цифровых активах делаются выводы о необходимости создать цифровым активам правовой режим, отличный от правовых режимов вещей и обязательств. В частности, указывается на необходимость из-

²⁴ CFTC Wins Trial against Virtual Currency Fraudster. Release No. 7774-18. August 24, 2018. Commodity Futures Trading Commission. Available at: URL: <https://www.cftc.gov/PressRoom/PressReleases/7774-18> (accessed: 18.10.2022)

²⁵ Financial Conduct Authority of the United Kingdom. Do I need to register with the FCA for carrying on crypto asset activity? Available at: URL: <https://www.fca.org.uk/publication/documents/cryptoasset-registration-flowchart.pdf> (accessed: 18.10.2022)

²⁶ Smart legal contracts. Advice to Government. Law Commission. November 2021. Available at: URL: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2021/11/Smart-legal-contracts-accessible.pdf> (accessed: 18.10.2022)

дания международных актов в рассматриваемой сфере в силу децентрализованного характера блокчейна²⁷, лежащего в основе возникновения и оборота цифровых активов. На настоящий момент в данной стране, однако, специального законодательства, посвященного цифровым активам, т.е. в понимании российского законодателя — цифровым правам и цифровой валюте, не принято.

Кроме того, заявления по вопросам цифровых активов делают государственные органы, например, Управление финансового поведения Великобритании, которое по его правовому статусу обязано реагировать на изменения, происходящие на финансовом рынке, и предупреждать потребителей об имеющихся рисках. Так, Управление указывает потребителям на правовые последствия, наступающие в случае приобретения криптоактивов (*cryptoassets*). При этом раскрывается, что в понятие криптоактивов входят как платежные токены (криптовалюта), так и токены — ценные бумаги, а также стейбл-койны, используемые для осуществления платежей с менее волатильной стоимостью, чем стоимость криптовалюты. В данном контексте понятие криптоактивов синонимично понятию цифровых активов.

В качестве последствий приобретения криптоактивов указывается неурегулированность отдельных правовых вопросов и невозможность обращения за защитой к органам, уполномоченным по защите прав потребителей²⁸. В то же время указанное Управление устанавливает требования к лицензированию компаний, работающих с цифровыми активами, однако не все из них получили лицензии²⁹. Это порождает расследования, основанные на тысячах жалоб участников рынка на мошеннические схемы.

Примером служит спор, дошедший до Высокого суда правосудия Англии и Уэльса. Компания, зарегистрированная в Англии и Уэльсе, *Ion Science Ltd*, а также ее директор и владелец в одном лице, признали себя пострадавшими от действий ответчиков в связи с мошенническим ICO (первичным предложением, выпуском токенов)³⁰. Компания указала,

²⁷ Digital Assets. Interim Update. Law Commission. 2021. Available at: URL: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2021/11/Digital-Assets-Interim-Update-Paper-FINAL.pdf> (accessed: 18.10.2022)

²⁸ *Cryptoassets*. Financial Conduct Authority. 18 June 2021. Available at: URL: <https://www.fca.org.uk/consumers/cryptoassets> (accessed: 18.10.2022)

²⁹ The Risks of Token Regulation. Speech by Charles Randell, Chair of the FCA and PSR, to the Cambridge International Symposium on Economic Crime. Financial Conduct Authority (FCA). Available at: URL: <https://www.fca.org.uk/news/speeches/risks-token-regulation> (accessed: 18.10.2022)

³⁰ *Ion Science Ltd v Persons Unknown*, No. CL-2020-000840 (21 December 2020). England & Wales Commercial Court (QBD). Available at: URL: <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com> (accessed: 18.10.2022)

что инвестировала 577 тыс. ф. ст. будто бы в действительные криптовалютные продукты и уплатила значительные комиссии ответчикам за обещанную прибыль. Уплаченные средства были переведены ответчиками на счета на криптовалютных биржах.

Высокий суд подтвердил, что криптоактивы — имущество, упомянув также иные судебные решения³¹. Он счел, что право Великобритании применимо к спору, исходя из критерия *lex situs* в отношении криптоактива, т.е. места нахождения лица, владеющего активом. Суд обратил внимание и на ряд других критериев: активы были перемещены из Великобритании, криптовалюта находилась в ее правовом поле, документы составлялись на английском языке, свидетели находятся в Великобритании. Суд отдал два основных приказа: замораживающий ордер, охватывающий активы, расположенные в любой части земного шара (учитывая характер деятельности ответчиков), и ордер на раскрытие информации об ответчиках. Суд принял также во внимание (с опорой на другие вышеуказанные решения) такие обстоятельства, как необходимость принятия срочных мер в отношении криптовалюты, риск ее утраты, возможность ее оборота щелчком мыши.

Другое дело, также рассмотренное в британской юрисдикции, свидетельствует о готовности английских судов удовлетворять требования истцов, стремящихся вернуть криптовалюту. Так, в нем, как и в предшествующем, использовался ордер на раскрытие информации в отношении ответчиков, позволяющий истцам разыскать виновных лиц на международном уровне. В деле *Fetch* Суд дал истцам (двум компаниям *Fetch.ai*) широкий спектр средств правовой защиты против: 1) неустановленных мошенников, получивших доступ к криптовалютным счетам истцов и переведших с них средства; 2) двух организаций *Binance*, которые управляли учетными записями и осуществляли обменные операции; 3) получателей (виновных или нет) незаконно присвоенной криптовалюты³². Это не лишает надежды на возможность вернуть криптовалюту, даже если она была объектом незаконного посягательства других лиц.

Нельзя не заметить и развитие в Великобритании такого института рынка, как «регуляторная песочница», попасть в которую могут в том

³¹ *AA v Persons Unknown & Ors, Re Bitcoin* [2019] EWHC 3556 (Comm) (13 December 2019). England and Wales High Court (Commercial Court) Decisions . Available at: URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2019/3556.html> (accessed: 18.10.2022); *Ruscoe v Cryptopia Ltd (in liquidation)* [2020] NZHC 782. High Court of New Zealand. Available at: URL: <https://www.grantthornton.co.nz/globalassets/1.-member-firms/new-zealand/pdfs/cryptopia/civ-2019-409-000544---ruscoe-and-moore-v-cryptopia-limited-in-liquidation.pdf> (accessed: 18.10.2022)

³² *Fetch.AI Ltd & Anor v Persons Unknown Category A & Ors* [2021] EWHC 2254 (Comm) (15 July 2021). London Circuit Commercial Court (QBD). Available at: URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2021/2254.html> (accessed: 18.10.2022)

числе и криптовалютные проекты. Посредством такой песочницы государственные органы знакомятся с регулируемыми технологиями, а участники рынка вырабатывают собственные правила регулирования их предпринимательской деятельности. Важными критериями выступают прозрачность функционирования таких регуляторных песочниц, а также направленность на инновационные продукты и услуги [Lessambo F., 2020: 35–36], что позволяет учесть интересы остальных участников рынка и потребителей. Следует позитивно расценить такой опыт ввиду действия в Великобритании существенных блокчейн- и криптовалютных проектов, а также криптобирж, несмотря на высокие затраты на создание и поддержание подобных проектов в этой респектабельной юрисдикции.

Среди мер, применяемых государством в регулировании токенов, криптовалюты, криптоактивов, цифровых активов: 1) отсутствие новых законодательных актов или законодательных положений, касающихся правового регулирования цифрового рынка; 2) постановка вопроса, какую правовую среду следует создавать для оборота цифровых активов (криптоактивов) на уровне доктринальных разъяснений и комиссий по совершенствованию законодательства, при этом не предусматривается изменения законодательства (указывается на возможность создания правоприменительной практики, формирования опыта участниками рынка и издания международных актов); 3) обращение внимания органов власти на особенности цифровых активов (криптоактивов) с уделением повышенного внимания потребителям финансовых услуг; 4) лицензирование таких субъектов рынка, как лица, выпускающие токены, а также криптовалютные биржи; 5) создание благоприятных условий для развития криптоиндустрии путем функционирования регуляторной песочницы.

Австралия, с одной стороны (как США и Великобритания), разрабатывает подходы к цифровым правам и цифровой валюте в русле семьи общего права, с другой — ее нельзя назвать излюбленным и вероятным местом создания криптопроектов и иных проектов, связанных с цифровой средой. В Австралии действует Кодекс поведения участников сферы цифровых валют, разработанный местной Ассоциацией цифровых валют и коммерции. Данный Кодекс создает базовые стандарты индустрии, но является обязательным только для членов Ассоциации. В целях контроля за соблюдением Кодекса введена ежегодная процедура аудита и повторной сертификации членов Ассоциации. При выявлении нарушений Ассоциация накладывает на членов штрафные санкции³³.

³³ Регулирование криптовалют. Исследование опыта разных стран. Евразийская Экономическая Комиссия. 2018. С. 22–23. Available at: URL: <http://www.eurasian>

В то же время лицензирование в сфере оборота цифровой валюты обязательно³⁴, отсутствие лицензии влечет санкции вплоть до уголовных. Также выявляется необходимость соблюдения антиотмывочного законодательства и законодательства о противодействии финансированию террористической деятельности. Так, были внесены поправки в Закон о соблюдении правил AML/CFT (2017)³⁵. Исходя из этого, возникает требование по верификации (идентификации) клиентов, мониторингу подозрительных транзакций [Martino P., 2021: 83].

Австралийские власти заявляют, что хотя в стране нет законодательства, касающегося непосредственно оборота криптовалют или токенов, это не препятствует их включению в режимы контроля и надзора, предусмотренные нормативной базой³⁶. Что же касается правоприменительной практики, то суды включают криптовалюты и токены в действующее правовое поле. Одним из примеров является решение Окружного суда Нового Южного Уэльса в споре Hague против Cordiner. Суд утвердил запрос истца об обеспечении судебных издержек криптовалютой, которая хранится на криптовалютной бирже³⁷, подтвердив позицию о том, что криптовалюта выступает имуществом. Более того, судья проявил интересный подход к летучести криптовалюты, на которую указал ответчик, обязав истца уведомлять ответчика в течение 24 часов, если баланс криптовалютного счета упадет ниже суммы обеспечения, а также направлять ответчику периодические банковские выписки.

Таким образом, власти Австралии используют следующие меры правового регулирования: вписывание криптовалюты, токенов (криптоактивов) в действующее правовое регулирование, в особенности касающееся противодействия отмыванию доходов, полученных преступным

commission.org/ru/act/dmi/workgroup/Documents/Регулирование%20криптовалют%20в%20странах%20мира%20-%20январь.pdf (дата обращения: 18.11.2022)

³⁴ Digital Currency Exchange Providers. Australian Government AUSTRAC. Available at: URL: <https://www.austrac.gov.au/business/industry-specific-guidance/digital-currency-exchange-providers> (accessed: 18.10.2022)

³⁵ AntiMoney Laundering and CounterTerrorism Financing Amendment Act 2017. No. 130, 2017. Australian Government. Federal Register of Legislation. Available at: URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017A00130> (accessed: 18.10.2022)

³⁶ См.: A Guide to Preparing and Implementing an AML/CTF Program for Your Digital Currency Exchange Business Australian Government AUSTRAC. Available at: URL: <https://www.austrac.gov.au/business/how-comply-guidance-and-resources/guidance-resources/guide-preparing-and-implementing-amlctf-program-your-digital-currency-exchange-business> (accessed: 18.10.2022)

³⁷ Hague v Cordiner (No. 2) [2020] NSWDC 23 (24 February 2020). District Court of New South Wales. Available at: URL: <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/nsw/NSWDC/2020/23.html> (accessed: 18.10.2022)

путем, и финансированию терроризма; введение обязательного лицензирования профессиональных участников рынка оборота цифровой валюты; внедрение саморегулирования в сфере оборота цифровой валюты; встраивание правоприменительными органами новых объектов прав в действующее правовое поле; формирование прогрессивных взглядов на правовую природу цифровой валюты и возможности ее использования в обороте.

В Германии также нет законодательства, содержащего основные определения новым явлениям в сфере цифрового права [Chiu I.H.-Y., Deipenbrock G., 2021: 100–135]. Подход немецких правоприменителей и исследователей заключается в том, что действующее правовое регулирование достаточно, для поощрения частных инициатив не требуется дополнительная регламентация, а необходимо лишь отсутствие запретов в рассматриваемой сфере.

Национальный банк и другие государственные органы Германии неоднократно предупреждали, что приобретение криптовалюты и токенов несет риски потери средств, в целом же криптовалюта отличается непредсказуемостью обменного курса³⁸ [Камалян В.М., 2020: 198–199]. Данные заявления были направлены в основном на рядовых потребителей, в то же время мало влияя на успешность и реализацию блокчейн-проектов в стране. Государственное регулирование заключается в том, что компании, содействующие обороту криптовалюты (криптовиржи и аналогичные платформы), обязаны получать лицензию Федерального управления финансового надзора Германии (BaFin). Это подразумевает выполнение ряда требований, среди которых выделяются необходимость регулярной отчетности, квалифицированного персонала и детального бизнес-плана, минимальный уставный капитал не менее 730 тыс. евро, использование методов противодействия финансированию терроризма и легализации доходов, полученных преступным путем [Шайдуллина В.К., 2018: 49–51]. Таким образом осуществляется соблюдение антиотмывочного законодательства в сфере оборота криптовалюты. В то же время криптовалюта (в понимании российского законодателя — цифровая валюта) признается договорным средством платежа, частными деньгами, эквивалентом законного платежного средства [Печегин Д.А., 2019: 24–26].

Подходы правоприменительной практики Германии весьма осторожны. В одном из дел ответчик был привлечен к ответственности за управ-

³⁸ Crypto tokens. BaFin Federal Financial Supervisory Authority. Available at: URL: https://www.bafin.de/EN/PublikationenDaten/Jahresbericht/Jahresbericht2017/Kapitel2/Kapitel2_7/Kapitel2_7_3/kapitel2_7_3_node_en.html (accessed: 18.10.2022)

ление торговой платформой биткоинов без лицензии на инвестиционные услуги (что было бы уголовным преступлением, если бы биткоины квалифицировались как финансовые инструменты). Подсудимый был осужден судом первой инстанции и оправдан Земельным судом Берлина, прокурор подал апелляцию в Высший (земельный) суд Берлина. В 2018 г. последний суд счел, что биткоины (вид криптовалюты) не являются финансовыми инструментами, следовательно, обвиняемый не был обязан получать лицензию BaFin³⁹, хотя BaFin и на момент рассмотрения дела, и теперь придерживается иной позиции.

Государственное регулирование Германии заключается в следующем: отсутствие нового законодательства для правового регулирования цифрового (криптовалютного) рынка; применение налоговых, банковских норм, а также положений европейского антиотмывочного законодательства к правовому регулированию отношений по обороту криптовалюты и токенов; лицензирование криптовалютных бирж; отсутствие специальных условий для цифровой индустрии, т.е. применение общего правового режима; определенная рассогласованность в заявлениях и решениях государственных органов, во многом определяемая отсутствием специальных правовых норм.

В то же время, несмотря на отсутствие особых подходов к регулированию и правоприменению со стороны государственных органов, в настоящее время Германия считается привлекательной юрисдикцией для криптоинвесторов ввиду стабильных и благоприятных условий для предпринимательской деятельности в рассматриваемой сфере.

В следующей юрисдикции — Франции, представляющей также разновидность разрешительной модели правового регулирования действует специальное законодательство, посвященное цифровым активам (digital assets). RASTE Law в 2019 г. ввел специальный правовой режим для поставщиков цифровых активов и эмитентов токенов (цифровых прав), предусматриваемый французским Бюджетным и Финансовым кодексами. Указанные эмитенты в добровольном порядке обращаются за получением одобрения в Управление по финансовым рынкам Франции, чтобы быть включенными в «белый» лист и получить иные, связанные с этим преимущества. Отсутствие такого обращения влечет за собой правовые ограничения эмитента. Для одобрения необходимы: регистрация в качестве лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность во Франции; детальное прозрачное описание выпуска токенов; соблюдение требований безопасности в отношении собираемых

³⁹ The Higher Regional Court of Berlin — KG (4. Strafsenat), Urteil vom 25.09.2018 — (4) 161 Ss 28/18 (35/18). Available at: URL: <https://openjur.de/u/2254032.html> (accessed: 18.10.2022)

средств инвесторов; соблюдение требований законодательства о противодействии отмыванию средств, полученных преступным путем, и финансированию терроризма [Barsan I., 2019: 22–23].

В регулировании обращения токенов (цифровых прав) и криптовалюты (цифровой валюты) предусматривается как обязательное, так и добровольное лицензирование⁴⁰ в зависимости от вида деятельности, ее направленности на французский рынок и прочих критериев. В то же время отсутствие даже добровольного лицензирования влечет правовые ограничения для субъекта цифрового рынка, в частности, невозможность продвижения, маркетинга своих сервисов во Франции.

Правоприменительная практика Франции пока незначительна (как и в других юрисдикциях) и отражает включение цифровых активов (под которыми во Франции понимаются криптовалюты и токены) в действующее правовое поле. Так, Коммерческий суд первой инстанции Нантера, анализируя кредитные договоры, по которым заемщику предоставлялись биткоины, постановил, что биткоины являются потребляемыми, эквивалентными друг другу и взаимозаменяемыми, т.е. могут быть свободно обменены и заменены другими биткоинами. В данном случае BitSpread, финтех-компания, предлагающая инвестиционные услуги в альтернативные активы, заключила несколько кредитных договоров с французской биржей криптоактивов Paymium, получив 1000 биткоинов BCH. Через несколько месяцев, по истечении срока кредитных договоров, BitSpread вернула Paymium первоначальную сумму кредита в биткоинах BTC. Однако Paymium также потребовала передачи биткоинов BCH. Суд счел, что ответчик не обязан возвращать именно биткоины BCH, а исполнил обязательства, вернув биткоины BTC⁴¹.

Особенности правового регулирования цифровых прав и цифровой валюты во Франции следующие: принятие специальных законодательных норм, что во многом обусловлено особенностями континентальной правовой семьи; применение как добровольного, так и обязательного лицензирования, а также регистрации (принцип «кнута и пряника»); выстраивание прогрессивной правоприменительной практики по полноценному включению новых объектов прав в гражданско-правовой оборот.

Япония является примером юрисдикции, умело регулирующей оборот новых видов объектов в цифровой экономике при использовании

⁴⁰ Blockchain & Cryptocurrency Laws and Regulations 2022. France. Global Legal Insights. Available at: URL: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/france> (accessed: 18.10.2022)

⁴¹ Paymium vs BitSpread, Tribunal de Commerce de Nanterre, 26 février 2020, 2018F00466. Available at: URL: <http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2020/03/TRIB.-COMERCIO-NANTERRE-26.02.2020-Bitcoin.pdf> (accessed: 18.10.2022)

лицензирования и регуляторных песочниц. Среди новых объектов прав в данной стране выделяются: криптовалюты (цифровая валюта) и утилитарные токены, включаемые в понятие криптоактивов, подпадающие под специальное регулирование со стороны Закона о платежных услугах; токены-ценные бумаги, регулируемые, соответственно, как ценные бумаги по Закону о финансовых инструментах и фондовых биржах; стейблкоины — токены, стоимость которых привязана к стоимости фиатной валюты, т.е. они не волатильны и более надежны, используются как средство платежа⁴².

В соответствии с новыми нормами законодательства криптовалютные биржи контролируются Агентством финансовых услуг Японии — регистрируются, подают ежегодные финансовые отчеты, проводят регулярные аудиторские проверки. Все это, по мнению японского правительства, призвано предотвратить отмывание денежных средств, полученных незаконным путем, а также повысить уровень защиты потребителей на рынке финансовых услуг. Во многом причиной такого курса стал обвал крупной биржи MtGox в Японии в 2014 г., вызвавший общественный резонанс и серьезные экономические последствия. В настоящее время криптовалютные биржи Японии пользуются наибольшим доверием среди бирж, расположенных в различных юрисдикциях.

Значимое событие в мировом регулировании криптовалют произошло в Японии в апреле 2017 г. со вступлением в силу закона, признающего криптовалюты законным средством платежа. Это привело к началу ее использования в качестве одного из способов оплаты в розничной торговле. Положительные стороны заключаются также в том, что были законодательно оформлены процедуры противодействия отмыванию доходов и финансированию терроризма, а также идентификации клиентов («знай своего клиента») [Martino P., 2021: 81] применительно к организациям, осуществляющим оборот цифровой валюты и цифровых прав. В данном отношении Япония является одним из самых продвинутых государств с точки зрения правового регулирования оборота цифровых прав и цифровой валюты.

Также в Японии выпущена цифровая иена, используемая для оплаты товаров и услуг по всей стране при помощи смартфонов (QR-кодов). Эмитентом цифровой иены выступает частный банк, ее стоимость привязана к иене. Более того, в Японии успешно функционируют регуляторные песочницы, развивающие блокчейн-технологии и иные новые технологии в цифровой сфере [Martino P., 2021: 91].

⁴² Blockchain & Cryptocurrency Laws and Regulations 2022. Japan. Global Legal Insights. Available at: URL: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/japan> (дата обращения: 18.10.2022)

Соответственно, подход японского законодателя к правовому регулированию оборота цифровых прав и цифровой валюты следует признать вполне обоснованным и разумным, отвечающим вызовам времени ввиду как введения своевременного лицензирования участников рынка, так и встраивания цифровых валют в платежный оборот Японии.

4. Дозволительная модель правового регулирования

Последняя группа юрисдикций отличается наибольшей лояльностью по отношению к криптопроектам, наиболее направлена на инновационное развитие бизнеса и регулятора. Примером такой юрисдикции служит Италию, являющаяся одной из немногих стран, где на законодательном уровне регулируются отдельные аспекты цифровой экономики. Еще в 2017 г. был издан Законодательный акт № 9024, согласно которому провайдеры услуг на криптовалютном рынке аналогичны операторам по обмену валют. В Италии криптовалюта не признается законным средством платежа, а может выступать лишь частным, договорным средством платежа, что сближает данную юрисдикцию с Германией.

Ключевой задачей правового регулирования (как и в иных юрисдикциях) здесь является защита публичных интересов, связанных с отмыванием преступных доходов и финансированием терроризма, в связи с чем профессиональные участники цифрового рынка подлежат регистрации, а также (что примечательно) должны фиксироваться все данные о сделках по обращению криптовалюты. Данная регистрация носит уведомительный характер [Камалаян В.М., 2020: 201–205], обязательное лицензирование не предусматривается. Можно согласиться, что итальянское государство стремится обеспечить полноценный контроль над использованием цифровых технологий, учитывая повышенные риски отмывания преступных доходов и финансирования терроризма. В то же время мягкость подхода заключается в отсутствии обязательного лицензирования.

В Италии декрет-закон закрепил понятие децентрализованного распределенного реестра (блокчейна) и особенности его применения в гражданском обороте. Действия в таком реестре могут быть квалифицированы как использование электронной подписи, они отвечают требованиям об идентификации [Cappiello B., Carullo G., 2021: 104]. С недавнего времени в соответствии с декретом Министерства экономики и финансов № 100 от 30.04.2021 г., вступившим в силу 17.07.2021⁴³,

⁴³ Decreto 30 Aprile 2021, n. 100. Ministero dell'Economia e delle Finanze. Gazzetta Ufficiale. Della Repubblica Italiana. Available at: URL: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2021/07/02/21G00109/sg> (accessed: 18.10.2022)

в Италии созданы регуляторные песочницы, позволяющие развивать финтех-сферу. Декрет создает Финтех-комитет, в состав которого входят представители всех связанных с указанной сферой исполнительных органов, оценивающий заявки компаний и предоставляющий им особые условия предпринимательской деятельности.

Правоприменительная практика Италии является весьма разнообразной в отношении правовой природы новых объектов прав (так, криптовалюта может рассматриваться как финансовый инструмент или взаимозаменяемый товар, или как платежное средство)⁴⁴. Также суды указали: чтобы криптоактивами можно было оплачивать долю в уставном капитале компании, их стоимость (курс) должна быть определенной, как правило, на публичных криптовалютных биржах [Riccardo de C., 2020: 368].

Таким образом, в Италии, как и во Франции — стране континентального права, приняты правовые нормы, посвященные новым цифровым явлениям — блокчейну, смарт-контрактам, цифровой валюте, цифровым регуляторным песочницам и т.д.; обязательное лицензирование в отношении участников цифрового рынка не предусматривается, регистрация носит уведомительный характер, что позволяет говорить о дозволительной модели правового регулирования; происходит становление правоприменительной практики в отношении новых объектов прав и расширение возможностей участников рынка за счет функционирования финтех-песочницы.

Пример дозволительной модели правового регулирования показывает и Швейцария. Эта юрисдикция исконно считается благоприятной по отношению к криптопроектам и иным проектам, связанным с цифровой индустрией. Руководство швейцарского Управления надзора за финансовыми рынками (далее — FINMA) разъясняет нормативную базу и позиции государства в отношении цифровых прав (токенов) [Kondova G., Simonella G., 2019: 45]. Токены классифицируются по их экономическим функциям: платежные токены (payment tokens), являющиеся как и криптовалюты средствами платежа за товары или услуги, а также денежным выражением стоимости (на них распространяется действие швейцарского закона о противодействии отмыванию доходов); утилитарные токены (utility tokens), предназначенные для предоставления права доступа к приложению или сервису в блокчейне; токены-активы (asset tokens), предоставляющие права требования к эмитенту,

⁴⁴ Blockchain & Cryptocurrency Laws and Regulations 2022. Italy. Global Legal Insights. Available at: URL: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/italy> (accessed: 18.10.2022)

аналогичные ценным бумагам, подпадающие под соответствующие требования законодательства. Удачно, что классификация не закрыта, и в рамках экономических функций токенов могут появляться иные варианты токенов⁴⁵. Приложением к Руководству является опросник для лиц, желающих выпустить (эмитировать) токены. Из указанного вытекает вывод: невозможно законодательно исчерпывающим образом перечислить все категории цифровых прав, со временем обязательно появятся их новые разновидности.

С 2018 г. в Швейцарии применяется лицензирование финтех-компаний, а швейцарские банки стали открывать корпоративные счета для компаний, осуществляющих деятельность в сфере блокчейн-технологий. Руководство по открытию таких счетов выпустила Швейцарская ассоциация банкиров⁴⁶.

Сайт FINMA позволяет исчерпывающим образом получить ответы на вопросы относительно владения криптоактивами и их оборота, в том числе по вопросу необходимости получения компанией финтех-лицензии (FinTech)⁴⁷. Создана возможность консультироваться с работниками FINMA с целью получить разъяснения о применении законодательства. Кроме того, FINMA предупреждает о рисках, связанных с криптоактивами (под которыми понимаются и токены, и криптовалюта), а именно, рисках при приобретении и использовании криптоактивов ввиду отсутствия полного урегулирования рассматриваемой сферы, повышенных рисках отмыwania средств, полученных незаконным путем, и указывает на расследование нарушений норм, связанных с криптоактивами⁴⁸.

За благоприятность такой юрисдикции, как Швейцария, за развитие криптоэкономики, цифровой экономики участники рынка голосуют «ногами». Многие компании после ужесточения государственного регулирования криптовалют и токенов в США и Европейском союзе нашли пристанище в Швейцарии⁴⁹ с ее очень осторожным и прозрачным правовым регулированием новых технологий, с минимумом требова-

⁴⁵ Guidelines for Enquiries Regarding the Regulatory Framework for Initial Coin Offerings (ICOs). FINMA. February 16, 2018. Available at: URL: <https://www.finma.ch/en/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/1bewilligung/fintech/wegleitung-ico.pdf> (accessed: 18.10.2022)

⁴⁶ SBA Guidelines on Opening Corporate Accounts for Blockchain Companies. Swiss Banking. September, 2018 . Available at: URL: <https://www.finma.ch> (accessed: 18.10.2022)

⁴⁷ FinTech Financial Services Providers. FINMA . Available at: URL: <https://www.finma.ch/en/authorisation/fintech> (accessed: 18.10.2022)

⁴⁸ Cryptoassets. FINMA. 2022. Available at: URL: <https://www.finma.ch> (accessed: 18.10.2022)

⁴⁹ Швейцария и криптовалютный вызов. Банки и Финтех. Swiss.info.ch. Available at: URL: <https://www.swissinfo.ch/rus/швейцария-и-крипто-валютный-вызов-/47019366> (accessed: 18.10.2022)

ний. Это позволяет рассматривать данную страну как пример дозволенной модели правового регулирования. Безусловно, положительным является опыт регулирования FINMA развивающейся в Швейцарии отрасли финтех-индустрии.

5. Применимость зарубежного опыта к правовому регулированию цифровых прав и цифровой валюты в России

В ракурсе анализа зарубежного опыта интересна и подтверждается позиция В.К. Шайдуллиной, которая выделяет следующие меры: меры, направленные на предупреждение отмыwania денег и финансирование терроризма; обязывание операторов и иных юридических лиц, участвующих в обороте, проводить процедуры know your customer и прочие меры снижения общих репутационных рисков в той или иной юрисдикции; разработка соответствующих систем налогообложения деятельности в отношении новых видов объектов прав; повышение ответственности операторов обменных и прочих операций с новыми объектами прав перед клиентами. Последнее, в свою очередь, включает финансовое обеспечение, обеспечение кибербезопасности, возможность использования клиентами альтернативных механизмов разрешения споров. Достоинством и находит отражение за рубежом предложение В.К. Шайдуллиной создать «регуляторную песочницу» для опробования новых финансовых технологий, а также установления правил операций с цифровыми правами и цифровой валютой [Шайдуллина В.К., 2018: 141].

В России с 28.01.2021 действует Федеральный закон № 258-ФЗ «Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в Российской Федерации», который, по сути, подразумевает применение регуляторной песочницы в сфере цифровых инноваций (цифровой песочницы). Мониторинг результативности данных экспериментальных режимов в сфере финансового рынка осуществляет Банк России⁵⁰. Регуляторная (регулятивная) песочница Банка России для пилотирования инновационных технологий и сервисов на финансовом рынке, внедрение которых требует изменения правового регулирования, функционирует с 2018 г.⁵¹ — для тестирования прототипов сервисов без реальных клиентов и рыночных операций. Полезно в связи с этим для повышения

⁵⁰ Федеральный закон от 31.07.2020 № 258-ФЗ (ред. от 02.07.2021) // СПС КонсультантПлюс.

⁵¹ Регулятивная «песочница» // Банк России. Available at: URL: <https://www.fca.org.uk/news/speeches/risks-token-regulation> (дата обращения: 18.11.2022)

ее эффективности использовать опыт таких юрисдикций, как Великобритания, имеющих успешно функционирующие регуляторные песочницы, в том числе в сфере цифровых технологий.

Исходя из анализа законодательства и практики Японии, М.М. Долгиева верно замечает, что избранная Японией модель правового регулирования оборота цифровых прав и цифровой валюты наиболее действенна и достойна внимания. Однако нельзя не согласиться с тем, что и в данной модели остается нерешенным вопрос идентификации субъектов цифрового рынка [Долгиева М.М., 2018: 126–127], что подтверждает и опыт функционирования криптовалютных бирж [Hiramoto N., Tsuchiya Y., 2021]. Согласимся, что одним из возможных решений вопроса видится обязательное лицензирование деятельности, непосредственно связанной с криптовалютами [Шайдуллина В.К., 2018: 51–52] (например, деятельности криптовалютных бирж, эмиссии цифровых прав и цифровых валют и пр.). Также возможно введение особых требований к соблюдению антиотмывочного законодательства, обязывающих профессиональных участников рынка идентифицировать клиентов–физических лиц. Необходимо применение повышенных стандартов кибербезопасности, что позволило бы избегать хакерских атак и предотвращать их, пользуясь зарубежным опытом.

Безусловно актуальна защита прав потребителей цифрового рынка. Самыми распространенными и доказавшими свою полезность мерами, исходя из рассмотренных моделей правового регулирования, которые могут быть рекомендованы отечественному законодателю и правоприменителю, в этой сфере суть следующие: информирование государственными органами эмитентов токенов (цифровых прав) о том, как следует проводить этот выпуск (какую информацию раскрывать, какие требования законодательства соблюдать); разъяснение потребителям цифрового рынка возможных связанных с таким приобретением токенов (цифровых прав) риски. Это особенно актуально ввиду отсутствия вплоть до настоящего времени в российском законодательстве регулирования лицензирования деятельности криптобирж и криптообменников, функционирования криптокошельков, что создает нерегулируемое правом криптопространство. Нельзя признать такой подход законодателя обоснованным, так как регулирование позволило бы пресекать незаконную деятельность в рассматриваемой сфере и минимизировать риски для граждан и предпринимателей.

При разработке отечественного правового регулирования следует учесть предложения о совершенствовании законодательства: издать разъяснения ФНС о порядке уплаты прямых и косвенных налогов в зависимости от ситуаций использования цифровых прав и цифровой ва-

люты (как это сделано в Израиле, что в статье не рассматривалось, но может стать предметом дальнейшего исследования); публиковать рекомендации по оценке инвестиционных рисков для инвесторов; стимулировать развитие добровольной сертификации криптовалютных проектов⁵². Необходимо «разумное» лицензирование в отношении участников крипторынка, введенное, например, в Японии — юрисдикции, доказавшей адекватность указанного опыта правового регулирования.

Заключение

Модели правового регулирования оборота цифровых прав и цифровой валюты, используемые в юрисдикциях, различаются правовыми нормами, институтами и условиями функционирования рынка. Отсутствует единая терминология. За рубежом применяются такие термины, как криптовалюта, токены, криптоактивы, цифровые активы, а в России используются понятия цифровых прав и цифровой валюты. В то же время буквально термины «цифровые права» и «цифровая валюта» понимают за рубежом иначе — цифровые права понимают в контексте прав человека, а цифровая валюта подразумевает валюту центрального банка в цифровой форме. Соответственно, нельзя не признать сложности уточнения — о чем именно идет речь в том или ином контексте.

Из оценивания правового регулирования цифровых прав и цифровой валюты в России и зарубежных юрисдикциях следует общий вывод: закрепление основных понятий в законодательстве, а также отражение особенностей их гражданско-правового режима, безусловно, дали позитивные плоды в виде правовой определенности и урегулировании отдельных аспектов цифровой экономики. Но все же создание благоприятных условий развития цифровой экономики, легализации криптоиндустрии достигается иными способами. Необходимо рамочное регулирование, выработка подходов правоприменителей в отношении цифровой валюты и цифровых прав, а также создание релевантной инфраструктуры для функционирования цифрового рынка (как лицензирование участников, создание системы контроля и надзора за соблюдением антиотмывочного законодательства и др.), т.е. мягкая система правового регулирования, реализуемая в рамках разрешительной модели регулирования. Это подтверждается опытом различных стран.

Из опыта правового регулирования зарубежных стран целесообразно обратить внимание законодателя на необходимость и возможность

⁵² На что обращают внимание исследователи: [Ермохин И.С., Коваль А.А., Левашенко А.Д., 2019: 95–97].

лицензирования тех или иных участников крипторынка, цифрового рынка (что используется так или иначе во всех исследованных юрисдикциях), а также на опыт функционирования регулятивных песочниц, например, в Великобритании, являющейся первой страной, начавшей их широкое использование. При становлении российской правоприменительной практики, касающейся оборота цифровых прав и цифровой валюты в особенности с участием потребителей, полезно обратить внимание на опыт США, Великобритании, Австралии. Следует изучить меры защиты и ответственности, критерии выбора юрисдикции, по праву которой следует рассматривать спор о цифровых правах или цифровой валюте, подходы, позволяющие учесть волатильность криптовалюты и использовать ее в качестве средства обеспечения. Безусловно, важен опыт и патерналистски настроенных юрисдикций — Китая, Южной Кореи и Японии, что связано с особенностями предпринимательской деятельности в цифровой сфере.



Список источников

1. Алексеенко А.П. Регулирование оборота цифровых финансовых активов в Гонконге, Макао и материковом Китае // Проблемы Дальнего Востока. 2021. № 2. С. 55–65.
2. Быля А.Б. К вопросу об использовании криптовалют в Российской Федерации // Вестник Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина. 2020. № 9. С. 187–197.
3. Волос А.А. Коллизионно-правовое регулирование отношений, связанных со смарт-контрактами // Международное публичное и частное право. 2020. № 3. С. 24–27.
4. Гузнов А.Г., Рождественская Т.Э. Цифровая валюта: особенности регулирования в Российской Федерации // Правоприменение. 2021. № 1. С. 58–67.
5. Долгиева М.М. Зарубежный опыт правового регулирования отношений в сфере оборота криптовалюты // Lex Russica. 2018. № 10. С. 116–129.
6. Ермохин И.С., Коваль А.А., Левашенко А.Д. Перспективы правового регулирования криптоэкономики и ICO в России и других странах // Экономическая политика. 2019. № 5. С. 80–99.
7. Ефимова Л.Г., Михеева И.Е., Чуб Д.В. Сравнительный анализ доктринальных концепций правового регулирования смарт-контрактов в России и зарубежных странах // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 4. С. 78–105.
8. Камалян В.М. Правовое регулирование криптовалют и блокчейн-технологий в Германии и Италии // Актуальные проблемы российского права. 2020. № 7. С. 197–206.
9. Крысенкова Н.Б. Смарт-контракты в иностранном правовом пространстве // Международное публичное и частное право. 2019. № 5. С. 28–30.
10. Маньковский И.А. Криптовалюта как объект гражданского оборота: перспективы легализации в рамках ЕАЭС // Экономика. Право. Общество. 2020. № 2. С. 56–65.

11. Молотников А.Е., Трощинский П.В. Особенности нормативно-правового регулирования цифровой экономики и цифровых технологий в Китае // Правоведение. 2019. № 2. С. 309–326.
12. Печегин Д.А. К вопросу о правом регулировании криптовалют в Германии // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2019. № 6. С. 21–33.
13. Тедеев А.А. Правовое регулирование оборота криптовалюты в зарубежных государствах и в Российской Федерации: возможные подходы // Государство и право. 2019. № 9. С. 136–139.
14. Шайдуллина В.К. Криптовалюта как новое экономико-правовое явление // Вестник университета. 2018. № 2. С. 137–142.
15. Шайдуллина В.К. Правовое регулирование оборота криптовалюты: зарубежный опыт // Общество: политика, экономика, право. 2018. № 4. С. 49–52.
16. Шайдуллина В.К. Смарт-контракты на финансовом рынке: результаты исследования // Судья. 2019. № 2. С. 21–23.
17. Alkadri S. Defining and regulation cryptocurrency: fake Internet money or legitimate medium of exchange? *Duke Law & Technology Review*, 2018, vol. 17, no. 1, pp. 71–98.
18. Allen J., Blandin A. et al. Global cryptoasset regulatory landscape study. University of Cambridge. Legal Studies Research Paper, No. 23/2019. 123 p.
19. Barsan I. Regulating the crypto world — new developments from France. *RTDF*, 2019, no. 4, pp. 9–30.
20. Boreiko D., Ferrarini G., Giudici P. Blockchain startups and prospectus regulation. *European Business Organizations Law Review*, 2019, vol. 20, pp. 665–694.
21. Cappelletto B., Carullo G. Blockchain, law and governance. Bern: Springer, 2021, 304 p.
22. Chiu I., Deipenbrock G. Routledge handbook on financial technology and law. L.: Routledge, 2021, 496 p.
23. Goforth C. Regulation of crypto: whom SEC is protecting? *American Business Law Journal*, 2021, vol. 58, no. 3, pp. 643–705.
24. Henderson M., Raskin M. A regulatory classification of digital assets: toward an operational Howey test for cryptocurrencies, ICOs, and other digital assets. *Columbia Business Law Review*, 2019, no. 2, pp. 443–493.
25. Hiramoto N., Tsuchiya Y. How cryptocurrency is laundered: case study of Coincheck hacking incident. *Forensic Science Reports*, 2019. Available at: URL: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2665910721000724?via%3Dihub> (accessed: 01.09.2023)
26. Huang R. Fintech regulation in China: principles, policies and practices. Cambridge: University Press, 2021, 300 p.
27. Huang Y., Mayer M. Digital currencies, monetary sovereignty, and U.S.-China power competition. *Policy & Internet*, 2022, vol. 14, no. 2, pp. 324–347.
28. Kondova G., Simonella G. Blockchain in startup financing: ICOs and STOs in Switzerland. *Journal of Strategic Innovation and Sustainability*, 2019, vol. 14, no. 6, pp. 43–48.
29. Lessambo F. The U.S. banking system. Laws, regulations, and risk management. L.: Palgrave, 2020, 328 p.
30. Martino P. Blockchain and banking. How technological innovations are shaping the banking industry. L.: Palgrave, 2021, 114 p.

31. Ponsford M. A comparative analysis of bitcoin and other decentralised virtual currencies: legal regulation in the People's Republic of China, Canada, and the United States. *Hong Kong Journal of Legal Studies*, 2015, vol. 9, pp. 29–50.
32. Riccardo de C. Blockchain and smart contracts: legal issues and regulatory responses between public and private economic law. *Italian Law Journal*, 2020, vol. 6, no. 1, pp. 363–379.
33. Riley J. The current status of cryptocurrency regulation in China and its effect around the world. *China and WTO Review*, 2021, vol. 7, pp. 135–152.
34. Trautman L. Bitcoin, virtual currencies, and the struggle of law and regulation to keep pace. *Marquette Law Review*, 2019, vol. 102, no. 2, pp. 447–538.



References

1. Alekseenko A.P. (2021) Regulation of digital financial assets in Hong Kong, Macau and Mainland China. *Problemy Dal'nego Vostoka*=Problems of the Far East, no. 2, pp. 55–65 (in Russ.)
2. Alkadri S. (2018) Defining and regulation cryptocurrency: fake Internet money or legitimate medium of exchange? *Duke Law & Technology Review*, vol. 17, no. 1, pp. 71–98.
3. Allen J., Blandin A. et al. (2019) Global crypto asset regulatory landscape study. University of Cambridge. Legal Studies Research Paper, No. 23, 123 p.
4. Barsan I. (2019) Regulating the crypto world — new developments from France. *RTDF*, no. 4, pp. 9–30.
5. Boreiko D., Ferrarini G., Giudici P. (2019) Blockchain startups and prospectus regulation. *European Business Organizations Law Review*, vol. 20, pp. 665–694.
6. Bylya A.B. (2020) Cryptocurrencies in the Russian Federation. *Vestnik Moskovskogo gosydarstvennogo universiteta Kutafina*=Bulletin of Moscow State Kutafin University, no. 9, pp. 187–197 (in Russ.)
7. Capiello B., Carullo G. (2021) *Blockchain, law and governance*. Springer Nature Switzerland AG, 304 p.
8. Chiu I., Deipenbrock G. (2021) Routledge handbook on financial technology and law. L.: Routledge, 496 p.
9. Dolgieva M.M. (2018) Foreign experience of legal regulation of cryptocurrency turnover. *Russkiy zakon*=Lex Russica, no. 10, pp. 116–129 (in Russ.)
10. Efimova L.G., Miheeva I.E., Chub D.V. (2020) Comparative analysis of concepts of legal regulation of smart contracts in Russia and foreign countries. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol. 13, no. 4, pp. 78–105 (in Russ.)
11. Ermohin I.S., Koval' A.A., Levashenko A.D. (2019) Prospects for legal regulation of cryptoeconomics and ICOs in Russia and other countries. *Ekonomicheskaya politika*=Economic Policy, no. 5, pp. 80–99 (in Russ.)
12. Goforth C. (2021) Regulation of crypto: whom the SEC is protecting? *American Business Law Journal*, vol. 58, no. 3, pp. 643–705.
13. Guznov A.G., Rozhdestvenskaya T.E. (2021) Digital currency: features of regulation in the Russian Federation. *Pravoprimenenie*=Law Enforcement, no. 1, pp. 58–67 (in Russ.)
14. Henderson M., Raskin M. (2019) Regulatory classification of digital assets: toward an operational Howey test for cryptocurrencies, ICOs, and other digital assets. *Columbia Business Law Review*, no. 2, pp. 443–493.

15. Hiramoto N., Tsuchiya Y. (2019) How cryptocurrency is laundered: case study of Coincheck hacking incident. *Forensic Science Reports*. Available at: URL: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2665910721000724?via%3Dihub> (accessed: 01.09.2023)
16. Huang R. (2021) *Fintech regulation in China: principles, policies and practices*. Cambridge: University Press, 300 p.
17. Huang Y., Mayer M. (2022) Digital currencies, monetary sovereignty, and U.S.-China power competition. *Policy & Internet*, vol. 14, no. 2, pp. 324–347.
18. Kamalyan V.M. (2020) Legal regulation of cryptocurrencies and blockchain technologies in Germany and Italy. *Aktual'nye problemy rossiyskogo prava* =Current Issues of Russian Law, no. 7, pp. 197–206 (in Russ.)
19. Kondova G., Simonella G. (2019) Blockchain in startup financing: ICOs and STOs in Switzerland. *Journal of Strategic Innovation and Sustainability*, vol. 14, no. 6, pp. 43–48.
20. Krysenkova N.B. (2019) Smart contracts in foreign legal space. *Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo*=International Public and Private Law, no. 5, pp. 28–30 (in Russ.)
21. Lessambo F. (2020) *The U.S. banking system. Laws, regulations, and risk management*. L.: Palgrave, 328 p.
22. Man'kovskiy I.A. (2020) Cryptocurrency as an object of civil circulation: prospects for legalization within the EAEU. *Ekonomika. Pravo. Obshchestvo*=Economics. Law. Society, no. 2, pp. 56–65 (in Russ.)
23. Martino P. (2021) *Blockchain and banking. How technological innovations are shaping banking industry*. Springer Nature Switzerland AG., 114 p.
24. Molotnikov A.E., Troshchinski P.V. (2019) Peculiarities of legal regulation of the digital economy and digital technologies in China. *Pravovedenie*=Legal Studies, no. 2, pp. 309–326 (in Russ.)
25. Pechegin D.A. (2019) Legal regulation of cryptocurrencies in Germany. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya*=Journal of Foreign Legislation and Comparative Law, no. 6, pp. 21–33 (in Russ.)
26. Ponsford M. (2015) Comparative analysis of bitcoin and other decentralised virtual currencies: legal regulation in the People's Republic of China, Canada, and the United States. *Hong Kong Journal of Legal Studies*, vol. 9, pp. 29–50.
27. Riccardo de C. (2020) Blockchain and smart contracts: legal issues and regulatory responses between public and private economic law. *Italian Law Journal*, vol. 6, no. 1, pp. 363–379.
28. Riley J. (2021) The current status of cryptocurrency regulation in China and its effect around the world. *China and WTO Review*, vol. 7, pp. 135–152.
29. Shajdullina V.K. (2018) Cryptocurrency as a new economic and legal phenomenon. *Vestnik universiteta*=University Bulletin, no. 2, pp. 137–142 (in Russ.)
30. Shajdullina V.K. (2018) Legal regulation of cryptocurrency turnover: foreign experience. *Obshchestvo: politika, ekonomika, pravo*=Society: Politics, Economics, Law, no. 4, pp. 49–52 (in Russ.)
31. Shajdullina V.K. (2019) Smart contracts in the financial market. *Sud'ya*=Judge, no. 2, pp. 21–23 (in Russ.)
32. Tedelev A.A. (2019) Legal regulation of cryptocurrency turnover in foreign countries and in Russia: possible approaches. *Gosudarstvo i pravo*=State and Law, no. 9, pp. 136–139 (in Russ.)

33. Trautman L. (2019) Bitcoin, virtual currencies, and the struggle of law and regulation to keep pace. *Marquette Law Review*, vol. 102, no. 2, pp. 447–538.

34. Volos A.A. (2020) Conflict of law regulation of smart contracts. *Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo*=International Public and Private Law, no. 3, pp. 24–27 (in Russ.)

Информация об авторе:

Е.В. Зайнутдинова — кандидат юридических наук, старший научный сотрудник.

Information about the author:

E.V. Zainutdinova — Candidate of Sciences (Law), Senior Researcher.

Статья поступила в редакцию 02.08.2022; одобрена после рецензирования 17.10.2022; принята к публикации 10.02.2023.

The article was submitted to editorial office 02.08.2022; approved after reviewing 17.10.2022; accepted for publication 10.02.2023.

Научная статья

УДК: 336.221

DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.183.205

Особенности налогового регулирования IT-отрасли в России и государствах Евразийского Экономического Союза



Мария Александровна Перепелица¹, Виктория Викторовна Мирончуковская², Татьяна Николаевна Ёркина³

^{1, 2, 3} Елецкий государственный университет имени И. А. Бунина, Россия 399770, Липецкая область, Елец, ул. Коммунаров, 28,

¹ perepelitsa.doc@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-4648-1789>

² bosfor4878@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0001-7658-2375>

³ tnerkina@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0001-5313-6321>



Аннотация

В статье рассматриваются особенности применения Российской Федерацией и странами–участницами Евразийского Экономического Союза (Беларусью, Казахстаном, Кыргызстаном) механизмов налогового стимулирования развития отечественной IT-отрасли. Анализируются налоговые льготы, упрощенная система налогообложения и режим налогообложения на территориях особых и специальных экономических зон, Парка высоких технологий. Цель статьи — изучение опыта применения налоговых стимулов при налогообложении IT-отрасли в Российской Федерации и странах Евразийского экономического Союза, обоснование необходимости внедрения в российское налоговое законодательство норм, стимулирующих развитие отечественного IT-сектора. Отдельное внимание уделяется рассмотрению порядка доступа и аккредитации компаний для возможности работать на территориях ОЭЗ, СЭЗ или ПВТ с применением льготного режима налогообложения. В статье делается вывод, что государства в целом применяют все механизмы налогового стимулирования: налоговые льготы, упрощенную систему налогообложения, ОЭЗ, СЭЗ, ПВТ, однако имеются различия в их использовании, что в конечном итоге влияет на уровень развития отечественной IT-отрасли. Российская Федерация использует избирательный и дифференцированный подход, из-за чего большая часть IT-компаний отсекается от льготного режима налогообложения.

Страны ЕАЭС выработали в данном вопросе положительный опыт благодаря упрощению процедуры регистрации, необходимой для вхождения в льготные зоны для отечественных и зарубежных IT-компаний и допуску в ПВТ и СЭЗ IT-специалистов. В статье предлагается использовать опыт стран ЕАЭС при регулировании вопроса о доступе иностранных компаний из дружественных государств в качестве резидентов на территории ОЭЗ России, что будет способствовать внедрению новых информационных технологий и обмену опытом с отечественными IT-компаниями. При исследовании правовых норм, регулирующих налогообложение IT-отрасли в юрисдикциях ЕАЭС, были использованы специальные юридические методы научного познания: метод толкования права, сравнительно-правовой и формально-юридический методы.



Ключевые слова

IT-отрасль; IT-компания; налоговое стимулирование; налогообложение; льготы; особые экономические зоны.

Благодарности: статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций авторов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ.

Для цитирования: Перепелица М.А., Мирончуковская В.В., Ёркина Т.Н. Особенности налогового регулирования IT-отрасли в России и государствах Евразийского Экономического Союза // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2023. Том 16. № 4. С. 183–205. DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.183.205

Research article

Peculiarities of Tax Regulation of IT Industry in Russia and EAEU States



Maria Aleksandrovna Perepelitsa ¹, Viktoria Viktorovna Mironchukovskaya ², Tatyana Nikolaevna Yerkina ³

^{1, 2, 3} Eletz State University, 28 Kommunarov Str., Eletz 399770, Russia,

¹ perepelitsa.doc@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-4648-1789>

² bosfor4878@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0001-7658-2375>

³ tnerkina@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0001-5313-6321>



Abstract

The article discusses the features of the application by the Russian Federation and by the member countries of the Eurasian Economic Union (EAEU) — republics of Belarus, Kazakhstan, Kyrgyzstan, mechanisms of tax incentives for the development of the domestic IT industry. Tax incentives, a simplified taxation system and the taxation regime in the territory of the Special Economic Zones (SEZ), Special Economic Zones (SEZ), High-Tech Park (HTP) are analyzed. The purpose of the article is to study the

experience of applying tax incentives in the taxation of the IT industry in the Russian Federation and the member countries of the Eurasian Economic Union, substantiating the need to introduce into Russian tax legislation norms that stimulate the development of the domestic IT sector. Special attention is paid to the consideration of the procedure for access and accreditation of companies for the opportunity to work in the territory of the SEZ, FEZ or HTP with the use of a preferential tax regime. The article concludes that states as a whole apply all tax incentive mechanisms in a complex: tax incentives, a simplified taxation system, SEZ, SEZ, HTP, however, there are differences in their use, which ultimately affects the level of stimulation of domestic IT industries. The Russian Federation uses a selective and differentiated approach, which is why most IT companies are cut off from the preferential tax regime. The EAEU countries have developed more positive experience in this matter due to the simplification of the registration procedure required to enter the preferential zones, both for domestic and foreign IT companies and the admission to the HTP and SEZ of individuals — IT specialists. The access of foreign companies from friendly countries as residents in the territory of the Russian SEZ will facilitate the introduction of new information technologies and the exchange of experience with domestic IT companies. In the study of the legal norms regulating the taxation of the IT industry in the INPP jurisdictions, special legal methods of research were used: comparative legal, method of interpretation of law, formal legal one.



Keywords

IT-industry; IT-company; tax regulation; taxation; incentives; special economic zones.

Acknowledgments: the paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the Higher School of Economics academic publications.

For citation: Perepelitsa M.A., Mironchukovskaya V.V., Yerkin T.N. (2023) Peculiarities of Tax regulation of IT Industry in Russia and EAEU States. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 16, no. 4, pp. 183–205 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.183.205

Введение

«Стратегия развития отрасли информационных технологий в Российской Федерации на 2014–2020 годы и на перспективу до 2025 года»¹, принятая в 2013 году, определила основы дальнейшей деятельности государства в области комплексного развития отрасли, в том числе за счет взаимодействия ее участников. Информационные технологии с каждым годом оказывают все большее влияние как на экономику, так и на повседневную жизнь человека. Внедрение ИТ-технологий в различные сферы общественной жизни способствует переходу на качественно но-

¹ Распоряжение Правительства Российской Федерации от 01.11.2013 № 2036-р «Стратегия развития отрасли информационных технологий в Российской Федерации на 2014–2020 годы и на перспективу до 2025 года». Available at: URL: (дата обращения: 03.02.2023)

вый уровень развития государственного сектора. Это сферы экономики, безопасности, , медицины, образования, экологии, культуры и другие не менее важные области общественной жизни. Такое развитие возможно при использовании различных правовых механизмов, одним из которых является налоговое стимулирование.

Большинство государств мира предлагают на своей территории различные льготные режимы, преференции, освобождения, кластеры, свободные экономические зоны (далее — СЭЗ), открытые экономические зоны (далее — ОЭЗ) и парки высоких технологий (далее — ПВТ). Российская Федерация также поставлена перед необходимостью привлекать в страну IT-специалистов и стимулировать развитие отечественной IT-отрасли. В последнее время в условиях международных санкций решение о прекращении деятельности в России приняли многие зарубежные IT-компании, покинули отечественный рынок и некоторые отечественные IT-специалисты. Внутри страны в налоговом регулировании отечественной IT-отрасли также есть проблемы: отсутствует системный, последовательный подход в данном вопросе. Льготное налогообложение доступно не всем IT-компаниям, поэтому часть из них отсекается от него. Так, Указ Президента России от 02.03.2022 № 83 «О мерах по обеспечению ускоренного развития отрасли информационных технологий в Российской Федерации» устанавливает меры, направленные на поддержку IT-отрасли, которые распространяются только на аккредитованные в данной области организации.² В связи с этим правильно обратить внимание на опыт стран Евразийского экономического союза (далее — ЕАЭС), так как их IT-отрасли развиваются и показывают высокие результаты в сфере создания и использования информационных продуктов, проектов, стартапов и услуг. Поэтому рассмотрение поставленного вопроса актуально и своевременно.

1. Понятие налогового регулирования: основные инструменты, применяемые в IT-отрасли стран ЕАЭС

В доктрине налоговое регулирование понимается как государственное нормативное регулирование налоговых отношений [Красюков А.В., 2007]; [Лазарев В.И., 2009]; [Морозова А.А., 2011]. Анализируя содержание налогового регулирования, ученые включают в него налоговую политику, налоговый механизм, налоговое администрирование, налоговое планирование и прогнозирование, налоговую стратегию, налоговый

² Available at: URL: <https://www.garant.ru>hotlaw>federal> (дата обращения: 30.10.2023)

контроль, налогообложение [Алиев Б.Х., 2008]; [Сердюков А.Э, Выходина Е.С., 2008]; [Степаненко В.В., Ермакова Е.А., 2012]. Мы разделяем данную позицию, так как чтобы целенаправленно воздействовать на поведение субъектов налоговых правоотношений (публичных и частных), налоговое регулирование должно включать вышеперечисленные инструменты и методы. Они осуществляются не порознь, а в комплексном единстве и для достижения определенной цели. Основной целью налогового регулирования является выход на такого уровень функционирования налоговой системы, при котором процессы налоговых поступлений в бюджетную систему осуществлялись бы своевременно, в полном объеме и с возможностью оптимального использования финансового потенциала национальной экономики в будущем. Эта цель достигается благодаря фискальной функции налога, суть которой заключается в наполнении доходной части бюджета.

Однако в зависимости от отрасли или сектора экономики налоговое регулирование может преследовать и противоположную цель. Под налоговым регулированием отрасли экономики понимается государственное правовое воздействие на деятельность субъектов отдельно взятого сектора экономики с помощью применения механизма налогообложения в целях реализации фискальной или регулирующей функций налога. Государство, опираясь на необходимость достижения соответствующих целей развития страны, применяет инструменты налогообложения в соответствующей отрасли экономики, увеличивая или уменьшая при этом роль фискальной или регулирующей (стимулирующей) функций налога. Поэтому в зависимости от способов воздействия и применяемых правовых инструментов государственное налоговое регулирование может преследовать цель стимулирования или сдерживания развития отдельных отраслей экономики.

В науке под налоговым стимулированием понимается один из мотивационных механизмов, основанных на политике низких налогов, оптимизации состава и структуры системы налогов, уровня общего налогового бремени и ставок отдельных налогов, а также на использовании налогового льгот [Жигунова Е.Н., 2014: 46]. Такой вид налогового стимулирования положительно воздействует на отрасли экономики. Налоговое сдерживание — менее распространенная форма государственного налогового регулирования, так как оно призвано сдерживать развитие отдельных отраслей экономики и инвестиционную активность; оно основано на политике высоких налогов с использованием в целом и выборочно высоких налоговых ставок, с увеличением перечня налоговых платежей, с отменой налоговых льгот [Барулин С.В., Ермакова Е.А., Степаненко В.В., 2008: 118]. Например, для сокращения (ограничения развития) такого сегмента отрасли развлекательных услуг, как игорный бизнес, будет доста-

точным усилить фискальную функцию налогообложения повышением ставки налогов, расширением налогооблагаемой базы, усложнением процедурных обязанностей субъекта (получение дополнительных разрешений), увеличением оснований налогового контроля и пр. Все эти действия будут свидетельствовать о преобладании роли фискальной функции налога над функцией регулирующей (стимулирующей).

Налоговое регулирование реализуется путем применения соответствующих инструментов. Это налоговая политика, налоговый механизм, налоговое администрирование, налоговое планирование и прогнозирование, налоговая стратегия и контроль, налогообложение. Налогообложение как отдельный инструмент налогового регулирования включает субъекты налогов (плательщики), объект, базу налогообложения и ставки, источники выплаты налоговых платежей, льготы, санкции, сроки, налоговый кредит, налоговые каникулы, налоговые кластеры, специальные налоговые режимы, налоговую амнистию, налоговые вычеты, отсрочку и рассрочку при уплате налога, способы обеспечения исполнения налоговой обязанности и другие элементы. В зависимости от преобладания в процессе налогообложения фискальных или стимулирующих элементов говорят о налоговом стимулировании, налоговом сдерживании или общем налоговом регулировании.

Механизмы налогообложения IT-отрасли в России и странах ЕАЭС являются стимулирующими по своей сути, так как они предусматривают широкий диапазон стимулов и преференций. Это налоговые льготы, специальные режимы, мораторий на налоговые проверки, льготные сроки исполнения налоговой обязанности, ОЭЗ, СЭЗ. ПВТ. Россия, Беларусь, Казахстан и Кыргызстан в той или иной мере применяют данные налоговые стимулы, однако имеются отличия в порядке и основаниях их применения, что приводит к различным результатам.

2. Налоговое регулирование IT-отрасли в России

В соответствии с Распоряжением Правительства России от 01.11.2013 № 2036-р (далее — Распоряжение № 2036), под отраслью информационных технологий понимается совокупность российских компаний, осуществляющих следующие виды деятельности: разработку тиражного программного обеспечения; оказание услуг в сфере информационных технологий; разработку аппаратно-программных комплексов с высокой добавленной стоимостью программной части; удаленную обработку и предоставление информации, в том числе на интернет-сайтах³. С пози-

³ Available at: URL: (дата обращения: 11.03.2023)

ций налогового регулирования данное определение позволяет выделить субъект налога (налогоплательщика) и объект налогообложения. В широком смысле предлагается включать в ИТ-отрасль и физических лиц-субъектов ИТ-деятельности, потому что в России по состоянию на 2023 год в данной сфере работает 740 тыс. ИТ-специалистов-физических лиц⁴. Они также занимают существенную нишу в ИТ-секторе экономики России, одновременно являясь налогоплательщиками. По ст. 19 Налогового кодекса Российской Федерации (далее–НК РФ), налогоплательщиками, плательщиками сборов и страховых взносов признаются организации и физические лица, на которых в соответствии с настоящим Кодексом возложена обязанность уплачивать налоги, сборы, страховые взносы⁵. Это значит, что налогоплательщиками в ИТ-отрасли могут выступать не только юридические, но и физические лица. Механизм льготного налогообложения физических и юридических лиц, работающих в ИТ-отрасли, отличается, потому что первые работают в рамках специального налогового режима — упрощенной системы налогообложения, а вторые имеют право на льготы в рамках общей системы налогообложения.

Прежде рассмотрения льготного налогообложения юридических лиц–ИТ-компаний и физических лиц–ИТ-специалистов необходимо определить объект налогообложения ИТ-отрасли, который является универсальным как для России, так и для государств ЕАЭС. Объект налогообложения от оказанных информационных услуг или произведенных продуктов многообразен и потому структурирован. В зависимости от видового проявления объекта налогообложения в ИТ-сфере к нему применяются различные меры налогового регулирования.

Получение, обработка и передача информации осуществляются с помощью информационных технологий, от эффективности которых зависит результативность действий других отраслей экономики, компаний и отдельных физических лиц. ИТ-отрасль предлагает многочисленный набор информационных продуктов, направленных на снабжение субъектов (заказчиков, потребителей) необходимой им информацией. Все многообразие информационных продуктов допустимо распределить по следующим направлениям деятельности: монтаж и настройка программного обеспечения; создание мобильных приложений; ИТ-аутсорсинг; абонентское обслуживание ИТ-инфраструктуры предприятия (сопровождение ПО, хостинг, программирование, тестирование и т. д.);

⁴ Греф оценил дефицит ИТ-специалистов в России более чем в 1 млн. человек. Available at: URL: <https://www.forbes.ru>tehnologii> (дата обращения: 09.11.2023)

⁵ Налоговый кодекс Российской Федерации от 05.08.2000 № 117-ФЗ // СЗ РФ. 2000. № 32. Ст. 3340.

услуги доступа в Интернет; создание сайтов и разработка ПО; обучение и сертификация; облачные и виртуальные услуги⁶. Каждое из этих направлений (группировок) имеет дальнейшее дробление на виды. Этот перечень объемный — в нем насчитывается более 80 видов услуг. Право на налоговую льготу IT-компании будет зависеть от вида предлагаемой ею услуги или продукта.

Согласно п. 1 ст. 56 НК РФ льготами по налогам и сборам признаются предоставляемые отдельным категориям налогоплательщиков и плательщиков сборов преимущества по сравнению с другими налогоплательщиками или плательщиками сборов, исключая возможность не уплачивать налог или сбор либо уплачивать их в меньшем размере. Налоговые льготы плательщиков имеют следующие формы: освобождение от уплаты налогов на бессрочной основе или на период (налоговые каникулы); освобождение отдельных объектов от налогообложения, когда некоторые виды доходов выводятся из-под объекта обложения налогами; снижение налоговой ставки; налоговые вычеты. Формами налоговых льгот в IT-отрасли являются налоговые каникулы, снижение налоговой ставки и выведение отдельных видов доходов из-под налогообложения. Многообразие налоговых льгот свидетельствует о намерении государства поддерживать развитие отечественной IT-отрасли.

Однако доступны ли налоговые льготы всем отечественным IT-компаниям, и может ли любая компания в сфере информационных услуг и технологий, иметь субъективное право на различные формы таких льгот? Самое определение IT-компаний в России⁷ может привести к ошибочному выводу, что любая компания, работающая в области информационных технологий, наделяется правом на льготное налогообложение уже в силу этого факта. Такое впечатление могло сложиться еще и потому, что в правовом публичном пространстве в последнее время провозглашаются меры о поддержке именно IT-отрасли в целом, не разделяя ее на виды или уровни. Например, в Обращении Президента России от 23.06.2020 было объявлено о намерении поддерживать российскую IT-отрасль с помощью налоговых льгот⁸; в «Основных направлениях бюджетной, налоговой и таможенно-тарифной политики на 2022 год и на плановый период 2023 и 2024 годов» также говорилось о льготах ком-

⁶ IT-компания — коды ОКВЭД. Available at: URL: (дата обращения: 15.02.2023)

⁷ В соответствии с п. а ч. 4 Положения о государственной аккредитации российских организаций, осуществляющих деятельность в области информационных технологий, отечественная IT-компания — российская организация, осуществляющая деятельность, связанную с информационными технологиями.

⁸ Available at: URL: <http://kremlin.ru/events/president/news/63548> (дата обращения: 11.03.2023)

паниям в области информационных технологий⁹. В действительности государство при налогообложении ИТ-отрасли применяет избирательный подход. Результатом такой избирательной и двойственной налоговой политики может стать неполное достижение целей в сфере развития отечественной ИТ-отрасли и отставание от юрисдикций и стран, применяющих одинаковый подход к налогообложению национального ИТ-сектора.

Анализ законодательства о уплате российскими ИТ-компаниями налога на прибыль позволяет сделать вывод, что некоторая часть ИТ-услуг и работ не входит в категорию льготных. Правила доступа к налоговой льготе по указанному налогу жесткие как в смысле ее получения, так и сохранения в дальнейшем. Пункт 1.15 статьи 284 НК РФ устанавливает для российских организаций, работающих в ИТ-индустрии, перечень видов деятельности (операций), при осуществлении которых у них появляется право на льготу — это реализация экземпляров программ и баз данных, передача прав пользования ими, разработка программ и баз данных по индивидуальным заказам, их установка, тестирование, сопровождение и т.д. Такие виды деятельности считаются более высокотехнологичными по отношению к другим информационным работам и услугам. Их перечень закрыт.

Однако только осуществления закрытых видов деятельности для получения льгот по налогу на прибыль недостаточно. Законодатель выдвигает еще ряд требований, одновременное соблюдение которых является необходимым: ИТ-компания должна иметь документ о государственной аккредитации, полученный в порядке, установленном Правительством России¹⁰; доходы с установленного закрытого перечня операций должны составлять не менее 90% в общей выручке налогоплательщика (что вынуждает последнего постоянно подтверждать свое право на льготу, а в случае его утраты — выполнить обязательство по налогу на прибыль в полном объеме, возможно, даже с уплатой штрафа); численность работников ИТ-компания за отчетный (налоговый) период должна составлять не менее семи человек. Только при соблюдении всех требований ИТ-компания имеет право на льготу по налогу на прибыль.

Самую льготу можно охарактеризовать как активно стимулирующую, так как она выражена в формах налоговых каникул и пониженной ставки налога на прибыль. В итоге идея данного налогового стимулиро-

⁹ Available at: URL: <http://www.minfin.gov.ru> (дата обращения: 11.03.2023)

¹⁰ Положение о государственной аккредитации российских организаций, осуществляющих деятельность в области информационных технологий: Постановление Правительства России от 30.09.2022 № 1729. Available at: URL: https://base.garant.ru/405366137/#blok_1100 (дата обращения: 15.02.2023)

вания имеет высокую степень эффективности, но доступ к такому благу существенно ограничен. Здесь приходится говорить только о частичном и крайне узком стимулировании отечественной ИТ-отрасли, а именно — об отдельном сегменте данной отрасли (так называемых Software Company — компаниях, специализирующихся на высоких технологиях). Аналогичная ситуация имеет место и со страховыми взносами (ст. 427 НК РФ).

За пределами льготного налогообложения на отечественном ИТ-рынке остается широкий спектр компаний ИТ-отрасли, поставляющих другие, но не менее важные информационные услуги и продукты: услуги, связанные с функционированием web-сайтов, распространением и обслуживанием информационных материалов в Интернете, с поиском информации; аутсорсинговые, аутстаффинговые, консалтинговые, рекламные платформы; сервисы заключения сделок; маркетплейсы; услуги в сфере установки и настройки персонального компьютера, восстановление после сбоя; инсталляция программ и др. Например, информационные компании занимаются изготовлением ИТ-продукта (мобильные и веб-приложения, онлайн-сервисы, социальные сети, антивирусы). Аутсорсинговые компании разрабатывают программные приложения по заказам третьих лиц, занимаются их технической поддержкой. Аутстаффинговые компании предлагают в «аренду» технических специалистов для работы с индивидуальным проектом клиента. Консалтинговые компании помогают ввести в использование уже готовые ПО и занимаются обслуживанием программных продуктов. По нашему мнению, деятельность данных ИТ-компаний так же, как и высокотехнологических, важна для развития отечественного рынка ИТ-услуг (продуктов) и нуждается в налоговой поддержке.

Кроме того, ИТ-компания в сфере ИТ-услуг и технологий не должна ориентироваться исключительно на получение льготы (это должно быть вторичной задачей) или постоянно подстраивать свою деятельность для этого.

Рассматривая вопрос о льготах по налогу на прибыль для ИТ-компаний, обратим внимание на следующий важный момент — данные льготы действуют только до 2024 года, что также вызывает вопросы¹¹, поскольку речь идет об годовичном сроке. Понятно, что в рамках бюджетного года налоговые льготы и налоговые доходы находятся в обратно пропорциональной связи: чем значительнее и дольше налоговые льготы, тем меньше налоговые доходы бюджета, т.е. с позиций бюджета налоговые

¹¹ Федеральный закон от 31.07.2020 № 265–ФЗ «О внесении изменений в часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации». Available at: URL: (дата обращения: 30.10.2023)

льготы — это бюджетные расходы. Но цель, заявленная государством и обозначенная им на стратегическом уровне (стимулирование развития отечественной ИТ-отрасли), не может быть достигнута за короткий срок. Для плательщика это также малый срок, чтобы масштабировать свою деятельность. Было бы правильнее предусмотреть такую льготу сроком на 5 и более лет.

Следовательно, данный избирательный и дифференцированный подход государства нарушает принцип справедливости налогообложения, отсекая, таким образом, большую часть ИТ-компаний от льготного режима. В перспективе это приведет к медленному развитию отечественной ИТ-отрасли.

Отечественное налоговое стимулирование физических лиц ИТ-специалистов осуществляется в рамках специального налогового режима — упрощенной системы налогообложения. А.Н. Козырин справедливо подчеркивает: «Выделение общего и специальных налоговых режимов позволяет создать более благоприятные условия для налогоплательщиков, которые осуществляют экономически и социально значимые виды деятельности. В этом случае за налогоплательщиком обычно сохраняется право выбора — продолжать пользоваться общим режимом налогообложения или перейти на применение специального» [Козырин А.Н., 2021: 122]. ИТ-сфера относится к социально значимой отрасли экономики. Будет правильным согласиться и с учеными, отмечающими, что специальные налоговые режимы оказывают стимулирующее воздействие на экономику, поскольку снижают нагрузки на налогоплательщика, упрощают и повышают действенность налогообложения для обеих сторон (с одной стороны, налоговый орган, а с другой — плательщик) [Ногина О.А., 2017: 71]; [Мурадханова З.С., Мусаева Х.М., 2019: 135]; [Громов В.В., 2022: 15]. Особенно это верно, когда речь идет о налогообложении доходов ИТ-стартапов (в данном случае речь идет о физических лицах — налогоплательщиках, работающих в ИТ-секторе).

Упрощенная система налогообложения выгоднее обозначенной выше категории плательщиков, чем наделение их правом на налоговые льготы в рамках общей системы, потому что позволяет начинать деятельность без высокого налогового давления, которое имеет место при общей системе налогообложения. Ведь начинающий стартапер может не иметь такого опыта работы и количества заказчиков, как уже работающий на рынке ИТ-услуг. Поэтому для него упрощенная система — это единственный вариант открыть свой бизнес без необходимости нести повышенные расходы в связи с уплатой налогов (обязательных платежей — страховых взносов). Выведенные таким образом из-под налогообложения средства можно вкладывать в развитие проекта.

Общая система налогообложения невыгодна ИТ-стартаперу, работающему индивидуально, так как обязывает его уплачивать все налоги в полном объеме (налог на доходы с физических лиц — 13%, налог на добавленную стоимость) и в полном же объеме выполнять обязанности по налоговому учету и отчетности. Понятно, что ИТ-специалисты практически не пользуются данной системой. При упрощенной системе уплата налога зависит от дохода. Уровень ставки варьируется в зависимости от региона от 1 до 6% (по сравнению со ставками при общей системе налогообложения такие ставки считаются льготными и стимулирующими); платится единый налог в форме авансовых платежей один раз в квартал до 25 числа. К тому же обязанность налогового учета отсутствует и нужно учитывать только доходы, так как доход и будет выступать далее объектом налогообложения. Обязанность по налоговой отчетности также носит упрощенный характер — необходимо подавать налоговую декларацию раз в год до 30 апреля следующего года. Поэтому упрощенная система — самая простая и выгодная система налогообложения для физических лиц–ИТ-специалистов.

Данная категория физических лиц востребована на рынке ИТ-услуг и в качестве фрилансеров (от англ. *freelancer* — свободный работник). Заказчикам выгодно пользоваться услугами фрилансеров, так как не нужно нести налоговых и социальных расходов как на работника, работающего по трудовому договору, выполнять дополнительные обязанности и отвечать за их неисполнение. Такая форма правоотношений привлекательна и для самих ИТ-фрилансеров. Это свободная работа, которая оставляет возможность по своему усмотрению распределять время, иметь право выбора в среде заказчиков, учитывать объемы работы, которые можно выполнять, работать дистанционно. ИТ-специалист может оказывать услуги по аутсорсингу. Аутсорсинг в ИТ — это передача ИТ-компании или ИТ-специалисту функций, связанных с разработкой, поддержкой ИТ-инфраструктуры, тестированием и другими задачами в этой сфере [Гаджиева Е.Ю., 2018: 36]. Аутсорсинг в области информационных технологий сокращает затраты заказчика и позволяет ему сосредоточить усилия на основной деятельности [Лукоянов И.В., 2015: 384]. Услуги ИТ-аутсорсинга востребованы, и поэтому аутсорсером может выступать как юридическое лицо, оказывающее ИТ-услуги, так и физическое лицо. Результаты оказанной услуги являются объектом налогообложения.

Таким образом, для физических лиц — специалистов, работающих в ИТ-секторе в России предусмотрен специальный налоговый режим в форме упрощенной системы налогообложения, являющийся инструментом налогового стимулирования ИТ-деятельности.

Кроме налоговых льгот и упрощенной системы налогообложения, компании отечественной ИТ-отрасли (резиденты) России могут действо-

вать на территории ОЭЗ. ОЭЗ — это часть территории России, которая определяется Правительством России и на которой действует особый режим предпринимательской деятельности, а также может применяться таможенная процедура свободной таможенной зоны¹². Целью их создания является решение стратегических, экономических, социальных, внешнеторговых или научно-технических задач страны в целом или отдельной ее территории [Пансков В. Г., 2018: 42]. Именно такие цели ставят органы власти России при принятии решения о создании на ОЭЗ. В зависимости от вида деятельности, которой резиденты могут заниматься на территории ОЭЗ, они делятся на промышленно-производственные, туристско-рекреационные, технико-внедренческие и портовые. Компании ИТ-отрасли как резиденты, занимающиеся высокотехнологичной деятельностью, входят в технико-внедренческие ОЭЗ, что включает инновационную деятельность, создание и реализацию программ ЭВМ, баз данных, топологий интегральных микросхем, информационных систем и т.д. Например, ОЭЗ в Санкт-Петербурге и Татарстане — это инновационные зоны технико-внедренческого типа (ОЭЗ ТВТ), приоритетными направлениями в которых являются наукоемкие и информационные технологии¹³.

ОЭЗ создается сроком на 49 лет, и это одно из ее преимуществ, особенно когда мы говорим о сроках налогового стимулирования ИТ-сектора¹⁴. Долгосрочные налоговые стимулы (льготы) способствуют тому, что освобожденные от налогообложения средства накапливаются и далее инвестируются ИТ-компаниями в новые перспективные проекты и информационные технологии, что в конечном итоге выгодно государству. Например, в ОЭЗ «Технополис Москва» ИТ-компании, специализирующиеся на защите информации, инвестировали в свои проекты 3 млрд. рублей; российская компания IVATechnologies из ИТ-кластера ОЭЗ Москвы смогла заменить продукцию зарубежных ИТ-гигантов и предложить бесплатную лицензию на свою платформу для организации видеоконференцсвязи, а резидент ОЭЗ Москвы «С-Терра СиЭсПи» со-

¹² Об особых экономических зонах в Российской Федерации. Федеральный Закон от 22.07. 2005 № 116 ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 12. Ст. 2147.

¹³ CNews назвал регионы России, где ИТ — компании платят меньше всего налогов. Available at: URL: https://base.garant.ru/405366137/#blok_1100 (дата обращения: 18.03.2023)

¹⁴ Но это не означает, что и срок действия налоговых льгот распространяется именно на такой срок. 49 лет — это срок функционирования самой ОЭЗ, а льгота на ее территории может иметь меньший срок. Например, для резидентов Сколково действуют льготные ставки по уплате НДС сроком на 10 лет. Но в любом случае льготный режим на территории ОЭЗ для ИТ-компаний все равно превышает период действия аналогичного режима за ее пределами.

здал собственные инновационные продукты для защиты информации и построения виртуальных частных сетей, обеспечивающих защиту данных при передаче их по каналам связи. Впечатляющие результаты были достигнуты в пределах одного года. Разумеется, за более протяженный период применения на территории ОЭЗ стабильного льготного налогового режима (речь идет о 49 годах) отечественный IT-сектор имеет шансы стать самым высокотехнологичным в мировой IT-индустрии.

На территории ОЭЗ действует режим, способствующий росту активности резидентов. Одним из условий привлечения IT-компаний к работе в ОЭЗ являются налоговые льготы — существенные послабления по всем основным видам налогов и взносов. Анализ налогообложения резидентов позволяет сделать вывод, что на территории ОЭЗ применяется дифференцированный подход к установлению налоговых ставок. Для каждой зоны налоговые льготы могут различаться. Так, в ОЭЗ «Иннополис» установлены льготы по налогу на прибыль 2% в первые 5 лет, 1% на доходы, 0% имущественные налоги в первые 10 лет. В «Технополис Москва» — 7% налога на прибыль в первые 5 лет; в ОЭЗ «Сколково» 0% в течение 10 лет со дня получения статуса участника проекта; в Республике Крым и городе Севастополе — 2% в первые 3 года с момента внесения в единый реестр участников ОЭЗ и т.д.¹⁵ Неодинаковый подход в установлении льготного режима обусловлен тем, что в России немного ОЭЗ, для которых льготы установлены на основании НК РФ. Льготный режим налогообложения в отдельно взятой ОЭЗ может регулироваться и специальным нормативным актом, действующим исключительно в рамках данной зоны. Например, Федеральным законом от 28.09.2010 № 244-ФЗ «Об инновационном центре «Сколково»¹⁶ участникам данной ОЭЗ установлена налоговая льгота.

Льготы по страховым взносам также оказывают положительное действие на развитие IT-компаний в ОЭЗ (пониженный тариф страховых взносов составляет 7,6%: 6% на обязательное пенсионное страхование; 1,5% на обязательное социальное страхование по временной нетрудоспособности и в связи с материнством; 0,1% на обязательное медицинское страхование). Резиденты IT-компаний, занимающиеся информационными технологиями и продуктами, в отличие от резидентов-компаний промышленного сектора, не несут существенных капитальных затрат. У них основной статьей расходов является зарплата работников (высококвалифицированных и потому высокооплачиваемых IT-специалистов). Для ограничения таких затрат для IT-компаний установлены по-

¹⁵ Особые экономические зоны для IT и инновационных проектов. Available at: URL: <https://sezinnopolis.ru> (дата обращения: 15.02.2023)

¹⁶ СЗ РФ. 2010. № 40. Ст. 4970.

ниженные ставки по страховым взносам, что способствует накоплению средств и их дальнейшему вложению в проекты.

Однако чтобы стать участником ОЭЗ ИТ-компания должна пройти аккредитацию в соответствии с новыми правилами, которые стали жестче по сравнению с предыдущими. Доступ в ОЭЗ для части отечественных ИТ-компаний ограничен, и они находятся за пределами налогового стимулирования. В целом это не позволяет системно поддерживать развитие ИТ-отрасли. Правильнее придерживаться единообразного налогового стимулирования при налогообложении отечественной ИТ-отрасли на всей территории России.

3. Опыт стран ЕАЭС в сфере налогообложения ИТ-отрасли

3.1. ИТ-отрасль Республики Беларусь

Белорусский ИТ-рынок с позиций развития международной ИТ-индустрии считают молодым, более 50% белорусских компаний работают на нем не более пяти лет, 31% предлагают услуги в течение 6–10 лет. Только 17% компаний имеют опыт работы на ИТ-рынке более 11 лет. Среди крупных компаний рынка Беларуси выделяют Science, Soft, EPAM, Belhard, IBA, Белсофт. В отрасли информационных и компьютерных услуг работает порядка 971 компании, из которых государственными являются только 24 (менее 2,5%). ИТ-компании в основном расположены в Минске (более 90%) [Турбан Г. В., 2018: 3].

Особенностью белорусской ИТ-отрасли является то, что большинство ИТ-компаний работают на территории кластера ПВТ с льготным режимом налогообложения (он был создан в 2005 году в связи с принятием Президентом Беларуси Декрета «О Парке высоких технологий»; на данный момент ПВТ Беларуси считается одним из крупнейших ИТ-кластеров в Центральной и Восточной Европе). У отечественных ИТ-компаний, которые не входят в ПВТ или не имеют оснований для перехода на упрощенную систему налогообложения, ставка налога на прибыль составляет 18%. Правовой режим данного кластера включает широкий спектр льгот в налоговой, внешнеэкономической и миграционной сферах. Чтобы стать участником ПВТ, надо иметь статус резидента и пройти довольно простую процедуру регистрации.

В ПВТ по состоянию на 2023 год работает более 60 тыс. человек¹⁷. Беларусь входит в круг экономик мира с наибольшей динамикой роста показателей ИТ, характеризующих не только технический уровень разви-

¹⁷ Парк высоких технологий сегодня. Available at: URL: (дата обращения: 12.09.2023)

тия современной информационно-коммуникационной инфраструктуры, но и то, как эта инфраструктура используется обществом, бизнесом, государством¹⁸. В 2023 году в ПВТ работает 1018 компаний–резидентов. Профиль данных компаний включает виды ИТ-услуг: разработку программных приложений, веб-приложений по финансовым технологиям (финтех), программ по оптимизации бизнес-процессов, инновационных технологических решений для коммерческих банков и профессиональных портфельных управляющих и др.¹⁹ На встрече президентов России и Республики Беларуси 18.02.2023 Александр Лукашенко подтвердил, что белорусские ИТ-компании получили из России заказы более чем на 300 млн. долл.²⁰, осуществляется взаимовыгодное сотрудничество с Россией.

Таким образом, ИТ-рынок Беларуси характеризуется значительными налоговыми преференциями с правом широкого доступа. С 2005 года в Беларуси функционирует ПВТ с льготным налоговым режимом для ИТ-компаний, резиденты которого не уплачивают: НДС (ставка 20%), налог на прибыль (18%), земельный налог на участки в пределах ПВТ, налог на недвижимость на основные средства, расположенные на территории ПВТ, НДС при ввозе товаров на таможенную территорию, таможенные пошлины (ставка по данным налогам равна нулю).

Еще более благоприятный налоговый режим ИТ-деятельности на территории республики был введен Декретом Президента Беларуси от 21.12.2017 «О развитии цифровой экономики». Данный нормативный акт продлил действие установленного ранее благоприятного режима до 2049 года.

Таким образом, положительным опытом налогового стимулирования при налогообложении ИТ-отрасли в Беларуси является, во-первых, простая процедура регистрации в качестве участника ПВТ. Это приводит к тому, что большая часть отечественной ИТ-индустрии имеет возможность работать на территории льготной зоны и на долгосрочной перспективе. При этом ИТ-компании не дифференцируются в зависимости от вида ИТ-деятельности или ИТ-услуги на Software Company и не являются таковыми. Во-вторых, это полное освобождение от основных налогов, формирующих наиболее высокие налоговые обязательства ИТ-компаний. Эти меры в комплексе стимулируют развитие белорусской ИТ-отрасли на высоком уровне и делают ее конкурентоспособной на международном ИТ-рынке услуг и продукции.

¹⁸ Поддержка ИТ-компаний в ЕАЭС. Available at: URL: <https://grataned.com>laravel>filemanager>files> (дата обращения 15.02.2023)

¹⁹ Кого только что взяли в ПВТ: еще один ИП и много компаний, созданных в 2023. Available at: URL: <https://devby.io>Новости> (дата обращения: 12.09.2023)

²⁰ Компании России сделали заказы у ИТ-сектора Беларуси на 300 млн. дол. Available at: URL: <https://www.9111.ru> (дата обращения: 19.02.2023)

3.2. IT-отрасль Республики Казахстан

IT-отрасль Казахстана активно развивается и включает сегменты крупного, среднего и малого бизнеса. Крупнейшие IT-компании — Yandex, Aviaata, Tickets.kz Documentolog, Glovo, in Dirver, Wolt, Ticketon, Логиком, Азия-Софт, ЕРАМ²¹. Одним из известных стартап-проектов в области IT-технологий является группа компаний Chocofamily, предлагающая сервисы в области электронной коммерции и IT-услуги в различных областях. Государство стимулирует развитие IT-отрасли различными программами, включающих, помимо прочего, меры налоговой поддержки. Правительством Казахстана была разработана Государственная программа «Цифровой Казахстан», в соответствии с которой в 2018 году создан Международный технопарк IT-стартапов Astana Hub. Функции данного Технопарка широки, и часть из них связана с IT-деятельностью. IT-компании, работающие в Технопарке, полностью освобождены от корпоративного налога, индивидуального подоходного налога, НДС и социального налога на нерезидентов, земельного налога, а также налога на имущество.

В отличие от России и Беларуси, в Казахстане в парке Astana Hub могут работать и иностранные IT-компании, которым законодатель установил простые правила получения статуса резидента. С начала 2021 года в Astana Hub зарегистрировано 70 иностранных компаний, которые стали частью парка и развивают стартапы на территории Казахстана. Это компании из таких стран, как Россия, Кыргызстан, Беларусь, Израиль, ОАЭ, Южная Корея, Китай, Япония, Сингапур, Великобритания, США²². Astana Hub сотрудничает с иностранными IT-компаниями и привлекает их в качестве участников технопарка, давая им статус налогового резидента, который позволяет пользоваться такими же льготами, как и национальные IT-компании. Это стало возможным после того как правительство узаконило порядок регистрации иностранного юридического лица в качестве резидента, основываясь на принципе экстерриториальности. IT-компании не нужно иметь местонахождение на территории страны, а процедуру регистрации можно пройти через портал электронного правительства eGOV.kz. в течение одного-двух дней²³. Иностранная компания может работать на территории Казахстана и в

²¹ Поддержка IT-компаний в ЕАЭС. Available at: URL: <https://grataned.com>laravel>filemanager>files> (дата обращения: 15.02.2023)

²² Astana Hub консультирует 468 зарубежных компаний по релокации в РК. Available at: URL: <https://kapital.kz> (дата обращения: 17.02.2023)

²³ Там же.

статусе налогового нерезидента. Тогда уплата налогов осуществляется на общих основаниях.

Таким образом, Казахстан применяет упрощенный режим регистрации и доступа для работы в Технопарке не только для отечественного IT-сектора, но и для иностранных IT-компаний, которых привлекает льготное налогообложение. Подчеркнем, что IT-отрасль — это сегмент экономики, где работает правило — чем открытее рынок, тем лучше для страны, потому что вхождение иностранного элемента на отечественный IT-рынок только усилит позиции государства в IT-сфере. Иностранные IT-компании работают и контролируются в соответствии с законодательством Казахстана.

В России ситуация иная. Во-первых, ничего подобного в стране не существует. Иностранная компания изначально признается в соответствии с национальным налоговым законодательством нерезидентом, а, следовательно, уже не имеет доступа к льготному режиму налогообложения. Во-вторых, в условиях международных санкций решение о прекращении деятельности в России приняли многие известные иностранные IT-компании: Microsoft остановил продажу товаров и услуг; Oracle-компания — производитель программ для управления базами данных и аналитики; Cisco — поставщик сетевых решений, занимающий примерно 50% рынка сетевой инфраструктуры; Nokia — ведущий мировой производитель телекоммуникационного оборудования; Apple-сервисы; Adobe-разработчик и поставщик программ Photoshop, Premiere, Lightroom, что еще более усложнило их деятельность на российском IT-рынке. Также об уходе с отечественного IT-рынка или о прекращении деятельности заявили Acronis, Arbor, Citrix, Docker, ESET, Unity, Miro, PearsonVUE, Zabbix, Matlab.²⁴

В настоящее время создаются отечественные аналоги IT-продукции ушедших с рынка IT-компаний, поэтому было бы правильно применить опыт Казахстана в этой сфере. Необходимо упростить процедуру регистрации иностранных IT-компаний из дружественных стран в статусе резидента, основываясь на принципе экстерриториальности и с последующим доступом к льготному налогообложению в рамках СЭЗ.

3.3. IT-отрасль Кыргызской Республики

IT-отрасль Кыргызстана характеризуется экспортной направленностью. 84% IT-услуг — это экспортный продукт, идущий в США, Казах-

²⁴ Ушел и не вернулся: какие IT-компании покинули Россию. Available at: URL: <https://hightech.fm>it-companies-went-away> (дата обращения: 17.02.2023)

стан, Россию, Австралию, Сингапур, Кувейт, Ирландию, Великобританию и др. С 2013 году в Кыргызстане действует ПВТ. Основной его целью является поддержка индустрии программного обеспечения. В настоящее время ПВТ включает 100 компаний-резидентов, большая часть которых являются иностранными ИТ-субъектами²⁵. ПВТ — это зона со специальным налогово-правовым режимом, действующим в отношении его участников — ИТ-компаний. Специальный налоговый режим освобождает резидентов от налогов и наделяет их льготами по страховым взносам сроком на 15 лет с момента создания ПВТ (до 2028 года). Резиденты ПВТ платят 0% ставку налогов на прибыль и с продаж, НДС, 5% подоходного налога и отчисляют 1% выручки для поддержания экосистемы ПВТ.

Получение доступа к данным налоговым преференциям дает статус резидента ПВТ. В качестве резидента ПВТ может быть зарегистрировано национальное или иностранное юридическое или физическое лицо, чьи доходы не менее чем на 90% состоят из доходов, полученных в результате ИТ-деятельности из перечня, установленного Правилами ПВТ. Законодательством Кыргызстана предусмотрен более затрудненный порядок его получения, чем в Казахстане. Сначала предусматривается первичная регистрация на срок 6 месяцев, о чем выдается свидетельство. По истечении 6 месяцев ИТ-субъект должен подать отчет о деятельности и подтвердить основания для закрепления за ним статуса резидента ПВТ. В случае установления уполномоченным органом управления дирекции ПВТ соответствия видов деятельности, осуществляемых ИТ-субъектом в течение срока первичной регистрации (6 месяцев), он подлежит окончательной регистрации в качестве резидента ПВТ, и информация о нем вносится в реестр резидентов ПВТ. Окончательная регистрация является бессрочной и удостоверяется свидетельством. При этом иностранные физические или юридические лица могут регистрироваться в качестве резидентов ПВТ вне зависимости от места нахождения.

Вследствие благоприятной налоговой политики интерес к ПВТ в Кыргызстане растет как со стороны отечественных компаний, так и иностранных ИТ-субъектов. Количество участников ПВТ увеличивается с каждым годом. Еще одним положительным моментом налогового стимулирования ИТ-отрасли в Кыргызстане, по нашему мнению, является широкий перечень видов ИТ-деятельности, дающей право на вхождение в ПВТ. Здесь законодатель не разделяет ИТ-деятельность на Software Company, специализирующихся на высоких технологиях, и на деятельность, где компании

²⁵ Поддержка ИТ-компаний в ЕАЭС. Available at: URL: <https://grataned.com>laravel>filemanager>files> (дата обращения: 17.02.2023)

на них не специализируются. Таким образом осуществляется полная и единообразная поддержка отечественной ИТ-отрасли.

По нашему мнению, при налоговом стимулировании российской ИТ-отрасли полезно использовать и опыт Кыргызстана. Это упрощение регистрации как для национальных, так и иностранных ИТ-субъектов в качестве резидентов зоны; включение в круг участников СЭЗ ИТ-специалистов—физических лиц (в России только ИТ-компании имеют доступ в ОЭЗ). Не менее важной для России (ныне это имеет место в законодательстве Кыргызстана) является необходимость расширения перечня видов ИТ-деятельности (работ, услуг), которые являются основанием для получения аккредитации со стороны государства и получения статуса резидента ОЭЗ. В Кыргызстане такой перечень шире, что, естественно, увеличивает доступ ИТ-субъектов к благоприятному налоговому режиму в стране, стимулирует развитие ИТ-отрасли и делает ее более конкурентоспособной на международном рынке ИТ-индустрии.

Заключение

Россия и страны ЕАЭС при налогообложении ИТ-отрасли применяют в комплексе механизмы налогового стимулирования: налоговые льготы, упрощенную систему налогообложения, ОЭЗ, СЭЗ, ПВТ. Россия использует избирательный и дифференцированный подход к налоговому стимулированию ИТ-отрасли, из-за чего большая часть ИТ-компаний отсекается от льготного режима налогообложения. В перспективе это замедляет развитие отечественной ИТ-отрасли. Необходимо обеспечить единообразие налогового стимулирования отечественной ИТ-отрасли на всей территории Российской Федерации.

Положительными сторонами налогообложения ИТ-отрасли в Беларусь являются: во-первых, простая процедура регистрации участника ПВТ, которая дает возможность большей части отечественной ИТ-индустрии работать на территории льготной зоны в долгосрочной перспективе, во-вторых, полное освобождение от основных налогов, что в комплексе стимулирует развитие ИТ-отрасли. В России процедура входа компании в ОЭЗ является сложна и предусматривает аккредитацию, которая включает набор жестких императивных условий, что существенно замедляет процесс развития отечественной ИТ-отрасли.

Целесообразно учесть опыт Казахстана в части упрощения процедуры регистрации для иностранных ИТ-компаний из дружественных стран в статусе резидента, основываясь на принципе экстерриториальности и с последующим их доступом к льготному налогообложению в рамках СЭЗ. Доступ иностранных компаний в качестве резидентов на террито-

рии ОЭЗ России способствует внедрению новых информационных технологий и обмену опытом с отечественными ИТ-компаниями.

Положительным опытом Кыргызстана в сфере налогового стимулирования ИТ-отрасли является упрощенная процедура регистрации и доступа на территорию ПВТ национальных, иностранных ИТ-компаний, а также ИТ-специалистов–физических лиц и широкий перечень видов ИТ-деятельности без его дифференциации на компании, специализирующиеся на высоких технологиях и не специализирующиеся на таковых. В Кыргызстане такой перечень более обширный, что увеличивает доступ ИТ-субъектов к благоприятному налоговому режиму и стимулирует развитие ИТ-отрасли, повышая ее конкурентоспособность. Данные правила полезно применять при стимулировании отечественной ИТ-отрасли в Российской Федерации.



Список источников

1. Алиев Б.Х. Налоговая система: понятие, структура и параметры // *Налоги*. 2008. № 3. С. 16–18.
2. Барулин С.В., Ермакова Е.А., Степаненко В.В. *Налоговый менеджмент*. М.: Омега-Л., 2008. 269 с.
3. Гаджиева Е.Ю. Аутсорсинг в ИТ-технологиях // *Научный вестник ЮИМ*. 2018. № 1. С. 35–37.
4. Громов В.В. Особый режим налогообложения российских ИТ-компаний: от выбора преференций до налогового маневра в отрасли // *Финансовый журнал*. 2022. № 3. С. 9–27.
5. Жигунова Е.Н. Содержание налогового регулирования и его основные инструменты // *Вестник Российского университета кооперации*. 2014. № 1. С. 44–49.
6. Кацман Ф.М. Особые экономические зоны // *Экономика и финансы*. 2007. № 8. С. 22–26.
7. Козырин А.Н. *Налоговое право*. М.: Издательский дом Высшей школы экономики, 2021. 487 с.
8. Красюков А.В. Рецепция частноправовых механизмов в налоговом регулировании // *Вестник Воронежского государственного университета*. 2007. № 2. С. 255–267.
9. Лазарев В.И. К вопросу о правовом регулировании налоговых отношений в Российской Федерации // *Ученые труды Российской Академии адвокатуры и нотариата*. 2009. № 3. С. 79–82.
10. Лукоянов И.В. ИТ-аутсорсинг в России: проблемы и перспективы // *Современные исследования социальных проблем*. 2015. № 4. С. 379–388.
11. Морозова А.А. Экономические и организационно-управленческие аспекты налогового регулирования // *Terra economicus*. 2011. № 1. С. 126–129.
12. Мурадханова З.С., Мусаева Х.М. Специальные налоговые режимы: достоинства и недостатки // *Экономика и бизнес: теория и практика*. 2019. № 12. С. 134–136.

13. Ногина О.А. О понятии и признаках специального налогового режима // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 11. С. 68–73.
14. Пансков В.Г. Особые экономические зоны: итоги и перспективы развития // Актуальные вопросы экономики. 2018. № 7. С. 39–53.
15. Сердюков А.Э., Вылкова Е.С., Тарасевич А.В. Налоги и налогообложение. СПб.: Питер, 2008. 704 с.
16. Степаненко В.В., Ермакова Е.А. Налоговый контроль в России: организация и направления развития. Саратов: Саратовский государственный социально-экономический университет, 2012. 132 с.
17. Турбан Г.В. Развитие ИТ-услуг в Республике Беларусь // Экономический вестник университета. 2018. Вып. 22. С. 1–7.
18. Mukherjee A., Singh M., Zaldokas A. Do corporate taxes hinder innovation? *Journal of Financial Economics*, 2017, vol. 124, pp. 195–221.
19. Kouam J., Asohgu S. Effects of taxation on social innovation and implications for achieving sustainable development goals in developing countries. *International Journal of Innovation Studies*, 2022, vol. 6, pp. 259–275.



References

1. Aliyev B. Kh. (2008) Tax system: concept, structure and parameters. *Nalogi*= Taxes, no. 3, pp. 16–18 (in Russ.)
2. Barulin S.V., Ermakova E.A., Stepanenko V.V. (2008) Tax management: textbook. Moscow: Omega, 269 p. (in Russ.)
3. Gadzhieva E. Yu. (2018) Outsourcing in IT technologies. *Nauchnyi vestnik Yuzhno-go institute upravleniya*=Scholar Bulletin of Southern Institute of Management, no. 1, pp. 35–37 (in Russ.)
4. Gromov V.V. (2022) Special regime of taxation of Russian IT companies: from choice of preferences to tax maneuver in industry. *Finansovyi zhurnal*=Financial Magazine, no. 3, pp. 9–27 (in Russ.)
5. Katsman F.M. (2007) Special economic zones. *Ekonomika and financy*=Economy and Finance, no. 8, pp. 22–26 (in Russ.)
6. Kouam J., Asohgu S. (2022) Effects of taxation on social innovation and implication for achieving sustainable development goals in developing countries. *International Journal of Innovation Studies*, vol. 6, pp. 259–275.
7. Kozyrin A. N. (2021) Tax law: textbook. Moscow: HSE Press, 487 p. (in Russ.)
8. Krasnyukov A.V. (2007) Reception of private law mechanisms in tax regulation. *Vestnik Voronezhskogo univesiteta*=Bulletin of Voronezh State University, no. 2, pp. 255–267 (in Russ.)
9. Lazarev V.I. (2009) On regulation of tax relations in Russia. *Uchenye zapiski akademii advokatury i notariata*=Scholar Works of the Russian Academy of Advocacy and Notaries, no. 3, pp. 79–82 (in Russ.)
10. Lukoyanov I.V. (2015) IT outsourcing in Russia: issues and prospects. *Sovremennye issledovaniya sotcialnykh problem*=Modern Studies of Social Problems, no. 4, pp. 379–388 (in Russ.)
11. Morozova A.A. (2011) Economic and organizational and managerial aspects of tax regulation. *Terra economicus*, no. 1, pp. 126–129 (in Russ.)
12. Mukherjee A., Singh M., Zaldokas A. (2017) Do corporate taxes hinder innova-

tion? *Journal of Financial Economics*, vol. 124, pp. 195–221.

13. Muradkhanova Z.S., Musaeva Kh.M. (2019) Special tax regimes: advantages and disadvantages. *Ekonomika i biznes*=Economics and Business, no. 12, pp. 134–136 (in Russ.)

14. Nogina O.A. (2017) Concept and signs of a special tax regime. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava*=Actual Issues of Russian Law, no. 11, pp. 68–73 (in Russ.).

15. Panskov V.G. (2018) Special economic zones: results and development prospects. *Aktualnye voprosy ekonomiki*=Actual Issues of Economics, no. 7, pp. 39–53 (in Russ.)

16. Serdyukov A.E., Vylkova E.S. (2008) Taxes and taxation. Saint Petersburg: Peter, 704 p. (in Russ.)

17. Stepanenko V.V., Ermakova E.A. (2012) Tax control in Russia: organization and directions of development. Saratov: Socio-Economic University, 132 p. (in Russ.)

18. Turban G.V. (2018) Development of IT services in Belarus. *Ekonomicheskyy vestnik universiteta*=Economic Bulletin of the University, no. 22, pp. 1–7 (in Russ.)

19. Zhigunova E.N. (2014) The content of tax regulation and its main tools. *Vestnik rossiyskogo universiteta kooperatsii*=Bulletin of the Russian University of Cooperation, no. 1, pp. 44–49 (in Russ.)

Информация об авторах:

М.А. Перепелица — доктор юридических наук, профессор.

В.В. Мирончуковская — кандидат философских наук, доцент.

Т.Н. Ёркина — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the authors:

M.A. Perepelitsa — Doctor of Sciences (Law), Professor.

V.V. Mironchukovskaya — Candidate of Sciences (Philosophy), Associate Professor

T.N. Yerkina — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 21.02.2023; одобрена после рецензирования 15.05.2023; принята к публикации 04.09.2023.

The article was submitted to editorial office 21.02.2023; approved after reviewing 15.05.2023; accepted for publication 04.09.2023.

Научная статья

УДК 352.075

DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.206.232

Основания привлечения руководителя к ответственности в корпоративных отношениях: новые тенденции судебной практики



Юлия Дмитриевна Жукова¹,
Анна Сергеевна Подмаркова²

^{1, 2} Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20.

¹ julia-jukova@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0002-4455-1096>

² apodmarkova@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0003-4549-4588>



Аннотация

В статье исследуются актуальные вопросы, связанные с привлечением руководителя коммерческой организации к гражданско-правовой ответственности за причинение убытков или за доведение компании до банкротства и причинение вреда имущественным правам кредиторов. В качестве основного материала для исследования выступают наиболее значимые решения Конституционного Суда и Верховного Суда России, а также современная арбитражная практика по вопросам установления оснований ответственности руководителя и квалификации отдельных элементов состава правонарушения (нарушения обязанности действовать в интересах юридического лица разумно и добросовестно). Констатируется общность признаков противоправного поведения, лежащего в основе привлечения к обоим видам ответственности. Авторы приходят к выводу о фактической оторванности критериев причинения вреда имущественным правам кредиторов от факта доведения должника до банкротства. Подчеркивается недопустимость смешения таких элементов, как вина, противоправность, причинно-следственная связь, красной нитью проходящее по исследуемым судебным решениям. Авторы обращаются к проблемам квалификации противоправного поведения при коллегиальном принятии директорами решения, критериев установления влияния от-

дельного директора на факт причинения убытков или доведения до банкротства. Подробно освещается проблема определения содержания вины в корпоративных отношениях, предлагаются варианты критериев невиновности при нарушении директором обязанности действовать разумно и добросовестно. Также значительное внимание уделено развитию содержания понятия добросовестности в корпоративном праве, указывается на повышение стандарта добросовестного поведения в отношении директора и неопределенность его границ. Изучена противоречивая на текущий момент практика привлечения руководителей к ответственности в связи с совершением невыгодной сделки при наличии одобрения ее условий профильным комитетом банка, исследуется вопрос о пределах ответственности руководителя при наличии соответствующего положительного заключения по сделке. При написании исследования использованы общенаучные и специально-юридические методы исследования: анализ, системный подход, формально-юридический метод и т.п.



Ключевые слова

ответственность руководителя за причинение убытков; субсидиарная ответственность; причинение вреда имущественным правам кредиторов; контролирующее лицо; стандарт надлежащего управления.

Благодарности: статья подготовлена с использованием данных справочно-правовой системы «Консультант Плюс»

Для цитирования: Жукова Ю.Д., Подмаркова А.С. Основания привлечения руководителя к ответственности в корпоративных отношениях: новые тенденции судебной практики // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2023. № 4. С. 206–232. DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.206.232

Research article

Legal Grounds of Director's Liability within Corporate Relationships: New Trends of Court Practice



Yulia Dmitrievna Zhukova¹, Anna Sergeevna Podmarkova²

^{1, 2} National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Str., Moscow, Russia 101000,

¹ Julia-jukova@yandex.ru, ORCID: 0000-0002-4455-1096

² apodmarkova@hse.ru, ORCID: 0000-0003-4549-4588



Abstract

The article contains study in the civil liability of a director of a corporation both for inflicting damages and bringing to insolvency and infringement of creditors' rights. The basic material for the present research is the most significant decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation and the Supreme Court of the Russian Federation of recent years, as well as current court practice on the issues of ascertainment of the grounds for director's liability and qualification of the elements of his offence — breaching

of his duty to act reasonably and in good faith in the best interests of the corporation. The authors state the same features of illegal behavior in both cases — corporate liability for damages and subsidiary liability. Meanwhile the article contains conclusion that the criteria of infringement of creditors' rights are *de facto* isolated from the occasion of bringing the debtor to insolvency. The authors also underline inadmissibility of confusion of such elements of the offence as illegality, guilt, causal relation that can be frequently met in court decisions. Besides it, the research covers the aspects of qualification of unlawful behavior in cases, when decision is taken collegially by directorate and criteria of wrongful influence of a sole director in such situation. The unresolved problem of determination of the notion of guilt in corporate relations is highlighted in details; ideas for the criteria of innocence of the director are proposed. Considerable attention is also paid to evaluation of the notion of good faith in corporate law; the authors point out the increase of the standard of acting in good faith for the director and the uncertainty of legal boundaries of such behavior. Finally the research contains analysis of controversial court practice on the issue of imposing liability for making an unprofitable bargain by the director in case of a favorable conclusion upon such bargain made by the special committee of the corporation. Authors use system analysis, formal legal approach and other methods of exploration.



Keywords

director's liability for inflicting damages; good faith and reasonableness; bringing to insolvency; subsidiary liability; infringement of the creditors' rights; controlling person; standard of proper governance.

Acknowledgements: The article is fulfilled with supporting of information system Consultant Plus.

For citation: Zhukova V.D., Podmarkova A.S. (2023). Legal grounds of director's liability within corporate relationships: new tendencies of court practice. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 16, no. 4, pp. 206–232 (in Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2023.4.206.232

Введение. Постановка проблемы

Актуальность вопросов реализации правовых норм об ответственности руководителя¹ хозяйственного общества за причинение ему негативных финансовых последствий в виде убытков или наступления банкротства, в последние годы значительно обостряется на фоне кризисного периода, который переживают многие коммерческие организации. Очевидна тенденция к нарастанию количества конфликтов интересов между директорами и участниками корпорации, к некорректному пониманию интересов самой корпорации. Ошибки менеджеров в такой ситуации могут дорого стоить, в связи с чем особую значимость приобретает углу-

¹ Термин «руководитель» употребляется в тексте как обобщенное в ряду понятий «генеральный директор», «директор», «единоличный исполнительный орган», а равно в значении «руководитель должника» по законодательству о банкротстве.

бленное исследование вопросов, связанных с отграничением ошибки от правонарушения, а также с определением круга ситуаций, когда совершение ошибки является правонарушением, с квалификацией вины руководителя и отграничением ее от противоправности и причинно-следственной связи с негативными последствиями, с содержанием стандарта добросовестного поведения в актуальной экономической ситуации.

Тенденции к нарастанию противоречий в судебной практике укрепляют нас во мнении о необходимости пересмотра и унификации базовых правовых категорий, связанных с привлечением руководителя к гражданско-правовой ответственности в рамках корпоративных отношений. В настоящей статье анализируются позиции, сформулированные в наиболее знаковых судебных решениях. Так, предметом исследования стало Постановление Конституционного Суда Российской Федерации (далее — КС РФ) от 07.02.2023 № 6-П «По делу о проверке конституционности подпункта 1 пункта 12 статьи 61.11 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» и пункта 3.1 статьи 3 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» в связи с жалобой гражданина И.И. Покуля»². Основное внимание в нем фокусируется на проблематике реализации кредитором возможностей доказать, что именно руководителем исключенного из реестра юридического лица была вызвана невозможность погасить кредиторские требования. Важный акцент делается на возможности поворота бремени доказывания обстоятельств, свидетельствующих о такой причастности, в зависимости от степени добросовестности самого кредитора. Также в данном Постановлении затронуты насущные вопросы, связанные с квалификацией виновного поведения в корпоративных отношениях, соотношением противоправности и вины, надлежащим стандартом добросовестности руководителя.

Значительный вклад в развитие давно назревшего вопроса о квалификации причинно-следственной связи между поведением руководителя организации и наступлением ее банкротства внесли разъяснения, содержащиеся в Определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС РФ) от 22.06.2020 №307-ЭС19-18723 (2,3) по делу А56-26451/2016³. Предложенные в дан-

² Постановление Конституционного Суда от 07.02.2023 N 6-П «По делу о проверке конституционности подпункта 1 пункта 12 статьи 61.11 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» и пункта 3.1 статьи 3 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» в связи с жалобой гражданина И.И. Покуля» // СПС КонсультантПлюс.

³ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда от 22.06.2020 по делу № 307-ЭС19-18723(2,3) по делу А56-26451/2016 // СПС КонсультантПлюс.

ном судебном акте критерии охватывают не только такой элемент правонарушения, как причинная связь, они затрагивают и иные важные для установления роли руководителя в принятии спорного решения аспекты. Существенный интерес имеет также Определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 07.10.2021 № 305-ЭС18-13210(2) по делу А40-252160/2015⁴, в котором заложены весьма противоречивые критерии квалификации поведения руководителя как добросовестного при соблюдении им корпоративных норм (в частности, внутрибанковских правил) и сформирован задел для анализа пределов его возможности полагаться на заключения профильных подразделений организации для соблюдения стандарта добросовестности и разумности.

В более ранних работах авторы данной статьи неоднократно исследовали ставшие основополагающими по вопросам ответственности в корпоративных отношениях положения Постановления Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации (далее — ВАС РФ) по делу от 30.07.2013 № 62⁵ (далее — Постановление Пленума ВАС РФ № 62), а также Постановления Пленума ВС РФ от 21.12.2017 № 53⁶ (далее — Постановление № 53), ставшего ориентиром для разрешения споров, связанных с привлечением к ответственности руководителя должника при банкротстве. Сегодня назрела объективная научная потребность соотносить данные давно известные положения с новыми позициями, высказываемыми высшими судами, и выявить перспективы оптимизации правоприменительной деятельности в исследуемой сфере.

1. Состав доказывания при привлечении руководителя к ответственности: проблема единства оснований

Проблемы субсидиарной ответственности при банкротстве неизбежно переплетаются с проблемами возложения ответственности в виде убытков на генерального директора и членов иных органов управления в рамках корпоративных отношений. В связи с этим предполагается анализировать эти основания привлечения к ответственности в их

⁴ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда от 07.10.2021 № 305-ЭС18-13210(2) по делу А40-252160/2015 // СПС КонсультантПлюс.

⁵ Постановление Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» // СПС КонсультантПлюс.

⁶ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 21.12.2017 № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующего должника лиц к ответственности при банкротстве» // СПС КонсультантПлюс.

неразрывной взаимосвязи друг с другом. По сути, речь идет об одних и тех же истоках убыточности организации — ненадлежащем управлении, воплотившемся в нарушении обязанности действовать в интересах юридического лица разумно и добросовестно; отличаются только последствия для компании и субъекты, в интересах которых предъявляются имущественные требования. Совпадение общих требований к добросовестному поведению контролирующих лиц для обоих случаев подчеркивается и в доктрине: они в любом случае заключаются в принятии необходимых и достаточных мер для достижения предусмотренных законом целей деятельности, ради которых создано юридическое лицо [Филипенко Н.В., 2023: 63–65].

Общность составов признается и судебной практикой. В соответствии с п. 20 Постановления № 53, «суд при решении о выборе норм в каждом конкретном случае оценивает, насколько существенным было негативное воздействие контролирующего лица (нескольких контролирующих лиц, действующих совместно либо раздельно) на деятельность должника, проверяя, как сильно в результате такого воздействия изменилось финансовое положение должника, какие тенденции приобрели экономические показатели, характеризующие должника, после этого воздействия».

Несмотря на единство истоков причинения компании негативных последствий, состав доказывания при привлечении к субсидиарной ответственности является значительно более трудным. Это также подтверждается запутанной судебной практикой. Основным камнем преткновения является неопределенность относительно того, необходимо ли доказывать собственно доведение организации до банкротства, что было явно выражено в ранних редакциях Закона «О несостоятельности (банкротстве)⁷» (далее — Закон о банкротстве), или указанная в названии ст. 61.11 Закона «невозможность удовлетворения требований кредиторов» в определенной сумме — это, по существу, те же самые убытки, истребуемые в результате принятия невыгодного для компании решения, повлекшего уменьшение конкурсной массы в соответствующем объеме. В доктрине присутствует справедливое мнение, что ответственность, именуемая в Законе о банкротстве субсидиарной, в действительности является разновидностью прямой ответственности руководителя и иных лиц перед кредиторами и носит деликтный характер. Некорректное определение ее природы «обусловлено нерешенностью в законодательстве многих вопросов, касающихся субсидиарной ответственности как таковой» [Гутников О.В., 2019: 329].

⁷ Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

Доведение компании до банкротства по данной норме не является однозначным основанием для привлечения контролирующего лица к субсидиарной ответственности. «Подталкивания» компании к банкротству, исходя из смысла анализируемой нормы, для привлечения к ответственности доказывать не требуется. Главным условием является невозможность расплаты с кредиторами в полном объеме, т.е. по сути, недостаточность имущества на стадии расчетов. Разумеется, напрашивается уточнение, что в рассматриваемом случае правонарушением является совершение контролирующим лицом действий (бездействия) в ущерб интересам изначально должника (а по итогу — и кредиторов) в нарушение требований добросовестности и разумности. Однако характеристики поведения контролирующего лица как противоправного упоминаются в ст. 61.11 настолько вскользь, что создается впечатление — они не являются первичными, основное внимание уделено установлению обстоятельств, лежащих в основе презумпции причинной связи между предшествующим поведением ответственного лица и невозможностью выполнить требования кредиторов.

Место вины в данном составе правонарушения выглядит еще менее определенным; вина переплетается в законодательных нормах и судебных решениях как с причинной связью, так и с противоправностью. Между тем смешение данных элементов состава правонарушения и нивелирование роли любого из них (например, поглощение компонента вины или противоправности причинной связью) чревато рисками необоснованного привлечения к ответственности и создания неравенства правовых возможностей участников спора. Мы проанализируем проблемные аспекты соотношения данных правовых категорий, обозначив основные проявления правовой неопределенности, находящие отражение в правоприменительной практике.

2. Критерии причинной связи с доведением до банкротства: позиция Верховного Суда

Прямого требования установить непосредственную связь именно с доведением должника до банкротства ст. 61.11 Закона о банкротстве не содержит. В свою очередь, Судебная коллегия по экономическим спорам ВС РФ в указанном выше Определении от 22.06.2020 предлагает судам критерии причинной связи поведения контролирующих лиц именно с фактом доведения должника до банкротства.

Суть рассматриваемого дела проста. Членами совета директоров общества «Теплоучет» одобрена крупная сделка по внесению в уставный капитал другой компании вклада в виде дебиторской задолженности с

предполагаемым размером доли 57,0705%. Приобретенная должником доля участия в компании впоследствии включена в конкурсную массу. Суды трех инстанций отметили, что в результате совершения сделки по внесению вклада в уставный капитал компании финансовое состояние должника не изменилось; в удовлетворении требований было отказано.

Судебная коллегия по экономическим спорам ВС РФ предложила три критерия наличия причинно-следственной связи между поведением контролирующих лиц и банкротством должника. При этом суд не указывает на обязательное наличие всех трех критериев одновременно, в связи с чем из буквального толкования правовой позиции можно прийти к выводу о самостоятельной применимости любого из них. Полагаем, что каждый предложенный критерий сам по себе характеризуют разные обстоятельства, имеющие отношение к составу исследуемого правонарушения.

В качестве первого критерия ВС РФ называет «наличие у ответчика возможности оказывать существенное влияние на деятельность должника (что, например, исключает из круга потенциальных ответчиков рядовых сотрудников, менеджмент среднего звена, миноритарных акционеров и т.д. при условии, что формальный статус этих лиц соответствует их роли и выполняемым функциям)». Данный критерий следует признать безусловной предпосылкой возможности привлечения к ответственности в принципе, однако он соотносится не столько с правонарушением, сколько со статусом контролирующего лица, применительно к которому Законом и Постановлением №53 установлены содержательные разъяснения.

Второй критерий — обусловленность негативных последствий для должника и его кредиторов реализацией ответчиком своих полномочий. При этом играет роль масштаб последствий: он должен соотноситься с масштабами деятельности должника, а именно должен быть способен «кардинально изменить структуру его имущества в качественно иное — банкротное состояние». Суд поясняет, что действия по совершению невыгодных сделок не могут выступать в качестве такого критерия, если они незначительны по своим размерам и последствиям для должника. Данный критерий актуален именно в ситуации привлечения руководителя как контролирующего лица к субсидиарной ответственности при банкротстве. Для споров, где предметом требования является возмещение убытков в пользу общества, он, очевидно, неприменим. Следует признать его внедрение прогрессивным шагом, поскольку очевидна действенная попытка отграничить действия, причинившие именно масштабные последствия, от любых иных действий, повлекших невыгодные последствия (что, действительно, не обязательно является причиной

именно банкротства). Отсутствие акцента на это в тексте Закона остается явным нормативным пробелом. Ученые отмечают частоту случаев, когда суды в принципе не сопоставляют последствия заключенных сделок с масштабом деятельности должника и лишь ограничиваются самим фактом их убыточности [Борисенко Д.Р., Терещенко Т.А., 2022: 70–74].

Прослеживается заимствование идеи обособления крупной сделки в хозяйственном обществе по критерию ее масштабов и возможности кардинально изменить ситуацию компании, заложенной в 2016 году в корпоративном законодательстве⁸. Полагаем, что банкротное состояние общества, несомненно, относится к экстраординарным последствиям, поэтому оценка действий руководства компании по критерию масштаба по аналогии с институтом крупной сделки оправдана.

Воплощение данной позиции находит отражение в позднейших судебных решениях. Так, в постановлении от 26.05.2023 № Ф04-2273/2019⁹ Арбитражный суд (далее — АС) Западно-Сибирского округа указывает, что «квалифицирующим признаком сделки, ряда сделок, при наличии которых к КДЛ может быть применена упомянутая презумпция доведения до банкротства, являются значимость этих сделок для должника (применительно к масштабам его деятельности) и одновременно их существенная убыточность в контексте отношений «должник (его конкурсная масса) — кредиторы», то есть направленность сделок на причинение существенного вреда кредиторам путем безосновательного, не имеющего разумного экономического обоснования уменьшения (обременения) конкурсной массы... противоправная направленность сделок должна иметь место на момент их совершения». Таким образом, налицо позитивный пример сосредоточения внимания не только на причинной связи, но и на факте противоправного поведения. Важно, что в данном случае суд как бы объединяет необходимость доказать направленность как на причинение вреда кредиторам, так и собственно на наступление банкротства («значимость сделок»).

При этом, по мнению Коллегии ВС РФ, «определению наличия критерия № 2 способствуют закрепленные в Законе о банкротстве презумпции существования причинно-следственной связи между поведением контролирующего лица и невозможностью погашения требований кредиторов. Одной из таких презумпций является совершение контроли-

⁸ Федеральный закон от 03.07.2016 № 343-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об акционерных обществах» и Федеральный закон «Об обществах с ограниченной ответственностью» в части регулирования крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность» // СЗ РФ. 2016. № 27 (часть II). Ст. 4276.

⁹ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 26.05.2023 № Ф04-2273/2019 по делу № А81-3284/2018 // СПС КонсультантПлюс.

рующим лицом существенно убыточной сделки, повлекшей нарушение имущественных прав кредиторов (пункт 4 статьи 10 Закона о банкротстве (в настоящее время — подпункт 1 пункта 2 статьи 61.11 Закона о банкротстве)». Отметить смешение критериев, ибо заложенные в названной статье Закона презумпции едва ли помогают установить масштабность изменений, вызванных действиями контролирующего лица. Презумпция, о которой говорит Коллегия, касается убыточности сделки, следствием которой, следуя прямому тексту Закона, стало нарушение прав кредиторов, а не изменение масштабов деятельности должника. В связи с этим взаимосвязь не выглядит столь очевидной. Более того, нормативное описание рассматриваемой презумпции не включает указания на то, что сделка была заведомо невыгодной, таким образом, элемент противоправности здесь не учитывается.

Третий критерий еще более любопытен. ВС РФ указывает, что ответчик должен являться «инициатором такого поведения и (или) потенциальным выгодоприобретателем возникших в связи с этим негативных последствий». Следует вспомнить, что в основе принятия данного судебного акта лежал спор, связанный с привлечением к субсидиарной ответственности нескольких ответчиков — членов совета директоров должника, одоббивших невыгодную сделку. Введение данного критерия весьма актуально в свете нарастающей правовой неопределенности относительно возможности привлечения к ответственности отдельных членов коллегиальных органов управления организации, в первую очередь, членов совета директоров. Напомним, что согласно положениям ст. 53.1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) и Постановления Пленума ВАС РФ № 62, освобождающим от ответственности обстоятельством является только добросовестное неучастие в голосовании или голосование против спорного решения.

В доктрине неоднократно обращалось внимание на возможность учета роли отдельных членов совета директоров с точки зрения влияния на принятие решения. При этом исследователи справедливо отмечают, что возможность привлечения к ответственности отдельного члена совета директоров за бездействие (такое, как несообщение необходимой информации) «представляется допустимым лишь теоретически — доказать на практике, что член совета директоров располагал определенными сведениями, но не сообщил их другим, практически невозможно» [Текутьев Д.И., 2017: 80].

Очевидно, что существенно легче установить голосование «за» и автоматически считать ответственными лицами всех проголосовавших, нежели устанавливать инициатора или выгодоприобретателя принятого решения. Вместе с тем привлечение к ответственности по умолчанию

всех голосовавших «за» без их дифференциации является слишком формальным, позволяющим необоснованно привлекать к ответственности директоров, добросовестно полагавшихся на сообщенную им информацию, за которой может стоять потенциальный недобросовестный выгодоприобретатель. В данном случае голосования «за» достаточно для выдержанности причинно-следственной связи (поскольку решение имеет правовые последствия только при одобрении его большинством голосов), однако может быть недостаточно для установления факта противоправности.

Помимо этого, недобросовестное инициирование принятия коллегиального решения в целях получения личной выгоды не является единственным возможным основанием возложения ответственности. Кроме недобросовестности, существует еще неразумность, и при помощи этой категории принято описывать ситуацию, в которой отсутствовали какие-то заведомые действия в чьих-либо интересах вопреки интересам компании. Однако невнимательность и халатность при принятии решения, его непродуманность, самонадеянное возложение на компанию необоснованного риска, некомпетентные действия, поспешность при принятии решения и т.п. привели к тем же последствиям, что и недобросовестные действия, направленные на извлечение личной выгоды. Данные обстоятельства имеют прямое значение для квалификации правомерного поведения при голосовании по вопросу спорного решения.

Полагаем, что в ситуации коллегиального принятия решения при квалификации недобросовестности целесообразно устанавливать инициаторов и/или выгодоприобретателей невыгодного обществу решения и вместе с тем оценивать «пассивное» поведение остальных членов коллегиального органа на предмет разумности: имели ли они основания полагаться на сообщенную им информацию, или из соображения «экономии ресурса» и нежелания углубленно вникать в спорные моменты халатно проголосовали «за». Если нет оснований устанавливать объективное введение в заблуждение, давление или иное недобросовестное склонение членов коллегиального органа к голосованию за спорное решение, при наличии именно неразумных действий, связанных с качеством анализа вводных для принятия такого решения, ответственными следует считать всех членов данного органа, проголосовавших за него.

Возвращаясь к критерию причинно-следственной связи, есть смысл уточнить, применим ли данный критерий к случаям, когда речь идет об ответственности единоличного исполнительного органа в ситуации, когда решение принято не им (а, допустим, тем же вышестоящим коллегиальным органом), не он являлся его инициатором, и при этом он не извлек из него никакой выгоды. Вопрос критериев недобросовестно-

сти поведения руководителя при исполнении им решения коллегиального органа также многократно поднимался в современной доктрине. Отмечается, с одной стороны, что именно акционеры формируют волю корпорации касательно совершения определенных действий в силу полномочий общего собрания как коллегиального органа, и по общему правилу директор должен эту волю реализовывать, отступление же чревато предъявлению к нему исков о возмещении убытков, причиненных срывом сделки [Чупрунов И.С., 2020: 22]. Вместе с тем ученые указывают, что директор, являясь волеизъявляющим органом, «в итоге определяет, реализовывать ли принятое участниками или коллегиальным органом управления решение или нет, в связи с чем, несет самостоятельную ответственность» [Шиткина И.С., 2022: 191]. Применительно к таким ситуациям подчеркивается риск, что генеральный директор может существенно осложнить деятельность общества, вступая в конфликт с участниками и/или советом директоров по вопросу каждого спорного решения, опасаясь последующего возложения на себя ответственности [Бойко Т.С., 2013: 90].

Следует признать, что пока не выработано действенных механизмов защиты руководителя при реализации им сформированной воли юридического лица вышестоящим коллегиальным органом. Потенциально сформулированный ВС РФ критерий наличия причинной связи между поведением контролирующего лица и банкротством организации представляется перспективным и для оценивания поведения единоличного исполнительного органа в условиях его неоднозначной роли в принятии убыточного для общества решения.

3. Вина в корпоративных отношениях: поиск квалифицирующих признаков

Одной из наиболее значимых проблем, порождающих нестабильность судебной практики при привлечении как к субсидиарной ответственности при банкротстве, так и к ответственности в форме возмещения убытков, является неопределенность содержания понятия вины соответствующего контролирующего лица (прежде всего, генерального директора) и отсутствие адаптированных к разрешению корпоративных споров квалифицирующих признаков его невиновности в причинении компании негативных имущественных последствий. Здесь необходимо выделить слово «причинение», поскольку, согласно традиционным установкам гражданско-правового регулирования, вина или невиновность лица имеет значение, когда причинение им убытков уже установлено, равно как установлено и объективное нарушение — акт противоправного поведения.

Признавая безусловную ценность заложенных ВС РФ критериев установления причинно-следственной связи поведения руководителя с банкротством компании, следует тем не менее отметить, что судебные и доктринальные позиции укрепляют во мнении о неразделении причастности к наступлению банкротства (или возникновению убытков) и вины в этой причастности. Так, по мнению ученых применительно к рассмотренному Определению ВС РФ, «Верховным Судом РФ воспринят подход, направленный на установление действительной вины контролирующего лица в доведении должника до банкротства» [Карелина С.А., 2022: 3–17]. Вопрос весьма неоднозначен, ввиду первичности значимости причинно-следственной связи для кредитора и не сформулированного должным образом на нормативном уровне понятия вины в корпоративных отношениях.

В практике арбитражных судов, в том числе в решениях, отраженных в Постановлении КС РФ № 6-П, наблюдается весьма неопределенный подход к понятию вины. Ставший предметом рассмотрения спор возник в контексте отказа в привлечении руководителя к субсидиарной ответственности вне дела о банкротстве — в ситуации исключения организации из реестра и невозможности взыскания даже минимальных расходов. Заявитель жалобы указывал на ущемление его возможности доказать требуемые ст. 61.11 Закона о банкротстве при отсутствии дела о банкротстве по сравнению с кредиторами в деле о банкротстве ввиду отсутствия содействия арбитражного управляющего с соответствующими полномочиями.

Итак, арбитражные суды отказали в удовлетворении требования к руководителю исключенного из реестра общества¹⁰, придя к выводу, что кредитор, не получив должного от юридического лица и требуя привлечь к субсидиарной ответственности его руководителя, «обязан доказать наличие к тому оснований, в том числе умысла либо грубой неосторожности руководителя, непосредственно повлекших невозможность исполнения в будущем обязательств перед контрагентом». Определением ВС РФ решение оставлено без изменения¹¹.

Как видим, в судебной практике сохраняется склонность предлагать истцу, т.е. субъекту, чьи права нарушены недобросовестным или неразумным поведением руководителя, доказывать субъективные намерения последнего, что никак не сочетается с презумпцией вины в гражданском

¹⁰ Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 26.01.2021 № Ф06-68557/2020 по делу № А12-39165/2019 // СПС КонсультантПлюс.

¹¹ Определение Верховного Суда РФ от 04.05.2021 № 306-ЭС21-6358 по делу № А12-39165/2019 // СПС КонсультантПлюс.

праве и давно провозглашенным в цивилистике отсутствием правового значения для кредитора намерений лица, нарушившего обязательство.

Полагаем, что в свете рассмотренных выводов судов о необходимости при заявлении требования о привлечении к субсидиарной ответственности доказывать умысел или неосторожность руководителя ликвидированной компании, нельзя не признать справедливости притязаний заявителя в смысле однозначно несправедливого перераспределения бремени доказывания. Однако корень проблемы видится не в содержании оспариваемых норм, а в том, что суды сохраняют тенденцию возлагать на заявителя такого требования доказывание лишних обстоятельств, которые практически невозможно установить. В свою очередь указанная тенденция не прекращена именно ввиду сохранившейся неразработанности критериев виновности/невиновности руководителя при нарушении им обязанностей действовать в интересах общества разумно и добросовестно.

КС РФ справедливо называет ответственность контролирующего лица деликтной, однако невозможно не осознавать, что рассматриваемый деликт выражается в большинстве случаев в нарушении позитивных обязанностей, связанных с управлением компанией, а значит, имеет специфику по отношению к нарушению обязательства в гражданском праве. Конечно, нельзя оставлять за рамками ситуации, в которых фигурирует намеренный вывод активов, преступные действия, иными словами, случаи, когда одновременно имеет место состав правонарушения, за которое полагается прежде всего публично-правовая ответственность. Однако их нельзя приравнять к ситуациям, в которых заведомых схем по выводу имущества компании не было, а причиной убыточности стали ошибки в управлении, рискованные сделки, и — очень часто — решения, задним числом не понравившиеся акционерам (или акционеру). Не секрет, что во множестве случаев акционеры (участники) либо нейтрально, либо позитивно относятся к спорным принимаемым решениям (или же вовсе выступают их инициаторами), а затем требуют взыскания с директора убытков, если имущественное положение общества ухудшается.

В связи с изложенным признание ответственности руководителя как контролирующего лица деликтной не решает проблемы неопределенности содержания категории вины при причинении его действиями (бездействием) убытков. Также концепция деликтной ответственности не позволяет, на наш взгляд, универсально применять понятия умысла и неосторожности, когда нарушение обязанности практически общепризнанно выражается в недостаточной заботливости по отношению к делам общества. В отсутствие формально противоправных деяний

(например, перевод денежных средств другим компаниям в отсутствие какой-либо сделки) отклонение от стандарта добросовестности и/или разумности становится самостоятельным правонарушением, в связи с чем рационально говорить о наличии или отсутствии извиняющих обстоятельств, повлиявших на такое отклонение, нежели о наличии или отсутствии умысла вести себя недобросовестно.

КС РФ в данной ситуации оставил без внимания проблему неопределенности содержания понятия вины и наполнения его субъективными характеристиками, в том числе в послуживших поводом к рассматриваемому обращению судебных решениях. По сути в Постановлении подчеркнута только необходимость придерживаться базового принципа виновной ответственности, коль скоро она является деликтной, однако понятие невинности употребляется в значении п. 1 ст. 401 ГК РФ: «Лицо, контролирующее организацию, не может быть привлечено к субсидиарной ответственности, если докажет, что при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась в обычных условиях делового оборота и с учетом сопутствующих предпринимательских рисков, оно действовало добросовестно и приняло все меры для исполнения организацией обязательств перед кредиторами».

Итак, в настоящее время наблюдаются два базовых варианта подхода к невинности руководителя в судебной практике. Первый вариант — это отказ ввиду недоказанности умысла или неосторожности, что, как уже установлено, является тупиковым путем. Второй вариант — полное заимствование подхода, заложенного в п. 1 ст. 401 ГК РФ, т.е. определение невинности через категории «заботливость» и «осмотрительность». Не удивительна трудность обоснования смыслового различия понятий «разумность и добросовестность» и «заботливость и осмотрительность», что нередко отмечается при анализе данной проблемы [Маковская А.А., 2006: 14]. При данном подходе противоправность в составе правонарушения неизбежно сливается с виной, что негативно отражается на распределении бремени доказывания, поскольку директор не является предпринимателем и на него не распространяются правила об ответственности независимо от вины. В то же время нельзя требовать от того же директора доказывать правомерность его управленческих действий, это создаст дисбаланс интересов участников спора с «креном» в противоположную сторону.

Между тем дисбаланс закреплён изначально в нормах закона. В силу п. 10 ст. 61.11 Закона о банкротстве «контролирующее должника лицо, вследствие действий и (или) бездействия которого невозможно полностью погасить требования кредиторов, не несет субсидиарной ответственности, если докажет, что его вина в невозможности полного по-

гашения требований кредиторов отсутствует». Однако далее в норме указано, что такое лицо «не подлежит привлечению к субсидиарной ответственности, если оно действовало согласно обычным условиям гражданского оборота, добросовестно и разумно в интересах должника, его учредителей (участников), не нарушая при этом имущественные права кредиторов, и если докажет, что его действия совершены для предотвращения еще большего ущерба интересам кредиторов». Соответственно провозглашение возложения бремени доказывания отсутствия вины на руководителя сопровождается фактически необходимостью руководителя доказать его добросовестность и разумность. Этого не сказано в статье буквально, однако по смыслу при системном толковании нормы трудно прийти к иному выводу.

Таким образом, при обоих вариантах правовая политика привлечения руководителя к ответственности не будет действенной; на данном фоне не удивительны обращения в КС РФ при невозможности иным образом переломить сложившуюся в практике ситуацию. Продуктивным шагом к решению проблемы могла бы стать разработка самостоятельных критериев невиновности руководителя и иных контролирующих лиц как в отношении ситуации доведения до банкротства, так и в отношении «простого» причинения убытков, учитывая общий критерий противоправности поведения в отношениях ответственности за нарушение корпоративной обязанности.

Нарушение обязанности действовать добросовестно и разумно в интересах юридического лица неизбежно является характеристикой противоправности, поскольку при соблюдении данной обязанности совершение сделки или принятие иного решения в отношении общества будет признано правомерным действием — надлежащим поведением руководителя по отношению к обществу согласно требованиям закона. Вместе с тем, если данные обстоятельства установлены и отнесены к противоправности, то, как на первый взгляд кажется, не остается пространства для вины как отдельного элемента, если вина описывается через не проявление должной заботливости и осмотрительности.

Как отмечают ученые, «в отношении членов органов управления добросовестность и разумность при исполнении возложенных на них обязанностей заключаются в принятии всех необходимых и достаточных мер для достижения целей деятельности, ради которых создана корпорация. Устанавливая неразумность, недобросовестность действий (бездействия) члена органа управления, совершение им действий в ущерб интересам общества, суды определяют виновность его поведения» [Текутьев Д.И., 2017: 83]. В целом в доктрине настойчиво проявляются признаки тенденции объединять вину и противоправность в единый

элемент состава гражданского правонарушения, совершаемого лицом, осуществляющим управление обществом [Лукьяненко М.Ф., 2010: 204]. Если при рассмотрении любого другого совершаемого руководителем нарушения обязанностей в отношении общества возможно выделить противоправность в отдельный элемент и отграничить его от вины, то в ситуации, когда противоправность исчерпывается неразумностью и недобросовестностью при совершении сделки, такое разграничение выглядит искусственным.

Как показывает практика, далеко не всегда и суды относят добросовестность к характеристикам правомерности. Примером тому может служить Постановление АС Западно-Сибирского округа от 18.02.2022 № Ф04-1080/2017¹², из текста которого видно, что «заявитель должен доказать наличие неправомερных действий контролирующего лица, привлекаемого к субсидиарной ответственности на основании пункта 4 статьи 10 Закона о банкротстве, а лицо, привлекаемое к субсидиарной ответственности, должно доказать, что оно действовало добросовестно и разумно в интересах должника, и отсутствие своей вины и причинной связи с последующим затруднением процедуры несостоятельности (банкротства)». Остается открытым вопрос: что относится к неправомερным действиям, если недобросовестность и неразумность этих действий провозглашаются характеристиками вины, в то время как совершение сделки как таковое актом противоправного поведения не является.

Согласно постановлению АС Московского округа от 12.04.2023 № Ф05-16863/2017¹³, «контролирующие Банк лица признаются виновными, если их решения или действия (в том числе превышение полномочий), повлекшие за собой возникновение признаков банкротства, не соответствовали принципам добросовестности и разумности, соответствующим нормативным правовым актам Российской Федерации, банковским правилам, уставу кредитной организации или обычаям делового оборота». В данном случае наблюдается полное отрицание необходимости выделять вину в отдельный компонент правонарушения, однако тогда принцип виновной ответственности, о котором говорит законодатель и который подчеркивает КС РФ, будет бессмысленным.

Полагаем, что в силу особенностей характера правонарушения, заключающегося в отступлении директора от требований добросовестности и разумности, прямое заимствование критериев невиновности,

¹² Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 18.02.2022 № Ф04-1080/2017 по делу № А81-6054/2015 // СПС КонсультантПлюс.

¹³ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 12.04.2023 № Ф05-16863/2017 по делу № А40-194252/2016 // СПС КонсультантПлюс.

содержащихся в нормах обязательственного права, не является уместным ввиду объективной невозможности отделить данные понятия от понятий заботливости и осмотрительности. Ликвидировать путаницу в терминах и их отождествление по умолчанию можно лишь установив специфические для корпоративных отношений характеристики невиновного поведения. В доктрине регулярно подчеркивается фундаментальный характер проблемы сложности оценочных категорий в праве [Кривцун Е.П., 2021: 24]. Отграничение противоправности от вины необходимо прежде всего в практических целях, для уравнивания правовых возможностей как самого руководителя, так и общества (его акционеров/участников), а также в целях обеспечения баланса интересов обеих сторон, совершенствования механизмов их защиты.

Рационально предположить, что критерием невиновного поведения может выступать объективная невозможность исполнения возложенной на руководителя обязанности. Так, в судебной практике наглядно показан пример, когда руководитель не в состоянии был исполнить обязанности по передаче необходимых документов в рамках процесса банкротства ввиду изъятия их следственными органами¹⁴. Как указывает АС Волго-Вятского округа в постановлении от 03.02.2023 № Ф01-8252/2022¹⁵, «при доказанности условий, составляющих презумпцию вины в доведении до банкротства, бремя по ее опровержению переходит на другую сторону, которая вправе приводить доводы об отсутствии вины, в частности, о том, что банкротство вызвано иными причинами, не связанными с недобросовестным поведением ответчика». Даная формулировка задает в целом правильный вектор: предполагается, что привлекаемое лицо может доказать наличие причин, по которым надлежащее поведение с его стороны стало невозможным.

Также в числе обстоятельств, могущих характеризовать невиновность поведения руководителя, логично назвать вынужденность принятия решения (например, при оказании давления со стороны акционеров или принятие его во исполнение решения, принятого вышестоящим органом), учитывая место и роль генерального директора в корпоративной структуре общества и статус его как исполнительного органа; или же факт введения его в заблуждение со стороны заинтересованных в принятии такого решения лиц. Вместе с тем, следует понимать, что нельзя применять подобные критерии в безусловном порядке, в противном

¹⁴ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 31.05.2023 № Ф05-19755/2018 по делу № А40-217086/2016 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁵ Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 03.02.2023 № Ф01-8252/2022 по делу № А43-18888/2019 // СПС КонсультантПлюс.

случае руководителю это станет легким способом снять с себя ответственность, сославшись на исполнение воли других лиц. Принципиально важно, что руководитель несет обязанность действовать в интересах общества, а не в интересах кого-то из его участников. При этом следует, в свою очередь, различать волю отдельного участника и сформированную коллегиальным высшестоящим органом волю общества, которую формально единоличный исполнительный орган обязан воплощать. Но и здесь наличествуют «подводные камни»: решение может быть инициировано (и даже пролоббировано) директором и формально утверждено коллегиальным органом. Каждую ситуацию, таким образом, следует разрешать досконально исследуя роль каждого участника и его объективные возможности при принятии решения. Однако без установления эталонных критериев ситуация не получит развития, суды и дальше будут либо формально упоминать вину как синоним недобросовестности, либо наполнять ее недоказуемыми интеллектуально-волевыми компонентами.

Наряду с критериями невинности более четкой проработки требуют и критерии правомерного поведения руководителя. Несмотря на то, что 10 лет назад в Постановлении Пленума ВАС РФ №62 были сформулированы отдельные перечни обстоятельств, указывающих на нарушение ключевой корпоративной обязанности директора (п. 2 и 3), практика демонстрирует разрозненность подходов к содержанию стандарта добросовестного и разумного поведения.

4. Добросовестность: необходимые и достаточные меры или сверхнеобходимые усилия?

В Постановлении КС РФ № 6-П содержится имеющая научный интерес трактовка понятия добросовестности руководителя организации. КС РФ говорит о стандарте добросовестности руководителя как о повышенной заботливости с его стороны к вверенному имуществу, об обязанности «прилагать дополнительные усилия, включая несение расходов для обеспечения их эффективности, по сравнению с мерами, имеющими общий характер и обычно принимаемыми любыми (всеми) участниками гражданского оборота во исполнение предписаний статей 1 и 10 ГК Российской Федерации».

Таким образом, мы наблюдаем попытку укрепить тенденцию к постепенной трансформации понятия добросовестности в корпоративных отношениях, к наполнению его новыми содержательными признаками. В постановлении КС РФ очевиден выход на первый план компонента «повышенности», «дополнительности» усилий, совершения каких-ли-

бо положительных действий сверх необходимого. Таким образом, если 10 лет назад ВАС РФ в Постановлении № 62 заложил тенденцию квалифицировать добросовестность директора через отсутствие ее «негативных» признаков (все они сводятся к «порочным» действиям в отношении компании: совершение заведомо невыгодных сделок, сокрытие конфликта интересов, уклонение от передачи документов и т.п.), то в настоящий момент можно все более уверенно говорить о недостаточности «несовершения негативных действий» вопреки интересам юридического лица.

Можно говорить, что в Постановлении № 62 заложен минимальный стандарт добросовестности, очевидно ориентирующий на перечень доказуемых обстоятельств, подлежащих выявлению в целях установления недобросовестности. От руководителя требуется не только быть честным и не злоупотреблять полномочиями, не ставить собственный интерес выше интереса компании, не извлекать выгоду за ее счет и т.п. Мало «не делать ничего плохого» — нужно делать больше, чем сделал бы обычный человек, проявлять старательность не в минимально необходимом объеме, более того, присутствует тезис о несении дополнительных расходов для обеспечения эффективности своих усилий.

Напомним, что согласно положениям Постановления №62, в позитивном значении добросовестность и разумность директора в совокупности заключаются в «принятии им необходимых и достаточных мер для достижения целей деятельности, ради которых создано юридическое лицо, в том числе в надлежащем исполнении публично-правовых обязанностей, возлагаемых на юридическое лицо действующим законодательством» (п. 4). Но «принятие необходимых и достаточных мер», строго говоря, не означает в точности «приложения максимальных усилий» для исполнения возложенной обязанности. Иными словами, компонент старательности, усердия вроде бы включен в содержание обязанности как таковой, однако при данной формулировке не предполагается «прыгать выше головы» ради финансового благополучия компании. Возможно ли такое, чтобы руководитель приложил все усилия и сделал максимально от него зависящее, но не достиг результата в виде принятия необходимых и достаточных мер для обеспечения благосостояния общества?

Данный вопрос требует проработки, поскольку отсутствует определенность, оценивается ли характер действий руководителя или их конечный результат. Возможность руководителя повлиять на этот результат, как было сказано выше, вполне может характеризовать его вину или невиновность, в то время как совершение необходимых действий — правомерность или противоправность.

Однако КС РФ говорит уже не о необходимых, а о сверхнеобходимых действиях. Речь идет о недопустимости формального отношения к исполнению управленческих обязанностей. Таким образом, при восприятии данной позиции и при признании ее распространения, в том числе и на споры о возмещении убытков критерии недобросовестного поведения директора, сформулированные в Постановлении № 62, являются недостаточными и нуждаются в дополнении. Здесь налицо две проблемы. Первая связана с процедурной стороной такого дополнения перечня критериев недобросовестности с учетом невозможности вносить изменения в акт, принятый уже упраздненным органом. Очевидно, можно говорить о назревающей необходимости принятия нового акта на уровне ВС РФ с учетом всех современных потребностей.

Вторая проблема носит содержательный характер: нелегко сформулировать негативный критерий, характеризующий неисполнение обязанности приложить дополнительные усилия и/или понести дополнительные затраты. Отметим, что в настоящий момент затруднительно говорить о предъявлении повышенных требований к руководителю для квалификации его поведения как добросовестного, что подтверждается практикой арбитражных судов. Широко распространена позиция, согласно которой стандарт разумного и добросовестного поведения руководителя организации предполагает «совершение им действий в интересах общества и его участников на основе достаточной информированности, с должной степенью заботливости и осмотрительности, принятие решений с учетом всей имеющейся информации, в отсутствие конфликта интересов, в рамках обычного предпринимательского риска»¹⁶. Данный перечень критериев ориентирует скорее на минимально достаточные усилия, нежели на повышенные.

Вопрос о том, насколько высокой должна быть планка отношения руководителя к делам юридического лица, поднимается при разрешении споров редко. Как правило, в основе отказа в удовлетворении требования лежит довод о недоказанности совершения директором каких-либо негативных действий в отношении компании¹⁷. Например, в Постановлении АС Московского округа от 01.08.2022 № Ф05-6908/2020¹⁸

¹⁶ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 05.12.2022 № Ф04-6459/2022 по делу № А45-25185/2019 // СПС КонсультантПлюс; Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 01.03.2022 № Ф09-307/22 по делу № А07-9997/2019 // СПС КонсультантПлюс; Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 23.11.2021 № Ф04-218/2021 по делу № А02-984/2020 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁷ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 03.04.2023 № Ф04-842/2023 по делу № А45-36683/2021 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁸ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 01.08.2022 № Ф05-6908/2020 по делу № А40-267091/2018 // СПС КонсультантПлюс.

указано: «Петров В.П. в нарушение стандарта разумного и добросовестного руководителя, действующего в интересах возглавляемой организации, перед заключением договоров займа на столь значительные суммы и существенный срок не запросил сведения о финансовом состоянии указанных организаций и об их платежеспособности, о наличии у них недвижимого и движимого имущества, прав требований, иных активов, сведений о наличии задолженностей, а с учетом того, что данные компании являются аффилированными по отношению к должнику и подконтрольными Ицкову Д.И., то Петров В.П. заведомо знал и не мог не знать о том, что американские компании являются лицами, заведомо неспособными исполнить свои обязательства». Представить ситуацию, в которой абстрактный «Петров» запросил необходимые сведения о финансовом состоянии клиентов, но все равно его действия были признаны недобросовестными, не так легко, так как содержание обязанности обеспечить полную информированность при принятии решения на нормативном уровне не регламентировано. Здесь мы вплотную подходим к вопросу о пределах достаточности соблюдения директором внутренних норм и правил организации для целей квалификации его добросовестности.

Необходимость исследовать вопрос соблюдения при заключении сделок корпоративных норм и правил при разрешении споров о привлечении к ответственности руководителя подчеркнута Судебной коллегией по экономическим спорам ВС РФ в Определении от 07.10.2021 № 305-ЭС18-13210(2)¹⁹, ставшем опорным для разрешения споров, связанных с проблемой добросовестности поведения менеджеров банковских организаций. Согласно позиции ВС РФ, «совершение (одобрение) сделки на основании положительного заключения (рекомендации) профильного подразделения банка (в том числе кредитного департамента) предполагает, что действия ответчика не отклонялись от стандартов разумности и добросовестности, обычно применяемых в этой сфере деятельности». Суд также указывает на необходимость исследовать вопрос соблюдения при заключении сделок корпоративных норм и правил, действующих в банке, нормативных актов, а также оценивать условия сделок на предмет их убыточности.

Согласно п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ №62, одним из оснований, свидетельствующих о неразумности директора, является совершение сделки без соблюдения обычно требующихся или приня-

¹⁹ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 07.10.2021 № 305-ЭС18-13210(2) по делу № А40-252160/2015 // СПС КонсультантПлюс.

тых в данном юридическом лице внутренних процедур для совершения аналогичных сделок (например, согласования с юридическим отделом, бухгалтерией и т.п.). Однако можно ли с уверенностью говорить, что соблюдение такой внутренней процедуры безусловно дает основание считать поведение директора и разумным, и добросовестным, и, грубо говоря, позволяет снять с него ответственность перед компанией и/или ее кредиторами?

Подобный вывод преждевременен в качестве общего правила. Вполне возможно, что в рамках конкретного дела поведение директора при заключении одобренной кредитным комитетом сделки действительно было безупречным (в совокупности всех имеющих значение для дела обстоятельств), однако повышать факт согласования сделки с профильным структурным подразделением до стандарта добросовестности и разумности директора, на наш взгляд, не является сбалансированным решением. Как справедливо отмечают ученые, «в таких условиях доказывать вину руководителей в совершении действий, повлекших банкротство, становится гораздо сложнее, потому что юридическое лицо — коллективное образование и в принятии любого решения участвует большое количество его работников, от профессионализма которых зависит качество принимаемых руководителями решений» [Шмарко И.К., 2021: 90–91]

Вместе с тем наблюдается и обратная тенденция, в рамках которой суды не спешат приравнивать получение положительного заключения профильного подразделения к безусловной добросовестности руководителя²⁰. Таким образом, наблюдается отсутствие единого согласованного подхода к возможности квалификации поведения руководителя как добросовестного и разумного при формальном соблюдении внутренних правил корпорации и наличии позитивных предпосылок для принятия решения о совершении сделки в виде одобрения профильным отделом. Опираясь на положения п. 2 и 3 Постановления № 62, допустимо исходить из того, что сам факт прохождения процедуры рассмотрения условий сделки в профильных отделах согласно внутрикорпоративным правилам является показателем соблюдения критерия разумности.

Однако не стоит забывать, что перечень критериев разумности согласно п. 3 данного Постановления является более широким и, в пер-

²⁰ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 22.07.2022 № Ф04-6984/2020 по делу № А27-15174/2019 // СПС КонсультантПлюс; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 12.05.2023 № Ф05-19306/2016 по делу № А40-17434/2016 // СПС КонсультантПлюс; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 12.04.2023 № Ф05-16863/2017 по делу № А40-194252/2016 // СПС КонсультантПлюс.

вую очередь, включает получение всей необходимой информации для совершения сделки, что не обязательно ограничивается мнением профильного отдела. Возможно привлечение при необходимости внешних экспертов, и эту необходимость должен оценивать руководитель. Также допустима и ситуация объективного осознания невыгодности сделки и при отсутствии экспертных познаний. В литературе отмечается, что если директор назначен для решения определенного круга вопросов или по конкретному направлению, он должен обладать необходимыми знаниями и навыками [Ломакин Д.В., 2015: 206], таким образом, самостоятельная аналитика с его стороны в любом случае предполагается.

Разумеется, в целом несоблюдение корпоративных норм может и должно считаться нарушением обязанности действовать в интересах общества разумно и добросовестно. Однако для констатации, наоборот, соблюдения данной обязанности, соответствия внутренним правилам организации оно объективно недостаточно. Именно в этом проявляется, на наш взгляд, упомянутый подход КС РФ в Постановлении № 6-П принцип необходимости приложения повышенных усилий, требующий самостоятельно анализировать, проверять, перепроверять и ставить под сомнение, в особенности, когда речь идет о высокорисковой сделке.

Заключение

Анализ тенденций судебной практики убеждает в назревшей необходимости и фактическом начале формирования основы нового этапа регулирования отношений ответственности в корпоративном праве; при этом речь идет как об ответственности руководителя в статусе единоличного исполнительного органа при причинении убытков, так и о его субсидиарной ответственности в статусе контролирующего лица при банкротстве. Разумеется, в последнем случае правоотношения как таковые выходят за пределы корпоративных, однако в рамках рассмотрения споров о привлечении к ответственности исследуется область предшествующих корпоративных отношений, в рамках которых подлежит выявить элементы правонарушения, состоящего в неисполнении обязанности действовать в интересах компании разумно и добросовестно.

Изучив практические проблемы квалификации предшествующего поведения руководителя как правонарушения и убедившись в нестабильности подходов судов к балансу элементов состава данного правонарушения, авторы статьи считают принципиально важным не смешивать эти элементы и наполнить каждый из них обособленным содержанием во избежание перекосов бремени доказывания в результате придания судами значения только одному элементу и нивелированию других.

Полагаем, что целесообразно обозначить вектор развития регулирования корпоративных отношений в части ответственности руководителя следующим образом. Следует определить позитивное содержание добросовестности руководителя и привести в соответствие с ним признаки нарушения данной обязанности, уделив особое внимание проблеме установления достаточности принимаемых мер для совершения сделки от имени компании в соответствии с ее действительными интересами, нормативно проработать вопрос исключения формального подхода руководителя к принимаемым решениям, определить пределы полагания на мнение нижестоящих структурных подразделений. Также важно установить границы ответственности при коллегиальном принятии решения, различая недобросовестное и неразумное поведение каждого из участвовавших лиц. Наконец, значительным прогрессивным шагом должно стать обособление понятия вины и выработка содержательных критериев невиновности, на которые мог бы ссылаться руководитель при доказанности фактически выступающей при разрешении споров на первый план причинной связи с наступившими последствиями.

Формирование согласованного эталонного подхода позволит снизить риски произвольной квалификации при неполноценном исследовании состава правонарушения и обеспечить стабильность понимания состава доказывания как участниками спора, так и судами.



Список источников

1. Бойко Т.С. Ответственность членов органов управления юридических лиц. Комментарий к отдельным положениям проекта Постановления Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» // Закон. 2013. № 6. С. 83–92.
2. Борисенко Д.Р., Терещенко Т.А. Трехступенчатый тест для оценки обоснованности привлечения к субсидиарной ответственности в банкротном споре // Арбитражные споры. 2022. № 1. С. 67–76.
3. Гутников О.В. Корпоративная ответственность в гражданском праве. М.: Контракт, 2019. 488 с.
4. Долинская В.В. Проблемы понятийного аппарата в законодательстве о несостоятельности (банкротстве): размышления о главе III.2 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. № 7. С. 9–15.
5. Карелина С.А. Механизм привлечения к субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц в процессе несостоятельности: современные тренды // Вестник арбитражной практики. 2022. № 2. С. 3–17.
6. Корпоративное право: актуальные проблемы / под ред. Д.В. Ломакина. М.: Инфотропик Медиа, 2015. 256 с.
7. Кривцун Е.П. Возможность воздействия на деятельность и решения юридического лица как основание признания особого правового статуса в процеду-

рах несостоятельности (банкротства): общеправовой анализ // Вестник арбитражной практики. 2021. № 6. С. 22–33.

8. Лукьяненко М.Ф. Оценочные понятия гражданского права: разумность, добросовестность, существенность. М.: Статут, 2010. 421 с.

9. Маковская А.А. Основание и размер ответственности руководителей акционерного общества за причиненные обществу убытки. // Убытки и практика их возмещения: Сб. ст. / отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2006. С. 329–371.

10. Текутьев Д.И. Правовой механизм повышения эффективности деятельности членов органов управления корпорации. М.: Статут, 2017. 176 с.

11. Филипенко Н.В. Внебанкротная субсидиарная ответственность лиц, контролировавших общество с ограниченной ответственностью // Арбитражные споры. 2023. № 1. С. 38–69.

12. Филиппова Е.В. Гражданско-правовая ответственность членов совета директоров акционерного общества: автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2014. 26 с.

13. Чупрунов И.С. Влияние одобрения акционеров на ответственность директора перед корпорацией. Развернутый комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 17.09.2019 № 305-ЭС19-8975 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 7. С. 112–167

14. Шиткина И.С. Исполнительные органы хозяйственного общества: монография. Москва: Статут, 2022. 316 с.

15. Шмарко И.К. Казнить нельзя и помиловать тоже // Закон. 2021. № 11. С. 87–94.



References

1. Boyko T.S. (2013) Responsibility of members of governance bodies of legal entities. Commentary on draft of resolution of Plenum of Supreme Arbitration Court “On compensation of losses by the members of bodies of a legal entity”. *Zakon=Law*, no. 6, pp. 83–92 (in Russ.)

2. Borisenko D.R., Tereshchenko T.A. (2022) Three-stage test for assessment of reasonableness of bringing to subsidiary liability in insolvency case. *Arbitrazhnye spory=Arbitration Disputes*, no. 1, pp. 67–76 (in Russ.)

3. Dolinskaya V.V. (2018) Conceptual construct in insolvency (bankruptcy) legislation: reflections on Chapter III.2 of the Federal Law On Insolvency (Bankruptcy). *Zakony Rossii=Russian Laws*, no. 7, pp. 9–15 (in Russ.)

4. Filipenko N.V. (2023) Non-bankruptcy subsidiary liability of the controlling persons of LLC. *Arbitrazhnye spory*, no. 1, pp. 38–69 (in Russ.)

5. Filippova E.V. (2014) Civil liability of members of board of directors of a joint-stock company. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 26 p. (in Russ.)

6. Gutnikov O.V. (2019) *Corporate liability in civil law*. Moscow: Kontrakt, 488 p. (in Russ.)

7. Karelina S.A. (2022) Mechanism of bringing of a controlling person to subsidiary liability in the insolvency process: modern trends. *Vestnik arbitrazhnoy praktiki=Bulletin of Arbitration Practice*, no. 2, pp. 3–17 (in Russ.)

8. Krivtsun E.P. (2021) The possibility of influencing activities and decisions of a legal entity as a basis for recognizing a special legal status in insolvency (bankruptcy) procedures: general legal analysis. *Vestnik arbitrazhnoy praktiki=Bulletin of Arbitration Practice*, no. 6, pp. 22–33 (in Russ.)

9. Lomakin D.V. (2015) Corporate law: modern issues. Moscow: Infotropik Media, 256 p. (in Russ.)
 10. Luk'yanenko M.F. (2010) *Estimated concepts of civil law: reasonableness, conscientiousness, materiality*. Moscow: Statut, 421 p. (in Russ.)
 11. Makovskaya A.A. (2006) Grounds and amount of liability of directors of the joint-stock company for the losses caused to the company. In: Losses and practice of their compensation. M.A. Rozhkova (ed.). Moscow: Statut, pp. 329–371 (in Russ.)
 12. Shitkina I.S. (2022) *Executive bodies of a corporation*. Moscow: Statut, 316 p. (in Russ.)
 13. Shmarko I.K. (2021) No execute, no pardon. *Zakon=Law*, no. 11, pp. 87–94 (in Russ.)
 14. Tchuprunov I.S. (2020) The impact of shareholder approval on a director's liability to the corporation. Detailed commentary on the Determination of the Judicial Collegium for Economic Disputes of the Supreme Court of September 17, 2019 No 305-ES19-8975. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiyskoy Federatsii*=Bulletin of Economic Justice of Russia, no. 7, pp. 112–167 (in Russ.)
 15. Tekut'ev D.I. (2017) *Legal mechanism for increasing efficiency of activities of corporate governing bodies*. Moscow: Statut, 176 p. (in Russ.)
-

Информация об авторах:

Ю.Д. Жукова — кандидат юридических наук, доцент.

А.С. Подмаркова — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the authors:

Yu.D. Zhukova –Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

A.S. Podmarkova — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 27.07.2023; одобрена после рецензирования 11.09.2023; принята к публикации 10.10.2023.

The article was submitted to the editorial office 27.07.2023; approved after reviewing 11.09.2023; accepted for publication 10.10.2023.

Научная статья

УДК 340.112

DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.233.258

Смена застройщика проблемного объекта: анализ правового регулирувания



Дмитрий Валерьевич Зыков

Волгоградский государственный университет, Россия 400062, Волгоград,
Университетский пр-т, 100, zyk9@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0002-5544-5459>



Аннотация

Механизм передачи прав и обязанностей первоначального застройщика проблемного объекта новому застройщику не урегулирован на законодательном уровне. Перемена застройщика в таких случаях осуществляется по общим правилам Гражданского кодекса о перемене лиц в обязательстве. Данная процедура приобретает дополнительную специфику при перемене застройщика путем привлечения частного инвестора-застройщика органами исполнительной власти субъекта федерации через преференции. Последнее стало возможным относительно недавно (после новелл 2014–2015 годов в отечественном земельном законодательстве) и еще недостаточно исследовано в юридической литературе, а также не повсеместно осознано региональными властями и не в полной мере учтено в законодательстве субъектов Российской Федерации. Цель статьи — изучить нововведения федерального законодателя, направленные на исправление ситуации с пострадавшими участниками долевого строительства в контексте реализации правового механизма смены первоначального застройщика проблемного объекта путем привлечения частного инвестора-застройщика. В качестве иллюстрации анализируется процесс смены застройщика на конкретный проблемный объект, расположенный на территории городского округа Волгограда и соответствующее региональное законодательство, принятое во исполнение законодательных инициатив федерального центра. Критериями анализа фактического воздействия правового регулирования являются совокупность признаков концепции «умного регулирования», при которых то или иное правовое регулирование можно считать «умным». Рассмотрение правового регулирования в данном сегменте экономики позволило констатировать положительный характер изменений в законодатель-

стве, приведших в сравнительно короткие сроки к существенному сдвигу в решении проблемы пострадавших участников долевого строительства. Изучены также проблемы, с которыми сталкивается застройщик-инвестор в виде непреднамеренных отрицательных последствий вступления в права на проблемный объект, фактически тупиковых с точки зрения их разрешения в суде, но имеющие внесудебное правовое решение. При написании исследования использовались методы формальной логики, системно-структурного анализа, контекстного толкования права.



Ключевые слова

банкротство застройщика; долевое строительство; обманутые дольщики; механизмы восстановления и реализации прав; государственно-частное партнерство; преференции; умное регулирование.

Благодарности: Исследование выполнено за счет средств гранта Российского научного фонда № 21-18-00484, <https://rscf.ru/project/21-18-00484/>.

Статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций авторов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ.

Для цитирования: Зыков Д.В. Смена застройщика проблемного объекта: анализ правового регулирования // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2023. Т. 16. № 4. С. 233–258. DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.233.258

Research article

Changing Developer of Problem Object: Analysis of Legal Regulation



Dmitry Valerievich Zikov

Volgograd State University, 100 University Prospect, Volgograd 400062, Russia, zyk9@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0002-5544-5459>



Abstract

The mechanism for transferring the rights and obligations of the original developer of a problem property to a new developer is not regulated at the legislative level. A change of developer in such cases is carried out according to the general rules of the Civil Code of the Russian Federation on changing persons in an obligation. This procedure acquires additional specificity when the developer is changed by attracting a private investor-developer by the executive authorities of a constituent entity of the Russian Federation through preferences. The latter became possible relatively recently, after the novelties of 2014–2015, in the land legislation of Russia and not yet sufficiently researched in the legal literature, and also not universally recognized by regional authorities, and not fully taken into account in the legislation of the constituent entities of the Russian Federation. The purpose of the article is to study the innovations of the federal legislator aimed at

correcting the situation with injured participants in shared construction, in the context of the implementation of the legal mechanism for change of original developer of a problem property by attracting a private investor-developer. As an illustration, process of changing the developer to a specific Problem Object located on the territory of the urban district of Volgograd City and the corresponding regional legislation adopted in pursuance of the legislative initiatives of the federal center. The criteria for analyzing the actual impact of legal regulation are a set of features of the Smart Regulation concept, in the presence of that a particular legal regulation can be considered as “smart” one. Consideration of the current legal regulation in this segment of the economy made it possible to state the positive nature of changes in legislation, which in a relatively short time led to a significant shift in solving the problem of affected participants in shared-equity construction. The problems faced by the developer-investor in the form of unintended negative consequences of taking over the rights to a problematic object, that are actually a dead end from the point of view of their resolution in court, but have an out-of-court legal solution, have also been studied. When writing the study, the following methods were implemented: formal logic, system-structural analysis, interpretation of law.



Keywords

bankruptcy of developer; injured participant in shared construction; restoring rights of defrauded shareholders; restoring rights of deceived equity holders; public-private partnership; preferences; smart regulation.

Acknowledgements: The study is financially supported by the Russian Science Foundation, project № 21-18-00484, <https://rscf.ru/project/21-18-00484/>.

The paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the Higher School of Economics academic publications.

For citation: Zykov D.V. (2023) Changing developer of problem object: analysis of legal regulation. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 16, no. 4, pp. 233–258 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.233.258

Введение

Феномен долевого строительства многогранен. Исследуются тенденции его развития как социального института [Колядин К.С., 2012], история изменений законодательства в этой сфере [Лашманов О.И., 2017, Кульков А.А., Якупова А.А., 2020], схемы финансирования строительства жилья [Куракова О.А., Майоров М.В., 2018] и господдержка данной отрасли [Топал Е.Г., 2017]. Изучается специфика долевого строительства как формы самостоятельного инвестиционного процесса [Кондратьев И.В., 2016] и как формы организации жилищного строительства [Цуканова Е.Ю., Бондаренко А.В., 2018]. Созданы исследования способов защиты прав участников долевого строительства [Кузнецов А.П., 2015]; [Хамов А.Ю., 2019] и в целом проблем правового регулирования складывающихся здесь общественных отношений [Горбунова Е.Н., 2014].

Это далеко не полный перечень аспектов долевого строительства, обращающих на себя внимание ученых. Вместе с тем работ с изучением не только способов защиты прав, но и способов восстановления и реализации имущественных прав участников долевого строительства, в отношении которых обязательства по передаче объектов недвижимости были не исполнены, крайне мало [Гребенюк О.Б., 2012]. Последнее обстоятельство предполагает актуальность темы изучения механизмов и способов такого восстановления и реализации прав.

В 2013 г. Р.П. Федорцова констатировала: «Чаще всего передача объектов незавершенного строительства при участии органов власти происходит по «серым схемам», при этом грубо нарушаются права участников долевого строительства» [Федорцова Р.П., 2013: 30]. В качестве подтверждения автор настоящей статьи приводит множество российских судебных актов. Типичным затруднением при смене застройщика на проблемный объект¹ являлось осуществление перехода права аренды на государственные и муниципальные земельные участки от застройщика-предбанкрота к застройщику-инвестору в форме сделки с признаками оспоримости. Также такое переоформление осуществлялось без стандартного акта приема–передачи, без контрольных обмеров строительных работ, выполненных на передаваемых объектах. Нарушения законодательства имели место и при уступках прав и обязанностей по договорам участия в долевом строительстве, поскольку проводились и регистрировались в органах регистрации прав на недвижимость без согласия на сделку каждого участника долевого строительства. В итоге это давало новому застройщику возможность повторно взимать денежные средства с уже пострадавших участников в полном или частичном объеме. Все это было обусловлено недостаточным регулированием на законодательном уровне федерации и ее субъектов.

¹ Понятие «проблемные объекты» появилось лишь в 2019 году. В п. 1.1. ст. 23.1. Федерального закона от 30.12.2004 № 214-ФЗ (ред. от 04.08.2023) «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты РФ» понятию дано определение: «При этом под проблемными объектами понимаются многоквартирные дома и (или) иные объекты недвижимости, в отношении которых застройщиком более чем на шесть месяцев нарушены сроки завершения строительства (создания) многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости и (или) обязанности по передаче объекта долевого строительства участнику долевого строительства по зарегистрированному договору участия в долевом строительстве либо застройщик признан банкротом и в отношении его открыто конкурсное производство в соответствии с Федеральным законом от 26 октября 2002 года № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», если при банкротстве застройщика применяются правила параграфа 7 главы IX указанного Федерального закона (далее — проблемные объекты)» (далее — Закон № 214-ФЗ) // СПС Консультант-Плюс.

Сегодня можно констатировать иную ситуацию. В попытке исправить критическое положение с обманутыми дольщиками, начатой в 2014–2015 годах реформой земельного законодательства, федеральный законодатель продемонстрировал соответствие своих решений критериям «умного» правового регулирования: достижение большего результата с наименьшими издержками; отказ от централизованного императивного регулирования в пользу саморегулирования и совместного регулирования со стороны общества и государства; предвидение побочных последствий правового воздействия, их заблаговременная минимизация, просчет, компенсация и др. [Давыдова М.Л., 2020: 14–29]; [Слеженков В.В., 2023: 85–93]; [Усенков И.А., 2022: 28–58].

В законодательстве за последние годы предприняты значительные усилия по оптимизации механизма перемены застройщика. Это требует анализа регулирующего воздействия новых нормативных актов, остающихся проблем и рисков. Кроме того, особого внимания заслуживает изучение правового механизма передачи прав и обязанностей первоначального застройщика-предбанкрота новому застройщику-инвестору на проблемный объект при участии органов власти субъекта Российской Федерации.

1. Новеллы законодательства по восстановлению и реализации прав пострадавших участников долевого строительства

Благодаря изменениям и дополнениям в нормативной базе ныне действует четыре работающих способа восстановления и реализации прав обманутых дольщиков. Три из них реализует государственная власть автономно, четвертый реализуется на основе государственно-частного партнерства. Так, в 2017 году создана Федеральная публично-правовая компания «Фонд развития территорий»², в том числе с целью содействия защите и восстановлению прав обманутых дольщиков (далее — Фонд). В качестве средств восстановления и реализации прав в ст. 13 и 13.3 Закона № 218-ФЗ предусмотрены два полномочия Фонда на принятие решения: о выплате компенсации участникам, права которых нарушены в случае нецелесообразности финансирования завершения строительства; о завершении строительства проблемного объекта в случае целесообразности такого финансирования.

² См.: Федеральный закон от 29.07.2017 № 218-ФЗ «О публично-правовой компании «Фонд развития территорий и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — Закон № 218-ФЗ) // СПС КонсультантПлюс.

Статья 21.1 Закона № 214-ФЗ устанавливает, что Российская Федерация возлагает на субъекты федерации обязанность создать в соответствии с нормативным актом субъекта соответствующий фонд в целях в том числе содействия восстановлению и реализации прав обманутых дольщиков. Таким образом, вводится еще один способ защиты обманутых дольщиков — восстановление и реализация их прав за счет средств и имущества регионов.

Четвертым законодательно доступным и проработанным способом восстановления и реализации прав обманутых дольщиков является привлечение частного инвестора для завершения строительства проблемного объекта. Привлечение частного инвестора предполагает заинтересованность региональных властей. Для этого на федеральном законодательном уровне были расширены полномочия органов исполнительной власти регионов по распоряжению земельными участками под проблемными объектами и по распоряжению земельными участками в качестве преференций застройщикам, достроившим проблемный объект за свой счет. Правительство России и региональные власти для «раскручивания» четвертого механизма разработали и иные меры государственной поддержки³.

Согласно данным сайта «наш.дом.рф», доля принятия решений Фондом о завершении строительства составляет 27,5%, доля компенсаций Фондом — 2,3%, доля восстановления прав за счет собственных средств или имущества регионов — 10,5%, доля привлечения частного инвестора субъектами — 30,2% от общего числа домов на 17.01.2023⁴. Как видно, доля привлечения инвестора довольно высока. Однако так было не всегда. Многие регионы воспользовались новыми возможностями, благода-

³ К иным мерам поддержки инвесторов относятся, в частности, установление критериев для застройщика, при соответствии которым он получает право на прямое привлечение средств дольщиков без использования счетов эскроу; установление льготного размера платы за аренду земельного участка, на котором достраивается проблемный объект; финансирование затрат застройщика-инвестора на подключение (технологическое присоединение) проблемного дома к инженерно-техническим сетям (в разных регионах эта сумма доходит до 10% стоимости проекта); приобретение специализированной региональной организацией прав на жилые помещения в проблемном объекте с целью увеличения оборотных средств застройщика-инвестора. См., например: Закон Волгоградской области от 26.11.2018 № 123-ОД «О мерах по защите прав пострадавших участников строительства многоквартирных домов на территории Волгоградской области» (с изменениями и дополнениями); Закон Ленинградской области от 21.12.2015 № 130-оз «О поддержке пострадавших участников долевого строительства многоквартирных домов, расположенных на территории Ленинградской области (Принят Законодательным собранием Ленинградской области 07.12.2015) (с изменениями и дополнениями)» // СПС Гарант.

⁴ Available at: URL: <https://наш.дом.рф/сервисы/каталог-новостроек/список-проблемных-объектов?objectIds=46986%2C47887%2C55079> (дата обращения: 17.01.2023)

ря чему и получен такой процент, другие в этом вопросе «пробуксовывают». Данные сайта не позволяют понять, в каких регионах подобный способ преобладает, а в каких не используется до сих пор. Также на сайте нет данных за прошлые временные отрезки, а присутствуют только текущие. Автор данной статьи начал отслеживать динамику с июня 2022 года, когда доля привлечения инвестора составляла 22,2%. Поэтому судить, в каких регионах способ привлечения частного инвестора практикуется, а в каких нет, можно только по их законодательству. В некоторых регионах законодательная база по привлечению инвестора либо воспроизведена, организована и конкретизирована недостаточно с точки зрения местных условий, либо появилась с серьезным опозданием. Это негативно отражается на динамике завершенных строительством проблемных объектов за счет средств частного инвестора в сравнении с ведущими регионами.

2. Реформы земельного законодательства 2014–2015 гг. и решение проблемы обманутых дольщиков

01.03.2015 вступила в действие⁵ в том числе норма п. 3 ч. 2 ст. 39.6 Земельного кодекса Российской Федерации (далее — ЗК РФ; ЗК), позволяющая регионам в соответствии с распоряжением высшего должностного лица субъекта предоставлять земельные участки юридическим лицам без торгов для размещения объектов социально-культурного и коммунально-бытового назначения, реализации масштабных инвестиционных проектов при условии соответствия критериям, определенным региональными законами. Тем самым регионы и их муниципальные образования были обеспечены серьезными экономическими и правовыми средствами стимулирования частных хозяйствующих субъектов-застройщиков. У застройщиков появился смысл брать на себя риски достройки проблемных объектов за свой счет — по результатам достройки проблемного объекта застройщик получает преференцию в виде земельного участка (или нескольких земельных участков по его выбору⁶) в аренду без торгов для дальнейшей реализации масштабных проектов строительства, что является существенным конкурентным преимуществом.

⁵ П. 1 ст. 35 Федерального закона от 23.06.2014 № 171-ФЗ «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (с изменениями и дополнениями) (далее — Закон № 171-ФЗ) // СПС Гарант.

⁶ Земельных участков может быть несколько, стоимостью в размере инвестированной застройщиком суммы денежных средств в проблемный объект.

До этого события согласно п. 21 ст. 3 Федерального закона от 25.10.2001 № 137-ФЗ (ред. 12.12.2011) «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации»⁷ (далее – Закон № 137-ФЗ) права на земельный участок, находящийся в государственной или муниципальной собственности, разрешалось приобретать без торгов только собственнику объекта незавершенного строительства, право собственности на который возникло до 01.01.2012. Наряду с этим ст. 36 ЗК РФ (утратила силу с 01.03.2015)⁸ позволяла приобретать права на государственную или муниципальную землю владельцам зданий, строений, сооружений, расположенных на таких земельных участках в установленном ЗК порядке. Понятия «объект незавершенного строительства», «здание», «строение», «сооружение» по мысли законодателя разграничивались, поскольку порядок передачи прав аренды на земельный участок без торгов при наличии прав на объект незавершенного строительства фигурировал только в п. 21 ст. 3 Закона № 137-ФЗ. Негибкий подход законодателя приводил к путанице в правоприменительной деятельности территориальных подразделений федеральной службы регистрации прав на недвижимость, иных федеральных служб, региональных и местных администраций, юридических лиц и т.д. Наиболее «отчаянные» власти регионов находили выход из ситуации заключением оспоримых сделок аренды, другие оставались в тупике.

Из принципиальной мысли законодателя получалось, что для достройки проблемного объекта требовалось, чтобы застройщик-предбанкрот передал объект незавершенного строительства в собственность новому застройщику-инвестору по договору купли-продажи или иным не запрещенным способом. Дальше, естественно, возникали противоречия с правами на землю под купленным проблемным объектом. По смыслу п. 21. ст. 3 Закона № 137-ФЗ (в ред. до 01.03.2015) получалось, что, если предыдущий застройщик вступил в права на объект незавершенного строительства до 01.01.2012, то новый приобретатель объекта имеет право приобрести земельный участок, находящийся в государственной или муниципальной собственности, в собственность или аренду без торгов в порядке ст. 36 ЗК (утратила силу с 01.03.2015). Ст. 36 ЗК определяла порядок для приобретения государственных или муниципальных земельных участков, на которых расположены здания, строения, сооружения, принадлежащие приобретателю земельного участка, в собственность или аренду.

Если же продавец вступил в права на объект после 01.01.2012, то новый застройщик, несмотря на приобретение проблемного объекта, дол-

⁷ СПС Гарант.

⁸ П. 20 ст. 1 Закона N 171-ФЗ // СПС Гарант.

жен был (по противоречивому замыслу законодателя) земельный участок приобретать на торгах. Это соответствовало требованиям п. 21 ст. 3 Закона № 137-ФЗ (в ред. до 01.03.2015), но «противоречило» пониманию этого пункта региональными властями в его соотношении со ст. 35 и 36 ЗК РФ. Статья 35 ЗК гласила, что при переходе права собственности на здание, строение, сооружение, находящиеся на чужом участке, к другому лицу оно приобретает право на использование соответствующей части земли на тех же условиях, что и прежний собственник здания, строения, сооружения. Расширительно толкуя норму данной статьи, региональные власти использовали ее как основание своих действий. Поскольку под строением законодатель не имел ввиду объект незавершенного строительства (которым является и проблемный объект, а на практике под строением понимался в том числе объект незавершенного строительства), постольку именно слово «строение» в новой редакции ст. 35 ЗК исчезло, а п. 9 ст. 39.6 ЗК⁹ также упоминает только здания (помещения) и сооружения.

До новой редакции ст. 35 ЗК и п. 21 ст. 3 Закона № 137-ФЗ регионы заключали (если заключали) с собственниками объектов незавершенного строительства (застройщиками проблемных объектов), вступившими в права на объект после 01.01.2012 года, оспоримые договоры аренды земли без проведения торгов, вынужденно прикрываясь пониманием ст. 35, 36 ЗК так как будто понятия «объект незавершенного строительства» и «строение» — это синонимы.

На вопрос, почему законодатель настоял на жестком разграничении понятий «строение» и «объект незавершенного строительства», ответ очевиден: чтобы контролировать использование земли и пресечения мошеннических схем обращения ее в собственность или приобретения в аренду, использование не по назначению и т.п. Побочным продуктом такой идеи явились негативные последствия для судьбы проблемных объектов, поскольку их приобретению новым застройщиком способствовало, в том числе несовершенное законодательство.

Новая редакция п. 21 ст. 3 Закона № 137-ФЗ и исчезновение из ст. 35 ЗК слова «строение» позволили приобретать земельный участок, находящийся в государственной или муниципальной собственности, под находящимся на нем проблемным объектом в собственность или аренду без торгов не только если право собственности на указанный объект зарегистрировано до 01.03.2015, но и в качестве альтернативы, если

⁹ Новелла ст. 39.6 ЗК РФ определяет случаи предоставления земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, в аренду на торгах и без проведения торгов // СПС КонсультантПлюс.

право аренды такого земельного участка предоставлено предыдущему владельцу объекта до 01.03.2015. Тем самым ситуация получила однозначное разрешение.

После данных новелл 01.03.2015 был запущен процесс законодательной работы на федеральном и региональном уровне. Последовали уточняющие, конкретизирующие нормативные акты федерации и тех субъектов, в которых проблема обманутых дольщиков была и все еще остается острой. Рассмотрим три показательных примера.

Первоначально Закон Волгоградской области от 30.06.2015 № 85-ОД (ред. 28.06.2017) «Об установлении критериев, которым должны соответствовать объекты социально-культурного и коммунально-бытового назначения, масштабные инвестиционные проекты, для размещения (реализации) которых земельные участки предоставляются в аренду без проведения торгов»¹⁰ (далее — Закон № 85-ОД) не содержал такого критерия, как завершение строительства проблемного объекта. Это не удивительно, поскольку Волгоградская область не входила даже в топ-20 регионов с такой проблемой. Тем не менее соответствующие дополнения п. 12 ч. 2 ст. 4 и п. 15 ч. 4 ст. 4 Закона № 85-ОД последовали в октябре 2017 г.¹¹ Смысл этих нововведений состоял в том, что теперь земельные участки предоставляются юридическим лицам в качестве преференций в аренду без торгов, в том числе при условии завершения строительства таким юридическим лицом не менее чем одного проблемного дома и передачи квартир участникам, чьи денежные средства были привлечены и чьи права нарушены.

В Ростовской области был принят аналогичный Закон 25.02.2015 г. (т.е. даже с опережением) и он вступил в силу с 01.03.2015 г.¹² Область еще в июне 2022 года была на 15-м месте по количеству проблемных объектов, т.е. проблема была очень серьезной. Тем не менее в Законе соответствующий критерий появился только в августе 2018 г.¹³ Аналогичные законы

¹⁰ СПС Гарант.

¹¹ Закон Волгоградской области от 26.10.2017 № 92-ОД «О внесении изменений в статью 4 Закона Волгоградской области от 30.06.2015 № 85-ОД // СПС Гарант.

¹² Областной закон Ростовской области от 25.02.2015 № 312-ЗС «О критериях, которым должны соответствовать объекты социально-культурного и коммунально-бытового назначения, масштабные инвестиционные проекты, в целях предоставления земельных участков в аренду без проведения торгов» (далее — Областной закон № 312-ЗС) // СПС Гарант.

¹³ П. «б» ч. 1 ст. 7 Областного закона № 312-ЗС был отредактирован надлежащим образом Областным законом Ростовской области от 02.08.2018 № 1433-ЗС «О внесении изменений в статью 4 Областного закона «О критериях, которым должны соответствовать объекты социально-культурного и коммунально-бытового назначения, масштабные инвестиционные проекты, в целях предоставления земельных участков в аренду без проведения торгов» // СПС Гарант.

приняты в большинстве регионов с проблемными объектами за редким исключением. В период с июня 2022 по январь 2023 гг. автором отслежена ситуация по регионам, которые соответствующий закон приняли, что позволило выявить динамику уменьшения количества проблемных объектов: Ростовская область — с 61 до 24; Волгоградская область — с 10 до 2; Новосибирская область — с 75 до 41 и т. д.¹⁴ И это всего за полгода!

Напротив, в Ставропольском крае закон о критериях отсутствует. Законом Ставропольского края от 20.07.2020 № 84-кз «О внесении изменений в статью 21 Закона Ставропольского края «О некоторых вопросах регулирования земельных отношений» (т.е. только в 2020 г.!) в ст. 21 Закона Ставропольского края от 09.04.2015 № 36-кз «О некоторых вопросах регулирования земельных отношений» (далее — Закон № 36-кз)¹⁵ введен п. 1.1. В нем речь идет о праве губернатора предоставлять юридическим лицам земельные участки в аренду без торгов под строительство объектов социально-культурного, коммунально-бытового назначения или реализацию масштабного инвестиционного проекта. О критериях (условиях), которые должны исполняться юридическими лицами, чтобы получать такие земельные участки без торгов, сказано в п. 1 и 2 ч. 1 ст. 21 Закона № 36-кз. Но в этих пунктах мы не находим искомого критерия «завершение строительства не менее одного проблемного объекта»! Не удивительно, что динамика завершения строительства проблемных объектов за тот же период в крае низкая — с 40 до 34. Механизм привлечения частного инвестора для целей завершения строительства проблемных домов в Ставропольском крае не работает, поскольку в законодательстве нет необходимого критерия.

Конечно, мы не видим, какую долю в сокращении количества проблемных объектов по регионам составляет именно такой способ, как привлечение частного инвестора. Однако, как упоминалось выше, доля использования данного способа восстановления прав выше доли использования других способов. К тому же очевидна связь между положительной динамикой уменьшения количества проблемных объектов в регионах и наличием в их законодательстве критерия в виде «завершения строительства не менее одного проблемного объекта». В целом по стране динамика сокращения количества проблемных домов положительная. С июня 2022 до января 2023 гг. их количество уменьшилось с 1983 до 1174¹⁶.

¹⁴ Available at: URL: <https://наш.дом.рф/сервисы/каталог-новостроек/список-проблемных-объектов?objectIds=46986%2C47887%2C55079> (дата обращения: 17.01.2023)

¹⁵ СПС Гарант.

¹⁶ Available at: URL: <https://наш.дом.рф/сервисы/каталог-новостроек/список-проблемных-объектов?objectIds=46986%2C47887%2C55079> (дата обращения: 17.01.2023)

3. Три способа приобретения прав на проблемный объект

Первый способ — покупка проблемного объекта инвестором у застройщика небанкрота, но близкого к несостоятельности, или покупка по иным причинам. Обычная купля-продажа проблемного объекта встречается не часто по правовым, экономическим и психологическим соображениям¹⁷.

Второй способ — тоже купля-продажа, но в рамках дела о персональном банкротстве застройщика, когда проблемный объект находится в конкурсной массе. Усугубляют ситуацию требования к порядку такого приобретения, установленные в ст. 201.15-1 («Особенности урегулирования обязательств застройщика перед участниками строительства») Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон № 127-ФЗ)¹⁸.

Третий способ можно вывести посредством творческого анализа с помощью договорных конструкций в нынешних правовых реалиях. Казалось бы, Закон № 214-ФЗ должен содержать положения о смене застройщика, однако он устанавливает в ст. 11 только порядок уступки участником долевого строительства права требования по договору долевого участия в строительстве¹⁹. Процедура перемены застройщика дан-

¹⁷ Мало кто из бизнесменов при прочих равных условиях возьмется покупать проблемный объект, к примеру, с 3% готовностью и 162 обманутыми дольщиками при разmere дефицита денежных средств, образующегося при завершении строительства проблемного объекта в 225 млн. руб. (в ценах 2017 года), поскольку инвестиции не только не принесут прибыли, но и не покроют расходов.

¹⁸ СПС КонсультантПлюс. Под урегулированием обязательств застройщика-банкрота в данной норме понимается интерес инвестора в приобретении проблемного объекта. Согласно п. 6 ст. 201.15-1 Закона № 127-ФЗ, лицо, желающее приобрести недвижимое имущество застройщика-банкрота и исполнить его обязательства перед обманутыми дольщиками, должно подать заявку о своем намерении в арбитражный суд, рассматривающий дело о банкротстве, конкурсному управляющему и в уполномоченный орган по государственному регулированию в области долевого строительства. К заявке в соответствии с п. 7 ст. 201.15-1 Закона № 127-ФЗ нужно приложить документы, подтверждающие соответствие инвестора требованиям, установленным Законом № 214-ФЗ и способность финансировать завершение строительства проблемного объекта (сведения о собственных средствах и обоснование размеров средств, необходимых для достройки объекта). Арбитражный суд по результатам рассмотрения заявления вправе вынести определение как об удовлетворении, так и об отказе в удовлетворении заявки (п. 11 ст. 201.15-1 Закона № 127-ФЗ). Фактически здесь идет речь о доказывании состоятельности нового инвестора в рамках дела о несостоятельности лица, которое он хочет заместить. Данный способ покупки проблемного объекта в рамках дела о банкротстве наиболее популярен у Фонда, но не у частных инвесторов.

¹⁹ СПС КонсультантПлюс.

ным федеральным законом не регламентирована, он не предусматривает каких-либо случаев универсального правопреемства в отношении застройщика в обязательствах, вытекающих из договоров долевого участия. Поскольку застройщик является стороной договора долевого участия в строительстве, постольку ничего не остается, кроме как руководствоваться общими положениями гл. 24 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ; ГК) «Перемена лиц в обязательстве»²⁰.

Согласно нормам данной главы ГК РФ, когда первоначальный застройщик передает полностью или частично свои права и обязанности другому лицу, перемена лиц в обязательстве охватывает как переход прав кредитора к другому лицу, так и перевод долга. По п. 1 ст. 382 ГК право (требование), принадлежащее на основании обязательства кредитору, может быть передано им другому лицу по сделке (уступка требования) или перейти к другому лицу на основании закона. Статья 391 ГК, в свою очередь, допускает перевод своего долга на другое лицо только с согласия кредитора. Далее, как следует из положений п. 2 ст. 391, допускающего перевод должником своего долга на другое лицо лишь с согласия кредитора, замена застройщика как должника предполагает согласие кредиторов, которыми в данном случае выступают участники долевого строительства.

Механизм такого перехода прав и обязанностей, а также получения согласия участников долевого участия законодательством не определен. Судебная практика идет по следующему пути. В решении Арбитражного суда Волгоградской области от 24.12.2018 по делу № А12-31031/2018 находим: «Актом надлежащего выражения и оформления согласия участника долевого строительства (кредитора) на перевод долга и признания сделки по переводу долга застройщика может выступать только индивидуальный договор смены застройщика, заключаемый в соответствии с общим договором уступки прав и обязанностей застройщика»²¹. Таким образом, обязанность по передаче участнику долевого строительства объекта долевого строительства возникает у нового застройщика с момента заключения и государственной регистрации индивидуального договора о смене застройщика конкретно по каждому договору долевого участия, заключенному между дольщиком и первоначальным застройщиком.

Перемена лиц происходит не только между первоначальным застройщиком, новым застройщиком и каждым обманутым дольщиком отдельно. Перемена лиц в обязательстве происходит и между первоначальным и новым застройщиком по общему договору уступки прав и обязанностей, а, главное, при участии в соглашении административных органов,

²⁰ СПС КонсультантПлюс.

²¹ Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/> (дата обращения: 17.01.2023)

берущих на себя обязательства по предоставлению преференций новому инвестору по завершению строительства проблемного объекта.

4. Правовой механизм смены застройщика-предбанкрота путем привлечения застройщика-инвестора

Указанный правовой механизм осуществляется через заключение соглашения о намерении завершить строительство проблемного объекта между органами исполнительной власти субъекта РФ и муниципалитетов, инвестором, предбанкротом, и учредителями предбанкрота (далее — Соглашение о намерении). Согласно Соглашению о намерении, на место застройщика-предбанкрота заступает новый застройщик-инвестор, выразивший намерение осуществить мероприятия по строительству Проблемного объекта и заключению с лицами, заключившими и исполнившими надлежащим образом договоры участия в долевом строительстве многоквартирного дома (далее — МКД), индивидуальных соглашений. Предметом последних является завершение строительства многоквартирного дома и передача указанным лицам по завершении строительства их квартир.

Соглашение о намерении по своей правовой квалификации — это предварительный смешанный договор уступки прав и обязанностей с отлагательным условием (в виде преференций за достройку проблемного объекта за счет инвестора), реализующемся уже по основному договору (соглашению о реализации инвестиционного проекта). Предметом Соглашения о намерении в нашем случае являлось: завершение Инвестором строительства и ввод Проблемного объекта в эксплуатацию, передача обманутым дольщикам их квартир; обязательство Облстройнадзора, Облкомимущества, Администрации Волгограда заключить с Инвестором в соответствии с ч. 15 ст. 4 Закона № 85-ОД соглашение о предоставлении земельных участков без торгов в аренду; 3) определение условий основного соглашения²². Это первый этап (декабрь 2017 г.)²³.

²² Соглашение о реализации инвестиционного проекта по строительству объектов капитального строительства на предоставленном земельном участке в качестве преференции на территории Волгоградской области заключается в соответствии с Постановлением Администрации Волгоградской области от 09.07.2015 №365-п «О порядке подготовки Распоряжения Губернатора Волгоградской области о возможности предоставления юридическим лицам земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, в аренду без проведения торгов для размещения объектов социально-культурного и коммунально-бытового назначения, реализации масштабных инвестиционных проектов» (далее — Постановление №365-п) // СПС Гарант.

²³ В нашем случае первоначальный застройщик был признан банкротом Решением Арбитражного суда Волгоградской области от 19.09.2018 по делу № А12-43841/2017 спу-

При передаче права аренды на земельный участок возникала следующая проблема. Право собственности на объект незавершенного строительства у Предбанкрота не было зарегистрировано в установленном законом порядке. Право аренды земли предоставлено в 2008 г. и тогда же зарегистрировано. Расторгнуть договор аренды земли по соглашению сторон и предоставить право аренды земли Инвестору было невозможно по нескольким причинам.

Во-первых, данный земельный участок — серьезный актив, размер и планировка которого позволяли в будущем не только достроить Проблемный объект за свой счет (заодно изменив его проектные параметры в сторону увеличения количества этажей и, соответственно, квартир), но и построить рядом еще один 21-этажный МКД. Потеря такого актива могла привести к признанию сделки недействительной конкурсным управляющим Предбанкрота в силу ее подозрительности (неравноценного встречного исполнения другой стороной), особенно учитывая, что на нем находился недострой, пусть и готовностью только в 3%²⁴.

Во-вторых, на каком основании предоставлять землю Инвестору после расторжения договора аренды? Подпункт 3.1 п. 2 ст. 39.6 ЗК тогда еще не вступил в силу²⁵. Отчуждать в пользу Инвестора данный недострой и землю было опасно по тем же причинам возможной оспоримости сделки. К тому же тогда это была бы обычная купля-продажа, и отпадали вопросы об участии административных органов в поддержке проекта и о последующих преференциях за завершение строительства. Во всей этой большой сделке в качестве стороны должны были участвовать органы государственной и муниципальной власти для общей связанности договором, распределения прав и обязанностей. Это, собственно, исклю-

стя 9 месяцев после вступления в правоотношения Инвестора. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/> (дата обращения: 17.01.2023)

²⁴ См.: Глава III.1. Оспаривание сделок должника Закона № 127-ФЗ // СПС Гарант.

²⁵ Отдельно вопрос предоставления без торгов земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, под проблемными объектами для завершения их строительства, законодатель «урегулировал» в июле 2018 года, введением подп. 3.1. п. 2 ст. 39.6 ЗК (см.: ст. 2 Федерального закона от 1 июля 2018 № 175-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (с изменениями и дополнениями) (далее — Закон № 175-ФЗ) // СПС Гарант). Думается, что данная новелла носит экспериментальный характер и не зря не применяется с 1 января 2024 г. (см.: п. 3 ст. 8 Закона № 175-ФЗ // СПС Гарант), поскольку трудно представить ситуации, при которых исчезают права аренды на землю предыдущего владельца, и участок, на котором расположен проблемный объект, предоставляется как будто впервые. Вероятнее всего, вводя данный пункт, законодатель пытался выявить на практике такие ситуации, когда бы мог применяться данный пункт.

чалось простой уступкой права аренды земельного участка и продажей объекта.

Выходом из ситуации стала следующая идея, возможная благодаря новой редакции п. 21 ст. 3 Закона №137-ФЗ. Инвестор и Предбанкрот заключают договор субаренды земельного участка с согласия арендодателя — Администрации Волгограда (чем выполняется требование о том, что земельный участок предоставлен до 01.03.2015). Далее Администрацией Волгограда дает разрешение на строительство МКД с прежними проектными характеристиками Инвестору (фикция — как будто 3%-ого недостроя еще не существовало, и его построил Инвестор). Затем Инвестор-регистрирует право собственности на данный объект незавершенного строительства на основании двух документов — договора субаренды земельного участка и разрешения на строительство.

В этом проявилась устойчивая привычка региональных властей мыслить об объектах незавершенного строительства как о строениях, и применять к ним по аналогии ст. 39.20 ЗК о зданиях и сооружениях²⁶ подобно тому, как раньше для этих целей они применяли «свое» толкование ст. 35 ЗК (чтобы, так сказать, крепче была позиция в суде, в случае чего!). Но такое истолкование норм в прошлом оказалось верным в настоящем, и законодатель фактически исправил свои ошибки, приняв новую редакцию п. 21 ст. 3 Закона № 137-ФЗ. По смыслу прежней и новой редакций данной нормы лицо, претендующее на приобретение такого земельного участка, должно быть фактическим собственником объекта незавершенного строительства, даже если его право не зарегистрировано в Едином государственном реестре недвижимости (далее — ЕГРН).

В марте 2018 г. между Комитетом по управлению государственным имуществом Волгоградской области и Инвестором на основании п. 21 ст. 3 Закона № 137-ФЗ, «с учетом записи о праве собственности на объект незавершенного строительства Инвестора», договора аренды земли с прежним застройщиком-предбанкротом от 2008 года и заявления Инвестора был заключен договор аренды земельного участка без торгов под Проблемным объектом. После этого Инвестор осуществил демонтаж 3%-го объекта незавершенного строительства, что он и так обязан был сделать в силу п. 15 ч. 4 ст. 4 Закона № 85-ОД²⁷ (и в силу использования иной технологии строительства нового МКД), а затем уже начал строительство нового МКД по новому разрешению на строительства.

²⁶ П. 1 ст. 39.20. ЗК РФ устанавливает: «Если иное не установлено настоящей статьей или другим федеральным законом, исключительное право на приобретение земельных участков в собственность или в аренду имеют граждане, юридические лица, являющиеся собственниками зданий, сооружений, расположенных на таких земельных участках» // СПС Гарант.

²⁷ СПС Гарант.

У конкурсного управляющего Банкрота впоследствии оставалось мало шансов по признанию сделки недействительной, поскольку, по сути, ее не было, если, конечно, не считать договор субаренды земли той сделкой, в результате которой конкурсная масса была уменьшена. Отстаивать недействительность такой сделки было бы трудно, ведь конкурсная масса заранее освобождалась от требований кредиторов на 225 млн. руб. только основного долга помимо неустоек, штрафов, процентов за пользование чужими денежными средствами и судебных расходов. В результате по согласованию с арбитражным судом конкурсный управляющий Банкрота соответствующий иск не подал.

МКД был построен в означенные сроки, найдены все обманутые дольщики, с ними заключены индивидуальные соглашения, им переданы квартиры. С учетом реализации Соглашения о намерении и в соответствии с ч. 15 ст. 4 Закона № 85-ОД²⁸ в июне 2019 г. Облстройнадзор, Облкомимущество, Администрация Волгограда и Инвестор заключили Соглашение о реализации инвестиционного проекта по строительству объектов капитального строительства. Это — второй этап.

5. Непреднамеренные (побочные) последствия вступления Инвестора в права на Проблемный объект

Нельзя сказать, что Инвестор не знал, что записи о правах на объекты долевого строительства в Проблемном объекте не ограничиваются установленным количеством прав обманутых дольщиков. Количество прав необманутых дольщиков физических лиц, а также аффилированных юридических лиц, на которые были также зарегистрированы права требования на множество объектов долевого строительства, тоже являлось или должно было являться установленным. Последствия наличия таких «прав» известны, как правило, ориентировочно, что зависит, в том числе от качества активности по передаче необходимых документов учредителями Предбанкрота Инвестору, достоверности сведений из ЕГРН и т.д. Поэтому адекватно оценить заранее масштаб бедствия и степень затрудненности судебной перспективы, а также сроки освобождения от таких прав не всегда получается.

Расклад по количеству, составу, минимизации и компенсации последствий был следующим. 11 объектов долевого строительства числились за физическими лицами с индивидуальной историей. Трое из них не уплатили или не доплатили цену за свои объекты. Такая ситуация возможна, поскольку согласно п. 3 ст. 5 Закона № 214-ФЗ²⁹ оплата про-

²⁸ СПС Гарант.

²⁹ СПС Гарант.

изводится после государственной регистрации договора участия. Один участник, так и не уплатив первоначальный взнос, полагавшийся первоначальному застройщику, использовал кредитные средства банка (который положился в решении о выдаче кредита на справку от прежнего застройщика об отсутствии задолженности по первоначальному взносу) и зарегистрировал свое право, обременив таким образом объект своими правами требования и ипотекой в силу закона. Впоследствии он злобно уклонился от всяких контактов с Инвестором как по вопросу расторжения договора, так и по вопросу заключения индивидуального соглашения. Ситуация с данным физическим лицом не разрешена до сих пор.

Второй участник долевого строительства не отрицал отсутствия у него претензий на квартиру, но то выходил на связь, то пропадал на неопределенный срок. Третий участник заплатил первоначальному застройщику половину договорной цены. С ним было заключено индивидуальное соглашение, но с условием о замене предмета договора с двухкомнатной квартиры на однокомнатную. Четвертый участник заключил с Инвестором соглашение о расторжении и вернул квартиру. Пятый и шестой участники, вступив в права на основании договоров уступок от юридических лиц, впоследствии подали в суд о понуждении (на основании заключенных и зарегистрированных договоров цессии) нового застройщика к заключению с ними индивидуальных договоров, так и не сумев доказать получения первоначальным застройщиком денежных средств по договору участия. В итоге им было отказано в исках.

Пять других физических лиц ранее появления Инвестора, когда у первоначального застройщика появились признаки банкротства, расторгли договоры участия в долевом строительстве в судебном порядке с взысканием с Предбанкрота цены договора, штрафа, неустоек и т.д. После чего они инициировали дело о банкротстве первоначального застройщика и первыми встали в очередь денежных требований кредиторов к Предбанкроту. При этом записи о правах требования в ЕГРН оставались зарегистрированными, поскольку никто из пяти участников не исполнил решения суда в части погашения своей записи в ЕГРН. Решения были запрошены Инвестором как правопреемником Предбанкрота у соответствующих судов³⁰ и исполнены.

Права еще на 19 объектов долевого строительства были зарегистрированы за восемью юридическими лицами, аффилированными с Предбанкротом. В соответствии с Соглашением о намерении, Учредитель-1

³⁰ См.: п. 12.4. Приказа Судебного департамента при Верховном Суде РФ от 29.04.2003 г. № 36 (ред. от 18.02.2016 г.) «Об утверждении Инструкции по судебному делопроизводству в районном суде» // СПС Гарант.

и Учредитель-2 Банкрота из своих обязанностей по обеспечению расторжения всех договоров с указанными лицами исполнили только регистрацию в ЕГРН расторжения первоначальных договоров участия в долевом строительстве, согласно которым Учредитель-1 был собственником прав требований на 22 объекта, Учредитель-2 — на 19 объектов. Обязательства по оплате в пользу первоначального застройщика (Предбанкрота) его Учредителем-1 и Учредителем-2 были, соответственно, не исполнены.

В результате данных расторжений были возвращены права только на 22 квартиры, которые Учредители не успели в свое время переуступить, и они оставались числиться за Учредителем-1 и Учредителем-2, а после расторжения перешли к первоначальному застройщику, а, значит, Инвестору (его правопреемнику). На оставшиеся 19 квартир таким способом вернуть права было невозможно — у них уже были новые владельцы (юридические лица «добросовестные приобретатели»). Расторжение основных договоров участия в долевом строительстве не приводит к автоматическому прекращению записей о правах этих третьих лиц в ЕГРН, сделанных на основании договоров цессии.

Управление Росреестра не обязано требовать первичные бухгалтерские документы при регистрации уступок прав по договорам участия в долевом строительстве. Для государственной регистрации договора об уступке прав требований необходимы сам договор уступки и справка («подтверждающая полную или частичную уплату цены договора участия в долевом строительстве cedentом застройщику, выступающему стороной договора участия в долевом строительстве, с указанием размеров и сроков внесения платежей и выданная таким застройщиком или банком, через который осуществлялись указанные платежи») согласно п. 10 ст. 48 Федерального закона от 13.07.2015 № 218-ФЗ (ред. 28.12.2022) «О государственной регистрации недвижимости»³¹.

Таким образом, получалось, что в ЕГРН записи о правах на 19 объектов долевого строительства числились за третьими юридическими лицами, которые владели ими без оснований. Это дополнительный убыток (помимо запланированного дефицита в 225 млн. руб.) порядка 70–90 млн. руб. (события разворачивались в период активного роста цен с 2018 по 2021 гг.), поскольку прежде чем их продать и вложить в стройку Проблемного объекта, следует освободить их от прав третьих лиц.

Права на три объекта из 19 были зарегистрированы за разными юридическими лицами на основании прямых договоров участия в долевом строительстве с первоначальным застройщиком и расторгнуты по со-

³¹ СПС КонсультантПлюс.

глашению с Инвестором. Два юридических лица оказались банкротами, а права на три объекта не вошли в их конкурсные массы по причине неоплаты первоначальному застройщику, но продолжали числиться за ними в ЕГРН (причем под запретом судебных приставов совершать регистрационные действия). Восемь объектов «принадлежали» одному действующему юридическому лицу, которое на претензии не реагировало. Пять объектов также принадлежали действующему юридическому лицу, которое считало, что претендует на обладание ими на основании имеющихся взаимосвязанных сделок уступки прав, поставки и взаимозачета с третьими лицами в качестве правоустанавливающих документов.

На юридических лиц по восьми и пяти объектам Инвестором были поданы иски о расторжении договоров участия и погашении записей о правах в ЕГРН. В удовлетворении исков было отказано на том основании, что прежде чем требовать расторгнуть договор и погасить запись, Инвестору надлежит стать стороной договора участия с ответчиками по индивидуальным договорам добровольно, с их согласия как кредиторов, т.е. не в судебном порядке (А 12-14589/2020, А 12-12274/2020, А 12-12281/2020)³². Решение основано на законе. Однако в свете текущих обстоятельств выглядело противоестественным и непредсказуемым сначала просить от данных юридических лиц заключить индивидуальный договор с их согласия, а затем в судебном порядке требовать его расторжения в связи с неоплатой аффилированному с ними первоначальному застройщику. Особенно нереалистичным выглядело такое решение по отношению к тем юридическим лицам «владельцам», которые уже были банкротами и исключены из Единого государственного реестра юридических лиц. Поэтому с точки зрения самой конструкции института перемены лиц в обязательстве судебная перспектива освобождения объектов долевого строительства от обременений в виде прав требований подставных юридических лиц оказывается совершенно неоправданной, даже бесполезной.

В спорах с юридическими лицами по смыслу Соглашений о намерениях и реализации инвестиционного проекта на Инвестора возлагалась обязанность заключить соглашения к договорам участия в долевом строительстве только с гражданами. Аналогичной обязанности в отношении юридических лиц не устанавливалось. Более того, по ст. 201.1 Закона № 127-ФЗ участник долевого строительства в рамках дела о банкротстве застройщика — это гражданин, являющийся участником строительства и имеющий требование к застройщику на основании договора участия в долевом строительстве, заключенного в соответствии с законодатель-

³² Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/> (дата обращения: 17.01.2023)

ством об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и (или) иных объектов недвижимости³³. К примеру, в решении Арбитражного суда Волгоградской области от 24.12.2018 по делу №А 12-31031/2018 указывается: «Условия инвестиционного Соглашения предполагают исполнение обязательств инвестора по заключению дополнительных соглашений к договорам участия в долевом строительстве по ограниченному кругу лиц — с участником долевого строительства»³⁴. Иными словами, получается, что обманутых дольщиков — юридических лиц по российскому законодательству не существует.

Если бы первоначальный застройщик передал свои права и обязанности перед третьими лицами другому лицу по договору купли-продажи, то в таком случае произошла бы перемена лиц в обязательстве, охватывающая как переход прав кредитора к другому лицу, так и перевод долга. Попытки юридических лиц к обязыванию Инвестора через суд заключить с ними индивидуальное соглашение о передаче им объектов долевого строительства после ввода дома в эксплуатацию также были обречены на провал, поскольку Инвестор ни по закону, ни по Соглашениям не брал на себя обязательств перед юридическими лицами.

Однако все это мало помогало в вопросе снятия обременений в виде зарегистрированных в ЕГРН прав требований юридических лиц и 16 объектов оказывались «заблокированными», в «подвешенном» состоянии, когда ими никто не может распорядиться — ни «владелец», ни Инвестор.

Однако в ситуации с обременениями существует иной правовой механизм прекращения прав требования, внесудебный. Пока процедура банкротства в отношении первоначального застройщика не завершена, там, где не произошло замены стороны на инвестора по индивидуальному соглашению, первоначальный застройщик-банкрот остается стороной договора участия в долевом строительстве в лице конкурсного управляющего. По договоренности инвестора с конкурсным управляющим, последний предоставляет доверенность на инвестора с правом прекращения записей о правах, ограничениях, обременениях в ЕГРН. Посредством правовых средств и процедуры, установленных п. 3 ст. 9 Закона № 214-ФЗ (односторонний отказ застройщика от исполнения договора в связи с неоплатой) и п. 6 ст. 201. 4 Закона № 127-ФЗ³⁵ (обязанность дольщиков представлять конкурсному управляющему документы, подтверждающие факт оплаты) права требования подлежат прекращению в ЕГРН. Согласно п. 4 ст. 96 Федерального закона от 02.10.2007 № 229-ФЗ (ред. 30.12.2021)

³³ СПС КонсультантПлюс.

³⁴ Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru> (дата обращения: 17.01.2023)

³⁵ СПС КонсультантПлюс.

«Об исполнительном производстве»³⁶ в случае представления обычной копии решения арбитражного суда о банкротстве в Федеральную службу судебных приставов аресты и запреты по распоряжению имуществом прекращаются в ЕГРН по постановлению пристава-исполнителя. С помощью данных правовых средств были прекращены оставшиеся в ЕГРН обременения и не подтвержденные оплатой права требования третьих физических и юридических лиц в Проблемном объекте.

Заключение

Рынок долевого строительства жилья в России продемонстрировал частный случай фиаско, состояния, когда он утрачивает свою эффективность, а негативные последствия по своему характеру и степени оказываются разрушительными и не компенсированными. В такой момент рыночному механизму не обойтись без вмешательства государственных органов для выравнивания дисбалансов в экономике, восстановления и перезапуска системы отношений, перенастройки действующего регулирования. Анализ проблемы обманутых дольщиков показывает, что органы власти подошли к ее решению не линейно, а разработали сбалансированный комплекс неотложных полезных экономических, правовых, управленческих мер, достаточных для системного и методичного преодоления данного кризиса, его окончательного решения в ближайшем будущем. Изучение издержек и выгод в контексте исправления ситуации с обманутыми дольщиками очевидно указывает на успех органов власти (пусть и запоздалый).

Одним из базовых шагов в этом направлении стало наделение регионов правом предоставлять земельные участки, находящиеся в государственной или муниципальной собственности, по распоряжению высшего должностного лица региона юридическим лицам без торгов под масштабные и инвестиционные проекты строительства при условии соответствия критериям, определяемым региональным законом, одним из которых может быть завершение строительства одного и более проблемного объекта. Такое проявление децентрализации в земельных правоотношениях означает подталкивание к развитию и ускорению совместного регулирования частно-публичными структурами ситуации с проблемными объектами.

Другим важным нововведением стало уточнение и смягчение требований земельного законодательства к основаниям предоставления в аренду без торгов земельного участка, находящегося в государственной

³⁶ СПС Гарант.

или муниципальной собственности, под приобретенным объектом незавершенного строительства для его завершения. Прежняя редакция норм закона жестко ограничивала действия административных органов и приводила, в лучшем случае, к вынужденному заключению оспоримых договоров аренды земли и другим нарушениям ради благих целей передачи проблемного объекта новому застройщику, в худшем — к тупику.

Данные решения были основополагающими, а правовые механизмы их реализации уже ожидали использования на законодательном уровне. Одним из таких правовых механизмов оказывается устройство института перемены лица в обязательстве в ГК, предполагающем «закольцовывание» интересантов процесса, которые не смогут ни выйти из «юридического круга», ни войти в него кроме как по обоюдному согласию, связав себя договором.

Соглашение о намерении, Дополнительное (трехстороннее между «Предбанкротом», «Инвестором» и «Обманутым дольщиком») соглашение к индивидуальному договору участия в долевом строительстве, Соглашение о реализации квалифицируются как единый смешанный консенсуальный правовой механизм, суть которого заключается в реализации и обеспечении частного правопреемства в переводе долга, уступки прав требований, возложении обязанности на органы власти предоставления итоговой преференции инвестору.

Что касается непреднамеренных последствий вступления в права на проблемный объект в виде мнимых прав третьих лиц на объекты долевого строительства, находящиеся в нем, то судебная перспектива прекращения таких прав, освобождения от них является бесполезной. Суть судебной практики заключается в отказе обеим сторонам в их требованиях. Когда иск о расторжении договора участия инициирует инвестор (должник), ему отказывают потому, что сначала надо стать стороной расторгаемого договора с согласия участника (кредитора), а потом требовать его расторжения в связи с неоплатой. Иск о понуждении к заключению индивидуального договора вправе подать физическое лицо, считающее себя относящимся к категории обманутых дольщиков, но не являющееся таковым. Подобная ситуация наблюдается, если приобретатель—физическое лицо рассчиталось с цедентом по договору уступки права требования, когда сам цедент не оплатил цену договора долевого участия первоначальному застройщику. Получается, что приобретатель таких прав — не застройщик, а цедент. Если же истец—юридическое лицо, ему будет отказано, поскольку обманутых дольщиков—юридических лиц по федеральному законодательству не существует, и обязательства перед таковыми у инвестора не возникают при рассмотренном механизме вступления в права на проблемный объект. Более действенен,

хоть и не лишен сложностей, внесудебный правовой механизм прекращения притязаний и обременений, предложенный действующим законодательством России.

Заслуживает одобрения и поддержки, что наше правительство избрало не административно-командную, а горизонтальную гетерорхичную конфигурацию распределения полномочий между ответственными органами власти и управления, дав обществу возможность инициативы и свободного действия в выстроенной «архитектуре выбора». Очевидно, что данная стратегия комплексного регулятивного патернализма находится в фарватере прогрессивных подходов умного регулирования, подтверждением чего стали впечатляющее продвижение в исправлении ситуации с пострадавшими участниками долевого строительства.



Список источников

1. Блещик А.В. К вопросу о воспроизведении норм федерального законодательства в законодательстве субъектов Российской Федерации // Российское право: образование, практика, наука. 2015. № 4. С. 86–90.
2. Горбунова Е.Н. Правовое регулирование прав участников долевого строительства: дис.... к. ю. н. М., 2014. 201 с.
3. Гребенюк О.Б. Восстановление жилищных прав обманутых дольщиков как приоритетное направление деятельности российской прокуратуры // Актуальные проблемы российского права. 2012. № 4. С. 138–150.
4. Давыдова М.Л. «Умное регулирование» как основа совершенствования современного правотворчества // Журнал российского права. 2020. № 11. С. 14–29.
5. Колядин К.С. Перспективы развития института участия в долевом строительстве // Современное право. 2012. № 10. С. 66–69.
6. Кондратьев И.В. Доверяй, но проверяй: проблемы инвестирования денежных средств граждан в строительство многоквартирных домов // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. № 2. С. 89–94.
7. Кузнецов А.П. Банкротство застройщика: теория и практика защиты прав граждан — участников строительства. М.: Статут, 2015. 208 с.
8. Кульков А.А., Якупова А.А. Анализ изменений законодательства о долевом строительстве и его влияние на рынок жилой недвижимости // Экономика, предпринимательство и право. 2020. Том 10. № 11. С. 2681–2700.
9. Куракова О.А., Майоров М.В. Проблемы долевого строительства и альтернативные способы финансирования возведения жилой недвижимости // Экономика и предпринимательство. 2018. № 4. С. 1032–1035.
10. Лашманов О.И. Проблемы законодательного регулирования участия в долевом строительстве: реальность и перспективы // Вестник Марийского государственного университета. Серия «Исторические науки. Юридические науки». 2017. № 3. С. 84–87.
11. Слеженков В.В. От «меньшего регулирования» к «умному регулированию»: основные аспекты концептуальной трансформации // Закон и право. 2023. № 1. С. 85–93.

12. Топал Е.Г. Господдержка обманутых дольщиков. Санация, взаимодействие с сюрвейером — механизмы реализации имущественных прав обманутых дольщиков // Имущественные отношения в РФ. 2017. № 12. С. 36–50.
13. Третьякова Е.С. Воспроизведение (дублирование) в нормативных правовых актах субъектов Российской Федерации норм Конституции РФ и Федеральных законов // Современное право. 2009. № 11. С. 30–33.
14. Усенков И.А. Национальное мягкое право как правовой феномен и инструмент повышения стабильности законодательства // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 1. С. 28–58.
15. Федорцова Р.П. Проблемы правового регулирования смены застройщика при долевом строительстве // Нотариус. 2013. № 5. С. 30–33.
16. Хамов А.Ю. Правовая защита участников отношений долевого строительства: дис. ... к. ю. н. М., 2019. 224 с.
17. Цуканова Е.Ю., Бондаренко А.В. Участие в долевом строительстве и членство в жилищных кооперативах как способы реализации права на жилище // Право и практика. 2018. № 2. С. 126–132.



References

1. Bleschik A.V. (2015) Reproducing norms of federal legislation in the legislation of the constituent entities of Russia. *Rossiyskoye pravo: obrazovaniye, praktika, nauka*=Russian law: education, practice, science, no. 4, pp. 86–90 (in Russ.)
2. Davydova M.L. (2020) “Smart regulation” as a basis for improving modern lawmaking. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Journal of Russian Law, no. 11, pp. 14–29 (in Russ.) DOI: 10.12737/jrl.2020.130
3. Fedortsova R.P. (2013) Legal regulation of the change of the developer in shared construction. *Notarius*=Notary, no. 5, pp. 30–33 (in Russ.)
4. Gorbunova E.N. (2014) Legal regulation of the rights of participants in shared construction. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 201 p. (in Russ.)
5. Grebenyuk O.B. (2012) Restoration of housing rights of defrauded equity holders as a priority for the Russian prosecutor’s office. *Aktual’nyye problemy rossiyskogo prava*=Actual Issues of Russian Law, no. 4, pp. 138–150 (in Russ.)
6. Khamov A. Yu. (2019) *Legal protection of participants in equity construction relations*. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 224 p. (in Russ.)
7. Kolyadin K.S. (2012) Prospects for the development of the institution of participation in shared construction. *Sovremennoye pravo*=Modern Law, no. 10, pp. 66–69 (in Russ.)
8. Kondratiev I.V. (2016) Trust, but verify: the problems of investing citizens’ money in the construction of apartment buildings. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*=Laws of Russia: experience, analysis, practice, no 2, pp. 89–94 (in Russ.)
9. Kulkov A.A., Yakupova A.A. (2020) Analysis of changes in the legislation on shared construction and its impact on the residential real estate market. *Ekonomika, predprinimatel'stvo i pravo*=Economics, Entrepreneurship and Law, vol. 10, no. 11, pp. 2681–2700 (in Russ.)
10. Kurakova O.A., Maiorov M.V. (2018) Shared construction and alternative methods of financing the construction of residential real estate. *Ekonomika i predprinimatel'stvo*=Economics and Entrepreneurship, no. 4, pp. 1032–1035 (in Russ.)

11. Kuznetsov A.P. (2015) Developer bankruptcy: theory and practice of protecting rights of citizens participating in construction. Moscow: Statut, 208 p. (in Russ.)
12. Lashmanov O.I. (2017) Legislative regulation of participation in shared construction: reality and prospects. *Vestnik Mariyskogo gosudarstvennogo universiteta. Istoricheskiye nauki. Yuridicheskiye nauki*=Bulletin of the Mari State University. Historical Sciences. Legal Sciences, vol. 3, no. 3, pp. 84–87 (in Russ.)
13. Slezhenkov V.V. (2023) From “less regulation” to “smart regulation”: the main aspects of the conceptual transformation. *Zakon i pravo*=Legislation and Law, no. 1, pp. 85–93 (In Russ.)
14. Tretyakova E.S. (2009) Reproduction (duplication) in the normative acts of the constituent entities of the Russian Federation of the norms of the Constitution of Russia and federal laws. *Sovremennoye pravo*=Modern law, no. 11, pp. 30–33 (in Russ.)
15. Topal E.G. (2017) State support for deceived shareholders. Reorganization, interaction with a surveyor as mechanisms for realizing property rights of defrauded equity holders. *Imushchestvennyye otnosheniya v Rossiyskoy Federatsii*=Property Relations in the Russian Federation, no. 12, pp. 36–50 (in Russ.)
16. Tsukanova E.Yu., Bondarenko A.V. (2018) Participation in shared construction and membership in housing cooperatives as ways to exercise the right to housing. *Pravo i praktika*=Law and Practice, no. 2, pp. 126–132 (in Russ.)
17. Usenkov I.A. (2022) National soft Law as a legal phenomenon and a tool for improving stability of legislation. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 1, pp. 28–58 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.28.58

Информация об авторе:

Д.В. Зыков — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

D.V. Zykov — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 25.01.2023; одобрена после рецензирования 26.04.2023; принята к публикации 04.10.2023.

The article was submitted to editorial office 25.01.2023; approved after reviewing 26.04.2023; accepted for publication 04.10.2023.

Научная статья

УДК: 341.9

DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.259.281

Правовые основы искусственного прерывания беременности по желанию женщины: опыт России и Франции



**Наталья Владимировна Ростовцева¹,
Кристоф Самюэль Ючинсон²**

¹ Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20, nrosto@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0003-3461-5014>

² Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации, Россия 125167, Москва, Ленинградский просп., 49/2, KSYUchinson@fa.ru, <https://orcid.org/000-0001-5371-3395>



Аннотация

В статье содержится сравнительно-правовой анализ законодательства России и Франции, регулирующего отношения в связи с искусственным прерыванием беременности (абортом) по желанию женщины. Рассматривается эволюция развития законодательства об абортах в России и Франции, далее освещаются положения законодательства об абортах на современном этапе, определяется правовая природа права на аборт и устанавливается, как это право соотносится с правом на жизнь будущего ребенка. Отдельное внимание уделено мерам государственной поддержки семей с детьми в обоих странах. Политика российского (советского) государства в вопросах аборта не отличается последовательностью. В 1920 г. аборт в России были разрешены, в 1936 г. — запрещены, в 1955 г. вновь разрешены, а с 2011 г. установлены некоторые ограничения. Во Франции законодательство об абортах развивалось по пути либерализации. Срок беременности, в пределах которого можно произвести аборт по желанию женщины, изменился с 10 недель (в 1975 г.) до 12 недель (в 2001 г.), а с 2022 г. он составляет 14 недель (в России — 12 недель). В 2014 г. из законодательства исключено условие, ранее необходимое для производства добровольного аборта — бедственное положение женщины. В 2016 г. устранен период на обдумывание женщиной решения

об аборте. Право женщины на аборт конфликтует с правом будущего ребенка на жизнь. Данное противоречие разрешается следующим образом: право женщины на свободу ограничено сроком беременности, а также другими установленными законом правилами; по истечению этого периода закон обеспечивает охрану права будущего ребенка на жизнь. Высокие и стабильные показатели рождаемости во Франции — результат государственной политики, направленной на поддержку семей с детьми. Авторы считают, что политика запрета и ограничения аборта в России не приведет к увеличению показателей рождаемости. Необходимы более действенные меры поддержки со стороны государства.



Ключевые слова

искусственное прерывание беременности; аборт; материнский (семейный) капитал; рождаемость; право на личную свободу; право на жизнь.

Благодарности: Статья подготовлена при информационной поддержке справочных правовых систем «Гарант», «КонсультантПлюс».

Для цитирования: Ростовцева Н.В., Ючинсон К.С. Правовые основы искусственного прерывания беременности по желанию женщины: опыт России и Франции // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2023. Том 16. № 4. С. 259–281. DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.259.281

Research article

Legal Ground of Artificial Termination of Pregnancy at Woman Request: Russian and French Experience



Natalia Vladimirovna Rostovtseva¹, Christofe Samuel Hutchinson²

¹ National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia, nrostovtseva@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0003-3461-5014>

² Financial University under the Government of Russian Federation, 49/2 Leningradsky Prospekt, Moscow 125167, Russia, KSUChinson@fa.ru, <https://orcid.org/000-0001-5371-3395>



Abstract

The article provides a comparative legal analysis of legislation of Russia and France regulating relations linked with the question of the artificial termination of pregnancy (abortion) at the request of the woman. First, the evolution of the development of abortion legislation in Russia and France is examined, then the provisions of the legislation on abortion at the present stage are highlighted, the legal nature of the right to abortion is determined and how this right relates to the right to life of the unborn child is established. Special attention is paid to government support for families with children in both countries. The policy of the Russian (Soviet) state on abortion is not consistent. In 1920, abortions in Russia were allowed, in 1936 they were prohibited, in 1955 they

were allowed again, and since 2011, some restrictions have been re-established for abortions. Abortion legislation in France has developed along the path of liberalization. The gestational age within which an abortion can be performed at a woman's request has changed from 10 weeks (in 1975) to 12 weeks (in 2001), and since 2022 it is 14 weeks (in Russia — 12 weeks). In 2014, the condition previously required for a voluntary abortion, namely the woman's distress, was removed. In 2016, the period for a woman to consider the abortion decision disappeared from French legislation. However, woman's right to an abortion is in conflict with the unborn child's right to life. This contradiction is resolved as follows: a woman's right to freedom is limited by the duration of pregnancy, as well as other rules established by law; after this period, the law ensures protection of the unborn child's right to life. High and stable birth rates in France are the result of government demographic policies aimed at rise of population by supporting families with children. The authors believe that the policy of banning and restricting abortion in Russia will not lead to an increase in birth rates. More effective measures of state support are needed.



Keywords

artificial termination of pregnancy; abortion; maternity (family) capital; birth rate; right to personal freedom; right to live.

Acknowledgements: The article was prepared with information support of reference systems Consultant Plus and Garant.

For citation: Rostovtseva N.V., Hutchinson C.S. (2023) Artificial Termination of Pregnancy by Woman Request: Russian and French Experience. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 16, no. 4, pp. 259–281 (in Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2023.4.259.281

Введение

Искусственное прерывание беременности (аборт) — болезненная проблема каждого государства. В настоящее время вокруг этой проблемы в России разворачиваются ожесточенные дискуссии. Как разрешить противоречие между правом женщины на свободу и правом будущего ребенка на жизнь? Какие права подлежат приоритетной защите?

Демографическая ситуация в России подталкивает к мысли о необходимости ограничительных мер в отношении абортов. Некоторые эксперты полагают, что отечественное законодательство об абортах носит слишком либеральный характер, что не способствует повышению рождаемости. В связи с этим отдельные парламентарии предлагают вывести аборт из системы ОМС, то есть исключить его из системы государственных гарантий¹. Аналогичные суждения звучат и в юридической литера-

¹ Катенева Ю. Милонов предложил исключить аборт без медицинских показаний из услуг ОМС // Парламентская газета. 11.05.2023. Available at: URL: <https://www.pnp.ru/politics/milonov-predlozhit-isklyuchit-abort-bez-medicinskih-pokazaniy-iz-uslug-oms.html> (дата обращения: 08.08.2023)

туре [Данилова С.И., 2023: 33–42]; [Фиошин А.В., 2022: 22–26]. Обсуждается вопрос о производстве аборта только в рамках государственных медицинских учреждений². Есть и более радикальные предложения — запретить аборт по желанию женщины как таковой, обеспечив право на жизнь будущему ребенку. Данное исследование поможет понять, какие нормы законодательства позволяют устранить противоречие между свободой женщины произвести аборт и правом на жизнь будущего ребенка, и насколько полезны меры, направленные на ужесточение правил об аборте.

Предметом исследования является анализ законодательства России и Франции, закрепляющего правовые основы искусственного прерывания беременности по желанию женщины. Опыт Франции интересен тем, что Франция является страной с самым высоким уровнем рождаемости в Европейском союзе (по данным Национального института статистики и экономических исследований по состоянию на 2020 г.³). Коэффициент фертильности составил во Франции в 2020 г. 1,84 ребенка на женщину⁴. Между тем во французском законодательстве начиная с 1975 г. отчетливо прослеживается либерализация правового регулирования отношений, возникающих в связи с искусственным прерыванием беременности.

В статье предпринята попытка анализа развития законодательства об искусственном прерывании беременности по желанию женщины в России и во Франции, определение законодательных условий, при которых женщина вправе сделать аборт, определение правовой природы права женщины на искусственное прерывание беременности, а также исследование вопроса о влиянии норм об абортах на показатели рождаемости.

Следует отметить, что «аборт» (лат. abortus — выкидыш) в большей степени является медицинским термином. Российская медицина различает искусственный аборт (искусственное прерывание беременности) и самопроизвольное (спонтанное) прерывание беременности, т.е. выкидыш⁵.

² Киселева А., Майер А. Вице-спикер Госдумы Кузнецова предложила губернаторам не выдавать частным клиникам лицензии на аборт // Ведомости. 28.06.2023. Available at: URL: <https://www.vedomosti.ru/society/articles/2023/06/29/982852-vitse-spiker-gosdumi-predlozhila-gubernatoram-ne-vidavat-chastnim-klinikam-litsenzii-na-aborti> (дата обращения: 08.08.2023)

³ Available at: URL: <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381396> (дата обращения: 08.08.2023)

⁴ Available at: URL: <https://www.insee.fr/fr/statistiques/5012724> (дата обращения: 08.08.2023)

⁵ Клинические рекомендации «Выкидыш (самопроизвольный аборт)» (утв. Минздравом России): применяются с 1.01.2023 в соответствии с Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.11.2021 № 1968 «Об утверждении Правил поэтапного перехода медицинских организаций к оказанию медицинской помощи на основе клинических рекомендаций, разработанных и утвержденных в соответствии с частями 3, 4, 6–9 и 11 статьи 37 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации». Available at: URL: https://cr.minzdrav.gov.ru/recomend/670_1 (дата обращения: 08.08.2023)

В настоящей статье для простоты восприятия мы тем не менее рассматриваем «искусственное прерывание беременности», «искусственный аборт» и «аборт» как синонимичные понятия. Аборт по медицинским показаниям остается за рамками настоящего исследования.

1. Развитие законодательства об абортах в России и во Франции

В России аборты были впервые легализованы Постановлением Наркомздрава и Наркомюста РСФСР от 18.11.1920 «Об охране здоровья женщин»,⁶ которое допускало операцию по искусственному прерыванию беременности с целью охраны здоровья женщины и борьбы с производством этих операций незаконным способом. Принятию Постановления предшествовало рассмотрение вопроса на трех пленумах Женотдела ЦК РКП (б). Позиция Наркомздрава состояла в том, что женщина, прибегающая к этому средству, рассматривалась как нуждающаяся в помощи [Дробижев В.З., 1987: 78–79].

В начале 1930-х годов произошло снижение рождаемости на фоне роста смертности, поэтому Центральный исполнительный комитет СССР и Совет народных комиссаров СССР в 1936 г. приняли Постановление о запрещении абортов⁷. Их производство разрешалось только по медицинским показаниям, например, когда продолжение беременности угрожало жизни или здоровью беременной женщины. За аборт устанавливались уголовные санкции, при этом в отношении не только врачей, но и беременных.

Постановление 1936 г. повлияло на некоторое повышение рождаемости. Однако, по мнению многих исследователей, его влияние было не столь значительным [Захаров С.В., Сакевич В.И., 2022: 120–121]. С другой стороны, увеличилось количество незаконных операций по прерыванию беременности.

23.11.1955 Президиум Верховного Совета СССР принял Указ «Об отмене запрещения абортов»⁸. После отмены запрета абортов сократилось количество женщин, умиравших от аборта (в 2,5 раза за период с 1955 по 1961 гг.) [Вишневский А.Г., 2006: 215].

⁶ Собрание узаконений и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства РСФСР от 26.11. 1920 № 90. Ст. 471.

⁷ Постановление ЦИК СССР № 65, СНК СССР № 1134 от 27.06.1936 «О запрещении абортов, увеличении материальной помощи роженицам, установлении государственной помощи многодетным, расширении сети родильных домов, детских яслей и детских садов, усилении уголовного наказания за неплатеж алиментов и о некоторых изменениях в законодательстве о разводах»// Известия ЦИК СССР и ВЦИК». 1936. № 149.

⁸ СПС Гарант (указ опубликован не был).

Как отмечают эксперты, рекордный уровень аборт в нашей стране был зафиксирован в 1964 г. — 5,6 млн. прерванных беременностей: 169 абортов на 1000 женщин в возрасте от 15 до 49 лет [Сакевич В.И., Денисов Б.П., Никитина С.Ю., 2021: 42]. С середины 1960-х годов началось медленное, но постоянное снижение количества абортов. В 1970 г. на 1000 рождений пришлось 148 абортов, в 1975 г. — 138, в 1980 — 130, в 1990 — 124 [Avdeev A., Blum A., Troitskaya I., 1994: 926].

19.08.1993 введены в действие Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан (далее — Основы 1993 г.)⁹, в ст. 36 которых устанавливалось право женщины самостоятельно решать вопрос о материнстве. С 01.01.2012 Основы утратили силу в связи с вступлением в силу Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (далее — Закон 323-ФЗ)¹⁰. В настоящее время именно этот Закон определяет правовые основы искусственного прерывания беременности в России.

Во Франции до 1975 г. аборты были запрещены: прежняя ст. 317 Уголовного кодекса Франции (далее — УК Франции) предусматривала уголовное наказание за аборт. Оно налагалось на женщину, которая сделала аборт самостоятельно, на лиц, склонивших ее к аборту, а также на тех, кто его произвел¹¹. К либерализации законодательства об абортах Франция приступила только в 1975 г. Ее начало связывают с принятием Закона № 75-17 от 17.01.1975¹², получившего название «закона Симоны Вейль» и приостановившего в порядке эксперимента на 5 лет действие первых четырех абзацев ст. 317 УК Франции, оставив возможность женщине прервать беременность на сроке, не превышающем 10 недель.

После 1975 г. во французских законах вместо понятия «аборт», имевшего в большей степени медицинский характер, стал использоваться термин «прерывание беременности», которое может быть добровольным, т.е. осуществляемым по желанию женщины (*interruption volontaire de grossesse*) при соблюдении условия о сроке беременности, и прерыванием беременности по медицинским показаниям (*interruption medicale de grossesse*), осуществляемом вне зависимости от срока беременности (например, когда существует угроза жизни матери или ребенка или имеются серьезные заболевания). В 1979 г. добровольное прерывание беременности было полностью декриминализировано Законом № 79-1204

⁹ Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан» (утв. ВС РФ 22.07.1993 № 5487-1) // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1993 г. № 33. Ст. 1318.

¹⁰ СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

¹¹ Available at: URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes> (дата обращения: 08.08.2023)

¹² Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse // JORF du 18 janvier 1975.

от 31.12.1979¹³. Нормы, регламентирующие отношения в связи с искусственным прерыванием беременности, вошли в состав Кодекса общественного здравоохранения (далее — КОЗ).

С 1982 г. расходы на эту процедуру стали частично покрываться системой социального обеспечения в соответствии с Законом № 82-1172 от 31.12.1982¹⁴, а с 2012 г. предусматривается полное покрытие этих расходов на основании Закона № 2012-1404 от 17.12.2012¹⁵. В 2001 г. увеличен срок, в пределах которого можно осуществить добровольное прерывание беременности (с 10 до 12 недель): нововведение связано с принятием Закона № 2001-588 от 04.07.2001¹⁶.

Законом № 2014-873 от 04.04.2014 было исключено одно из условий, необходимых ранее для прерывания беременности — «бедственное положение» (*situation de détresse*)¹⁷. В 2016 г. был отменен период, оставленный женщине на обдумывание решения о прерывании беременности; соответствующее изменение внесено Законом № 2016-41 от 26.01.2016¹⁸. Относительно недавняя законодательная новелла, введенная Законом № 2022-295 от 02.03.2022¹⁹, допускает производство добровольного прерывания беременности в пределах 14 недель беременности, т.е. допустимый срок увеличился еще на 2 месяца.

Интересно отметить, что либерализация законодательства о прерывании беременности по желанию женщины не привела к сокращению численности населения страны. На 01.01.2023 численность населения Франции составила 68 млн. человек²⁰. Статистические данные за последние 77 лет свидетельствуют, что ее население неуклонно увеличивается. Так, во французской метрополии оно составило: в 1946 г. 40,1 млн. человек, в

¹³ Loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de la grossesse // JORF du 1 janvier 1980.

¹⁴ Loi n° 82-1172 du 31 décembre 1982 relative à la couverture des frais afférents à l'interruption volontaire de la grossesse non thérapeutique et aux modalités de financement de cette mesure // JORF du 1 janvier 1983.

¹⁵ Loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013 // JORF n° 0294 du 18 décembre 2012.

¹⁶ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception // JORF n° 0156 du 7 juillet 2001.

¹⁷ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes // JORF n° 0179 du 5 août 2014. Texte n° 4.

¹⁸ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé // JORF n° 0022 du 27 janvier 2016.

¹⁹ Loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement // JORF n° 0052 du 3 mars 2022.

²⁰ Available at: URL: https://www.insee.fr/fr/outil-interactif/5367857/tableau/20_DEM/21_POP#. (дата обращения: 08.08.2023)

1960 г. — 45,5, в 1970 г. — 50,5, в 1980 г. — 53,7²¹; во Франции (в метрополии и заморских департаментах и территориях) в 1983 г. оно составило 55,9 млн. человек, в 1990 г. — 58, в 2000 г. — 60,5, в 2010 г. — 64,6, в 2020 г. — 67,4²².

Осуществление права на искусственное прерывание беременности по желанию женщины в России и во Франции возможно при выполнении определенных условий.

2. Условия искусственного прерывания беременности по желанию женщины в России и во Франции

Для искусственного прерывания беременности по желанию женщины необходимо ее информированное добровольное согласие (далее — ИДС). Форма ИДС утверждена приказом Министерства здравоохранения Российской Федерации от 07.04.2016 № 216н ²³. Действующая форма включает, в частности, необходимость подтверждения женщиной факта, что ей проведено/не проведено ультразвуковое исследование (УЗИ) органов малого таза, в процессе которого продемонстрировано изображение эмбриона и его сердцебиение (при наличии)». Проведение УЗИ, видимо, направлено на то, чтобы женщина, увидев изображение эмбриона, сделала выбор в пользу рождения ребенка.

Оказание медицинской помощи женщинам при искусственном прерывании беременности осуществляется на бесплатной основе и гарантировано гражданам России на основании Постановления Правительства от 29.12.2022 № 2497 «О Программе государственных гарантий бесплатного оказания гражданам медицинской помощи на 2023 год и на плановый период 2024 и 2025 годов»²⁴. Согласно пп. 19 п. 6 ст. 35 Федерального закона от 29.11.2010 № 326-ФЗ «Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации»²⁵ оказание медицинской помощи

²¹ Available at: URL: <https://www.insee.fr/fr/statistiques/6686993?sommaire=6686521#titre-bloc-1> (дата обращения: 08.08.2023)

²² Available at: URL: <https://www.insee.fr/fr/statistiques/5225246#graphique-figure1> (дата обращения: 08.08.2023)

²³ Приказ Минздрава России от 07.04.2016 № 216н «Об утверждении формы информированного добровольного согласия на проведение искусственного прерывания беременности по желанию женщины» // Российская газета. 2016. № 105.

²⁴ Постановление Правительства РФ от 29.12.2022 № 2497 «О Программе государственных гарантий бесплатного оказания гражданам медицинской помощи на 2023 год и на плановый период 2024 и 2025 годов»// СЗ РФ. 2023. № 1 (часть II). Ст. 302.

²⁵ Федеральный закон от 29.11. 2010 № 326-ФЗ «Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации»// СЗ РФ. 2010. № 49. Ст. 6422.

при абортax осуществляется в рамках базовой программы обязательного медицинского страхования.

Согласно п. 2 ст. 56 Закона 323-ФЗ искусственное прерывание беременности по желанию женщины проводится при сроке беременности до 12 недель. При наличии социальных показаний искусственное прерывание беременности допустимо при сроке беременности до 22 недель, а при наличии медицинских показаний — независимо от срока беременности (п. 4 ст. 56). Данные положения воспроизводят нормы Основ 1993 г.

Вместе с тем данный Закон содержит важные новые положения: он ввел специальный период времени (в доктрине он получил название «период тишины»), исчисляемый с момента обращения женщины в медицинскую организацию по поводу аборта. Этот период времени зависит от срока беременности женщины: при сроке от 4 до 7 недель или от 11 до 12 недель искусственное прерывание беременности проводится не ранее 48 часов с момента обращения женщины в медицинскую организацию для искусственного прерывания беременности; при сроке от 8 до 10 недель — не ранее 7 дней со дня обращения в соответствующую медицинскую организацию. Другими словами, в сравнении с Основами 1993 г. Закон 323-ФЗ создает женщине некоторые ограничения для аборта. Однако они направлены на то, чтобы женщина смогла серьезно обдумать свое решение, а также осознать последствия, к которым может привести аборт. Именно поэтому направление врача (акушера-гинеколога) на искусственное прерывание беременности женщина получает не сразу, а только после консультации с психологом: врач направляет беременную на основе ИДС в кабинет медико-социальной помощи женской консультации для консультирования психологом²⁶.

Искусственное прерывание беременности в зависимости от ее срока может быть произведено с использованием медикаментозного или хирургического метода²⁷. Прерывание беременности хирургическим методом проводится врачом — акушером-гинекологом в условиях дневного стационара и в стационарных условиях²⁸. Деятельность медицинских учреждений (в том числе частных), имеющих право производить аборт, жестко регламентирована с 12.12.2017 (со дня вступления в силу Постановления Правительства от 08.12.2016 № 1327)²⁹. Если до этого момента

²⁶ П. 94 Приказа Минздрава России от 20.10.2020 № 1130н «Об утверждении Порядка оказания медицинской помощи по профилю «акушерство и гинекология». Available at: URL: <http://pravo.gov.ru> (дата обращения: 13.11.2020)

²⁷ Там же. Ст. 98.

²⁸ Там же. Ст. 99.

²⁹ Постановление Правительства РФ от 08.12. 2016 № 1327 «О внесении изменений в приложение к Положению о лицензировании медицинской деятельности (за исклю-

медицинская деятельность по искусственному прерыванию беременности осуществлялась в рамках общей лицензии на оказание медицинских услуг по профилю «акушерство и гинекология»³⁰, то с 12.12.2017 для оказания услуг по производству искусственного прерывания беременности необходимо получать отдельную лицензию на этот вид деятельности.

Одной из новелл Закона 323-ФЗ является признание права лечащего врача отказаться от проведения искусственного прерывания беременности (п. 3 ст. 70). Ст. 58 Основ 1993 г. устанавливала при определенных условиях возможность отказа врача от наблюдения и лечения пациента только в случаях несоблюдения пациентом предписаний или правил внутреннего распорядка лечебно-профилактического учреждения. Другими словами, до вступления в действие Закона 323-ФЗ врач не имел права отказаться от производства искусственного аборта, например, по морально-этическим или религиозным соображениям. Русская Православная Церковь еще до принятия указанных изменений призывала государство признать право медицинских работников на отказ от совершения аборта по соображениям совести, что отражено в Разделе XII «Проблемы биоэтики» Основ социальной концепции Русской Православной Церкви³¹.

Закон право врача на такой отказ предусматривает, и, более того, не обязывает врача объяснять причины своего отказа. Однако данное право может быть осуществлено лечащим врачом при выполнении двух условий. Первое условие: отказ должен быть согласован с должностным лицом (руководителем) медицинской организации (подразделения медицинской организации). При этом Закон устанавливает необходимость направления врачом письменного уведомления. Второе условие: отказ непосредственно не угрожает жизни пациента и здоровью окружающих. При соблюдении данных условий должностное лицо (руководитель) медицинской организации (подразделения медицинской организации) должно организовать замену лечащего врача.

Пункт 8 статьи 56 рассматриваемого Закона в первоначальной редакции, как и Основы 1993 г., устанавливал: «Незаконное проведение

чением указанной деятельности, осуществляемой медицинскими организациями и другими организациями, входящими в частную систему здравоохранения, на территории инновационного центра «Сколково») // СЗ РФ. 2016. № 51. Ст. 7379. Данное Постановление утратило силу с 1.08. 2021.

³⁰ П.101 Приказа Министерства здравоохранения РФ от 01.11.2012 № 572н «Об утверждении Порядка оказания медицинской помощи по профилю “акушерство и гинекология (за исключением использования вспомогательных репродуктивных технологий)” // Российская газета». 2013. N 90/1 (специальный выпуск).

³¹ П. XII.2 Раздела XII Основ социальной концепции Русской Православной Церкви. Available at: URL: <http://www.patriarchia.ru/db/text/419128.html> (дата обращения: 08.08.2023)

искусственного прерывания беременности влечет за собой уголовную ответственность», отсылая к законодательству. На момент вступления в действие этого Закона применялась ст. 123 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ) «Незаконное производство аборта». С 01.01.2014 вступил в действие Федеральный закон от 25.11.2013 № 317-ФЗ³², которым название ст. 123 изменено на «Незаконное проведение искусственного прерывания беременности». Кроме того, 02.08.2014 вступили в силу изменения, внесенные Федеральным законом от 21.07.2014 № 243-ФЗ³³, которыми предусматривается не только уголовная, но и административная ответственность за данное правонарушение. Этим же Законом в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях³⁴ введена ст. 6.32 (действует также с 02.08.2014), предусматривающая меры административной ответственности (в виде административного штрафа) за нарушение требований законодательства в сфере охраны здоровья при проведении искусственного прерывания беременности.

Во Франции условия, при которых женщина может осуществить процедуру прерывания беременности, закреплены в ст. L2212-1 КОЗ в редакции Закона № 2022-295 от 02.03.2022: «Беременная женщина, желающая прервать беременность, может обратиться к врачу или акушерке с данной просьбой». Указанный Закон устанавливает три общих условия прерывания беременности: 1) волеизъявление женщины; 2) период, в течение которого можно осуществить право на прерывание беременности; 3) требования к специалисту, который вправе осуществить данную процедуру.

Первое условие для прерывания беременности — это волеизъявление женщины. Действующее законодательство, в отличие от прежнего, не устанавливает необходимости объяснения женщиной мотивов решения об аборте. Ранее таким условием было «бедственное положение женщины» (*situation de détresse*) (ст. L2212-1 КОЗ в прежней редакции), т.е. неустойчивое (психологическое и/или экономическое) положение жен-

³² Федеральный закон от 25.11.2013 № 317-ФЗ (ред. от 28.12.2013) «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации по вопросам охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // СЗ РФ. № 48. Ст. 6165.

³³ Федеральный закон от 21.07.2014 N 243-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и статью 56 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. N 30 (Часть I). Ст. 4244.

³⁴ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 N 195-ФЗ (ред. от 21.07.2014) (с изм. и доп., вступ. в силу с 02.08.2014) // СПС КонсультантПлюс.

щины, которое не позволяет ей обеспечить должное воспитание ребенка. В 2014 г. это условие было исключено³⁵. Министр по правам женщин Наджат Валло-Белькасем объяснила, что данное требование устарело и его изъятие из закона продиктовано необходимостью привести Закон в соответствие со практикой, так как еще в 1980 г. Государственный совет Франции пришел к выводу, что бедственное положение женщины не является условием производства аборта, поскольку наличие данного факта не проверяется³⁶. Если женщина состоит в браке или живет в паре, решение об аборте по возможности принимается совместно (ст. L2212-4 КОЗ).

Согласно ст. L2212-3 КОЗ беременная женщина с первого посещения врача должна быть информирована о методах прерывания беременности, а также о возможных рисках и побочных эффектах. Кроме того, беременной женщине систематически, как до, так и после добровольного прерывания беременности предлагается консультация с врачом, прошедшим квалификационную подготовку по консультированию по вопросам брака или любым другим квалифицированным лицом в учреждении, специализирующимся по вопросам семьи (центре планирования семьи, социальной службе и т.п.) (ст. L2212-4 КОЗ).

На предварительной консультации с врачом с женщиной проводится собеседование, во время которого даются советы и рекомендации, соответствующие ситуации. После этой консультации женщина может согласиться на дополнительную (факультативную) консультацию или сразу после первой консультации письменно подтвердить свою волю на аборт, предоставив информированное письменное согласие на прерывание беременности (ст. L2212-5 КОЗ). Первоначальная редакция ст. L2212-5 предусматривала необходимость соблюдения недельного периода (на обдумывание) после первого обращения женщины к врачу; только по истечении этого срока врач был вправе принять повторное письменное подтверждение намерения женщины на осуществление процедуры.

Прерывание беременности во Франции возможно до окончания 14 недели беременности согласно ст. L2212-1 КОЗ. Первоначальная редакция указанной статьи устанавливала предел в 10 недель. Закон № 2001-588 от 04.07.2001³⁷ увеличил этот срок до 12 недель, а Закон № 2022-295 от

³⁵ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes // JORF n°0179 du 5 août 2014. Texte n° 4.

³⁶ Suppression de la notion de « détresse » : pour ou contre, quels arguments // Le Monde. 22 janvier 2014. Available at: URL: https://www.lemonde.fr/societe/article/2014/01/22/notion-de-detresse-dans-l-ivg-pour-ou-contre-quels-arguments_4352253_3224.html (дата обращения: 08.08.2023)

³⁷ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception // JORF 7 juillet 2001.

02.03.2022 — до 14 недель³⁸. Как отмечает Г. Руссэ, увеличение данного срока, по мнению сторонников изменений, обусловлено тем, что каждый год от 3000 до 5000 беременных женщин выезжало из Франции за границу в страны, где данный срок был длиннее, например, в Великобританию (24 недели), Нидерланды (22 недели), Швецию (18 недель) и т.д. [Rousset G., 2022: 312].

Последнее условие, необходимое во Франции для аборта — это круг медицинских работников, которым предоставлено право на данное вмешательство (медикоментозное или хирургическое). Согласно ст. L2212-1 КОЗ право на проведение аборта предоставлено врачу или акушерке. Первоначально данное право было дано только врачу. В соответствии со ст. L2212-2 прерывание беременности хирургическим путем может быть осуществлено только в медицинском учреждении здравоохранения (как в частном, так и государственном).

Ст. L2212-8 КОЗ предусматривает так называемую «оговорку о совести». Она означает, что врач и акушерка оставляют за собой право отказаться от проведения аборта. Аналогичное положение содержится в ст. R4127-18 Кодекса профессиональной этики (являющийся составной частью КОЗ), где также уточнено, что врач вправе отказаться от проведения аборта в случаях и при наличии условий, предусмотренных законом; при отказе он должен проинформировать заинтересованную сторону при соблюдении условий и сроков, установленных законом. При этом французское законодательство, как и российское, не предусматривает объяснения мотивов отказа от проведения процедуры прерывания беременности. Частное медицинское учреждение может отказать в проведении искусственного прерывания беременности в своем помещении.

С 2012 г. расходы на аборт покрываются в размере 100% медицинской страховкой с полным освобождением от предоплаты и возмещаются из фонда социального обеспечения (Securité sociale)³⁹.

Незаконное прерывание беременности во Франции влечет уголовную ответственность. Согласно ст. 223-10 УК Франции прерывание беременности без согласия беременной женщины наказывается лишением свободы сроком на пять лет и штрафом в размере 75 000 евро. Статья L2222-2 КОЗ устанавливает наказание в виде лишения свободы на 2 года и штраф в размере 30 000 евро, если искусственное прерывание беременности проводится осознанно при наличии одного из следующих об-

³⁸ LOI n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement // JORF n°0052 du 3 mars 2022.

³⁹ Закон № 2012-1404 du 17 декабря 2012 устанавливает возмещение расходов. LOI n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale // JORF n°0294 du 18 décembre 2012.

стоятельств: по истечении срока, в течение которого это разрешено законом, если только это не делается по медицинским показаниям; лицом, не имеющим квалификации врача или акушерки; в месте, отличном от государственного или частного стационара, отвечающего условиям, предусмотренным законом.

3. Правовая природа права женщины на искусственное прерывание беременности

В России такое право женщины проистекает из ст. 56 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ, в п. 1 которой установлено: «Каждая женщина самостоятельно решает вопрос о материнстве». Право женщины на аборт рассматривается как одно из личных прав, закрепленных Конституцией. По мнению О.В. Костенко и Р.В. Морозова, право женщины на аборт, не наносящий вред здоровью матери, вытекает из принципа уважения субъективных прав и свобод личности [Костенко О.В., Морозов Р.В., 2012: 25–28]. И.П. Кененова полагает, что проблема запрета абортотв затрагивает конституционное право на неприкосновенность частной жизни беременной женщины [Кененова И.П., 2018: 40–44], закрепленное в ст. 23 Конституции. Аналогичного мнения придерживается Д.К. Рашидханова, считающая, что право на искусственное прерывание беременности гарантируется законом как право на неприкосновенность частной жизни [Рашидханова Д.К., 2007: 40–44]. Е.Н. Маркова отмечает, что «врачи, отказывающиеся делать аборт, ограничивают право женщин на неприкосновенность частной жизни, здоровье и доступ к медицине» [Маркова Е.Н., 2020: 33–45].

Личные права беременной женщины, гарантированные Конституцией, находятся в противоречии с правами потенциального субъекта права, некоторые из которых охраняются даже тогда, когда ребенок не появился на свет. Так, в ст. 1116 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) устанавливается, что к наследованию могут призываться в том числе граждане, зачатые при жизни наследодателя и родившиеся живыми после открытия наследства. Пункт 3 статьи 1116 ГК РФ закрепляет, что выдача свидетельства о праве на наследство приостанавливается при наличии зачатого, но еще не родившегося наследника.

Равновесие между правом женщины на свободу и неприкосновенностью частной жизни и правом на жизнь потенциального ребенка достигается следующим образом: государство гарантирует свободу женщины в период до 12 недель беременности при соблюдении ограничений, установленных законом; после этого периода охраняется право на жизнь будущего ребенка.

Похожий подход закреплен и во французском законодательстве. Во Франции право женщины на аборт воспринимается как ее право распоряжаться своим телом, вытекающее из фундаментального права, закрепленного Конституцией — права на личную свободу. Вместе с тем свобода женщины конкурирует с другим не менее важным принципом, закрепленным в ст. 16 Гражданского кодекса Франции и воспроизведенным в ст. 1 Закона № 75-17 от 17.01.1975: «Закон гарантирует верховенство личности, запрещает любое посягательство на ее достоинство и гарантирует уважение к человеческой личности с самого начала ее жизни».

Из данной формулировки напрашивается вывод, что плод, находящийся в утробе матери, рассматривается как человеческое существо, и начало жизни определяется его зачатием. Как отмечает Г. Брикер, если следовать этой концепции, плод должен быть защищен как человеческая личность по смыслу Конституции. Вместе с тем квалификация его в качестве человеческой личности не препятствует отступлению от общего правового режима в связи с наличием прав другого лица (в частности, свободы женщины) [Bricker G., 2015: 181].

Как отметил Конституционный совет Франции в решении № 74–54 DC от 15.01.1975, Закон о добровольном прерывании беременности основан на уважении свободы лиц, прибегающих к процедуре прерывания беременности, соответствует принципу свободы, закрепленному в ст. 2 Декларации прав человека и гражданина⁴⁰, в которой свобода отнесена к «естественным и неотъемлемым правам человека»⁴¹. Конституционный совет также указал, что принцип уважения к каждому человеку с начала его жизни, упомянутый в ст. 1 Закона о добровольном прерывании беременности, нарушается только в случае необходимости и в соответствии с условиями и ограничениями, которые он определяет.

Другими словами, разрешение прервать беременность рассматривается во французском законодательстве в качестве исключения из общего правила. В связи с этим, как отмечает Г. Руссэ, со строго юридической точки зрения не существует как такого права женщины на прерывание беременности. Прерывание беременности в большей степени сводится к понятию «свобода» [Rousset G., 2022: 307]. 29.10.2023 Президент Франции Э. Макрон объявил, что проект конституционного закона, призванный закрепить эту свободу женщины на уровне Конституции, в ближайшее время будет направлен в Государственный совет. Статью

⁴⁰ Décision 74-54 DC — 15 janvier 1975 — Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse — Conformité// Journal officiel du 16 janvier 1975, page 671.

⁴¹ Available at: URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789> (дата обращения: 08.08.2023)

34 Конституции Французской Республики предлагается дополнить положением: «Закон определяет условия, при которых женщина может воспользоваться гарантированной законом свободой прибегнуть к добровольному прерыванию беременности»⁴². Однако подобной свободой женщина может воспользоваться только в пределах ограниченного законом срока беременности. По истечении данного периода закон встает на охрану прав будущей личности.

4. Меры, направленные на стимулирование рождаемости

По данным Федеральной службы государственной статистики, с 1992 г. по 2009 г. отчетливо прослеживалось сокращение численности населения России. В 1991 г. оно составило 148,3 млн. человек, в 2006 г. — 143,2, в 2009 г. — 142,7 (наименьшее значение за последние 30 лет). По состоянию на 01.01.2023 население России составляет 144,4 млн. человек⁴³.

Для стимулирования рождаемости в 2006 г. был принят Федеральный закон от 29.12.2006 № 256-ФЗ «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей»⁴⁴, а в 2007 г. Указом Президента Российской Федерации от 09.10.2007 № 1351 была утверждена Концепция демографической политики Российской Федерации на период до 2025 года⁴⁵ (далее — Концепция), в настоящее время действует в редакции от 01.07.2014. В Концепции были обозначены основные цели демографической политики на период до 2025 года: «Стабилизация численности населения к 2015 году на уровне 142 — 143 млн. человек и создание условий для ее роста к 2025 году до 145 млн. человек, а также повышение качества жизни и увеличение ожидаемой продолжительности жизни к 2015 году до 70 лет, к 2025 году — до 75 лет». Одной из задач для достижения указанных целей в Концепции названо повышение уровня рождаемости (увеличение суммарного показателя рождаемости в 1,5 раза) за счет рождения в семьях второго ребенка и последующих детей.

В рамках Концепции принят ряд мер, которые оказали положительное влияние на демографическую ситуацию в России. Одной из таких

⁴² Available at: URL: https://www.lemonde.fr/politique/article/2023/10/30/emmanuel-macron-engage-le-processus-visant-a-inscrire-l-ivg-dans-la-constitution_6197298_823448.html (дата обращения: 30.10.2023)

⁴³ Available at: URL: <https://rosstat.gov.ru> (дата обращения: 08.08.2023)

⁴⁴ Федеральный закон от 29.12.2006 № 256-ФЗ «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей» // СЗ РФ. 2007. № 1 (1 ч.). Ст. 19.

⁴⁵ Указ Президента РФ от 09.10.2007 № 1351 «Об утверждении Концепции демографической политики Российской Федерации на период до 2025 года» // СЗ РФ. 2007. N 42. Ст. 5009.

мер стали выплаты материнского (семейного) капитала — средств федерального бюджета, выделяемых в качестве дополнительных мер государственной поддержки семей с детьми⁴⁶.

В соответствии со ст. 3 Федерального закона от 29.12.2006 № 256-ФЗ «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей» в первоначальной редакции право на материнский (семейный) капитал возникало с момента рождения второго ребенка начиная с 01.01. 2007, а также третьего ребенка или последующих детей начиная с 01.01.2007, если ранее это право не было использовано. Размер капитала в 2007 г. составил 250 000 руб. При этом ежегодно происходило увеличение его размера.

В связи с введением в действие Федерального закона от 01.03.2020 № 35-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам, связанным с распоряжением средствами материнского (семейного) капитала»⁴⁷ право на получение такого капитала возникло с момента рождения первого ребенка начиная с 01.01.2020. Кроме того, 1.01.2022 вступили в силу положения Федерального закона от 21.12.2021 № 415-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁴⁸, предусматривающие ежегодный пересмотр размера данного капитала с 1 февраля исходя из индекса роста потребительских цен за предыдущий год в соответствии с коэффициентом индексации, определяемым Правительством Российской Федерации.

С 01.02.2023 размер материнского (семейного) капитала на первого ребенка, рожденного (усыновленного) начиная с 01.01.2020, составляет 586 946,72 рублей; за второго ребенка, рожденного (усыновленного) начиная с 01.01.2020 — 188 681,53 руб.; за третьего и последующих детей в случае его (их) рождения (усыновления) начиная с 01.01.2020 — 775 628,25 (при условии, что ранее право на дополнительные меры государственной поддержки не возникло)⁴⁹. Государственная поддержка в виде материнского (семейного) капитала оказала существенно повлияла на ситуацию с рождаемостью. По данным Росстата, в 2006 г. общее количество прерываний беременности составило 1,6 млн., а в 2016 г. — 837 тыс.⁵⁰, т.е. число аборт за 10 лет сократилось почти в 2 раза.

⁴⁶ Помимо материнского капитала государство гарантирует и другие меры социальной поддержки, в том числе льготы.

⁴⁷ СЗ РФ. 2020. № 9. Ст. 1127.

⁴⁸ СЗ РФ. 2021. № 52 (ч. I), Ст. 8974.

⁴⁹ СПС Консультант Плюс.

⁵⁰ Available at: URL: <https://rosstat.gov.ru/search?q=%D1%87%D0%B8%D1%81%D0%BB%D0%BE+%D0%B0%D0%B1%D0%BE%D1%80%D1%82%D0%BE%D0%B2> (дата обращения: 08.08.2023)

Как отмечают В.И. Сакевич, Б.П. Денисов и С.Ю. Никитина, в течение нескольких десятилетий, вплоть до 2007 г, число аборт в год в России превышало число родов (в отдельные годы соотношение составляло свыше 250 абортов на 100 рождений). К 2021 г. произошло сближение числа беременностей и рождений [Сакевич В.И., Денисов Б.П., Никитина С.Ю., 2021: 46].

На протяжении последних 30 лет в России наблюдается тенденция неуклонного снижения абортов. Опирающиеся на данные Росстата исследователи приводят следующую статистику: с 1992 по 2019 гг. общее число прерываний беременности (включая выкидыши и аборты по медицинским и социальным показаниям) снизилось с 3,5 млн до 622 тыс. В 2020 г. количество искусственных абортов в России составило 553 тыс., а в 2021 г. — 518 тыс.⁵¹ Как отмечают эксперты, «проблема абортов в современной России потеряла свою остроту—уровень абортов за постсоветские годы снизился в несколько раз» [Захаров С.В., Сакевич В.И. 2022: 153].

Во Франции уделяется большое внимание вопросу планирования семьи, и обществу предлагаются методы регулирования рождения детей. Законом № 67-1176 от 28.12.1967⁵² («закон Люсьена Нейвирта») было разрешено использование противозачаточных средств. Таким образом, еще до легализации абортов государство признало возможность методов предотвращения нежелательной беременности. В 1974 году затраты на противозачаточные средства стали подлежать возмещению в рамках медицинского страхования.

Высокие показатели рождаемости во Франции являются результатом социальной политики стимулирования рождения детей, проводимой с 1945 г. Основным ее инструментом являются многочисленные семейные пособия. Система социальных пособий, которые помогают семьям в содержании и воспитании детей, предусмотрена Кодексом социального обеспечения. Эта помощь выплачивается домохозяйствам, имеющим как минимум двух детей в возрасте до 20 лет. Пособия выплачиваются ежемесячно Кассой семейных пособий (Caisse d'Allocations Familiales, CAF)⁵³ или Фондом социальной взаимопомощи в сфере сельского хозяйства (Mutualité Sociale Agricole, MSA⁵⁴) при наличии определенных

⁵¹ Статистика Росстата: Available at: URL: <https://rosstat.gov.ru> (дата обращения: 08.08.2023)

⁵² Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du code de la santé publique // JORF du 29 décembre 1967.

⁵³ Финансовый орган, средства которого образуются из взносов организаций и работников, для помощи семьям с низкими доходами (семейные пособия, жилищные пособия и т.д.).

⁵⁴ Этот орган выполняет те же функции, что и вышеназванный, но только в аграрном секторе.

условий. В частности, предусмотрены ежемесячные семейные пособия (*allocations familiales*), надбавка для многодетных семей, т.е. имеющих трех и более детей (*complément familial*) и др.⁵⁵ Во Франции семейные пособия получают в основном на второго ребенка. Однако есть пособия, предназначенные и на первого ребенка, в частности, пособия молодым родителям при рождении ребенка (*Prestation d'accueil du jeune enfant*). Семьям с детьми предусмотрены также налоговые льготы (снижение налоговой нагрузки) и др.

Статистические данные свидетельствуют, что социальная политика Франции, направленная на увеличение рождаемости, демонстрирует эффективность. Несмотря на основательную либерализацию законодательного регулирования аборт, их количество во Франции за последние 10 лет, по данным Национального института статистики и экономических исследований, остается примерно на одном и том же уровне — около 220 тыс. абортов в год. Иногда число абортов было больше или меньше этой величины. Так, в 2011 г. количество абортов у женщин в возрасте от 15 до 49 лет составило 220 021, в 2021 — 220 938. Между тем в 2017 г. их было 214 857, а в 2018 г. — 222 541⁵⁶.

Но наиболее важным показателем с точки зрения демографии является соотношение числа абортов и рождений. По данным Национального института демографических исследований, в 2020 и 2021 гг. на 100 рождений приходилось 29,8 абортов. Максимальное их количество было в 1976 г. — на 100 рождений тогда пришлось 34,1 аборта. При этом в 2021 г. в среднем на одну женщину пришлось 0,53 аборта. Этот показатель остается практически неизменным на протяжении последних 10 лет⁵⁷.

Заключение

Подход российского (советского) государства к абортам характеризуется изменчивостью (разрешение аборта в 1920 г., запрещение в 1936 г., разрешение в 1955 г., введение ограничительных мер в 2011 г.). Образно ее можно изобразить в виде синусоиды. Между тем государственную политику Франции можно изобразить в виде восходящей кривой, направленной на все большую и большую либерализацию законодатель-

⁵⁵ Available at: URL: <https://www.mes-allocs.fr/guides/allocations-familiales/#> (дата обращения: 08.08.2023)

⁵⁶ Available at: URL: <https://www.insee.fr/fr/statistiques/7624529?sommaire=7624746#titre-bloc-20> (дата обращения: 08.08.2023)

⁵⁷ Available at: URL: <https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/chiffres/france/avortements-contraception/avortements> (дата обращения: 08.08.2023)

ства, что не помешало государству добиться лидирующих показателей рождаемости в Европе.

Как в России, так и во Франции женщина вправе сделать аборт, но при соблюдении установленных законом ограничений, которые во многом совпадают в законодательстве обоих государств: искусственное прерывание беременности по желанию женщины возможно только в рамках фиксированного периода (12 недель по российскому законодательству; 14 недель по французскому); аборт производится только после письменного согласия женщины и только в медицинских организациях (как государственных, так и частных); врач вправе отказаться от производства аборта (оговорка о совести). Вместе с тем действующее французское законодательство (в отличие от российского) не предусматривает обязательного периода на обдумывание решения беременной женщины на производство аборта.

Право женщины на аборт основано на одном из фундаментальных конституционных принципов — праве каждого человека на личную свободу. Вместе с тем данная свобода беременной женщины гарантируется в пределах очерченного законом периода времени и допускается только в случае установленных законом ограничений; по истечении этого периода закон обеспечивает приоритетную охрану права (права на жизнь) будущего ребенка. Данные законодательные положения позволяют разрешить противоречие между двумя конфликтующими правами.

Исторический анализ норм об искусственном прерывании беременности в России показывает, что политика запрета или ограничения аборта не влечет за собой существенного улучшения рождаемости, но приводит к неблагоприятным последствиям в виде увеличения женской смертности. Французский опыт свидетельствует, что либерализация законодательства о прерывании беременности по желанию женщины не привела к увеличению числа абортов. Показатели рождаемости остаются высокими. Высокий ее уровень обусловлен серьезной государственной поддержкой семей с детьми, а также доступностью контрацептивов, позволяющих избегать нежелательной беременности. В свете изложенного полагаем, что ограничение аборта не может рассматриваться как действенный инструмент демографической политики, приводящей к увеличению рождаемости. Считаем, что к введению ограничительных мер в России необходимо подходить очень взвешенно, учитывая все возможные риски, связанные со здоровьем женщины.

Для повышения рождаемости в России государству необходимо в первую очередь расширить меры поддержки семей с детьми. Полагаем, что стимулированию рождаемости будет способствовать введение одинакового размера средств материнского (семейного) капитала при рождении как второго, так и последующего ребенка (ныне самая значи-

тельная сумма причитается только при рождении первого ребенка). Высказываются и иные предложения: ввести прогрессивную систему мер поддержки многодетных («плюс ребенок–плюс ресурс»); отменить критерии нуждаемости при поддержке многодетных семей; расширить использование средств материнского (семейного) капитала для многодетных семей, в том числе разрешив приобретение семейного автомобиля отечественного производства и субсидирование найма жилья находящимся в очереди на улучшение жилищных условий; снизить пенсионный возраст многодетных отцов, предоставить им отсрочку от мобилизации, увеличить ежемесячное пособие беременным для предотвращения абортов.⁵⁸

Авторы выражают надежду, что меры государственной поддержки материнства будут с каждым годом увеличиваться, а женщины, ощущая внимание и заботу государства, при наступлении незапланированной беременности будут чаще делать выбор в пользу рождения ребенка.



Список источников

1. Данилова С.И. Аборты в России: исторический и современный аспекты // Гражданин и право. 2023. № 8. С. 33–42.
2. Дробижев В.З. У истоков советской демографии. М.: Мысль, 1987. 221 с.
3. Захаров С.В., Сакевич В.И. Долговременные тенденции уровня рождаемости и проблемы ее контроля на внутрисемейном уровне в современной России / Население России 2019: 27-й ежегодный демографический доклад. М.: Издательский дом НИУ ВШЭ, 2022. С. 113–154.
4. Кененова И.П. Конституционно-правовые аспекты запрета абортов в Российской Федерации: проблемы и перспективы // Законодательство. 2018. № 2. С. 35–42.
5. Костенко О.В., Морозов Р.В. Законодательное закрепление права на охрану репродуктивного здоровья // Социальное и пенсионное право. 2012. № 4. С. 25–28.
6. Лебина Н. «Навстречу многочисленным заявлениям трудящихся женщин...» Абортная политика как зеркало советской социальной заботы / Советская социальная политика 1920–1930-х годов: идеология и повседневность. М.: Вариант, 2007. С. 228–241.
7. Маркова Е.Н. Отказ от исполнения правовой обязанности по соображениям совести и религиозным убеждениям: критерии оценки и защита убеждений личности // Конституционное и муниципальное право. 2020. № 3. С. 33–45.
8. Рашидханова Д.К. Репродуктивные права личности: сущность и правовая природа // Социальное и пенсионное право. 2007. № 4. С. 40–44.

⁵⁸ Гурьянов С. Молодость — не порог: почему материнский капитал нужен 30-летним. Эксперты призывают сместить акцент в демографической политике // Известия. 2023. 30 апреля. Available at: URL: <https://iz.ru/1505124/sergei-gurianov/molodost-ne-porog-pochemu-materinskii-kapital-nuzhen-30-letnim> (дата обращения: 08.08.2023)

9. Садвокасова Е.А. Социально-гигиенические аспекты регулирования размеров семьи. М.: Медицина, 1969. 192 с.
10. Сакевич В.И., Денисов Б.П., Никитина С.Ю. Прерывания беременности в России по данным официальной статистики // Социологические исследования. 2021. № 9. С. 42–53.
11. Фиошин А.В. Об основах формирования государственной политики по поддержке семей и сохранению традиционных семейных ценностей (или Концепция четырех «И») // Нотариус. 2022. № 6. С. 22–26.
12. Avdeev A., Blum A., Troitskaya I. Histoire de la statistique de l'avortement en Russie et en URSS jusqu'en 1991. *Population*, 1994, no. 4–5, pp. 903–934.
13. Binet J.-R. Droit de la bioéthique. Paris: Lextenso, 2023. 390 p.
14. Bricker G. Le droit de la génétique: à la recherche d'une branche du droit. Paris : l'Harmattan, 2015, 848 p.
15. Rousset G. L'interruption de grossesse en droit comparé. Entre cultures et universalisme. Bruxelles: Bruylant, 2022, 440 p.



References

1. Avdeev A., Blum A., Troitskaya I. (1994) Histoire de la statistique de l'avortement en Russie et en URSS jusqu'en 1991. *Population*, no. 4–5, pp. 903–934.
2. Binet J.-R. (2023) Droit de la bioéthique. Paris: Lextenso, 390 p.
3. Bricker G. (2015) Le droit de la génétique: à la recherche d'une branche du droit. Paris : l'Harmattan, 848 p.
4. Danilova S.I. (2023) Abortion in Russia: historical and modern aspects. *Grazhdanin i pravo*=Citizen and Law, no. 8, pp. 33–42 (in Russ.)
5. Drobizhev V.Z. (1987) *At the origins of Soviet demography*. Moscow: Mysl', 221 p. (in Russ.)
6. Fioshin A.V. (2022) On the basis of the formation of state policy to support families and preserve traditional family values (or the concept of four "I"). *Notarius*=Notary, no. 6, pp. 22–26 (in Russ.)
7. Kenenova I.P. (2018) Constitutional and legal aspects of the ban on abortion in the Russian Federation: issues and prospects. *Zakonodatel'stvo*=Legislation, no. 2, pp. 35–42 (in Russ.)
8. Kostenko O.V., Morozov R.V. (2012) Legislative consolidation of the right for protection of reproductive health. *Sotsial'noye i pensionnoye pravo*=Social and Pension Law, no. 4, pp. 25–28 (in Russ.)
9. Leбина N. (2007) "Towards the numerous statements of working women..." Abortion policy as a mirror of Soviet social care. In: Soviet social policy of the 1920s–1930s: ideology and everyday life. P. Romanov and E. Yarskaya-Smirnova (eds.). Moscow: Variant, pp. 228–241 (in Russ.)
10. Markova E.N. (2020) Refusal to fulfill a legal obligation for reasons of conscience and religious beliefs: criteria for assessing and protecting individual's beliefs. *Konstitutsionnoye i munitsipal'noye pravo*=Constitutional and Municipal Law, no. 3, pp. 33–45 (in Russ.)
11. Rashidkhanova D.K. (2007) Reproductive rights of the individual: essence and legal nature. *Sotsial'noye i pensionnoye pravo*=Social and Pension Law, no. 4, pp. 40–44 (in Russ.)

12. Rousset G. (2022) L'interruption de grossesse en droit comparé. Entre cultures et universalisme. Bruxelles: Bruylant, 440 p.
 13. Sadvokasova E.A. (1969) *Socio-hygienic aspects of family size regulation*. Moscow: Meditsina, 192 p. (in Russ.)
 14. Sakevich V.I., Denisov B.P., Nikitina S. Yu. (2021) Termination of pregnancy in Russia according to official statistics. *Sotsiologicheskie issledovaniya*= Sociological Researches, no. 9, pp. 42–53 (in Russ.)
 15. Zakharov S. V., Sakevich V. I. (2022) Long-term trends in the level of fertility and problems of its control at the intra-family level in modern Russia. In: Population of Russia 2019: 27th annual demographic report. Moscow: HSE Publishers, pp. 113–154 (in Russ.)
-

Информация об авторах:

Н.В. Ростовцева — кандидат юридических наук, доцент.

К.С. Ючинсон — старший преподаватель.

Information about the authors:

N.V. Rostovtseva — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

C.S. Hutchinson — Senior Lecturer.

Статья поступила в редакцию 15.10.2023; одобрена после рецензирования 01.11.2023; принята к публикации 01.11.2023.

The article was submitted to editorial office 15.10.2023; approved after reviewing 01.11.2023; accepted for publication 01.11.2023.

Научная статья

УДК 352.075

DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.282.305

Ограничения прав отцов в уголовном законодательстве



**Ксения Александровна Барышева¹,
Фатима Фармановна Мамедова²**

^{1, 2} Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20,

¹ kbarysheva@hse.ru <https://orcid.org/0000-0002-6087-1671>

² fmamedova@hse.ru <https://orcid.org/0000-0002-5783-8336>



Аннотация

В зарубежном и российском уголовном праве проблема ограничений родительских прав, в частности, отцов относится к числу остро актуальных и является сложным и дискуссионным вопросом. При этом обеспечение равноправия женщин и мужчин является важной задачей государства. Неравенство проявляется и в защите семейных ценностей, так, на примере норм уголовного закона в статье будет проанализирован вопрос меньшей защищенности отцовства в России и смещение акцента в пользу материнства. Данная проблема значима, так как современные тенденции показывают, что общество постепенно уходит от безусловного доминирования женщины в воспитании детей. В отдельных странах женщины вынуждены отстаивать свои права, которые ущемляются на законодательном уровне, тогда как в большинстве развитых стран во многих сферах общественной жизни законы особенно тщательно защищают интересы представительниц слабого пола. В некоторых случаях идет речь и о гендерной дискриминации мужчин. По определенным признакам к этой группе стран относится и Российская Федерация. В настоящей статье сделана попытка проанализировать российское уголовное законодательство на предмет наличия в нем правовых норм, содержащих в себе признаки ограничения прав отцов. Авторы выясняют причины недостаточной защищенности прав отцов, а также умаления роли отца в воспитании детей в контексте дискриминации. Эта статья способствует глубокому пониманию проблемы и может быть полезной законодателям, специалистам в области семейного права и всех, кто интересуется вопросами семьи и родительства в России. Актуальность поднятой темы обусловлена тем фактом, что отечественное уголовное законодательство содержит нормы, которые идут вразрез с принципами гендерного равенства, закрепленного в Российской Федерации на конституционном уровне. При проведении исследования использовались методы контент-анализа, индукции, классификации.



Ключевые слова

уголовное право; проблемы прав отцов; гендерная дискриминация; гендерное неравенство; дискриминация мужчин; правовое положение мужчин; правовое положение женщин; отцовство; материнство.

Для цитирования: Барышева К.А., Мамедова Ф.Ф. Ограничения прав отцов в уголовном законодательстве // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2023. Том 16. № 4. С. 282–305. DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.282.305

Research article

Restrictions on Father's Rights in Criminal Law



**Ksenia Aleksandrovna Barysheva¹,
Fatima Farmanovna Mamedova²**

^{1, 2} National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia,

¹ kbarysheva@hse.ru <https://orcid.org/0000-0002-6087-1671>

² fmamedova@hse.ru <https://orcid.org/0000-0002-5783-8336>



Abstract

In international and Russian criminal law, the issue of limitations on parental rights, particularly those of fathers, is among the most pressing and complex matters. Ensuring gender equality between women and men is an important task for the state. Inequality is also evident in the protection of family values, as, for example, the article will analyze the question of the lesser protection of fatherhood in Russia and the shift in focus towards motherhood, as demonstrated by the provisions of criminal law. The problem is seen as significant because contemporary trends indicate that society is gradually moving away from the unconditional dominance of women in matters of child-rearing. In certain countries, women still are compelled to defend their rights are infringed upon at the legislative level, while in most developed countries laws meticulously protect the interests of mothers in various aspects of public life. In some cases, one can even speak of gender discrimination against men. The Russian Federation can be considered as belonging to this group of countries based on several criteria. In this article, an attempt is made to analyze Russian criminal legislation for legal norms containing signs of restrictions on fathers' rights. The authors explore the reasons for the insufficient protection of fathers' rights and the diminishing role of fathers in child-rearing in the context of discrimination. This article contributes to a deep understanding of the issue and can be valuable for legislators, specialists in family law, and anyone interested in family and parenting issues in Russia. The relevance of the raised topic is due to the fact that Russian criminal legislation continues to contain norms that contradict the principles of gender equality enshrined in the Constitution of the Russian Federation. When conducting the study, the following methods were implemented: content analysis, induction, classification.



Keywords

criminal law; fathers' rights; gender discrimination; gender inequality; discrimination against men; legal status of men; legal status of women; paternity; motherhood.

For citation: Barysheva K.A., Mamedova F.F. (2023) Restrictions on fathers' rights in criminal law. *Law. Journal of the Higher School of Economics*. vol. 16, no. 4, pp. 282–305 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.282.305

Введение

Проблема реализации права на отцовство много шире темы, затронутой в настоящем исследовании. Практикующие юристы по семейным спорам и исследователи в области семейного права отмечают, что в нашей стране права отца защищены меньше, чем права матери: решения судов по определению места жительства ребенка после развода носят «презумптивный» характер и выносятся в пользу матери; в доктрине почти нет исследований защиты прав отцов [Зыков С.В., 2020: 53]. В той или иной степени речь идет о неравенстве, причины которого можно найти в анализе исторического аспекта рассматриваемого вопроса (например, преемственность Семейного кодекса Российской Федерации (далее — СК РФ) Кодексу о браке и семье РСФСР 1969 г.), в стереотипах в общественных стереотипах, которым, в том числе подвержена и политика государства в указанной сфере. Однако в наше время границы социальных ролей мужчины и женщины в некоторых вопросах размываются: нередко мужчина становится домохозяйном, а основной доход в семью приносит женщина; мужчины получили право оформлять отпуск по уходу за ребенком и чаще стали реализовать данное право, а общество не осуждает такие решения. На наш взгляд, стоит пересмотреть некоторые устарелые положения закона и принять во внимание современную реальность, чтобы законодательство отвечало потребностям общества и удовлетворяло их.

Авторы статьи считают возможным рассматривать проблему недостаточной защищенности прав отцов, умаления роли отца в воспитании детей в контексте дискриминации. В статье проанализированы положения уголовного закона, благосклонные к женщине, выполняющей социальную роль матери, и фактические отрицающие значимость роли отца в воспитании детей.

1. Права родителей и баланс интересов ребенка и общества

В положениях Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ; УК) закреплён ряд послаблений беременным женщинам, жен-

щинам, воспитывающих малолетних детей (учитываемый возраст ребенка может отличаться). Доктрина обосновывает такой подход тем, что по смыслу закона на первое место ставятся интересы ребенка, которые затрагиваются, когда родитель привлекается к уголовной ответственности. Так, по смыслу ст. 82 УК РФ отсрочка отбывания наказания предоставляется матери или отцу, который в одиночку воспитывает ребенка, что позволяет достигнуть разумного баланса интересов общества и ребенка: если отстранить от воспитания мать или отца-одиночку, отправив их отбывать срок, то у детей возникают проблемы с развитием и формированием личности¹. Пожалуй, это — единственная норма УК, в которой законодатель непосредственно упоминает отца.

Всеобщая декларация прав человека определяет, что все люди от рождения обладают равными правами независимо от расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного, сословного или иного положения². Статья 14 Конвенции о защите прав человека и основных свобод также закрепляет запрет на дискриминацию человека и гражданина: пользование правами и свободами должно быть обеспечено без дискриминации независимо от различий по признаку пола, расы, религии и иным любым признакам³. Конвенция о правах ребенка устанавливает равные права и обязанности родителей⁴.

Российское законодательство также содержит принцип равенства всех перед законом и судом. В статье 19 Конституции Российской Федерации закреплено: мужчина и женщина имеют равные права и свободы и равные возможности для их реализации, в ст. 38 определены равные права и обязанности родителей⁵. Такое положение о юридическом равенстве женщин и мужчин предполагает, что речь идет не только о равенстве их свобод и прав, но также юридических обязанностей. Это включает в себя равенство оснований для наступления юридической ответственности.

¹ Как наличие детей влияет на приговоры: разъяснения Верховного Суда // Право. RU. Available at: URL: <https://pravo.ru/story/240616/?ysclid=lniobd4rwl95341016> (дата обращения: 01.10.2023)

² Всеобщая Декларация прав человека (Принята Генеральной Ассамблеей ООН 10.12.1948) // СПС Консультант Плюс.

³ Конвенция о защите прав человека и основных свобод (заключена в Риме 04.11.1950) (с изм. от 13.05.2004) // СПС Консультант Плюс.

⁴ Конвенция о правах ребенка (одобрена Генеральной Ассамблеей ООН 20.11.1989) (вступила в силу для СССР 15.09.1990) // СПС Консультант Плюс.

⁵ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами о поправках к Конституции от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 01.07.2020 № 11-ФКЗ) // СПС Консультант Плюс.

Статья 4 УК содержит конституционную норму о равенстве всех граждан России перед законом вне зависимости от их половой принадлежности. При этом, согласно принципу справедливости, который также закреплён на законодательном уровне, установлены требования, согласно которым уголовное наказание должно соответствовать обстоятельствам совершения преступления, уровню его общественной опасности, а также личности правонарушителя [Высоцкая Д.С., Розум А.Ю., 2023: 31]. Однако в ряде случаев важные факты о личности привлекаемого к уголовной ответственности, в частности, о наличии несовершеннолетних детей, могут де-юре значительным образом влиять на назначение наказания только для женщин.

В целом фактор гендерной принадлежности в той или иной мере учитывается законодательствами подавляющего большинства стран. Отечественная правовая система в этом смысле находится в рамках общемирового тренда. Например, в ч. 2 ст. 59 и ч. 2 ст. 57 УК, в которых речь идет о таких видах наказания, как смертная казнь и пожизненное лишение свободы, имеются признаки гендерного неравенства, поскольку законодатель устанавливает запрет на их применение в отношении женщин. Следует ради справедливости отметить, что законодатель здесь попытался смягчить неравенство, запрещая применять эти виды наказания также к мужчинам, достигшим на момент приговора возраста 65 лет. Такое ограничение соответствует духу гуманизма и не вызывает возражений, однако запрет на смертную казнь только женщин обоснованно можно считать проявлением дискриминации лиц мужского пола [Казарина М.И., Чернопильская Г.Е., 2021: 49].

Положения Международного пакта о гражданских и политических правах⁶ также предусматривают ограничения применения смертной казни, однако это касается лишь беременных женщин. В этом случае российский законодатель действует в согласии с международными требованиями, однако освобождение от пожизненного лишения свободы или смертной казни абсолютно всех лиц женского пола (что явно превышает требования международных правовых норм) не находит обоснованного объяснения.

Статья 58 УК предусматривает, что местом отбытия заключения для женщин могут быть исключительно колонии общего режима. К ним нельзя применить наказание в виде заключения в тюрьме либо в колонии особого режима. При этом для мужчин, которые осуждены за преступления к лишению свободы, предусмотрены помимо общего также

⁶ Международный пакт о гражданских и политических правах (Принят 16.12.1966 Резолюцией 2200 на 1496-м пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН) // СПС Консультант Плюс.

особый и строгий режимы отбытия наказания. Таким образом, в данном случае мы имеем дело еще с одним нарушением принципа гендерного равенства, который закреплен на законодательном уровне, и предусматривает лицам женского пола более мягкий режим отбытия наказания, нежели для мужчин [Румянцева Ю.Н., 2022: 102].

Возможно, с точки зрения гендерного восприятия ролей в обществе и разного воздействия различных мер на мужчин и женщин с целью воспитания и исправления, имеются основания для таких законодательных решений. К тому же в отечественном уголовном законодательстве есть нормы, в которых неодинаковая ответственность мужчин и женщин за одно и то же преступление обоснована физиологическими различиями между лицами женского и мужского пола.

В России фактор гендерной принадлежности напрямую влияет на содержание правовых понятий «мать», «отец». Придерживаясь традиционных ценностей (которые закреплены и в ст. 72 Конституции) о том, что брак — это союз между мужчиной и женщиной, очевидно, что мать — это всегда женщина, отец — мужчина, а родители — лица разного пола. В ст. 61 Семейного кодекса установлено, что родители имеют равные права и несут равные обязанности в отношении своих детей (родительские права). Однако применительно к действительности, как правило, материнство ставится на первое место: начиная с комнат матери и ребенка в торговых центрах и иных публичных местах, формулировок нормативно-правовых актов («материнский капитал», «защита материнства и детства»), заканчивая статистикой разрешения споров по вопросам воспитания детей. В исследовании мы не затрагиваем вопросов установления факта отцовства, правовых коллизий, разрешения споров касательно суррогатного материнства и пр. Уточним, что речь пойдет об отцах—лицах, которые установлены в качестве таковых в отношении ребенка (в том числе когда отцовство устанавливается в отношении ребенка, не являющимся биологическим, — социальное отцовство [Усачева Е.А., 2019: 117]), либо указаны в свидетельстве о рождении (за исключением случаев, когда отец указан со слов матери), а также об одиноких отцах.

В законодательстве России отсутствует определение понятия одинокого отца, так же как нет федеральной статистики семей, в которых детей воспитывают только отцы⁷. На практике отцами-одиночками считаются родители детей, у которых мать умерла, пропала без вести, лишена родительских прав, долгое время пребывает в лечебном учреж-

⁷ Какие льготы и социальные гарантии полагаются единственному (одинокому) родителю?. Available at: URL: <https://login.consultant.ru/?returnUrl=req%3Ddoc%26base%3D PKBO%26n%3D21795%26dst%3D100098&cameFromForkPage=1&demo=1> (дата обращения: 06.06.2023)

дении, оставила детей отцу при разводе, находится в местах лишения свободы. Также к одиноким отцам относят мужчин, усыновивших ребенка, в свидетельство о рождении которого сведения о матери вписаны на основании заявления усыновителя в установленном порядке. При этом права одиноких отцов и матерей различаются, что неоднократно подчеркивается исследователями в различных областях, в том числе и в области права. В данном случае нас интересует, как именно в статьях УК дискриминируются права данной категории граждан.

На сегодняшний день в России 7,3% общего количества семей с детьми — семьи, в которых детей воспитывает отец; в стране насчитывается приблизительно 1,13 млн. отцов-одиночек⁸. Несмотря на то, что семья, где единственным родителем является мужчина, пока нетипична, права таких родителей также нуждаются в защите, и начать стоит с уравнивания положения отцов и матерей на законодательном уровне. Предложения авторов статьи будут касаться только уголовного законодательства, однако настоящее исследование включает изучение норм и иных отраслей права, в которых регулируются права и обязанности родителей.

Законодательное закрепление соблюдения принципа гендерного равенства на национальных и международном уровнях не гарантирует его повсеместного соблюдения. Так, анализируя особенности российского законодательства, мы пришли к выводу о целом ряде правовых актов, которые противоречат не только положениям международных соглашений, но и нормам, закрепленным в российской Конституции.

При этом противоречия могут содержаться даже в рамках одного и того же документа, например, в Конституции Российской Федерации. Так, ст. 19 гарантирует равные свободы и права вне зависимости от тех или иных факторов, включая половую принадлежность. При этом обнаруживаются противоречия между ст. 19 и 38 Конституции. Так, в ст. 38 речь идет о защите со стороны государства семьи, материнства и детства, но отсутствует защита отцовства. Незначительная на первый взгляд недоработка влечет за собой ряд проблем [Гутаренко А.К., 2021: 157].

Многие отрасли российского права содержат примеры неравенства. Существенные проблемы создаются и в сфере уголовного права.

2. Привилегированный состав для матерей

В ст. 106 УК речь идет об ответственности за убийство матерью только что рожденного ею ребенка. В качестве наказания за такое преступ-

⁸ Сколько в России одиноких матерей и отцов. Available at: URL: <https://journal.tinkoff.ru/single-parents/?ysclid=ljfvdsq8p647292818> (дата обращения: 06.06.2023)

пление предусмотрено от 2 до 4 лет ограничения свободы либо до 5 лет принудительных работ. Статья 15 УК это преступление относит к категории средней тяжести, и преступница будет отбывать наказание либо в колонии-поселении, либо общего режима. Некоторые юристы, оправдывая мягкость уголовного закона, ссылаются на возможное психотравматическое состояние виновной. Мы не считаем этот аргумент обоснованным.

Совершивший подобное преступление мужчина будет нести ответственность по п. «в» ч. 2 ст. 105 УК, что означает от 8 до 20 лет лишения свободы, пожизненное лишение свободы либо смертную казнь.

Нормы ст. 106 УК справедливо критикуются учеными. Спорными исследователи называют вопросы квалификации, связанные с субъективной стороной преступления; с потерпевшим; с объективной стороной; с квалификацией деяния, совершенного в соучастии. Авторы предлагают различные уточнения и новые формулировки диспозиции с целью исключить субъективную оценку судом обстоятельств, учитываемых при назначении наказания за преступления, совершенные по ст. 106 УК. В рамках настоящего исследования наибольший интерес имеет толкование судами понятия «психотравмирующая ситуация», а также дискуссия относительно совершения преступления в соучастии.

Законодатель не поясняет, что может быть учтено при убийстве матерью новорожденного ребенка в качестве психотравмирующей ситуации. Данное понятие является оценочным и остается на усмотрении суда. Из анализа судебной практики допустим вывод, что под психотравмирующей ситуацией понимаются любые жизненные обстоятельства, которые претерпевает субъект преступления, связанные с появлением на свет ребенка. Это может быть ситуация, сопряженная с беременностью, родами, деторождением (беременность в результате изнасилования, непризнание ребенка отцом, беременность вследствие измены супругу/созителю и т.д.); ситуация должна восприниматься и оцениваться субъектом преступления как эмоционально тяжкая, что непосредственно повлияло на поведение женщины и помешало ей адекватно оценивать как происходящее, так и свои действия [Кара И.С., Кара С.В., 2020: 146].

Так, по ст. 106 УК в Ессентуках городской суд осудил женщину, покушавшуюся на убийство новорожденного, поскольку осознавала, что ей не нужен еще третий ребенок: у нее на иждивении двое детей и финансовой возможности содержать третьего ребенка нет. При этом отца ребенка женщина не знала, так же как и не знала до родов о том, что она беременна. Экспертиза показала, что обвиняемая во время совершения инкриминируемого деяния могла осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий и руководить ими. За поку-

шение на убийство новорожденного ребенка женщину приговорили к 2 годам ограничения свободы⁹. Интересен также приговор, вынесенный Нововоронежским городским судом, в котором к психотравмирующей ситуации были отнесены распознавание беременности на поздних сроках и невозможность ее легального прерывания, ощущение осуждающей и отвергающей позиции близких, одиночества, изоляции, а также низкий материальный статус, сомнение в возможности воспитать ребенка без помощи посторонних¹⁰.

Проанализировав судебную практику, мы пришли к выводу, что чаще всего убийство матерью новорожденного ребенка совершается сразу же после родов; суд учитывает и психотравмирующую ситуацию, в которой находилась женщина. Однако законодательная конструкция состава преступления, предусмотренного ст. 106 УК, и ее толкование говорят, что сам состав состоит из не связанных между собой отдельных признаков, а именно: убийство ребенка во время родов или сразу же после; условия психотравмирующей ситуации; состояние психического расстройства, не исключающего вменяемость (последние два признака распространяются на ситуации, когда период новорожденности определяется в один месяц). Если законодатель считает возможным конструирование состава таким образом, что его привилегированность может быть определена исключительно тяжелым эмоциональным состоянием, связанным с рождением ребенка, семейными и бытовыми трудностями, возникает закономерный вопрос, почему в такой ситуации не может оказаться и отец ребенка?

В судебной практике не только не оценивается эмоциональное состояние отца ребенка, а, напротив, сложилась тенденция привлекать отцов к ответственности за оказание помощи в убийстве ребенка по квалифицированному составу ч. 2 ст. 105 УК. При этом рассматриваемые аспекты неравенства при квалификации деяния характерны не только для законодательства России, но и прослеживаются в положениях нормативных актов других стран.

Так, в Великобритании ответственность за убийство матерью новорожденного ребенка предусмотрена Законом о детоубийстве (Infanticide Act, 1938). Деяние считается преступным при следующих условиях: 1) потерпевшим является уже родившийся ребенок, не достигший возраста 12 месяцев; 2) во время совершения преступления женщина-мать

⁹ Приговор Ессентукского городского суда № 1-125/2020 от 15.07.2020 по делу № 1-125/2020 // СПС Консультант Плюс.

¹⁰ Приговор Нововоронежского городского суда № 1-66/2018 от 25.06.2018 по делу № 1-66/2018 // СПС Консультант Плюс.

ребенка не оправилась от последствий родов или периода лактации; 3) послеродовые последствия стали причиной потери душевного равновесия. Только в этих случаях женщина, убившая своего ребенка, может рассчитывать на квалификацию деяния как непредумышленного убийства ребенка [Morris A., Wilczynski A., 1993: 200]. В Канаде также предусмотрен отдельный состав преступления для матерей, убивших своих детей, что продиктовано заимствованием законодательных конструкций Великобритании.

До 1998 г. в Уголовном уложении Германии существовал специальный состав, который предусматривал ответственность за убийство матерью незаконнорожденного ребенка, однако данная норма была исключена, так как изменился общественный статус матерей, родивших ребенка вне брака. На сегодняшний день убийство матерью новорожденного ребенка квалифицируется по ст. 211–213 Уголовного уложения; в зависимости от обстоятельств совершенного преступления ответственность может быть смягчена, но на общих основаниях [Schmoller K., 2002: 381].

Специальные нормы, предусматривающие ответственность за убийство матерью новорожденного, также отменены во Франции (1994), Испании (1996), Аргентине (1995), Венгрии (2003), Турции (2004). Однако во многих европейских странах по-прежнему существуют привилегированные составы, предусматривающие ответственность матери за убийство своего ребенка. К таким странам относятся Австрия, Польша, Швейцария, Швеция, Дания, Финляндия, Норвегия, Нидерланды, Португалия, Италия, Лихтенштейн и Люксембург [Wolf G., 2002: 25]. Предпосылки применения привилегированных составов схожи. Общим для всех стран является то, что по данным составам наступает ответственность только биологической матери. В ряде стран ответственность смягчается на основании психоэмоционального состояния женщины в период родов, или сразу после рождения ребенка, например, в Польше и Португалии всегда требуется устанавливать, что женщина находилась в своего рода состоянии аффекта. В Австрии, Лихтенштейне и Швейцарии, если убийство происходит во время родов, доказательств родового аффекта не требуется, это презюмируется.

Схожие со ст. 106 УК РФ формулировки есть в законодательстве Италии и Нидерландов — в положениях статей о детоубийстве говорится об учете материальных и социальных трудностей, с которыми сталкивается женщина, родившая и убившая своего ребенка. Таким образом, в законодательстве всех рассмотренных стран субъектом привилегированного состава является женщина, при этом психотравмирующая ситуация, связанная с рождением ребенка, учитывается лишь в некоторых из них. Некоторые страны и вовсе отменили смягчение наказания за детоубийство.

Как видно, в законодательстве не всех стран существует отдельный привилегированный состав, устанавливающий ответственность за убийство матерью новорожденного ребенка, однако при установлении уголовной ответственности может быть учтено психическое состояние матери, на которое повлияли роды или период лактации. При этом в законодательстве не выделяется такое основание смягчения ответственности, как психотравмирующая ситуация.

На наш взгляд, как мужчина, так и женщина могут оказаться в психотравмирующей ситуации, способной влиять на эмоциональный фон, приводить к необдуманным и импульсивным действиям; учет психотравмирующей ситуации только применительно к женщине видится неоправданным. Есть причины исключить данное обстоятельство как один из самостоятельных признаков состава преступления, предусмотренного ст. 106 УК, но учитывать в качестве смягчающего как по отношению к матери, так и к отцу ребенка при квалификации деяния.

3. Неравенство при назначении наказания — умаление роли отца в воспитании детей

Рассмотрение поднятой нами темы нельзя считать полным, если мы не остановимся на отдельных видах наказаний, которые не применяют к женщинам с малолетними детьми. По ст. 49, 50, 53¹ УК женщинам с детьми до 3 лет не назначаются данные виды наказаний. При этом отцы, включая отцов-одиночек, лишены подобной привилегии. Следует отметить, что в подавляющем большинстве случаев при определении меры наказания положение мужчины положение, занимаемое им в семье, не принимается во внимание. Фактически мы имеем дело с ситуацией, когда роль матери как одного из родителей изначально рассматривается в качестве приоритетной.

В соответствии с ч. 4 ст. 49 УК беременные женщины, а также женщины с детьми до трех лет не могут быть наказаны обязательными работами, которые должны ими выполняться на бесплатной основе в свободное от учебы или работы время. То же самое относится и к исправительным работам (ч. 5 ст. 50 УК). По ч. 7 ст. 53¹ УК принудительные работы не назначаются тем же категориям женщин (с детьми до трех лет и беременным) с добавлением еще одной категории, а именно — женщинам старше 55 лет [Гасюкова Е.Н. и др., 2023: 16]. Однако о таких же послаблениях к мужчинам, воспитывающим детей до 3 лет, в статье не упоминается.

Положения закона сформулированы таким образом, что применить исключение невозможно даже если речь идет об одиноким отце. Вер-

ховный суд Российской Федерации не раз подчеркивал¹¹, что в каждом случае, когда речь идет о тех или иных «послаблениях» при привлечении к уголовной ответственности и назначении наказания лицу, на попечении которого находятся несовершеннолетние дети, всегда, прежде всего, учитываются интересы ребенка. Несмотря на то, что психологи отмечают важность роли матери в формировании психического здоровья ребенка до трех лет [Борисенко Ю.В., 2007: 9], что делать, если матери у ребенка нет? Отец не сможет полноценно ее заменить, однако ребенку лучше, когда рядом находится хотя бы один из родителей, чем вовсе оставаться на какое-то время без такового.

Еще одна ситуация, при которой возможно исключать назначение наказания в виде исправительных и обязательных работ — это когда мужчина находится в отпуске по уходу за ребенком (наказание в виде исправительных работ в таком случае совсем утрачивает смысл). Как и в случае с одинокими отцами, нет официальной статистики лиц мужского пола, находящихся в отпуске по уходу за ребенком, однако по неофициальным сведениям примерно 2 из 100 таких отпусков оформляют мужчины (приблизительно 13 000 человек ежегодно)¹². Наказание должно назначаться с учетом сведений о личности виновного, в частности, данные о семейном и имущественном положении совершившего преступление лица, состоянии его здоровья, поведении в быту, наличии у него на иждивении несовершеннолетних детей, иных нетрудоспособных лиц (супруги, родителей, других близких родственников)¹³. Безусловно, данный принцип может быть применен при рассмотрении уголовного дела, и суд может на свое усмотрение отказаться от назначения исправительных или обязательных работ, однако это будет правом суда, но не его обязанностью. В этом проявляется дискриминация отцовства, так как в случае с женщиной, имеющей детей в возрасте до 3 лет, это — обязанность суда.

Специалисты исследовали применение ст. 156 УК, которая, кроме прочего, включает наказание за жестокое обращение с детьми. Были проанализированы 220 приговоров, вынесенных российскими судами в 2019–2021 годах. Из них 54% преступлений относились к применению

¹¹ Определение коллегии по уголовным делам Верховного Суда России делу № 44-УД22-1-К7 от 01.03.2022. Available at: URL: https://vsrf.ru/stor_pdf.php?id=2097828 (дата обращения: 20.06.2023)

¹² Отцы в декрете. Available at: URL: <https://tass.ru/infographics/9307> (дата обращения: 20.06.2023)

¹³ Постановление Пленума Верховного Суда России от 22.12.2015 № 58 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания» // СПС Консультант Плюс.

к ребенку различного рода насильственных действий, включая убийство. Статистика дел по ст. 156 УК свидетельствует, что 3/4 всех случаев жестокого обращения с детьми совершается именно матерями, за что они несут соответствующее наказание, при этом больше половины таких случаев имеет отношение к злоупотреблению алкогольными напитками.

Помимо этого в качестве жестокого обращения судьи расценивают содержание ребенка в ненадлежащих санитарных условиях (30% случаев), оставление ребенка без присмотра на длительный срок (22%), ненадлежащий медицинский уход за ребенком, требующим его по состоянию здоровья и другие случаи отсутствия заботы о его здоровье (32%). Злоупотребление матерью алкоголем является наиболее распространенным фактором, сопутствующим жестокому обращению с ребенком [Ноженко М.О., 2021: 185].

4. Алименты как «целевые средства» на ребенка

Вопрос о равенстве прав отцов и матерей также встает после расторжения брака или разрыва так называемых «фактических» отношений мужчины и женщины [Пробина С.С., 2017: 50]. Еще один состав преступления, который будет рассмотрен в контексте темы исследования — это неуплата средств на содержание детей или нетрудоспособных родителей (ст. 157 УК). Авторы подчеркивают, что не оправдывают неплательщиков алиментов, а лишь указывают на недостатки законодательства применительно к различным ситуациям, которые встречаются на практике.

Некоторые разведенные отцы вынуждены отстаивать свои права на ребенка в суде, причем, как правило, безуспешно. Многие исследователи (Е. Здравомыслова и А. Темкина, М. Арутюнян, Т. Гурко, Е. Ярская-Смирнова, Ж. Чернова) видят в этом дискриминацию мужчин и нарушение прав отцовства, так как по официальной статистике только в 5% случаев при разводе суд принимает решение оставить ребенка с отцом [Кон И.С., 2006].

В Декларации прав ребенка¹⁴ установлено правило, согласно которому малолетнего ребенка можно разлучить с матерью в исключительных случаях. В ст. 28 Гражданского кодекса Российской Федерации установлено, что малолетним считается ребенок, не достигший возраста 14 лет. Обращение к данному принципу, а также разъяснения вышестоящих судов¹⁵

¹⁴ Декларация прав ребенка. Принята резолюцией 1386 Генеральной Ассамблеи ООН от 20.11. 1959. Available at: URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/childdec.shtml (дата обращения: 26.09.2023)

¹⁵ Постановление Пленума Верховного Суда России от 27.05.1998 № 10 «О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с воспитанием детей» // СПС Консультант Плюс.

показывают, что практика складывается таким образом, что чаще всего решения о том, с кем останется ребенок, выносятся в пользу матери. Таким образом, обязанность выплачивать алименты на содержание несовершеннолетнего ложится на отца. К сожалению, статистики лиц, которых суд обязал выплачивать алименты на несовершеннолетних детей, нет. Однако ведется статистика тех, кто алименты не платит: в различных источниках фигурируют данные, что 90,5% тех, кто не платит алименты — мужчины, и 9,5% — женщины¹⁶. Поэтому субъектом преступления, предусмотренного ст. 157 УК, чаще всего является мужчина.

Положения статьи 157 носят преюдициальный характер: согласно примечанию, к уголовной ответственности привлекается только лицо, которое уже было привлечено к административной ответственности за аналогичное деяние. Очевидно, что к уголовной ответственности за неуплату алиментов привлекаются только злостные должники. При этом в постановлении Пленума Верховного Суда России содержатся подробные разъяснения вопросов, часто встречающихся в судебной практике: понятие неоднократности, действия, составляющие объективную сторону состава преступления, соотношение ст. 5.35.1 Кодекса об административных правонарушениях и 157 УК и пр.¹⁷ Согласно примечанию, от ответственности освобождается должник, который погасил обязательства по алиментам, что говорит о лояльности законодателя, а также о необходимости защиты интересов ребенка: гораздо важнее, чтобы ребенок получил причитающиеся суммы, нежели привлекать виновного к уголовной ответственности.

По статистике судебного департамента при Верховном Суде России, в 2022 г. за неуплату алиментов в России было осуждено 48 927 человек; большей части осужденных назначено наказание в виде исправительных работ (его назначили 30 642 осужденным)¹⁸. Согласно закону исправительные работы назначаются осужденному, имеющему основное место работы, а равно не имеющему его; из заработной платы осужденного к исправительным работам производятся удержания в доход государства в размере, установленном приговором суда, в пределах от 5 до 20%.

¹⁶ ФССП составила «портрет» должника по алиментам // Российская газета. 30.05.2021. Available at: URL: <https://rg.ru/2021/05/30/fssp-sostavila-portret-dolzhnika-po-alimentam.html?ysclid=lnfyai7cnb638457414> (дата обращения: 30.09.2023)

¹⁷ Постановление Пленума Верховного Суда России от 22.12.2022 № 39 «О судебной практике по уголовным делам о неуплате средств на содержание детей или нетрудоспособных родителей (статья 157 Уголовного кодекса Российской Федерации)» // СПС Консультант Плюс.

¹⁸ Судебный департамент при Верховном Суде России. Отчет о привлечении к уголовной ответственности и видах наказания. Available at: URL: <http://cdep.ru/index.php?id=79&item=7649> (дата обращения: 25.09.2023)

Первое, что обращает на себя внимание — это факт выплаты осужденным денежных сумм в пользу государства. Одна из целей уголовного наказания — восстановление социальной справедливости; ни одно уголовное наказание не восстанавливает прав потерпевшего; для восстановления нарушенного права чаще всего потерпевший обращается с гражданским иском в рамках уголовного процесса; все денежные средства, которые взимаются с осужденного в рамках назначения ему наказаний, связанных с удержанием денежных средств, идут в пользу государства. Таким образом, должник по алиментам, который не платит их в силу каких-либо причин (которые, согласно постановлению Пленума Верховного суда России от 22.12.2022 №39, должны быть неуважительными, неизвинительными), по приговору суда отбывает наказание в виде исправительных работ, из его заработной платы удерживаются денежные средства в пользу государства, и одновременно сохраняются обязательства по выплате алиментов, т.е. нагрузка на бюджет должника еще больше увеличивается.

К сожалению, нет статистики рецидивов преступлений по ст. 157 УК, но, вероятно, этот процент высок. Считаем, что назначение такого вида наказания за неуплату алиментов не соответствует основным целям установления ответственности за данный вид преступления, не способствует перевоспитанию преступника, не отвечает интересам ребенка. Тот, кто и так не платил денежных средств на содержание детей, вынужден расставаться с большей частью своего дохода, что загоняет его, по сути, в долговую яму. Еще одним аргументом в пользу спорного характера указанной меры наказания является то, что алименты в случае назначения наказания в виде исправительных работ исчисляются не со всей заработной платы осужденного, а с остатка после вычета суммы, назначенной в качестве удерживаемой в рамках наказания. Таким образом, размер алиментов будет сокращен. Здесь непосредственно затрагиваются права несовершеннолетнего.

Наказание может быть обоснованным только для тех, кто не имел до приговора суда места работы и кому государство работу находит и обязывает трудиться, чтобы они имели финансовую возможность выплачивать алименты, а заодно и проценты от заработной платы в пользу государства. Возможно, для сокращения числа преступлений, совершенных по ст. 157, следует наладить механизм своевременной передачи решений судов об обязанности уплачивать алименты работодателям, возложив это на Федеральную службу судебных приставов (ФССП).

Второе, о чем следует упомянуть: алименты — это фактически целевой платеж. Например, в практике можно встретить случаи, когда «гордый» второй родитель отказывается принимать алиментные денежные

средства на содержания ребенка, обосновывая свое поведение доводом: «Нам от тебя ничего не нужно». В таком случае речь идет о нарушении прав ребенка, так как денежные средства выделяются именно на его содержание, а такое поведение одного из родителей нарушает право ребенка на получение содержания¹⁹.

Несмотря на то, что алиментные денежные средства адресуются на содержание несовершеннолетнего ребенка, зачастую проследить, на что именно потрачены полученные вторым родителем суммы, невозможно. Закон не обязывает родителя давать отчеты плательщику алиментов. Здесь ощутимо противоречие: обязанность платить есть, а право плательщика знать, как потрачены средства «целевого» платежа, отсутствует. Попробуем обосновать логику своих рассуждений и приведем пример. По действующему законодательству расходование средств материнского (семейного) капитала на цели, не установленные законом, влечет уголовную ответственность по ст. 159.2 УК²⁰. Материнский (семейный) капитал — мера государственной поддержки семьи; цели, на которые могут быть потрачены денежные средства, строго определены законом²¹. Данная социальная выплата непосредственным образом связана с появлением ребенка в семье, поддержанием семьи в части содержания ребенка. Алименты также направлены на содержание ребенка и должны носить строго целевой характер. Например, в Томске суд привлек к уголовной ответственности за мошенничество при получении выплат женщину, которая обналичила материнский капитал и потратила денежные средства на собственные нужды²². Однако привлечь к ответственности родителя, который получает алименты на ребенка, но расходует их по своему усмотрению не на ребенка и не на цели, связанные с его благополучием, привлечь к уголовной ответственности нельзя. Расходование алиментных средств не на содержание ребенка

¹⁹ Юристы развенчали десять мифов про алименты. В каких ситуациях их действительно необходимо выплачивать // Available at: URL: <https://www.rbc.ru/life/news/646de82c9a794709dcba5f30?ysclid=lnlfymtfyo736940283> (дата обращения: 10.10.2023)

²⁰ Приговор Шарыповского городского суда Красноярского края по делу № 1-105/2022 от 19.12. 2022 по делу № 1-105/2022. Available at: URL: https://sudact.ru/regular/doc/LvPXsOSiZMlb/?regular-txt=®ular-case_doc=®ular-lawchunkinfo=Статья+159.2.+Мошенничество+при+получении+выплат%28УК+ПФ%29®ular-date_from=®ular-date_to=®ular-workflow_stage=®ular-area=®ular-court=®ular-judge=&_id=1696941238408 (дата обращения: 04.10.2023)

²¹ Ст. 7 Федерального закона от 29.12.2006 № 256-ФЗ «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей» // СПС Консультант Плюс.

²² Приговор Советского районного суда Томска по делу № 1-700/2021 от 24.11.2021. Available at: URL: <https://actofact.ru/case-70RS0004-1-700-2021-2021-09-30-2-0/?ysclid=lnlfmekyrd17582083> (дата обращения: 03.10.2023)

как мошенничество квалифицировать невозможно, так как отсутствует обязательный признак — способ совершения преступления (обман или злоупотребление доверием).

Рассмотрим практическую возможность контроля над тратой алиментных выплаты. Например, если речь идет не о кружках, секциях, покупке вещей ребенку, отдыхе или других значительных расходах на нужды несовершеннолетнего, то высчитать такие траты и выделить их из общего бюджета невозможно. Например, родитель идет в магазин и покупает продукты на всю семью: определять, что из продуктов съел ребенок, а что — остальные члены семьи и исходя из этого составлять отчет о расходовании средств, — невыполнимая задача, законодательно устанавливать такой контроль за расходами очевидно нецелесообразно. Можно сделать вывод, что оценить можно только существенные и адресные траты, например, на личные вещи.

Сейчас одним из способов взять под контроль расходование алиментов является перечисление алиментных сумм на содержание ребенка на банковский счет²³. Возможно, стоит установить обязанность отчетности о расходовании средств на содержание ребенка, если размер алиментов превышает размер среднестатистической суммы на содержание ребенка (исходя из возраста несовершеннолетнего, его образа жизни до развода родителей и из иных обстоятельств). Практика подобных отчетов предусматривает Федеральный закон от 24.04.2008 № 48-ФЗ «Об опеке и попечительстве» (ст. 25): опекун или попечитель ежегодно не позднее 1 февраля текущего года подает в орган опеки и попечительства отчет в письменной форме о хранении, использовании имущества подопечного и управлении имуществом подопечного²⁴.

Ответственность за расходование алиментных сумм не на содержание несовершеннолетнего уголовным законодательством не предусмотрена. Однако если предположить, что родитель, которому перечисляются алименты — это специальный субъект, ему вверяются деньги на содержание ребенка и тогда он выступает «распорядителем» этих средств? Тогда есть основания квалифицировать действия по ст. 160 УК как присвоение или растрату. Данное предположение требует детальной проработки в рамках отдельного исследования.

В качестве вывода стоит указать, что уголовное законодательство применительно к ответственности за нарушение родителями их обязанностей в части уплаты и расходования алиментных средств на со-

²³ Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26.12.2017 № 56 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел, связанных со взысканием алиментов» // СПС Консультант Плюс.

²⁴ СПС Консультант Плюс.

держание несовершеннолетнего ребенка не всегда защищает интересы ребенка. Обязанности у родителей равные, и если один из них свои исполняет добросовестно, а в случае неисполнения может быть привлечен к уголовной ответственности по ст. 157 УК, то контроль над получателем алиментов отсутствует, так же как и ответственность за «нецелевое» расходование им таких средств.

5. Отсрочка отбывания наказания отцам

Рассмотрим также положения ст. 82 УК РФ. Российский законодатель пренебрег принципом равенства между мужчинами и женщинами, внося в УК положение о том, что женщинам с детьми младше 14 лет предусматривается отсрочка для отбывания наказания за совершенное ими преступление, не предусмотрев такой же льготы мужчинам.

При этом семейное законодательство вполне равнозначно расценивает как право на отцовство, так и право на материнство. Справедливо-сти ради следует отметить, что в 2010 году подобное послабление было сделано и относительно мужчин, воспитывающих в одиночку малолетнего ребенка. Как было указано выше, определения понятия «одинокый отец» в законодательстве отсутствует, то же касается и определения понятия «одинокая мать», однако употребление второго термина в правовых актах встречается чаще, что упрощает толкование данного понятия.

Между тем законодатель ограничил круг лиц мужского пола, которым может быть предоставлена отсрочка, что кажется нам необоснованным. Согласно ч. 1 ст. 82 УК такая отсрочка положена тем мужчинам, которые воспитывают ребенка или детей при отсутствии матери (либо умершей, либо постановлением суда лишенной родительских прав). Вместе с тем известны случаи, когда мать не лишена этих прав, но по тем или иным причинам не хочет или не может заниматься воспитанием ребенка, и мужчина в такой семье фактически является единственным родителем, ответственным за его воспитание. (Например, в тех редких ситуациях, когда право опеки с проживанием после развода получает отец, или мать ребенка не может заботиться о нем по болезни). Однако в этом случае отсрочка наказания отцу не полагается.

Хотя назначение данного вида отсрочки — право суда, но не его обязанность, Верховный Суд России неоднократно подчеркивал: «Когда речь идет о судьбе малолетнего ребенка, суду необходимо учитывать все факторы, которые могут оказать влияние на его психоэмоциональное состояние»²⁵. Абсолютный запрет установлен на отсрочку только

²⁵ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного суда по делу № 89-УД22-22-К7 от 28.02.2023. Available at: URL: <https://legallacts.ru/sud/kassatsionnoe->

применительно к матерям и к одиноким отцам, которые совершили преступления, перечень которых закреплен в ч. 1 ст. 82 УК. Однако на практике существуют перекосы как в одну, так и в другую сторону. Так, суд кассационной инстанции смягчил наказание осужденному по ч. 1 ст. 111 УК и принял во внимание наличие у него несовершеннолетнего ребенка. При это осужденный ранее привлекался к уголовной ответственности за неуплату алиментов; также обвинение указывало, что виновный не видел ребенка уже более 10 лет. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда России решение кассации отменила, отправив дело на пересмотр²⁶. В позиции Верховного Суда указано, что один только факт наличия несовершеннолетних детей не может служить основанием смягчения ответственности; при учете подобных обстоятельств суд должен соблюдать разумный интерес общества и ребенка, а, значит, в каждом случае устанавливать значение и влияние наказания для родителя именно на интересы ребенка.

Второй пример показывает противоположную ситуацию. Суд первой инстанции привлек женщину к уголовной ответственности по ч. 3 ст. 30, п. «а», «б» ч. 3 ст. 228¹ УК и назначил ей наказание в виде 6 лет лишения свободы в исправительной колонии общего режима. Неприменение положений об отсрочке отбывания наказания суд кассационной инстанции мотивировал тем, что ребенок может воспитываться бабушкой в отсутствие матери, и приговор оставил без изменения. Осужденная подала жалобу в Верховный Суд России и просила применить к ней положения ст. 82 УК. Рассмотрев материалы дела, суд пришел к выводу, что при назначении наказания не были учтены важные факты: «Обстоятельства, касающиеся судьбы малолетней дочери (осужденной), судом оставлены без внимания и каких-либо суждений об этом в приговоре не имеется. Более того, не были проанализированы и оценены судом данные, характеризующие осужденную, которая имеет профессиональное образование, была трудоустроена, одна обеспечивала и воспитывала малолетнего ребенка, общественный порядок не нарушала, по месту жительства и участковым характеризуется положительно, вежлива, без вредных привычек, к административной ответственности не привлекалась»²⁷. Таким

opredelenie-sudebnoi-kollegii-po-ugolovnym-delam-verkhovnogo-suda-rossiiskoi-federatsii-ot-28022023-n-89-ud22-22-k7/?ysclid=lnk324cto6601559440 (дата обращения: 02.10.2023)

²⁶ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда России по делу № 35-УДП22-4-К2 от 31.03.2022 Available at: URL: https://vsrf.ru/stor_pdf.php?id=2104414 (дата обращения: 01.10.2023)

²⁷ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда России по делу № 45-УД23-17-К7 от 7.06. 2023 Available at: URL: https://vsrf.ru/stor_pdf.php?id=2250818 (дата обращения: 01.10.2023)

образом, Верховный Суд заключил, что наличие у малолетнего ребенка бабушки не является основанием не учитывать остальные основания, подтверждающие, что интересы ребенка в значительной степени страдают, если мать будет отлучена от ее воспитания.

Позиция Верховного Суда России по разрешению вопросов назначения отсрочки такова: подходить к вопросу формально нельзя, в каждом случае необходимо установить, как решение суда повлияет на интересы ребенка, принять во внимание личность виновного и все обстоятельства ее характеризующие, и назначить справедливое наказание.

Если добиться отсрочки женщине трудно (что подтверждается практикой обращения за разрешением вопроса в Верховный Суд Российской Федерации), то получить отсрочку одинокому мужчине почти невозможно. Единичны случаи, когда положения ст. 82 УК применяются к одиноким отцам. Так, мужчина был осужден к 3 годам лишения свободы за выращивание и продажу конопли. Нижестоящие суды при рассмотрении уголовного дела в отсрочке отбывания наказания отказали. Осужденный обратился с жалобой в Верховный Суд России. Суд изучил обстоятельства дела, личность виновного, его отношения с дочерью, установил привязанность ребенка к отцу, а также ряд фактов, подтверждающих, что отец активно участвует в воспитании ребенка и дочь привязана к родителю. На основании указанных сведений Суд отменил решения нижестоящих судов и направил дело на новое рассмотрение, указав, что суды лишь ссылаются на факт совершения обвиняемым ряда умышленных преступлений, направленных против здоровья населения, в том числе особо тяжкого, однако привязанность дочери к отцу, добросовестность выполнения им родительских обязанностей и прочие факты, свидетельствующие о том, что интересы ребенка при назначении наказания нижестоящими судами не учтены²⁸.

Резюмируя, отметим, что законодательно закрепленная практика отсрочки, которая связана с наличием у осужденного малолетнего ребенка, имеет множество противоречий. Основная проблема заключается в том, что в ст. 82 УК речь идет только об одиноких отцах; однако если мужчина юридически таковым не является, но фактически один воспитывает ребенка, то положения закона об отсрочке на него не распространяются, это в принципе невозможно в соответствии с нормами УК. Таким образом, при рассмотрении уголовных дел и назначении наказания не оцениваются интересы ребенка, хотя Верховный Суд России,

²⁸ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда России по делу № 8-УД21-6-К2 от 10.08.2021. Available at: URL: https://hand-help.ru/media/documents/vs-sh-2021-st82YK_KCD7N68.pdf?ysclid=lnk3sx6ly6104945341 (дата обращения: 01.10.2023)

разъясняя положения УК, ставит данные интересы на первое место. Эти проблемы могут быть решены внесением поправок в уголовное законодательство, которые бы согласовывались бы с принципами и нормами конституционного права и семейного права. Мы убеждены, что в первую очередь рассмотренные противоречия не должны оставаться закреплёнными на законодательном уровне, а вторым, более длительным шагом станет искоренение из общественного сознания стереотипов о менее значимой роли отцов.

Заключение

В отечественном правовом поле содержится немало норм, идущих вразрез с принципами равенства прав и обязанностей родителей. Отцовство, к сожалению, часто защищено в меньшей степени, нежели материнство.

Многие нормы направлены в сущности на принижение значения мужчины в воспитании детей, в целом в семье, практически признавая приоритетную роль женщины как одного из родителей. Роль мужчины считается вторичной, вспомогательной, и подобное видение семьи делает необходимость присутствия мужчины-отца в ней не обязательным. Ярким примером такого дискриминационного, на наш взгляд, подхода является решение Конституционного Суда Российской Федерации по делу К.А. Маркина²⁹, который толкованием конституционными судьями норм закона был лишен законного права на отпуск по уходу за ребенком, находясь при этом на военной службе.

В целом наша правовая система старается не замечать проблем отцов, в одиночку воспитывающих детей. Вопросы дискриминации российских граждан мужского пола остаются либо за пределами внимания не только отечественного законодателя, но и общества в целом, либо затрагиваются по касательной, не приводя к попыткам регулировать эти проблемы. Такое отношение самым негативным образом влияет на институт семьи в целом, что чревато серьезнейшими последствиями уже в недалеком будущем.



Список источников

1. Борисенко Ю.В. Психология отцовства. Москва-Обнинск: ИГ-СОЦИН, 2007. 220 с.

²⁹ Постановление КС РФ от 6.12.2013 № 27-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 11 и пунктов 3 и 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом президиума Ленинградского окружного военного суда» // СПС Консультант Плюс.

2. Брусенцева Н.А. Реализация гендерного равенства в уголовном праве Российской Федерации / Россия в XXI веке: стратегия и тактика социально-экономических, политических и правовых реформ. Барнаул: Филиал РАНХиГС, 2022. С. 78–85.
3. Высоцкая Д.С., Розум А.Ю. Гендерные различия в уголовном праве и криминологии // Устойчивое развитие науки и образования. 2023. № 3. С. 25–36.
4. Гасюкова Е.Н. и др. Многоликий феномен гендерной дискриминации // *Primo Aspectu*. 2023. № 1. С. 9–20.
5. Гутаренко А.К. Гендерная дискриминация при реализации права на труд / Национальные и региональные особенности безопасности: вызовы и пути решения. Архангельск: Высшая школа экономики, управления и права САФУ, 2021. С. 152–161.
6. Зыков С.В. Осуществление права отцовства в современной России: правоприменительные и законодательные препятствия // *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2020. № 3. С. 44–71.
7. Казарина М.И., Чернопильская Г.Е. Гендерный признак при назначении наказания в уголовном праве России. *Baikal Research Journal*. 2021. № 2. С. 45–53.
8. Кара И.С., Кара С.В. Убийство матерью новорожденного ребенка: вопросы законодательного совершенствования // Вопросы российского и международного права. 2020. № 8. С. 143–153.
9. Кон И.С. Зачем нужны отцы? // *Звезда*. 2006. № 12. Available at: URL: <https://magazines.gorky.media/zvezda/2006/12/zachem-nuzhny-otczy.html> (дата обращения: 06.10.2023)
10. Логиновских У.Е. Проблема гендерной дискриминации в современном обществе / Россия в XXI веке: стратегия и тактика социально-экономических, политических и правовых реформ. Барнаул: Филиал РАНХиГС, 2022. С. 416–425.
11. Мизинова А.С. Гендерные различия в уголовном праве и криминологии / Эволюция государства и права: проблемы и перспективы. Курск: Юго-Западный государственный университет, 2022. С. 120–129.
12. Ноженко М.О. Гендерный подход в российском и международном уголовном праве / Актуальные проблемы теории и практики применения уголовного закона. М.: Юрлитинформ, 2021. С. 181–187.
13. Пробина С.С. Правовой статус отца по российскому законодательству // *Известия высших учебных заведений. Поволжский регион. Общественные науки*. 2017. № 2. С. 49–54.
14. Пчелинцева Л.М. Семейное право России. М.: Норма, 2009. 719 с.
15. Румянцева Ю.Н. Позитивная дискриминация: понятие и особенности применения по законодательству Российской Федерации / *Пролог: журнал о праве*, 2022. № 4. С. 95–104.
16. Усачева Е.А. Социальное отцовство (материнство): постановка проблемы // *Российский юридический журнал*. 2019. № 6. С. 115–120.
17. Morris A., Wilczynski A. Rocking the cradle: mothers who kill their children. In: Birch R. (ed.) *Moving Targets: Women, Murder and Representation*. London: Virago, 1993, pp. 198–217.
18. Schmoller K. Abschaffung der Sonderregelung für “Kindestötung”. In: *Festschrift für Karl Gössel zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: Lit. Muenster, 2002, S. 369–382.
19. Wolf G. Kriminalität im Grenzgebiet. In: *Das neue polnische Strafgesetzbuch*. Berlin: Springer, 2002, 558 S.



References

1. Borisenko Y.V. (2007) *Psikhologiya otsovstva*=Psychology of Fatherhood. Moscow — Obninsk: IG-SOTCIN Press, 220 p. (in Russ.)
2. Brusentseva N.A. (2021) Implementation of gender equality in criminal law of the Russian Federation. In: Russia in the 21st century: socio-economic, political and legal reforms. Papers of scholar conference. Barnaul: University, pp. 78–85 (in Russ.)
3. Gasyukova E.N. et al. (2023) Many faces of gender discrimination. *Primo Aspectu*, no. 6, pp. 9–20 (in Russ.)
4. Gutarenko A.K. (2021) Gender discrimination in the exercise of the right to work. In: National and regional security features: challenges and solutions. Arkhangelsk: University, pp. 152–161 (in Russ.)
5. Kazarina M.I., Chernopilskaya G.E. (2021) Gender characteristics in sentencing in Russian criminal law. *Baikalsky nauchnyi zhurnal*=Baikal Research Journal, vol. 12, no. 2, pp. 45–53 (in Russ.)
6. Kara I.S., Kara S.V. (2020) Murder of a newborn child by a mother: issues of legislative improvement. *Voprosy rossiyskogo i mezhdunarodnogo prava* =Russian and International Law Issues, no. 8, pp. 143–153 (in Russ.)
7. Kon I.S. (2006) Why are fathers needed? DOI: <https://magazines.gorky.media/zvezda/2006/12/zachem-nuzhny-otczy.html> (in Russ.)
8. Loginovskikh U.E. (2022) The gender discrimination in modern society. In: Russia in the 21st century, pp. 416–425 (in Russ.)
9. Mizinova A.S. (2022) Gender differences in criminal law and criminology. In: Evolution of state and law: issues and prospects. Kursk: University Press, pp. 120–129 (in Russ.)
10. Morris A., Wilczynski A. (1993) Rocking cradle: mothers who kill their children In: R. Birch (ed.) Moving targets: women, murder and representation. L.: Virago press, pp. 198–217.
11. Nozhenko M.O. (2021) Gender approach in Russian and international criminal law. In: Issues in the theory and practice of applying criminal law. Moscow: Yurлитinform, pp. 181–187 (in Russ.)
12. Pchelintseva L.M. (2009) Family law of Russia. Textbook. Moscow: Norma, 719 p. (in Russ.)
13. Probina S.S. (2017) Legal status of the father under Russian law. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedeniy. Povolzhskiy region. Obshchestvennyye nauki* = News of Higher Education. Volga region. Social Sciences, no. 2. pp. 49–54 (in Russ.)
14. Rumyantseva Y.N. (2022) Positive discrimination: concept and application features under the Russian Federation laws. *Prolog: zhurnal o prave*=Prologue: Journal on Law, no. 4, pp. 95–104 (in Russ.)
15. Schmoller K. (2002) Abschaffung der Sonderregelung für Kindestotung. In: Festschrift für Karl Gossel zum 70 Geburtstag. Heidelberg: Lit. Muenster, S. 369–382.
16. Usacheva E.A. (2019) Social fatherhood (motherhood): a problem statement. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal*=Russian Law Journal, no. 6, pp. 115–120 (in Russ.)
17. Vysotskaya D.S., Rozum A.Y. (2023) Gender differences in criminal law and criminology. *Ustoychivoye razvitiye nauki i obrazovaniya*=Sustainable Development of Science and Education, no. 3, pp. 25–36 (in Russ.)

18. Wolf G. Kriminalitat im Grenzgebiet. In: Das neue polnishe Strafgesetzbuch. Berlin: Springer, 558 S.

19. Zykov S.V. (2020) Implementing rights of fatherhood in modern Russia. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol. 13, no. 3, pp. 44–71 (in Russ.)

Информация об авторах:

К.А. Барышева — кандидат юридических наук, доцент.

Ф.Ф. Мамедова — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the authors:

K.A. Barysheva — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

F.F. Mamedova — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 10.07.2023; одобрена после рецензирования 15.09.2023; принята к публикации 18.09.2023.

The article was submitted to editorial office 10.07.2023; approved after reviewing 15.09.2023 ; accepted for publication 18.09.2023.

Научная статья

УДК: 343.14

DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.306.333

Особенности собирания уголовных доказательств, находящихся за рубежом



Кирилл Константинович Клевцов

Московский государственный институт международных отношений (университет) Министерства иностранных дел, Россия 119454, Москва, просп. Вернадского, 76, klevtsov001@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-2918-175X>



Аннотация

В статье рассматривается ряд особенностей как организационно-правового, так и процессуального характера формирования доказательств по уголовным делам, находящихся на территории иностранных государств. Целью автора является перечисление и изучение всех законных способов получения уголовных доказательств из-за рубежа. Используются материалистическая диалектика, юридическая герменевтика (правовая экзегеза), специально-юридический, сравнительно-правовой методы, социологический подход и метод прогнозирования. Показано, что выбор способа собирания доказательств, находящихся за рубежом, напрямую зависит от обстоятельств международного сотрудничества и самой доказательственной информации. Автор приходит к выводу, что на сегодняшний день собирание экстерриториальных уголовных доказательств возможно посредством использования механизма взаимной правовой помощи по уголовным делам или правоохранительного содействия, в том числе путем создания совместных (международных) следственных групп, оказания консульской правовой помощи по уголовным делам, а также в ходе непосредственного производства следственных и иных процессуальных действий на территории иностранных государств. Кроме того, предпринята попытка проанализировать особенности и трудности получения электронной информации по уголовным делам, которая располагается за рубежом. Автором дан краткий обзор положений так называемого «Облачного закона», принятого в Соединенных Штатах Америки. В качестве эмпирической базы исследования использованы материалы уголовных дел, приговоры российских и иностранных судов, а также документы ведомственного характера и международных организаций.



Ключевые слова

доказательства; международное сотрудничество; правовая помощь; консульская помощь; следственные группы; электронная информация.

Для цитирования: Клевцов К.К. Особенности собирания уголовных доказательств, находящихся за рубежом // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2023. Том 16. № 4. С. 306–333 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.306.333

Features of Collection of Criminal Evidence Located Abroad



Kirill K. Klevtsov

Moscow State Institute of International Relations (University), 76 Vernadsky Prospekt, Moscow 119454, Russia, klevtsov001@gmail.com.



Abstract

The article discusses a number of features of both the organizational, legal and procedural nature of the formation of evidence in criminal cases located on the territory of foreign states. The purpose is to list all legal ways to obtain criminal evidence from abroad. The analysis used materialistic dialectics, legal hermeneutics (legal exegesis), special legal, comparative legal methods, sociological approach and forecasting method. The study shows that the choice of a method for collecting evidence located abroad directly depends on the circumstances of international cooperation and the most evidentiary information. The author comes to the conclusion that today the collection of extraterritorial criminal evidence is possible through the use of the mechanism of mutual legal assistance in criminal cases or law enforcement assistance, including through the creation of joint (international) investigation teams, the provision of consular legal assistance in criminal cases, as well as during the direct production of investigative and other procedural actions on the territory of foreign states. In addition, an attempt was made to analyze the features and difficulties of obtaining electronic information on criminal cases, which is located abroad. The author gives a brief overview of the provisions of the so-called Cloud Law adopted in the United States of America. As an empirical basis for the study, materials of criminal cases that are in the production of Russian investigative bodies, sentences of Russian and foreign courts, as well as various documents of a departmental nature and international organizations were used.



Keywords

evidence; international cooperation; legal assistance; consular assistance; investigation teams; electronic information.

For citation: Klevtsov K.K. (2023) Features of Collection of Criminal Evidence Located abroad. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 16, no. 4, pp. 306–333 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.306.333

Введение

Общие положения о порядке собирания уголовных доказательств в отечественной правовой системе раскрыты в ст. 86 Уголовного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — УПК), в ч. 1 которой закреплено, что собирание доказательств осуществляется в ходе уголовного судопроизводства дознавателем, следователем, прокурором и судом путем производства следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных УПК. Исходя из буквального толкования ст. 86 в качестве субъектов собирания доказательств выделяются дознаватель, следователь, прокурор, суд и защитник. При этом общепринято, что в России защитник не осуществляет в чистом виде собирания доказательств¹, он всего лишь вправе заявить соответствующие ходатайства о приобщении к материалам уголовного дела соответствующих предметов и документов, которые, по его мнению, имеют значение для уголовного дела.

Однако все приведенные аспекты касаются исключительно уголовного судопроизводства на отечественной территории. Это не всегда механически может быть перенесено на область международного сотрудничества, поскольку такая деятельность находится на стыке правовых систем, где могут быть сформированы совсем иные юридические конструкции, связанные с собиранием доказательств².

Действующее российское уголовно-процессуальное законодательство детально не регламентирует порядка собирания доказательств, находящихся за рубежом, за исключением только общих статей. В силу ч. 1 ст. 453 УПК при необходимости производства на территории иностранного государства допроса, осмотра, выемки, обыска, судебной экспертизы или иных процессуальных действий, предусмотренных УПК, суд, прокурор, следователь, руководитель следственного органа, дознаватель вносит запрос об их производстве компетентным органом или должностным лицом иностранного государства в соответствии с междуна-

¹ Однако в доктрине распространились идеи, которые превратившиеся в научный мейнстрим о необходимости введения так называемых адвокатских расследований с целью реализации принципа состязательности на досудебных стадиях уголовного процесса [Киселев П.П., 2018]. Автор настоящей статьи соглашается на этот счет с доводами профессора Л.В. Головки: сведения, собираемые адвокатом, статуса доказательств иметь не могут, так как он от имени государства не действует. Противное означало бы приватизацию процессуальной деятельности, т.е. частичную приватизацию государства [Головки Л.В., 2022: 175].

² Так, некоторые адепты адвокатских расследований [Мартыничук Е.Г., 2009] не всегда учитывают многие особенности, сложившиеся в странах, где такие расследования возможны.

родным договором России, международным соглашением или на основе принципа взаимности³. Иными словами, получить доказательства из-за рубежа можно посредством процессуальных действий (в том числе следственных)⁴ путем направления запроса компетентным органам или должностным лицам иностранного государства.

1. Получение защитником доказательств

Возвращаясь к проблематике наделения защитника правом собирать доказательства в рамках международного сотрудничества в сфере уголовного процесса, напрашивается закономерный вопрос: обладает ли такой участник уголовного процесса полномочиями по направлению запросов об оказании взаимной правовой помощи по уголовным делам? Беглое обращение к положениям некоторых международных договоров позволят дать утвердительный ответ на данный вопрос (например, в п. 2 ст. 1 конвенциях о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22.01.1993⁵ (далее — Минская конвенция) и от 7.10. 2002⁶ (далее — Кишиневская конвенция). Между тем приведенные нормы должны применяться не обособленно, а во взаимосвязи с иными положениями, где предписывается сноситься в рамках правовой помощи по уголовным делам (в широком смысле этого понятия) только через компетентные учреждения юстиции (ст. ст. 4 и 5 Минской и Кишиневской конвенций).

Так, при рассмотрении уголовного дела по обвинению А. в совершении преступления, предусмотренного п. «в» ч. 3 ст. 286 УК РФ, судья Благовещенского гарнизонного военного суда отверг письменный опрос гражданина КНР, который в период судебного заседания опрашивался на территории этого государства защитником подсудимого, поскольку такой письменный опрос получен в условиях отсутствия предусмотренных уголовно-процессуальным законом гарантий его доброкачественности. Данный документ мог рассматриваться в качестве основания для вызова и допроса гражданина КНР в судебном заседании в качестве свидетеля⁷.

³ Автор разделяет мнение, прозвучавшее в доктрине, о необходимости корректировки данной нормы с точки зрения фактологических (facto) и формальных (formale) аспектов юридической техники [Ахмадуллин А.Р., 2020: 19–22].

⁴ Напомним, что по российскому законодательству процессуальное действие включает в себя следственное, судебное и иное действие, предусмотренное УПК РФ (п. 32 ст. 5).

⁵ СЗ РФ. 1995 № 17. Ст. 1472.

⁶ СПС КонсультантПлюс.

⁷ Решение по делу № 1-1/2014 (1-25/2013) от 26.05.2014 / Архив автора.

Впрочем, такая практика существует не везде. Как отметил американский юрист К. Дистефано, «многие пользуются преимуществом, предоставляемым Законом США о правовой помощи, согласно которому любое заинтересованное лицо может обратиться за получением разрешения на поиск информации. Так, любая из сторон по уголовному делу может иметь консультанта в США для подачи заявления от ее имени. Если поиск запрашиваемых доказательств будет осуществляться в США, то американский суд примет такое заявление даже тогда, когда в соответствии с международным соглашением требуется направление рогационного письма (международного правового поручения)» [Дистефано К., 1996: 30].

Однако в подобном случае обсуждается не вопрос о наделении защитников по конкретному уголовному делу полномочиями по направлению напрямую запросов об оказании правовой помощи, а наоборот – вопрос о возможности обращения их к местным органам с ходатайством о необходимости составления и направления международного поручения. Разумеется, это не означает, что защитник не вправе предъявить должностному лицу органа предварительного расследования, прокурору или суду доказательства, поступившие к нему из иностранной юрисдикции. Имеет смысл проиллюстрировать это примером, приводимым в одной из научных публикаций.

В рамках расследуемого уголовного дела, возбужденного по факту преднамеренного банкротства в отношении руководителей российского банка, удалось получить сведения об имущественном положении фигурантов дела, находящихся за пределами территории России, а именно в Великобритании, а также об их участии в составе учредителей коммерческих компаний-нерезидентов. При этом официальным путем получить информацию об их имуществе не удавалось. Однако представитель английской адвокатской конторы в России, обладая сведениями о розыске лица из средств массовой информации, связался с Генеральной прокуратурой Российской Федерации и сообщил, что они готовы оказать содействие в получении необходимой информации. В качестве подтверждения были переданы документы на английском языке, свидетельствующие о наличии в собственности уголовно преследуемого лица недвижимости в Англии, и другая полезная для правоохранительных органов информация (сведения были получены из источников, доступ к которым по законам Великобритании является открытым).

В целях легализации полученных материалов и использования их в качестве доказательств российским следователем была организована встреча представителя английской адвокатской конторы с его российскими коллегами, защищающими интересы потерпевших. В результате

было заключено соглашение, в рамках которого английское бюро на возмездной основе приняло на себя обязанности представления интересов потерпевших в английских судах, сбора необходимых материалов и по другим запросам. Оригиналы документов о наличии в собственности обвиняемого имущества на территории Великобритании были переданы представителю потерпевших, который, в свою очередь, готов был передать их следователю. Последний организовал выемку документов и их перевод на русский язык. Данные доказательства были в дальнейшем положены в основу решения российского суда о наложении ареста на имущество обвиняемого за рубежом и, соответственно, запроса об оказании взаимной правовой помощи по уголовным делам [Волеводз А.Г., 2016: 128–129].

2. Варианты собирания доказательств

П.А. Литвишко в одной из статей привел ряд инструментов, применение которых позволяет получить некоторые виды доказательств. Так, примерами собирания документов и вещественных доказательств, когда по уголовному делу нет необходимости в производстве выемки и иных процессуальных действий на территории иностранного государства (получения показаний участников уголовного процесса, информации, содержащей охраняемую законом тайну), могут служить:

предоставление в рамках межправительственных и межведомственных соглашений;

получение (в том числе органом, осуществляющим оперативное сопровождение уголовного дела) по каналам Национального Центрального Бюро (далее – НЦБ) Интерпола МВД России или его региональных филиалов, Бюро координации борьбы с организованной преступностью и иными опасными видами преступлений на территории государств-участников СНГ; офицеров связи правоохранительных органов иностранных государств, аккредитованных при дипломатических представительствах в России, иных должностных лиц представительств, занимающихся вопросами полицейского сотрудничества; через представителей правоохранительных органов России в иностранных государствах, через Росфинмониторинг от органов финансовой разведки иностранных государств;

получение из загранучреждений МИД России;

получение непосредственно от находящегося за рубежом физического или юридического лица, выразившегося готовность к добровольному сотрудничеству, по переданной телефонной или электронной связью просьбе следователя (например, материалы о характеристике личности,

копии не составляющей коммерческую тайну финансово-хозяйственной документации и др.) [Литвишко П.А., 2011: 15].

Прежде чем приступить к подробному анализу каждого из приведенных методов, целесообразно добавить к этой системе и способы собирания доказательств в рамках иных форм оказания взаимной правовой помощи по уголовным делам, к примеру совместных (международных) следственных групп, а также посредством процессуальных действий на территории иностранного государства властями другого государства.

2.1. Совместная (международная) следственная группа

Во многих государствах предусмотрен механизм расследования тяжких и особо тяжких преступлений следственными группами (in communi). В отечественной доктрине совместные международные расследования (joint international investigation) определяют как расследование преступлений совместными следственными группами (joint investigation teams), сформированными из представителей компетентных органов различных государств, наделенных полномочиями по выполнению процессуальных действий в рамках конкретных уголовных дел на территориях государств, представители которых включены в состав таких групп [Ализаде Ф.Э., 2014: 295].

Совместная (международная) следственная группа (далее — СМСГ) создается в целях быстрого, всестороннего и полного раскрытия и расследования преступлений, затрагивающих интересы разных государств. Поэтому стоит согласиться с мнением П.А. Литвишко, что такой механизм играет важную роль в «оптимизации собирания доказательств по уголовным делам на территории двух и более государств, выведение собирания доказательств за рамки длительной и усложненной процедуры обращения с запросами о правовой помощи; обеспечение допустимости добытых в таком режиме доказательств» [Литвишко П.А., 2010: 35]. Некоторые ученые дополнительно подчеркивают, что решение о создании такой группы принимают с учетом разветвленности трансграничного преступного сообщества, изоэшелонности противоправной деятельности, а также сложности и объема необходимых следственных действий [Боженко С.Я., 2021: 84]. К примеру, актуально организовывать совместные группы при раскрытии и расследовании преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств и психотропных веществ, имеющих транснациональный характер [Волеводз А.Г., 2015: 37–45].

Трудно согласиться с мнением Ю.А. Цветкова: деятельность СМСГ может быть воспринята как ущемление государственного суверенитета, так как государство прежде чем стать таким участником согласовывает

все действия, и навязать в одностороннем порядке участие невозможно. Это исключает ограничение государственного суверенитета. Не можем согласиться также и с доводом, что создание следственной группы является, по мнению данного автора, «слишком затратным и организационно трудоемким мероприятием, поэтому создание оправдано лишь при необходимости производства на территории иностранного государства большого объема следственных действий по наиболее масштабным уголовным делам» [Цветков Ю.А., 2013: 8]. Публичный интерес, заключающийся в борьбе с преступностью, особенно имеющей «иностраннный оттенок», не может быть поставлен на одну чашу весов с финансовой составляющей.

В законодательстве иностранных государств не удалось выделить такое *conditio sine qua non* (необходимое условие) совместных расследований. В ст. 695-2 УПК Франции⁸ указано, что с предварительного согласия министра юстиции и согласия другого соответствующего государства компетентный орган может создать совместную следственную группу либо когда необходимо проводить в рамках французской процедуры расследования, связанные с мобилизацией значительных ресурсов и привлечением других государств, либо когда несколько государств проводят расследования, требующие скоординированных и согласованных действий между этими органами. Не говорит о финансовой стороне § 61b (Совместные следственные группы) Закона ФРГ о международной правовой помощи по уголовным делам⁹. Это подтверждает и практика других зарубежных стран.

Так, испанские и бразильские власти предоставили информацию для расследования, проводимого правоохранительными органами Португалии. Запросы на получение информации о коммерческой деятельности главного подозреваемого и компаний, прямо или косвенно им управляемых, были также направлены в Китай, Италию, Швейцарию, Великобританию и США. Кроме того, компетентные органы Португалии направили запросы бразильским, испанским и американским властям с просьбой провести обыски в частных домах и офисах, допросить подозреваемых и свидетелей и наложить арест на банковские счета. В соответствии со ст. 19 Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности от 15.11.2000 были созданы совместные

⁸ République française. Code de procédure pénale : entré en vigueur le 2 mars 1959 : modifié le 1er mai 2022. Available at: URL: legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071154/2022-05-15/ (дата обращения: 01.04.2023)

⁹ Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) / Bundesministerium der Justiz. Available at: URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/irg/BjNR020710982.html> (дата обращения: 01.04.2023)

следственные группы для прослушивания телефонных переговоров, наблюдения, обысков и выемок¹⁰.

В литературе на основе обобщения законодательства и практики иностранных государств выделяют две модели совместных (международных) расследований:

параллельное совместное расследование — согласованное расследование,

при котором СМСГ раскрывают и расследуют одновременно два уголовных дела; компетентные органы каждого государства действуют только на территории своего государства, а также обмениваются информацией и собранными доказательствами;

неразрывное совместное расследование — единое расследование, при котором СМСГ включает представителей компетентных органов государства (дислокации или члены группы), производящих следственные и иные процессуальные действия на своей территории, и представителей компетентных органов иностранного государства (делегированных или прикомандированных членов), которые, в свою очередь присутствуют в проведении следственных действий на территории государства дислокации группы [Ализаде Ф.Э., 2014: 294–306].

Большой опыт в собирании доказательств совместной (международной) следственной группы имеется в Европейском союзе, где их деятельность регламентирована различными актами, среди которых основополагающее значение приобрела Конвенция ЕС о взаимной правовой помощи по уголовным делам (2000)¹¹, а во исполнение этого договора было принято Рамочное решение Совета ЕС 2002/465/JHA от 13.06.2002 «О совместных следственных группах»¹² и Рекомендация Совета ЕС о модельном договоре об организации совместной следственной группы¹³. Не вдаваясь в их детальный анализ, стоит отметить, что многие положения имеют прогрессивный характер, поскольку ряд стран ЕС наделяет делегированных членов довольно широкими полномочиями по производству следственных действий. Однако ошибочно говорить о полной

¹⁰ Digest of Cases of International Cooperation in Criminal Matters Involving the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime as a Legal Basis. Vienna, 2021. P. 153.

¹¹ Rechtsakt des Rates vom 29. Mai 2000 über die Erstellung des Übereinkommens — gemäß Artikel 34 des Vertrags über die Europäische Union — über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union // ABL. C 197 vom 12.07.2000. 23 s.

¹² Framework Decision of 13 June 2002 on Joint Investigation Teams (2002/465/JHA) // Official Journal of the European Union. 20.06.2002. L. 162. P. 1–3.

¹³ Council Recommendation of 8 May 2003 on a model agreement for setting up a joint investigation team (JIT) // Ibid. 23.05.2003. P. 1–6.

самостоятельности таких членов, поскольку их действия контролируются руководителем совместной следственно-оперативной группы, а в национальном законодательстве устанавливаются ограничения на принятие ими процессуальных решений, на применение принудительных мер, оружия, на доступ к сведениям, составляющим государственную тайну [Литвишко П.А., 2009: 57].

Что же касается доказательств, то, к примеру, в УПК Нидерландов затрагиваются вопросы доказательственного характера в контексте указанной формой взаимной правовой помощи по уголовным делам. Так, в ст. 5.2.3 говорится, что документы, составленные иностранными членами совместной следственной группы в рамках проводимых следственных действий по уголовному делу, имеют аналогичную доказательную силу в Нидерландах доказательную силу, аналогичную документам, касающимся соответствующих действий и совершенных голландскими должностными лицами в Нидерландах, при том, что доказательная сила не превышает той, которую они имеют в соответствии с законодательством государства, из которого происходят прикомандированные члены следственной группы¹⁴.

Что же касается Российской Федерации, то здесь, несмотря на созданную на сегодняшний день международно-правовую основу¹⁵, опыт крайне скудный, точнее в официальных источниках, в том числе доктринальных, он не приводится. При этом ранее такие попытки предпринимались. Например, при расследовании уголовного дела о захвате сухогруза «Арктик Си»¹⁶, которое происходило параллельно в ряде государств, компетентные органы России не были включены в СМСГ в силу отсутствия правовых оснований в отечественном УПК и в международных договорах России [Ализаде Ф.Э., 2014: 305]. В связи с этим крайне перспективно совершенствование такого способа собирания доказательств, что еще раз

¹⁴ Уголовно-процессуальный кодекс Нидерландов от 15.01.1921. Available at: URL: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001903/2022-01-01> (дата обращения: 01.04.2023)

¹⁵ См., напр.: ст. 13 Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности, ст. 20 Второго дополнительного протокола к Европейской конвенции о взаимной правовой помощи по уголовным делам; Соглашение о порядке создания и деятельности совместных следственно-оперативных групп на территориях государств-участников СНГ и др.

¹⁶ Сухогруз «Арктик Си», следовавший под флагом Мальты из Финляндии в Алжир с экипажем из 15 россиян и с грузом леса, исчез после нападения на него в Балтийском море 24 июля 2009 года. Судно искали силами российского ВМФ, которые обнаружили и освободили его 17 августа. В ходе расследования уголовного дела в России была установлена причастность к захвату судна 9 организаторов и исполнителей данного преступления. Приговором суда они признаны виновными в пиратстве и приговорены к различным срокам лишения свободы / Следственный комитет Российской Федерации. Available at: URL: <https://sledcom.ru/cases/item/459088/> (дата обращения: 01.04.2023)

подчеркивает необходимость глубокого изучения в целом темы¹⁷, связанной с деятельностью СМСГ, принимая во внимание уже сформированное на этот счет иностранное законодательство, опыт и доктрину.

2.2. Консульская правовая помощь

Вторая экстраординарная форма собирания доказательств, находящихся за рубежом, является оказание консульской правовой помощи по уголовным делам, которая означает использование консульскими должностными лицами поручений органов предварительного расследования и судов представляемого государства о производстве процессуальных действий по уголовным делам. Комиссия международного права полностью разделяет исполнение поручений главами дипломатических представительств и консульских учреждений запросов правоохранительных органов аккредитованного государства¹⁸.

Между тем встает вопрос о законности собирания доказательств в рамках рассматриваемого механизма. К примеру, российский консул произвел допрос гражданина России на территории дипломатического представительства по предварительному запросу отечественных правоохранительных органов¹⁹. В качестве правовой основы выступают, в первую очередь, международные нормы, закрепленные в различных договорах как многостороннего, так и двустороннего характера. К соглашениям универсального характера следует отнести п. «j» ст. 5 Венской конвенции о консульских сношениях (1963), согласно которому среди консульских функций среди прочего фигурирует также передача судебных и несудебных документов или исполнение судебных поручений, или поручений по снятию показаний для судов представляемого государства в соответствии с действующими международными соглашениями, или (при отсутствии таких соглашений) в любом ином порядке, не противоречащем закону и правилам государства пребывания. Здесь, как верно подмечено, следует широко толковать термины «судебные

¹⁷ При этом некоторые аспекты этого субинститута взаимной правовой помощи по уголовным делам отечественные специалисты рассматривали [Литвишко П.А., 2009: 13–134]; [Попов И.А., 2013: 184–192]; [Petkov M., Krastev D., 2018: 424–431]; [Severns R., Paterson C., Brogan S., 2020: 11–22].

¹⁸ Report of the International Law Commission, on the work of its 13th Sess., 1 May to 7 July 1961. Records of the Gen. Assembly, 16th Sess., Suppl. No. 10 (A/4843): International Law Commission. 1961. Vol. II. P. 98, para 19.

¹⁹ Consular Legal Assistance in Criminal Matters: State of Play and Added Value of Developing the Council of Europe's Framework (PC-OC Mod (2021) 03E) / Council of Europe. Available at: URL: <https://www.coe.int/en/web/transnational-criminal-justice-pcoc/home> (дата обращения: 01.06.2022)

органы», включая органы предварительного расследования и прокуратуры, а также формулировку «по снятию показаний», включая в нее в целом получение доказательств [Литвишко П.А., 2014: 8, 111–112].

Заметим, что некоторые региональные нормы международного права, опосредовано оставляют такую возможность. Например, ст. 12 Минской конвенции предусматривает, что ее участники имеют право вручать документы собственным гражданам через свои дипломатические представительства или консульские учреждения, а также имеют право по поручению компетентных органов допрашивать собственных граждан через свои дипломатические представительства или консульские учреждения. При этом нельзя применять средства принуждения или угрозы ими²⁰.

Применительно к двусторонним договорам наиболее показательной и отвечающей современным аспектам является ст. 37 Консульской конвенции между Российской Федерацией и Республикой Куба (1998)²¹, которая к консульским функциям относит передачу следственных, судебных и других документов или исполнение поручений органов предварительного расследования и судов представляемого государства в соответствии с действующими международными соглашениями или, при отсутствии таких соглашений, в любом ином порядке, не противоречащем законам и правилам государства пребывания (п. «л»).

Отдельные моменты закреплены в двусторонних договорах о взаимной правовой помощи по уголовным делам. Так, ст. 19 Договора между Российской Федерации и Канадой о взаимной правовой помощи по уголовным делам (1997) предусматривает, что консульские должностные лица могут собирать свидетельские показания на территории государства пребывания от лиц на добровольной основе без официального запроса. Предварительное уведомление о предполагаемые процессуальные действия должно предоставляться государству пребывания, а оно может отказать в своей согласии по установленным в ст. 3 этого Договора.

Что касается национальных правовых норм, регламентирующих возможность собирания консулами доказательств по уголовному делу на основании запросов органов предварительного расследования, то здесь ситуация несколько иная. Хотя это в общих чертах определено в Положении о

²⁰ Несколько по-иному эта возможность отражена в ст. 14 Кишиневской конвенции, а именно: «Дипломатические представительства и консульские учреждения Договаривающихся Сторон имеют право осуществлять передачу судебных и несудебных документов или исполнять судебные поручения по снятию показаний для судов представляемой Договаривающейся Стороны в соответствии с действующими международными соглашениями или, при отсутствии таких соглашений, в любом ином порядке, не противоречащем законодательству Договаривающейся Стороны, на территории которой они находятся».

²¹ СЗ РФ. 1999. № 47. Ст. 5627.

Консульском учреждении Российской Федерации, утвержденном Указом Президента Российской Федерации от 05.11.1998 № 1330²², в отечественном УПК об этом нет ни слова. Это ставит под сомнение собирание уголовных доказательств таким способом, поскольку в силу п. 2 ст. 50 российской Конституции при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона²³.

Если обратиться к опыту некоторых иностранных государств, то, например, в США полицейский атташе, аккредитованный в США, может получить доказательства, или произвести добровольный допрос, либо добровольный допрос может быть проведен по телефону²⁴. В то же время согласно § 540 УПК Словакии²⁵ «иностранное консульское учреждение, действующее на территории Словацкой Республики, может выполнить по поручению органов представляемого государства действие в целях уголовного производства для этих органов только на основании согласия Министерства юстиции. Для вручения документов гражданину представляемого государства либо для допроса лица, если оно явится добровольно, согласия Министерства юстиции не требуется». Показательным является и ст. 586 УПК Польши, где закреплено: «При необходимости вручения документа находящемуся за рубежом лицу, имеющему польское гражданство, либо допроса такого лица в качестве обвиняемого, свидетеля или эксперта суд или прокурор обращается в польское дипломатическое представительство или консульское учреждение. При невозможности выполнения этих действий в указанном порядке можно обратиться с просьбой об их выполнении в суд, прокуратуру или другой компетентный орган иностранного государства» [Литвишко П.А., 2011: 119,181].

В связи с этим полагаем, что в целях установления законности собирания доказательств в рамках консульской правовой помощи по уголовным делам следует предусмотреть соответствующую уголовно-про-

²² СЗ РФ. 1998. № 45. Ст. 5509.

²³ В развитии этого положения Пленум Верховного Суда России в постановлении 31.10.1995 № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» разъяснил, что доказательства должны признаваться полученными с нарушением закона, если при их собирании и закреплении были нарушены гарантированные Конституцией Российской Федерации права человека и гражданина или установленный уголовно-процессуальным законодательством порядок их собирания и закрепления, а также если собирание и закрепление доказательств осуществлено ненадлежащим лицом или органом либо в результате действий, не предусмотренных процессуальными нормами (абз. 2 п. 16) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 1.

²⁴ Brief Guide to Obtaining Mutual Legal Assistance from the United States. Office of Internat. Affairs. Criminal Div. US Dept. of Justice, 3/8/2011. P. 5.

²⁵ Available at: URL: <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2005/301/> (дата обращения: 01.04.2023)

цессуальную норму²⁶, поскольку несмотря на наличие международных норм (они в большей степени являются самоисполнимыми по своей природе) возникают серьезные трудности на практике.

2.3. Экстерриториальные действия

Наконец, еще одна форма собирания доказательств, находящихся за рубежом, является производство процессуальных действий правоохранительными органами одного государства на территории другого. Благодаря отечественным уголовно-процессуальным нормам (ч. 3 ст. 2 и ч. 1¹ ст. 3 УПК) и международным договорам, правоприменители могут проводить следственные и иные процессуальные действия на территории иностранного государства в соответствии с законодательством запрашивающего государства. Стоит отметить, что такая практика может иметь место только когда она предусмотрена соответствующими нормами, либо на это имеется согласие компетентных органов того государства, в котором планируется собирание доказательств.

Именно поэтому в сборнике информации Госдепартамента США по правовой помощи²⁷ и в руководстве Госдепартамента по иностранным делам²⁸ отмечается, что любые выезды представителей американских правоохранительных органов для производства оперативно значимых или процессуальных действий требуют допуска государства, на территории которого они будут проводиться. Запрос на их проведение направляется через консульское бюро Госдепартамента. Уведомление направляется на имя Генпрокурора США, адресуется в отдел национальной безопасности и должно содержать данные об агенте, краткое описание и предполагаемую продолжительность деятельности агента в США (о любом последующем изменении в этих сведениях должно быть сообщено в течение 10 дней). Уведомление агентов, занимающихся расследованиями по линии правоохранительных органов, адресуются в НЦБ Интерпола в США; занимающихся разведывательной, контрразведывательной и антитеррористической деятельностью — ближайшему юридическому

²⁶ На момент подготовки настоящей статьи в Государственной Думе Федерального Собрания рассматривается законопроект № 280226-8 «О внесении изменений в статьи 453 и 456 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации», который, как раз и направлен на создание национально-правовых основ оказания консульской правовой помощи по уголовным делам. См.: Законопроект № 280226-8 «О внесении изменений в статьи 453 и 456 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». Available at: URL: https://sozd.duma.gov.ru/bill/280226-8#bh_hron (дата обращения: 01.04.2023)

²⁷ Available at: URL: http://travel.state.gov/law/judicialjudicial_702.html (дата обращения: 01.06.2022)

²⁸ 7 FAM 941. U.S. Department of State Foreign Affairs Manual (FAM). Available at: URL: <http://www.state.gov/m/a/dir/regs/fam/> (дата обращения: 01.04.2023)

атташе ФБР; занимающихся уголовно-процессуальными расследованиями в рамках международной правовой помощи — в отдел по международным делам управления по уголовным делам Минюста США».

Отсутствие согласия компетентного органа означает нарушение принципа государственного суверенитета, и такой способ собирания доказательств за рубежом будет являться незаконным, а, соответственно, все доказательства признаваться недопустимыми. Подобные действия запрещены как законодательством различных государств (§ 432 УПК Чехии, § 540 УПК Словакии, § 59 Закона Австрии «О выдаче и правовой помощи по уголовным делам»), так и ведомственными актами (Руководство Министерства юстиции ФРГ по сношениям с иностранными государствами в уголовно-правовых вопросах). В отдельных странах введена уголовная ответственность за подобные несогласованные действия, допустим, при направлении непосредственно по почте процессуального документа лицу, находящемуся на территории этой страны (например, ст. 271 УК Швейцарии, а симметричные действия швейцарских органов — по ст. 299 УК РФ) [Литвишко П.А., 2014: 150].

Так, в мае 2003 г. вокруг дела о покупке акций сербского поставщика услуг связи Telekom Serbia разразился итало-швейцарский инцидент. Делегация членов итальянской парламентской следственной комиссии прибыла в Лугано (Швейцария) с целью получить в Офисе преследований по делам о несостоятельности доказательства коррупции на правительственном уровне. При этом официального запроса о правовой помощи, как того требуют Европейская конвенция о взаимной правовой помощи по уголовным делам (1959) и Конвенция об отмывании, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности (1990), швейцарским компетентным органам направлено не было. В результате все члены делегации были арестованы по обвинению в осуществлении несанкционированных действий публичного характера в интересах иностранного государства и экономическом шпионаже (ст. ст. 271 и 273 УК Швейцарии). В дальнейшем Генеральная прокуратура Швейцарии переквалифицировала действия итальянцев из уголовно наказуемого деяния в «нарушение государственного суверенитета»; инцидент был исчерпан [Копылова Е.А., 2013: 344–345].

Согласие предварительно следует получать и при собирании доказательств на территории заграничных учреждений, поскольку в публично-правовом смысле они относятся к территориям стран пребывания²⁹. Поэто-

²⁹ Информационные письма Председателя Следственного комитета РФ А.И. Бастрыкина от 01.11.2011 № Исоп-220/2-32909-11/3305 «О практике проведения проверок сообщений о преступлении и расследования уголовных дел в отношении лиц, обладающих дипломатическим иммунитетом, а также выполнения процессуальных действий на территории дипломатических представительств и консульских учреждений»; от

му даже если российский следователь дал поручение органам дознания провести те или иные следственные действия на территории российского посольства или консульства за рубежом, доказательства, полученные таким способом, могут быть признаны недопустимыми, о чем свидетельствует один из примеров, приводимых в научных публикациях.

По одному из расследуемых уголовных дел следователем в порядке ст. 1 ст. 152 УПК было дано поручение органу дознания «организовать служебную командировку в Пекин (КНР) сотрудников, осуществляющих оперативное сопровождение по уголовному делу, с целью неотложного выполнения запланированных следственных действий — допроса на территории Посольства РФ в Пекине потерпевшего — гражданина КНР». Сотрудник органа дознания выполнил ряд процессуальных действий в помещениях данного посольства, основным из которых явился допрос потерпевшего — гражданина КНР. Кроме того, по месту допроса было объявлено постановление о признании потерпевшим, от него получены ряд заявлений и доверенность на представление интересов в России. Собранные материалы с сопроводительным письмом начальника органа дознания были направлены руководителю следственного органа и приобщены к материалам уголовного дела³⁰.

Логично полагать, что производство следственных действий за рубежом непосредственно российскими правоохранительными органами возможно только при наличии, во-первых, нормы уголовно-процессуального характера, поскольку многие международные нормы, предусматривающие это, не всегда носят самоисполнимый характер, а одного только согласия компетентного органа, допускающего такую возможность, недостаточно (обычная норма международного права) для производства, и на практике допускается лишь как исключение (знак доброжелательности). Во-вторых, если законодательство и правила страны, где собираются такие доказательства, не запрещают этого, поскольку в противном случае усматривается *contra legem facere* (противозаконно).

3. Особенности получения электронной информации

Еще одной особенностью собирания доказательств, находящихся за рубежом, является получение электронной информации³¹ в рамках между-

20.02.2017 № 224-33-17 «О недопущении нарушений при производстве процессуальных действий с участием работников иностранных посольств».

³⁰ Подробный анализ нарушений как норм международного права, так и российских уголовно-процессуальных в этом примере приведены в одном из научных исследований см.: [Волеводз А.Г., 2014: 359–375].

³¹ Автор придерживается именно такого термина, а не «электронные доказательства», поскольку, во-первых, не любая информация, содержащаяся в электронном виде,

народного сотрудничества. Вопросы цифровизации в последнее время приобрели особую актуальность. Не является исключением и уголовно-процессуальная деятельность [Головки Л.В., 2019: 15–25]. Как отметил профессор А.Г. Волеводз, «преступления с использованием компьютерных технологий совершаются не только в “электронном” мире, но и в “физическом” мире, содержащем электронные устройства [Волеводз А.Г., 2001: 8].

Кроме того, «более 80% киберпреступлений совершаются организованной преступностью, связанной с “черными” онлайн-рынками, компьютерными вирусами и сбором персональных и финансовых данных. Наибольшую опасность обществу несут террористы, которые охотно используют социальные сети для распространения пропаганды, сбора денежных средств, привлечения сторонников и обмена информацией³². Недавние террористические атаки вынудили власти к незамедлительной реакции на чрезвычайные происшествия. При их расследовании возникла необходимость сохранности данных в online-режиме и срочных запросов по линии международного сотрудничества» [Малов А.А., 2021: 19].

Безусловно, в последняя время при раскрытии и расследовании уголовных дел назрела необходимость в получении информации, содержащейся в связи с оборотом цифровых активов (например, криптовалюты) в мессенджерах (WhatsApp, Telegram, Wickr Me) и иных электронных платежных сервисах (Qiwi, WebMoney, Payoneer) [Leukfeldt E., 2015: 91–103].

Между тем в основном электронная информация носит неустойчивый характер; она находится в распоряжении определенных поставщиков услуг, зарегистрированных либо имеющих филиалы в различных государствах³³. Это, очевидно, требует от правоохранительных органов

автоматически является доказательством, во-вторых, несмотря на мейнстрим о цифровизации права, еще рано говорить в отечественном контексте о таком новом виде доказательстве [Кувичков С.И., 2016]. Между тем в некоторых правовых документах и международных документах используется термин «электронные доказательства».

³² Использование террористами электронных средств связи создает расследованию дополнительные трудности, поскольку Интернет не признает границ, а структура и способ функционирования глобальной сети облегчают анонимное пользование ею. См.: Обзор дел о терроризме. Нью-Йорк, 2010. С. 91.

³³ К примеру, согласно принятому Федеральному закону от 1.07.2021 № 236-ФЗ «О деятельности иностранных лиц в информационной-телекоммуникационной сети “Интернет” на территории Российской Федерации» (СЗ РФ. 2021. № 27 (ч. I). Ст. 5064) интернет-компаниям, оказывающих информационные услуги, с суточной аудиторией более полумиллиона пользователей предписано учредить на территории России представительство или филиал, а также зарегистрировать личный кабинет на сайте Роскомнадзора и разместить на своем ресурсе электронную форму для обратной связи с российскими гражданами или организациями. Однако стоит констатировать, что по состоянию на 01.04.2023 года это положительно образом не отразилось на получение

направления запросов³⁴. Практика выработала несколько подходов к собиранию экстерриториальной электронной информации, имеющей доказательственное значение по уголовному делу: официальное международное сотрудничество (направление запросов о взаимной правовой помощи компетентным органам иностранного государства); неофициальное международное сотрудничество (взаимодействие в рамках оперативно-розыскной деятельности (полицейское сотрудничество, *police-to-police cooperation (enquiries)*); 3) прямой доступ к информационным данным, находящимся за рубежом³⁵.

В то же время не следует пренебрегать законодательством и практикой хранения в некоторых государствах такой информации при сотрудничестве с ними. Как отмечается в доктрине, в США выделяют три вида хранимой и доступной информации: базовую информацию абонента (Basic Subscriber Information); информацию о транзакциях (Transactional Information); содержание (Content) [Малов А.А., 2018: 59–60].

Чтобы направить соответствующий запрос, российские правоохранительные органы должны через круглосуточную сеть оповестить интернет-провайдеров о необходимости сохранить сообщения, передаваемые по электронной связи. В США провайдеры, по общему правилу, сохраняют такие данные до 90 дней, однако при необходимости указанное время может быть продлено³⁶. При направлении запроса о правовой помощи, адресованный компетентным органам США (Министерству юстиции), необходимо указать, что: запрос является официальным документом о предоставлении электронных доказательств от интернет-провайдера (или других компаний, таких как хостинговая) в США, включая соответствующий адрес; правоохранительные органы России предприняли необходимые шаги для сохранения данных; также указываются дата подачи запроса о сохранении и номера ссылок, которые могли быть переданы в процессе сохранения; запрос проверен Центральным компетентным органом России на предмет исполнения требований договора об оказании правовой помощи по уголовным делам и норм законодательства США; требуется обосновать достаточ-

электронной информации по уголовным делам, так как не все поставщики-услуг открыли филиалы (к примеру, Google LLC, Twitter, TikTok Pte. Ltd., Telegram Messenger, Discord и др.), а при их наличии отказывают в такой информации по различным формальным причинам, в особенности, мотивируя ее отсутствием.

³⁴ См: Practical guide for requesting electronic evidence across borders. Vienna, 2021.

³⁵ Всестороннее исследование проблем киберпреступности, подготовленный Управлением ООН по наркотикам и преступности. Нью-Йорк, 2013. С. 204–249.

³⁶ Российско-американские встречи по сотрудничеству в сфере борьбы с киберпреступностью (16 и 17.12.2010): сб. материалов отдела по международным делам Управления по уголовным делам Министерства юстиции США. С. 3 / Архив автора.

ность фактической информации для установления присутствия в России преступной деятельности, и установить причинно-следственную связь между противоправными действиями и электронными данными, находящимися под юрисдикцией США. Если необходимо содержание электронного сообщения, то судебный ордер может быть получен только при наличии вероятных оснований — высшей нормы доказательства, демонстрируемой фактическими деталями, и необходимой мотивировкой таких деталей³⁷. В противном случае запрос будет возвращен с требованием дополнительной информации, что негативно отразится на сроках раскрытия и расследования преступлений.

На практике бывает трудно (иногда почти невозможно) оперативно установить, где физически располагаются электронные данные [Li X., Qin Y., 2018: 793–799], поскольку они могут находиться одновременно в нескольких местах (государствах), являющихся центрами обработки данных или их копий [Peterson Z. et al., 2011: 1–5], а договорные отношения между такими поставщиками услуг и их пользователями не всегда определяют место расположения центра обработки данных [Benson K. et al., 2011: 73–82]. Соответственно такие данные в полной мере контролируются государством, которое юридически обладает ими, а не государством, где физически располагается центр обработки данных.

3.1. Облачный закон США

Как отмечается в доктрине, «в условиях современной рыночной экономики многие коммерческие организации, даже будучи расположены в одном государстве, стремятся участвовать в международной экономической жизни, выходить на рынки других государств и т.п., в силу чего попадают в определенную зависимость и от последних, не говоря уже о мультинациональных компаниях, международном разделении труда (один завод компании расположен в одной стране, второй — в другой стране), выводе производств за пределы государства, где расположен головной офис компании, и прочих новейших экономических реалиях» [Головко Л.В., 2022: 57]. В связи с принятием в 2018 году в США «Cloud Act — Clarifying Lawful

³⁷ К примеру, в июле 2018 года Федеральный верховный суд Германии постановил, что учетные записи в социальных сетях не отличаются от личных писем и дневников и могут быть переданы по наследству. См.: Bundesgerichtshof Urteil vom 12. Juli 2018 — III ZR 183/17 / Der Bundesgerichtshof. Available at: URL: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2018&Sort=3&nr=85390&pos=0&anz=115> (дата обращения: 01.09.2022). Однако большинство поставщиков услуг для предоставления электронной информации при таких обстоятельствах потребуют национального распоряжения суда запрашивающего государства.

Overseas Use of Data Act»³⁸ (Закон об уточнении правомерного использования расположенных за рубежом баз данных; далее — «Облачный закон») правоохранительные органы, заключая двусторонние соглашения с иностранными властями, могут иметь доступ к электронным данным, которые американские компании хранят на зарубежных серверах при условии, что они имеют прямой доступ к таким данным [Schomburg W., Lagodny O., 2020: 53]. Иными словами, полиция или ФБР может обязать, например, Google передать данные их пользователей, если они физически хранятся, к примеру, в Европе [Berengaut A., Lensdorf L., 2019: 111–117]. Довольно интересно выглядит с точки зрения принципа равенства то, что по таким соглашениям американские власти вправе запрашивать любую информацию, а вторая сторона договора не вправе направлять ордера в адрес американских поставщиков, целью которых является сбор данных, касающихся граждан США или лиц, domiciliрованных на ее территории³⁹, а также об иностранных гражданах, если эта информация касается граждан США или постоянно проживающих на территории США лиц.

По сути, «Облачный закон», как отмечается в литературе, регулирует два случая: когда США заключает с другим государством двустороннее межправительственное соглашение (executive agreement) и собирают доказательства в расположенных за пределами территории США электронных базах данных на его основании; когда они действуют вне рамок международных соглашений. При этом провайдер, получив запрос властей США, может в течение 14 дней направить в суд США жалобу (motion), потребовав его отменить или изменить, если у провайдера есть основания полагать, что: пользователь или подписчик соответствующий электронной или проводной системы не имеет связи с США (is not US person), что охватывается крайне широким подходом, принимая во внимание и косвенные связи с американской юрисдикцией; раскрытие информации создаст провайдеру риск нарушения правовых норм и запретов того иностранного государства, на территории которого она хранится [Головки Л.В., 2022: 67–68].

Принятию этого Закона предшествовало судебное решение *Microsoft v. United States*⁴⁰. Суть его в том, что одному из правоохранительных ор-

³⁸ Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (CLOUD Act) (H.R.4943-115th Congress (2017–2018)) / Congress.GOV. Available at: URL: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/4943/titles> (дата обращения: 01.04.2023)

³⁹ Иными словами, ордера другой договаривающейся стороны соглашения в адрес американских поставщиков не могут быть нацелены на получение данных, касающихся американских лиц или лиц, находящихся на территории США [Щерба С.П., Архипова Е.А., Быкова Е.В. и др. 2023: 83].

⁴⁰ *Microsoft v. United States*, 829 F.3d 197 (2d Cir 2016) / Casetext. Available at: URL: <https://casetext.com/case/microsoft-corp-v-united-states-in-re-a-warrant-to-search-a-certain-endashmail-account-controlled-maintained-by-microsoft-corp> (дата обращения: 01.04.2023)

ганов США отказали в ордере на обыск учетной записи электронной почты представительства Майкрософта в Северной Ирландии, даже несмотря на «достаточные основания». Иными словами, отказ в выдаче такого процессуального документа был связан с территориальностью, а, точнее, с местонахождением этих данных. В целях оптимизации получения электронной информации американские власти решили заключать во исполнение «Облачного закона» двусторонние соглашения, предусматривающие получение прямого доступа к электронным данным вне зависимости от их местонахождения, т.е. восстановить прежний порядок обмена информацией, поскольку до приведенного прецедента провайдеры сообщали сведения вне зависимости от их расположения.

Некоторые государства уже поднята проблема, проходящая в явной форме красной нитью через все социальные аспекты собирания властями США доказательств, располагающихся за рубежом, невзирая на официальные виды международного сотрудничества в сфере уголовного судопроизводства⁴¹. Впрочем, этот Закон уполномочил Соединенные Штаты заключать двусторонние соглашения, чтобы облегчить возможности партнеров правоохранительных органов за рубежом получать электронные доказательства [Mulligan S., 2018]. Американские провайдеры, как правило, не раскрывают определенные электронные данные непосредственно иностранным правоохранительным органам, опасаясь нарушить действующие в США ограничения права на раскрытие⁴². Однако такие соглашения требуют корректировки соответствующих норм или принятия новых, как это было продемонстрировано на примере первого соглашения с Великобританией⁴³. Относительно недавно заключен аналогичный договор с Австралией⁴⁴, где был сформирован

⁴¹ Assamblée Nationale. Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des affaires étrangères et la Commission des finances en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 3 février 2016 sur l'extraterritorialité de la législation américaine. Paris, 2016. P. 14–15.

⁴² Deputy Assistant Attorney General Richard W. Downing Delivers Remarks at the 5th German-American Data Protection Day on «What the U.S. Cloud Act Does and Does Not Do» (16 May 2019) / Department of Justice of the United States. Available at: URL: <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-assistant-attorney-general-richard-w-downing-delivers-remarks-5th-german-american> (дата обращения: 01.04.2023)

⁴³ Written Testimony of Mr. Paddy McGuinness United Kingdom Deputy National Adviser Before the Judiciary Sub-Committee on Crime and Terrorism United States Senate (10 May 2017) / Department of Justice of the United States. Available at: URL: <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/05-24-17%20McGuinness%20Testimony.pdf> (дата обращения: 01.04.2023)

⁴⁴ United States and Australia Enter CLOUD Act Agreement to Facilitate Investigations of Serious Crime / Department of Justice the United States. Available at: URL: <https://www.justice.gov/opa/pr/united-states-and-australia-enter-cloud-act-agreement-facilitate-investigations-serious-crime> (дата обращения: 01.04.2023)

положительный опыт в выявлении и пресечении ряда преступлений (например, операция «Троянский щит»)⁴⁵.

Как отмечается, электронная информация может быть передана и в рамках взаимной правовой помощи по уголовным делам, но приведенный Закон создает альтернативную ускоренную основу получения данных⁴⁶ и дополняет, но не заменяет традиционного вида международного сотрудничества⁴⁷. Заметим, что во многих государствах предусмотрена обязанность поставщиков-услуг передавать сведения по запросу правоохранительных органов независимо от места их хранения, напоминая также таким юридическим лицам о «юрисдикционной ловушке» — о присутствии бизнеса на территории этой страны [Maxwell W., Wolf C., 2012: 1–13]. При этом такая «рыболовная сеть», выбраться из которой в принципе затруднительно, основывается на ст. 18 Будапештской конвенции о преступности в сфере компьютерной информации от 23.11.2001, требующей, чтобы каждое из государств-участников принял законы, по которым власти могут заставить поставщиков услуг на своей территории раскрывать электронные данные, находящиеся под их контролем, не оставляя исключения сведениям, хранимым поставщиком в другом месте.

Необходимость принятия законов, обеспечивающих трансграничный доступ к электронной информации, по мнению американских США, обосновывается простым примером. Как отметил заместитель помощника Генерального прокурора США Ричард Даунинг, «по делу об убийстве в Лондоне британские офицеры проводят расследование, они собирают доказательства на месте происшествия, а также допрашивают свидетелей и устанавливают личность подозреваемого. Может быть, они даже произведут обыск его дома и изымут телефон. Но если они хотят получить связь между его учетной записью в социальных сетях и учетной записью жертвы, и если эти сообщения хранятся у поставщика в Соединенных Штатах, как это часто бывает, правоохранительным органам Великобритании придется направить официальный запрос о взаимной правовой помощи по уголовным делам правительству США, а затем ждать ответа

⁴⁵ FBI's Encrypted Phone Platform Infiltrated Hundreds of Criminal Syndicates; Result is Massive Worldwide Takedown / Department of Justice the United States. Available at: URL: <https://www.justice.gov/usao-sdca/pr/fbi-s-encrypted-phone-platform-infiltrated-hundreds-criminal-syndicates-result-massive> (дата обращения: 01.04.2023)

⁴⁶ Associate Deputy Attorney General Sujit Raman Delivers Remarks to the Center for Strategic and International Studies (24 May 2018) / US Department of Justice. Available at: URL: <https://www.justice.gov/opa/speech/associate-deputy-attorney-general-sujit-raman-delivers-remarks-center-strategic-and> (дата обращения: 01.04.2023)

⁴⁷ Promoting Public Safety, Privacy, and the Rule of Law Around the World: The Purpose and Impact of the CLOUD Act (April 2019) / Available at: URL: <https://www.justice.gov/dag/page/file/1153436/download> (дата обращения: 01.04.2023)

месяцами или даже дольше, в то время как запрос проходит через американскую правовую систему. Этот случай потребовал принятия Закона об Облаке»⁴⁸. Однако некоторые зарубежные специалисты отмечают, что государства не вправе расширительно применять свою уголовную юрисдикцию с точки зрения *lato sensu* (в широком смысле), выходя за пределы широкого международного консенсуса [Ryngaert C., 2007: 32–33].

Заключение

На сегодняшний день помимо традиционного способа, под которым подразумевается оказание взаимной правовой помощи по уголовным делам, существует и ряд ее форм, которые не всегда комплексно подвергались доктринальному осмыслению. Это требует более пристального внимания научной общественности. В первую очередь это относится к собиранию доказательств в рамках совместной (международной) следственной группы, консульской правовой помощи, а также непосредственного производства следственных и иных процессуальных действий на территории иностранного государства. Никким образом не претендуя на исчерпывающий характер обзора всех аспектов собирания доказательств за рубежом, приведенных способов достаточно, чтобы выделить существенные особенности уголовно-процессуального доказывания в контексте международного сотрудничества.



Список источников

1. Ализаре Ф.Э. Международно-правовое регулирование совместных (международных) расследований по уголовным делам // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2014. № 2. С. 294–306.
2. Ахмадуллин А.Р. Особенности правового регулирования собирания доказательств по уголовным делам за пределами территории Российской Федерации // Российский следователь. 2020. № 12. С. 19–22.
3. Боженко С.Я. Совместные следственные группы: международный формат расследований // Уголовный процесс. 2021. № 6. С. 84–88.
4. Волеводз А.Г. Криминалистические аспекты международного сотрудничества. Часть II. Некоторые особенности взаимодействия, участия сведущих лиц и планирование // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2016. № 4. С. 120–134.

⁴⁸ Deputy Assistant Attorney General Richard W. Downing Delivers Remarks at the Academy of European Law Conference on «Prospects for Transatlantic Cooperation on the Transfer of Electronic Evidence to Promote Public Safety». Available at: URL: <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-assistant-attorney-general-richard-w-downing-delivers-remarks-academy-european-law> (дата обращения: 01.04.2023)

5. Волеводз А.Г. О допустимости допросов иностранных граждан на территориях зарубежных представительств в России // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2014. № 2. С. 358–375.
6. Волеводз А.Г. Противодействие компьютерным преступлениям: правовые основы международного сотрудничества. М.: Юрлитинформ, 2001. 485 с.
7. Волеводз А.Г. Совместные (международные) расследования наркопреступлений: международный опыт и российские перспективы // Наркоконтроль. 2015. № 4. С. 37–45.
8. Головкин Л.В. Государство и его уголовное судопроизводство: монография. М.: Городец, 2022. 458 с.
9. Головкин Л.В. Цифровизация в уголовном процессе: локальная оптимизация или глобальная революция? // Вестник экономической безопасности. 2019. № 1. С. 15–25.
10. Дистефано К.Л. Способы получения доказательств из США для судопроизводства за границей // Российская юстиция. 1996. № 10. С. 29.
11. Киселев П.П. Адвокатское расследование: правовые и организационные аспекты: дис. ... к. ю. н. Н. Новгород, 2018. 267 с.
12. Копылова Е.А. Территориальный принцип исполнительной юрисдикции государства и особенности ее реализации в международном праве // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2013. № 1. С. 338–348
13. Кувычков С.И. Использование в доказывании по уголовным делам информации, представленной в электронном виде: дис. ... к.ю.н. Н. Новгород, 2016. 273 с.
14. Литвишко П.А. Вопросы процессуальной самостоятельности органов предварительного расследования Российской Федерации при осуществлении международного сотрудничества // Российский следователь. 2011. № 18. С. 13–18.
15. Литвишко П.А. Интеграция предварительного расследования и оперативно-розыскной деятельности: иностранный и международный опыт // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2015. № 3. С. 309–319.
16. Литвишко П.А. К вопросу применения инструмента международно-правового сотрудничества в России // Вестник Саратовской академии права. 2009. № 6. С. 131–134.
17. Литвишко П.А. Консульская правовая помощь по уголовным делам на территории зарубежных представительств // Предварительное следствие. 2011. № 1. С. 175–91.
18. Литвишко П.А. Осуществление уголовно-процессуальной юрисдикции в зарубежных представительствах государств: дис. ... к. ю. н. М., 2014. 265 с.
19. Литвишко П.А. Проблемы реализации «пассивной» международной правовой помощи по уголовным делам/Актуальные проблемы международного сотрудничества органов внутренних дел в борьбе с преступностью: матер. конф. М.: Академия управления МВД России, 2013. С. 137–153.
20. Литвишко П.А. Проведение совместных расследований и деятельность международных следственно-оперативных групп // Научно-практический журнал Следственного комитета при прокуратуре Российской Федерации. 2009. № 1. С. 56–60.
21. Литвишко П.А. Создание и деятельность совместных следственно-оперативных групп // Российский следователь. 2010. № 4. С. 32–38.

22. Литвишко П.А. Электронные международно-правовые иммунитеты: вопросы теории и практики // Вестник Университета прокуратуры Российской Федерации. 2021. № 3. С. 126–135.
23. Малов А.А. Международные правовые стандарты истребования электронных доказательств от иностранных юрисдикций // Международное уголовное право и международная юстиция. 2021. № 1. С. 19–23.
24. Малов А.А. Получение электронных доказательств от иностранных юрисдикций (на примере США) // Законность. 2018. № 9. С. 56–60.
25. Мартынчик Е.Г. Адвокатское расследование в уголовном процессе. Теоретико-методологические основы доктрины адвокатского расследования. М.: Юрист, 2009. 257 с.
26. Попов И.А. Международная следственная группа как одна из форм коллективного метода раскрытия и расследования преступлений: современное состояние и перспективы развития // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2013. № 2. С. 184–192.
27. Цветков Ю.А. Принцип равенства юридической силы доказательств в международно-правовом сотрудничестве по уголовным делам // Международное уголовное право и международная юстиция. 2013. № 2. С. 7–10.
28. Шамсутдинов М.М. Производство предварительного следствия следственной группой (процессуальные, управленческие и тактико-психологические аспекты): дис. ... к. ю. н. Казань, 2005. 265 с.
29. Щерба С.П. (общ. ред.) Собираение электронных доказательств по уголовным делам на территории России и зарубежных стран: опыт и проблемы. М.: Проспект, 2022. 168 с.
30. Benson K. et al. Do you know where cloud files are? / Proceedings of the 3rd ACM Workshop on Cloud Computing Security. Cloud Computing Security Workshop, 2011, no. 11, pp. 73–82.
31. Berengaut A., Lensdorf L. The CLOUD Act at Home and Abroad. Computer Law Review International, 2019, vol. 20, pp. 111–117.
32. Maxwell W., Wolf C. A Global Reality: Governmental Access to Data in the Cloud. A comparative analysis of ten international jurisdictions. Hogan Lovells White Paper, 2012, pp. 1–13. Available at: URL: <http://ict-industry-reports.com.au/wp-content/uploads/sites/4/2013/05/2012-Comparing-10-Jurisdictions-Government-access-to-data-in-the-cloud-Hogan-Lovells-May-2012.pdf> (дата обращения: 01.04.2023)
33. Mulligan S.P. Cross-Border Data Sharing Under the Cloud Act. Congressional Research Service. 23 April 2018. Available at: URL: <https://sgp.fas.org/crs/misc/R45173.pdf> (дата обращения: 01.04.2023).
34. Leukfeldt E. Organized cybercrime and social opportunity structures: a proposal for future research directions. The European Review of Organized Crime, 2015, no. 2, pp. 91–103.
35. Li X., Qin Y. Research on Criminal Jurisdiction of Computer cybercrime. Procedia Computer Science, 2018, vol. 131, pp. 793–799.
36. Petkov M., Krastev D. Concept of Joint Investigation Teams. International E-Journal of Advances in Social Sciences, 2018, vol. IV, iss. 11, pp. 424–431.
37. Peterson Z. et al. A position on data sovereignty: the importance of geolocating data in the Cloud. Hot Cloud. Proceedings of the 3rd USENIX conference of Hot topic in Cloud computing, pp. 1–5. Available at: URL: https://www.researchgate.net/publication/236626434_A_Position_Paper_on_Data_Sovereignty_The_Importance_of_Geolocating_Data_in_the_Cloud (дата обращения: 01.04.2023)

38. Ryngaert C. Jurisdiction in international law. United States and European perspectives. Thesis of dissertation. Leuven, 2007, 879 p.
39. Severns R., Paterson C., Brogan S. The Transnational Investigation of Organized Modern Slavery: A Critical Review of the use of Joint Investigation Teams to Investigate and Disrupt Transnational Modern Slavery in the United Kingdom. *International Journal of Crisis Communication*, 2020, vol. 4, iss. 1, pp. 11–22.
40. Sieber U. Straftaten und Strafverfolgung im Internet. Gutachten C zum 69. Deutschen Juristentag. Munich: C.H. Beck, 2012, 852 s.
41. Schomburg W., Lagodny O. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (International Cooperation in Criminal Matters): Kommentar. Munchen: C.H. Beck, 2020, 2908 S.



References

1. Akhmadullin A.R. (2020) Features of the legal regulation of the collection of evidence in criminal cases outside the territory of the Russian Federation. *Rossiiskiy sledovatel'*=Russian Investigator, no. 12, pp. 19–22 (in Russ.)
2. Alizade F.E. (2014) International legal regulation of joint (international) investigations in criminal cases. *Biblioteka kriminalista*=Criminologist's Library, no. 2, pp. 294–306 (in Russ.)
3. Bozhenok S.Ia. (2021) Joint investigation teams: an international investigation format. *Ugolovnyi protsess*=Criminal Process, no. 6, pp. 84–88 (in Russ.)
4. Benson K. et al. (2011) Do you know where cloud files are? In: Proceedings of the 3rd ACM workshop on cloud computing security. *Cloud Computing Security Workshop*, no. 11, pp. 73–82.
5. Berengaut A., Lensdorf L. (2019) The CLOUD Act at home and abroad. *Computer Law Review International*, vol. 20, pp. 111–117.
6. Distefano K.L. (1996) Ways to obtain evidence from the US for proceedings abroad. *Rossiiskaia justitsiia*=Russian Justice, no. 10, p. 29 (in Russ.)
7. Golovko L.V. (2022) *The state and its criminal justice*. Moscow: Gorodets, 458 p. (in Russ.)
8. Golovko L.V. (2019) Digitalization in criminal procedure: local optimization or global revolution? *Vestnik ekonomicheskoi bezopasnosti*=Herald of Economic Security, no. 1, pp. 12–25 (in Russ.)
9. Kiselev P.P. (2018) Legal investigation: legal and organizational aspects. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Nizhny Novgorod, 267 p. (in Russ.)
10. Kopylova E.A. (2013) The territorial principle of the executive jurisdiction of the state and the features of its implementation in international law. *Biblioteka kriminalista*=Criminologist's Library, no. 1, pp. 338–348 (in Russ.)
11. Kuvychkov S.I. (2016) Use of information presented in electronic form in proving in criminal cases. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Nizhny Novgorod, 273 p. (in Russ.)
12. Litvishko P.A. (2009) Conducting joint investigations and activities of international investigative teams. *Nauchno-prakticheskii zhurnal Sledstvennogo komiteta pri prokurature Rossiiskoi Federatsii*=Journal of Investigative Committee under the Prosecutor's Office, no. 1, pp. 56–60 (in Russ.)
13. Litvishko P.A. (2010) Creation and actions of joint investigative and operational groups. *Rossiiskiy sledovatel'*=Russian investigator, no. 4, pp. 32–38 (in Russ.)

14. Litvishko P.A. (2011) Issues of procedural independence of the bodies of preliminary investigation of the Russian Federation in the implementation of international cooperation. *Rossiiskiy sledovatel'*=Russian investigator, no. 18, pp. 13–18 (in Russ.)
15. Litvishko P.A. (2009) On applying instrument of international legal cooperation in Russia. *Vestnik Saratovskoi akademii prava*=Bulletin of the Saratov Law Academy, no. 6, pp. 131–134 (in Russ.)
16. Litvishko P.A. (2013) Implementation of “passive” international legal assistance in criminal matters. In: International cooperation of internal affairs bodies in fighting crime. Collection of papers. Moscow: MVD, pp. 137–153 (in Russ.)
17. Litvishko P.A. (2021) Electronic international legal immunities: theory and practice. *Vestnik Universiteta prokuratury Rossiiskoi Federatsii*=Bulletin of the University of the Prosecutor's Office, no. 3, pp. 126–135 (in Russ.)
18. Litvishko P.A. (2015) Integration of preliminary investigation and operational-search activity: foreign and international experience. *Biblioteka kriminalista. Nauchnyi zhurnal*=Criminologist's library, no. 3, pp. 309–319 (in Russ.)
19. Litvishko P.A. (2011) Consular legal assistance in criminal cases on the territory of foreign missions. *Predvaritel'noe sledstvie*=Preliminary investigation, no. 1, pp. 175–191 (in Russ.)
20. Litvishko P.A. (2014) Exercise of criminal procedure jurisdiction in foreign states missions. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 265 p. (in Russ.)
21. Leukfeldt E. (2015) Organized cybercrime and social opportunity structures: a proposal for future research directions. *The European Review of Organized Crime*, no. 2, pp. 91–103.
22. Li X., Qin Y. (2018) Research on criminal jurisdiction of computer cybercrime. *Procedia Computer Science*, vol. 131, pp. 793–799.
23. Martynchik E.G. (2009) *Legal investigation in criminal proceedings. Theoretical and methodological foundations of the doctrine of lawyer investigation*. Moscow: Yurist, 257 p. (in Russ.)
24. Malov A.A. (2021) International legal standards for the recovery of electronic evidence from foreign jurisdictions. *Mezhdunarodnoe ugovnoe pravo i mezhdunarodnaia yustitsiia*=International Criminal Law and International Justice, no. 1, pp. 19–23 (in Russ.)
25. Malov A.A. (2018) Obtaining electronic evidence from foreign jurisdictions (example of the USA). *Zakonnost'*=Legality, no. 9, pp. 56–60 (in Russ.)
26. Maxwell W., Wolf C. (2012) A global reality: governmental access to data in the cloud. A comparative analysis of ten international jurisdictions. Hogan Lovells White Paper, pp. 1–13. Available at: URL: <http://ict-industry-reports.com.au/wp-content/uploads/sites/4/2013/05/2012-Comparing-10-Jurisdictions-Government-access-to-data-in-the-cloud-Hogan-Lovells-May-2012.pdf>
27. Mulligan S. Cross-Border data sharing under the Cloud Act. Congressional Research Service. 23.04.2018. Available at: URL: <https://sgp.fas.org/crs/misc/R45173.pdf> (accessed: 01.06.2022)
28. Peterson, Z. et al. (2011) A position on data sovereignty: importance of geolocating data in the Cloud. Hot Cloud, Proceedings of the 3rd USENIX conference of Hot topic in Cloud computing, pp. 1–5. URL: https://www.researchgate.net/publication/236626434_A_Position_Paper_on_Data_Sovereignty_The_Importance_of_Geolocating_Data_in_the_Cloud.

29. Popov I.A. (2013) International investigation team as one of forms of the collective method of detecting and investigating crimes: current state and prospects. *Biblioteka kriminalista*=Criminologist's library, no. 2, pp. 184–192 (in Russ.)
30. Petkov M., Krastev D. (2018) Concept of Joint Investigation Teams. *International E-Journal of Advances in Social Sciences*, issue 11, pp. 424–431.
31. Ryngaert C. Jurisdiction in international law. United States and European perspectives. Thesis of a dissertation. Leuven, 2007. 879 p.
32. Shcherba S.P., Arkhipova E.A., Bykova E.V. et al. (2022) *Collection of electronic evidence in criminal cases on the territory of Russia and foreign countries: experience and problems*. Moscow: Prospekt, 168 p. (in Russ.)
33. Shamsutdinov M.M. (2005) Production of a preliminary investigation by the investigative team. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Kazan, 265 p. (in Russ.)
34. Severns R., Paterson C., Brogan S. (2020) The transnational investigation of organized modern slavery: a critical review of the use of joint investigation teams to investigate and disrupt transnational modern slavery in the United Kingdom. *International Journal of Crisis Communication*, vol. 4, issue 1, pp. 11–22.
35. Sieber U. (2012) *Straftaten und Strafverfolgung im Internet. Gutachten C zum 69. Deutschen Juristentag*. Munich: C.H. Beck, 852 S.
36. Schomburg W., Lagodny O. (2020) Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (International cooperation in criminal matters): Kommentar. Munchen: C.H. Beck, 2909 S.
37. Tsvetkov Yu.A. The principle of equality of the legal force of evidence in international legal cooperation in criminal cases. *Mezhdunarodnoe ugovnoye pravo i mezhdunarodnaia iustitsiia*=International Criminal Law and International Justice, no. 2, pp. 7–10 (in Russ.)
38. Volevodz A.G. (2016) Forensic aspects of international cooperation. Part II. Some features of interaction, participation of knowledgeable persons and planning. *Biblioteka kriminalista*=Criminologist's library, no. 4, pp. 120–134 (in Russ.)
39. Volevodz A.G. (2001) *Counteraction to computer crimes: legal bases of the international cooperation*. Moscow: Yurlitinform, 485 p. (in Russ.)
40. Volevodz A.G. (2015) Joint (international) investigations of drug crimes: international experience and Russian perspectives. *Narkokontrol'*=Drug Control, no. 4, pp. 37–45 (in Russ.)
41. Volevodz A.G. (2014) On the admissibility of interrogations of foreign citizens in the territories of foreign missions in Russia. *Biblioteka kriminalista*=Criminologist's library, no. 2, pp. 358–375 (in Russ.)

Информация об авторе:

К.К. Клевцов — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

K.K. Klevtsov — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 10.09.2021; одобрена после рецензирования 22.04.2022; принята к публикации 07.04.2023.

The article was submitted to editorial office 10.09.2021; approved after reviewing 22.04.2022; accepted for publication 07.04.2023.

Научная статья

УДК 346.9

DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.334.356

Сравнительный анализ опыта введения налога на цифровые услуги в зарубежных странах



Карина Александровна Пономарева

Научно-исследовательский финансовый институт Министерства финансов Российской Федерации, Россия 127006, Москва, Настасьинский пер., 3/2, kponomareva@nifi.ru, <https://orcid.org/0000-0002-2951-3067>



Аннотация

Отношения в сфере налогообложения подвержены серьезным изменениям, обусловленным новыми вызовами, поскольку выступают непосредственным следствием экономической активности субъектов хозяйствования. Проблемы, возникающие при налогообложении деятельности цифровых компаний за рубежом, являются характерными и актуальными для России. В настоящее время международная налоговая координация не может отождествляться лишь с традиционными соглашениями об избежании двойного налогообложения. Многие юрисдикции начали формулировать односторонние правила налогообложения цифровой экономики. Несогласованность этих правил, вероятно, увеличит налоговое бремя на ряд транснациональных корпораций, так как каждое государство стремится защитить свои интересы. Необходимость обеспечить в таких условиях соблюдение фискальных интересов государства как в ближайшие годы, так и в долгосрочном периоде, требует трансформации сущностных подходов к нормативно-правовому регулированию системы налогов и сборов, принципов налогообложения, элементов налогообложения, налогового администрирования. Данное исследование направлено на определение фундаментальных теоретических подходов к правовому обеспечению фискальных интересов государства в условиях цифровой трансформации экономики, а также разработку рекомендаций по созданию эффективной модели правового регулирования налогообложения цифровых услуг в России. Необходимо выявить, являются ли правила налогообложения цифровых

компаний и услуг существенно отличными от правил налогообложения традиционных предприятий. Кроме того, в статье прослежена трансформация подходов к самой категории цифровой услуги, к разграничению товаров и услуг в эпоху цифровой экономики: если раньше программное обеспечение рассматривалось как товар при реализации на бумажном носителе, то сегодня аналогичная категория признается услугой, поскольку ее оказание не требует физического носителя. В статье выявлены правовые вызовы фискальным интересам российского государства, связанные с изменениями в формах и инструментах международного регулирования налогообложения прибыли цифровых бизнес-моделей и развития односторонних налоговых мер как альтернативы этим проектам. Рассмотрены этапы формирования законодательства о налогообложении цифровых услуг в зарубежных странах. На основании сравнительно-правового анализа законодательства государств, в которых введены цифровые налоги, разработаны возможные сценарии развития налогового регулирования в России.



Ключевые слова

налоговое право; налоговая безопасность; новые вызовы; национальная фискальная база; международное налогообложение; цифровая экономика; цифровые бизнес-модели; глобальная прибыль; налог на цифровые услуги.

Благодарности: Исследование выполнено за счет гранта Российского научного фонда № 23-78-10160, <https://rscf.ru/project/23-78-10160/>.

Для цитирования: Пономарева К.А. (2023) Сравнительный анализ опыта введения налога на цифровые услуги в зарубежных странах // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2023. Том 16. № 4. С. 334–356. DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.334.356

Law in the Modern World

Research article

Comparative Analysis of Imposing Digital Services Taxes in Different Countries



Karina Aleksandrovna Ponomareva

Financial Research Institute, Finance Ministry of the Russian Federation, 3/2 Nastasyinsky Lane, Moscow 127006, Russia, kponomareva@nifi.ru, <https://orcid.org/0000-0002-2951-3067>



Abstract

Tax relations are seriously subject to changes caused by new challenges, since they are a direct consequence of the economic activity of business entities. At the same time, the problems that arise when taxing the activities of digital companies abroad are relevant

for Russia. Currently, international tax coordination can no longer be identified only with traditional double tax treaties. Many jurisdictions have begun to formulate unilateral rules for taxation of the digital economy. Inconsistency of these rules is likely to increase the tax burden of a number of multinational corporations, given that each state seeks to protect its interests. The article identifies legal challenges to the fiscal interests of the Russian state related to changes in the forms and instruments of international regulation of taxation of global profits of digital business models and the development of unilateral tax measures as an alternative to these projects. Based on a comparative legal analysis of the legislation of the states in which digital taxes have been introduced, possible scenarios for the development of tax regulation in Russia have been developed.



Keywords

tax law; tax security; new challenges; national tax base; international taxation; digital economy; digital business models; global profit; digital services tax.

Acknowledgments: The research was funded by the Russian Science Foundation, project No. 23-78-10160, <https://rscf.ru/project/23-78-10160/>

For citation: Ponomareva K.A. (2023) Comparative Analysis of Imposing Digital Services Taxes in Different Countries. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 16, no. 4, pp. 334–356 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.334.356

Введение

Международные группы компаний получают прибыль, оказывая цифровые услуги по всему миру. Создавая региональные штаб-квартиры в странах с низконалоговыми юрисдикциями, крупнейшие мировые поставщики цифровых услуг обходят налоги в странах-потребителях, не уплачивая налогов и в стране происхождения. Это вызывает опасения международных организаций и государств в связи с тенденциями размывания налоговой базы и вывоза прибыли.

Организация экономического сотрудничества и развития (далее — ОЭСР), Организация Объединенных Наций (далее — ООН) и Европейский союз (далее — ЕС) публикуют многочисленные проекты регулирования правил налогообложения цифровых компаний. Однако отсутствие оценки этих правил на предмет рисков для налоговой системы, а также стремительное обновление нормативной базы порождают необходимость дальнейших исследований.

Проблемы налогообложения цифровых компаний весьма актуальны и в Российской Федерации. Это один из вызовов, с которыми сталкивается в настоящий момент экономика любой страны, и Россия — не исключение. Иностранные цифровые компании вывозят прибыль от деятельности на российском рынке за рубеж, хотя эта прибыль создается российскими пользователями. Это происходит потому, что традицион-

ные правила международного налогообложения основываются на критерии физического присутствия в стране. Встает вопрос о необходимости обновления правил налогообложения цифровых компаний в целях защиты национальной фискальной базы. Однако этот вопрос требует глубокого осмысления.

Для определения направлений совершенствования российской налоговой системы полезно прибегнуть к сравнительно-правовому методу и обратиться к зарубежному опыту. Как отмечал классик сравнительного правоведения Р. Давид, в этом видится «необходимый элемент науки и правовой культуры» [Давид Р., Жоффре-Спинози К., 2011: 13]. На сегодняшний день более чем в 20 странах мира введены налоги на цифровые услуги. Однако поскольку большинство ИТ-гигантов — американские компании, правительство США назвало налог на цифровые услуги дискриминационным и предложило ввести санкции против стран, вводящих такие налоги. Введение этих мер отсрочено, поскольку страны стремятся достичь консенсуса в правилах международного налогообложения в свете ожидания финальных версий документов ОЭСР в рамках двухкомпонентного плана по налогообложению цифровой экономики¹.

В статье рассмотрены национальные цифровые налоги, введенные в отдельных зарубежных странах. Предлагается разделить эти налоги на три группы: налоги на доход, налоги на потребление (НДС для электронных услуг) и гибридные налоги.

1. Международная и зарубежная практика налоговых мер в отношении цифровых бизнес-моделей

1.1. О применении сравнительно-правового метода в налоговом праве

Применение сравнительно-правового метода исследования имеет важное теоретическое и практическое значение для совершенствования российского налогового права в условиях современных вызовов. Сравнительно-правовое исследование позволяет раскрыть слабости любой локальной налоговой системы и увидеть ее сильные стороны. Посредством анализа решений, используемых в той или иной юрисдикции, создается возможность основательнее оценить национальную налоговую

¹ Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy 8 October 2021. Available at: URL: <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf> (accessed: 20.08.2023)

систему. В налоговом праве это важно с точки зрения защиты национальной фискальной базы.

Актуальность сравнительно-правовых исследований в налоговом праве объясняется в том числе современным состоянием налоговой политики: во-первых, в современном мире многие сделки имеют трансграничную природу; во-вторых, трансграничное налогообложение прибыли и доходов является областью непосредственного взаимодействия национальных налоговых режимов. Существенное влияние на налоговые отношения оказывают тенденции, в основе которых находятся как международная экономическая интеграция (увеличивающееся влияние транснациональных корпораций на национальную экономику, рост количества трансграничных сделок, повышение мобильности налогоплательщиков), так и дезинтеграция (расширение практики экономических санкций в отношениях между государствами, а также с участием экономических агентов, находящихся под их юрисдикцией, ограничивающее вышеописанную активность).

Кроме того, актуальны национальные и мировые тенденции налогообложения в условиях цифровизации. С одной стороны, это меры поддержки, в том числе налоговые российских ИТ-компаний. С другой стороны, на протяжении многих лет в мире разрабатываются решения, призванные уменьшить или устранить проблему двойного налогообложения глобальной прибыли иностранных компаний с высоким уровнем цифровизации и существенным экономическим присутствием в стране. Такие решения варьируются от односторонних (цифровой налог) до многосторонних (Типовая конвенция ООН для урегулирования налоговых отношений между развитыми и развивающимися странами (далее — Типовая конвенция ООН)² и двухкомпонентный подход ОЭСР³). Основной проблемой в поиске оптимального регулирования налогообложения доходов от цифровых услуг является отсутствие согласованности действий международного сообщества. При этом в большинстве стран на введен НДС на электронные услуги, который не противоречит международным правилам налогообложения и продолжит действие даже после введения новых международных правил. В связи с этим предлагается рассмотреть сценарии развития налогообложения цифровых компаний в России.

В настоящей статье рассматривается как международная практика регулирования налогообложения деятельности международных групп

² United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries: 2017 Update. Available at: URL: <https://doi.org/10.18356/cc8f6035-en> (дата обращения: 20.08.2023)

³ Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy — 8 October 2021...

компаний, так и зарубежная практика односторонних налоговых мер в отношении этих групп. Это разграничение важно с точки зрения методологии исследования. А.Н. Козырин отмечает проблему, связанную «с попытками выдать опыт одной, пусть даже очень крупной и экономически развитой, страны за международный опыт. Понятия «зарубежный опыт» и «международный опыт» никогда не отождествлялись в отечественной юридической науке... в научной литературе отдельных зарубежных стран действительно встречается использование понятия «международный» применительно к национальному регулированию (например, об international taxation говорят, когда речь заходит о существующем в данном государстве порядке налогообложения нерезидентов). Верно и то, что в некоторых странах существует весьма «специфический» взгляд на международное право и ценность международно-правового регулирования. Подходы национального законодательства в этих странах нередко выдаются за «международные стандарты». Однако представляется, что едва ли целесообразна рецепция таких понятий, как «международный опыт отдельного государства» в российскую юридическую науку, которая всегда четко различала понятия национально-правового (или государственно-правового) и международно-правового регулирования» [Козырин А.Н., 2009: 5].

Целесообразно сначала рассмотреть предложения международных организаций в части налогообложения транснациональных цифровых компаний, а затем дать сравнительный обзор мер, установленных в отдельных зарубежных странах.

1.2. Проекты нормативного регулирования налогообложения цифровых услуг на уровне ОЭСР и ООН

На протяжении последних лет международные организации неоднократно выражали мнение, что международная налоговая система не отражает тенденций цифровизации экономики. Эти опасения широко обсуждаются в российских и иностранных исследованиях ведущих специалистов по налоговой тематике [Кудряшова Е.В., 2021: 37–40]; [Becker J., Englisch J., 2019: 161–171]; [Dimitropoulou C., 2019: 268–281]; [Devereux M., Vella J., 2018: 161–171]; [Sinnig J., 2018: 903–915]. Согласно международным налоговым правилам, транснациональные корпорации обычно платят корпоративный подоходный налог по месту физического присутствия, а не там, где находятся потребители или, говоря о цифровом секторе, пользователи. Таким образом, классические правила налогообложения по территориальному и резидентскому принципам уже не актуальны для цифровых компаний.

В связи с этим ОЭСР разработан двухкомпонентный подход к решению налоговых проблем, возникающих в связи с цифровизацией экономики⁴. Первый компонент (pillar 1) направлен на адаптацию международной системы подоходного налогообложения к новым бизнес-моделям путем изменений правил распределения налога на прибыль между странами. Второй компонент (pillar 2) касается глобального минимального налога: его основной идеей является мировая минимальная налоговая ставка 15%.

Pillar 1 релевантен для настоящего исследования, поскольку именно им предусмотрена концепция последующей отмены налогов на цифровые услуги. Однако на сегодняшний день проекты ОЭСР находятся в стадии согласования.

Использование сравнительно-правового метода в настоящем исследовании не приводит нас к тезису о необходимости унификации законодательства государств, входящих в различные международные организации и вводящих новые налоги. Как отмечали еще Цвайгерт и Кетц, «в политико-правовом аспекте цель унификации — стремиться, соизмеряя желаемое с возможным, к устранению или сглаживанию различий в национальных правовых системах на основе общепризнанных принципов права» [Цвайгерт К., Кетц Х., 2000: 42]. В ситуации с цифровыми налогами наблюдается скорее обратное: условием для государств по двухкомпонентному подходу ОЭСР является то, что с 08.10.2021 до конца 2023 года или до вступления в силу Многосторонней конвенции по имплементации Суммы А двухкомпонентного подхода ОЭСР (Multilateral Convention to Implement Amount a of Pillar One) новые налоги на цифровые услуги или другие аналогичные меры вводиться не будут. Конвенция потребует у всех государств, которые ее подпишут, отменить налоги на цифровые услуги и аналогичные меры, а также принять обязательство не вводить такие меры в будущем. В противном случае государства, вводящие налоги на цифровые услуги и аналогичные меры, не будут иметь право на свою долю прибыли по Сумме А.

К налогам на цифровые услуги, которые подлежат отмене, не относятся: правила, направленные на искусственное избежание статуса постоянного представительства или аналогичных требований национально-го законодательства, основанных на физическом присутствии (включая как реальное физическое присутствие, так и деятельность через агента);

НДС, налог с продаж и другие налоги на потребление;

налоги, взимаемые в отношении операций на основе расчета за единицу продукции или за каждую транзакцию, а не на адвалорной основе.

⁴ Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy — 8 October 2021...

По итогам сравнительно-правового анализа предполагается выявить общие черты налогов на цифровые услуги в различных странах, в первую очередь, это схожие элементы юридического состава этих налогов. Эти налоги могут отличаться по величине налоговых ставок, а также в части подходов, применяемых к порядку формирования налоговой базы на территории конкретного государства.

В то же время ООН добавила специальные положения о доходах от автоматизированных цифровых услуг в Типовую налоговую конвенцию ООН (ст. 12В), которая будет применяться к участникам договора, согласившимся на ее включение⁵.

1.3. НДС на электронные услуги

Развитие цифровых технологий изменило способы предоставления и получения товаров и услуг. Стороной контракта теперь зачастую является онлайн-платформа, а не местный поставщик услуг⁶. В 2019 ОЭСР выпустила отчет о роли цифровых платформ в сборе НДС и налога с продаж при онлайн-торговле (далее — отчет ОЭСР 2019 года)⁷. В отличие от налогов на цифровые услуги, НДС на электронные услуги является классическим инструментом, который препятствует разрыву международного налогового ландшафта и способствует налоговой нейтральности.

Электронная торговля становится предметом регулирования не только на национальном, но и на наднациональном уровне. В соответствии с пакетом документов ЕС по электронной торговле, вступившими в силу 01.07.2021, в Евросоюзе введены новые правила НДС, которые охватывают дистанционные продажи товаров и любые виды трансграничных услуг⁸. Их цель состоит в том, чтобы упростить обязательства по уплате

⁵ United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries: 2017 Update...

⁶ 2021 Global Guide to VAT on Digital Services.pdf. Available at: URL: <https://www.dlapiper.com/~media/files/insights/publications/2021/12/2021-global-guide-to-vat-on-digital-services.pdf> (accessed: 20.08.2023)

⁷ The Role of Digital Platforms in the Collection of VAT/GST on Online Sales. OECD. Paris, 2019. Available at: URL: www.oecd.org/tax/consumption/the-role-of-digital-platforms-in-the-collection-of-vat-gst-on-online-sales.pdf (accessed: 20.08.2023)

⁸ Council Directive (EU) 2017/2455 of 5 December 2017 amending Directive 2006/112/EC and Directive 2009/132/EC as regards certain value added tax obligations for supplies of services and distance sales of goods / OJ L 348, 29.12.2017; Council Directive (EU) 2019/1995 of 21 November 2019 amending Directive 2006/112/EC as regards provisions relating to distance sales of goods and certain domestic supplies of goods / OJ L 310, 02.12.2019; Council Implementing Regulation (EU) 2019/2026 of 21 November 2019 amending Implementing Regulation (EU) No 282/2011 as regards supplies of goods or services facilitated by electronic interfaces and the special schemes for taxable persons supplying services to non-taxable persons, making distance sales of goods and certain domestic supplies of goods / OJ L 313, 04.12.2019.

НДС для налогоплательщиков, осуществляющих трансграничные продажи товаров или онлайн-услуг конечным потребителям, а также обеспечить правильную уплату НДС государству-члену ЕС, которое является страной назначения. Новые правила должны применяться к малым и средним предприятиям, поставщикам или электронным интерфейсам, участвующим в электронной торговле.

Как известно, переход на систему единого центра в качестве точки контакта для документации, отчетности и оплаты «Одного окна» (One Stop Shop, далее — OSS) является основой европейской реформы НДС. OSS предназначен для разработки процедуры Мини-единого окна (далее — MOSS), упрощения торговли внутри Евросоюза и унификации налогообложения по принципу страны назначения при стоимости поставки в размере 10.000 евро. До этого порога налогообложение осуществляется в стране происхождения товара. Цель установления порога — поддержка микропредприятий.

Идея OSS — в том, что поставщик должен удерживать НДС с клиентов из стран ЕС в момент продажи. Однако поставщику необходимо будет зарегистрироваться только один раз, что устранил необходимость регистрации и декларирования НДС в каждом государстве-члене ЕС, которое будет страной назначения. OSS позволяет налогоплательщикам декларировать свои операции, подпадающие под действие схемы, в специальной декларации по НДС и централизованно направлять эту декларацию по НДС только в один налоговый орган.

Процедура предназначена для налогоплательщиков, которые зарегистрированы в государстве-члене ЕС и оказывают услуги потребителям (частным лицам) в государствах-членах ЕС, в которых они не созданы, осуществляют дистанционные продажи товаров внутри Евросоюза или предоставляют электронный интерфейс, с помощью которого поддерживают поставку товаров в пределах государства-члена неустановленным лицом, облагаемым налогом, и поэтому к ним относятся так, как если бы они сами поставляли товары. Кроме того, процедура предназначена для налогоплательщиков, которые не зарегистрированы в ЕС и у которых на территории ЕС есть склад, с которого товары поставляются частным лицам в других государствах-членах Союза.

1.4. Сбор НДС на цифровых платформах

Что касается продаж через цифровые платформы, многие юрисдикции уже внедрили положения, которые предполагают ответственность цифровых платформ за исчисление, сбор и перечисление НДС. Это рассматривается так, как если бы с НДС было две операции: во-первых, продавец продает товар на торговой площадке, освобожденной от НДС

по B2B, и, во-вторых, торговая площадка продает товар потребителю, применяя ставку НДС страны нахождения потребителя.

Многие государства ЕС, основываясь на факультативном правиле, установленном ст. 205 Директивы Совета ЕС об общей системе налога на добавленную стоимость (далее — Директива об НДС)⁹, уже много лет применяют подобные правила, которые часто обозначаются как «ответственность перед третьими сторонами».

В свете развития платформенной экономики растет актуальность правил солидарной ответственности по НДС; вопрос о применимости НДС к экономике платформ в настоящее время находится на повестке дня международных организаций и отдельных государств по всему миру. В отчете ОЭСР 2019 года рассматриваются различные уровни интеграции онлайн-платформ в процесс соблюдения требований и сбора НДС: полный режим ответственности по НДС, режимы солидарной ответственности, обязательства обмена информацией и обучения поставщиков, продающих на платформе.

ОЭСР предлагает два варианта действий. В первом варианте цифровая платформа несет солидарную ответственность за будущие незадекларированные суммы НДС основных поставщиков, после того как налоговый орган обнаружил несоблюдения требований, сообщил об этих случаях цифровой платформе, а она не предприняла соответствующих действий в течение указанного количества дней. Такие действия цифровой платформы обычно состоят в обеспечении соответствия со стороны базового поставщика или удалении поставщика со своей платформы.

Во втором варианте цифровая платформа может нести солидарную ответственность за прошлые не декларированные НДС базовых поставщиков, не зарегистрированных в целях НДС¹⁰.

Некоторые члены ЕС, включая Австрию¹¹ и Германию¹², а также Великобританию¹³ (еще во время членства последней в ЕС) в одностороннем

⁹ Council Directive 2006/112/EC of 28.11. 2006 on the common system of value added tax / OJ L 347, 11.12.2006.

¹⁰ The Role of Digital Platforms in the Collection of VAT/GST on Online Sales, OECD, Paris, 2019. Available at: URL: www.oecd.org/tax/consumption/the-role-of-digital-platforms-in-the-collection-of-vat-gst-on-online-sales.pdf (accessed: 20.08.2023)

¹¹ Österreich: Bundesgesetz über die Besteuerung der Umsätze (Umsatzsteuergesetz 1994), zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl I 663/1994, 819/1994, (NR: GP XVIII RV 1715 AB 1823 S. 172. BR: AB 4861. Available at: URL: <https://www.jusline.at/gesetz/ustg/gesamt> (accessed: 20.08.2023)

¹² Deutschland: Umsatzsteuergesetz (21.02.2005). Available at: URL: https://www.gesetze-im-internet.de/ustg_1980/BJNR119530979.html (accessed: 20.08.2023)

¹³ UK: Value Added Tax Act, An Act to consolidate the enactments relating to value added tax, including certain enactments relating to VAT tribunals, 1994, art. 77B (9). Available at: URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/23/contents> (accessed: 20.08.2023)

порядке ввели правила солидарной ответственности по НДС, основанные на ст. 205 Директивы об НДС. В соответствии с этой нормой операторы онлайн-платформ несут ответственность по НДС в отношении поставок, которые они осуществляют, если они не проявили должной осмотрительности в отношении соблюдения требований по НДС основными поставщиками, продающими товары или услуги через эту платформу. Сфера применения и действие правил солидарной ответственности в государствах-членах довольно существенно различаются [Spies K., 2022: 8]. В 2019 году Европейская комиссия инициировала судебное разбирательство против Германии, утверждая, что немецкие правила для онлайн-платформ препятствуют свободному доступу предприятий ЕС на немецкий рынок и, таким образом, нарушают законодательство Евросоюза.

Суд справедливости ЕС (далее — Суд ЕС) разрешил несколько споров, связанных со ст. 205 Директивы об НДС (или же предшествующей ей ст. 21 Шестой директивы)¹⁴. Так, в мае 2021 года Суд вынес постановление по делу ALTI. Болгарский суд задал Суду ЕС вопрос: разрешает ли ст. 205 Директивы об НДС государствам-членам ЕС предусматривать, что в дополнение к поставщику получатель чисто внутренних поставок является еще одним «лицом, ответственным за уплату НДС» и может быть привлечен к ответственности не только по обязательствам по НДС третьей стороны, но также и в случае неисполнения обязательств третьей стороной. Вопреки мнению генерального адвоката Суда ЕС Ю. Кокотт¹⁵, Суд ЕС пришел к следующему выводу. Законодательство, в соответствии с которым лицо, несущее солидарную ответственность, должно уплатить, в дополнение к НДС, пени за просрочку платежа на эту сумму, не противоречит ст. 205 Директивы об НДС¹⁶.

Единые правила, касающиеся платформ, вероятно, будут применяться в сочетании с правилами солидарной ответственности, принятыми отдельными государствами. Следует признать: если все государства введут национальные режимы ответственности, нагрузка на платформы станет чрезмерной. Кроме того, даже когда платформы готовы внести вклад в борьбу с мошенничеством с НДС, они не должны нести такое

¹⁴ CJEU, 13 March 2014, C-107/13, FIRIN, EU:C:2014:151; CJEU, 11 May 2006, C-384/04, Federation of Technological Industries, EU:C:2006:309; CJEU, 21 December 2011, C-499/10, Vlaamse Oliemaatschappij NV, EU:C:2011:871; CJEU, 26 March 2015, C-499/13, Macikowski, EU:C:2015:201.

¹⁵ Opinion of AG Kokott, 14 January 2021, C-4/20, ALTI, EU: C:2021:12.

¹⁶ C-4/20 — ALTI. Judgment of the Court (First Chamber) of 20 May 2021 „ALTI“ OOD v Direktor na Direktsia „Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika“ (Plovdiv pri Tsentralno upravljenje na Natsionalnata agentsia za prihodite) // СПС Консультант Плюс

огромное бремя, пока отсутствует регулирование вышеописанной проблемы на уровне ЕС [Lamensch M., 2015: 13]; [Merkx M., 2019: 84].

2. Опыт зарубежных стран в части введения цифровых налогов

Прежде чем ставить вопрос о необходимости цифрового налога в России, необходимо рассмотреть модели, введенные в зарубежных странах. Налоги на цифровые услуги отличаются от налога на прибыль, так же они не являются ни НДС, ни налогом с продаж. Следует отметить, что определение налога на цифровые услуги, предложенное ОЭСР, не является окончательным и, вероятно, будет скорректировано на основе резкой критики, которую оно получило в ходе публичных консультаций по этой теме. Можно выделить несколько этапов развития регулирования в сфере налогообложения цифровых услуг.

2.1. Начальный этап

Национальные налоговые меры воплощают усилия стран-рынков по налогообложению остаточной прибыли нерезидентов, которая в противном случае не была бы отнесена к ним в соответствии с классическими принципами распределения прибыли. Они включают, среди прочего, введение цифрового присутствия или существенных тестов на экономическое присутствие, расширенные удерживаемые налоги, уравнительные сборы и, очевидно, налоги на цифровые услуги, которые принимают форму налогов с оборота, специально предназначенных для цифровых компаний или услуг и действующих вне рамок подоходного налога. Примерами этого первого поколения цифровых налогов являются налоги, введенные в Италии¹⁷, налог на рекламу в Венгрии¹⁸ и французский цифровой налог.

Во Франции взимают налог на цифровые услуги по ставке 3%¹⁹. Налогоплательщиками являются французские и иностранные компании, у которых ежегодные доходы от налогооблагаемых услуг превышают 750 млн. евро мирового дохода и 25 млн. евро, полученных во Франции. Кроме того, компании должны рассчитывать часть своих доходов от облагаемых налогом услуг, которые считаются оказанными во Франции.

¹⁷ Legge del 27/12/2019 n. 160 — Bilancio di previsione dello stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020–2022 // Gazzetta Ufficiale n. 304 del 30 dicembre 2019.

¹⁸ 2014. évi XXII. törvény a reklámadóról. Magyar Közlöny 2014. évi 82. szám. 2014-06-17.

¹⁹ BILL n° 2019-759 of July 24th, 2019 on the creation of a tax on digital services (1). Available at: URL: <https://www.legifrance.gouv.fr> (accessed: 20.08.2023)

Налог взимается с двух видов цифровых услуг, оказываемых во Франции:

предоставление интерфейса, позволяющего одним пользователям взаимодействовать с другими (посреднические услуги). Такие услуги можно разделить на две группы: интерфейсы, позволяющие пользователям совершать транзакции между ними – поставку товаров или услуг; сетевые сервисы, с помощью которых пользователи взаимодействуют друг с другом, не имея возможности осуществлять транзакции через сам цифровой интерфейс (например, соцсети и онлайн-игры);

оказание рекламодателям услуг, направленных на размещение таргетированных рекламных сообщений на цифровом интерфейсе на основе данных, собранных о пользователях и сформированных по согласованию с таким интерфейсом. Рекламные услуги на цифровом интерфейсе, не ориентированные на данные пользователя, освобождаются от налога.

Услуги интернет-платформы связаны с местонахождением ее пользователей. Если один из них находится во Франции в течение налогового года, услуга будет считаться оказанной тоже во Франции. Местоположение определяется по IP-адресу. Налог не распространяется на платформы, для которых сбор данных пользователей не основная цель. Не облагаются налогом цифровой контент, услуги связи и платежные услуги.

2.2 Этап распространения налогов на цифровые услуги (2018 – 2021)

Налоги на цифровые услуги получили особенное распространение в государствах Европы и Африки. В настоящее время эти налоги взимают в Австрии, Франции, Венгрии, Италии, Кении, Колумбии, Нигерии, Парагвае, Польше, Португалии, Испании, Турции, Великобритании. Бельгия, Чехия и Словакия опубликовали предложения о введении налогов на цифровые услуги, а Латвия, Норвегия и Словения официально объявили о намерениях ввести такие налоги²⁰.

Однако эти налоги обладают множеством различий, что приводит к двойному налогообложению, отсутствию правовой определенности и искажению конкуренции. Например, в Австрии и Венгрии облагаются налогом только доходы от онлайн-рекламы [Károlyi B., Szudoczky R., 2020: 46]. Налоговая база во Франции гораздо шире, включая доходы от цифрового интерфейса, таргетированной рекламы и передачи данных, собранных о пользователях в рекламных целях. Налоговые ставки варьируются от 1,5% в Польше до 7,5% в Венгрии и Турции (хотя нало-

²⁰ Digital Services Taxes DST– global tracker. Available at: URL: <https://www.vatcalc.com/global/digital-services-taxes-dst-global-tracker/> (accessed: 20.08.2023)

говая ставка в Венгрии временно снижена до 0%) [Olbert M., Spengel C., Werner A.-C., 2019: 149].

Следуя тенденции, наблюдаемой в отдельных странах, Европейская комиссия предложила ряд мер к налогообложению цифровой экономики на уровне ЕС, в том числе проект Директивы Совета ЕС об общей системе налога на цифровые услуги с доходов, полученных в результате оказания определенных цифровых услуг²¹. Однако проект не получил единогласного одобрения государств-членов ЕС. Предложение Еврокомиссии вызывает споры из-за характера налога, его последствий для существующей сети налоговых соглашений, его структуры, временного статуса и цели, которую он преследует. В 2021 году Еврокомиссия предложила ввести в ЕС цифровой сбор, однако данная инициатива пока также не получила развития²².

Одной из наиболее интересных стран с точки зрения изучения опыта цифрового налогообложения за пределами ЕС является Израиль. В Израиле используется модель существенного экономического присутствия и так называемый подход цифровых факторов: эта модель фокусируется на местном присутствии компании в данном государстве, чтобы определить, ориентирована ли компания на оказание определенной услуги или продукта жителям этого государства, и, следовательно, создание там стоимости, приписываемой государству. Цифровыми факторами могут быть: локальное доменное имя, локальная цифровая платформа (включая национальный язык, локальные акции и скидки, цены в местной валюте и др.).

В Израиле действует как прямой налог с компаний, которые образовали в этой стране цифровое постоянное представительство, так и НДС на электронные услуги. Корпоративный подоходный налог (на существенное экономическое присутствие) взимается с юридических лиц–нерезидентов с постоянным представительством в Израиле, которые оказывают цифровые услуги и/или продают товары потребителям–резидентам Израиля через Интернет. Объектом налогообложения является продажа товаров и оказание цифровых услуг потребителям–резидентам Израиля через Интернет нерезидентом с постоянным представительством в Израиле, которое считается находящимся в Израиле уже по цифровым критериям присутствия, т.е. оно ориентировано именно на пользователей в этой стране.

²¹ European Commission, Proposal for a Council Directive on the Common System of a Digital Services Tax on Revenues Resulting from the Provision of Certain Digital Services, COM (2018) 148 final (21 Mar. 2018).

²² A fair & competitive digital economy–digital levy. Available at: URL: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12836-A-fair-competitive-digital-economy-digital-levy_en (accessed: 20.08.2023)

Налоговую базу образует прибыль от бизнеса, полученная из Израиля, приписывается постоянному представительству Израиля на основе принципов трансфертного ценообразования. Налогоплательщики могут вычесть расходы, связанные с оборотом, полученным из Израиля, в соответствии с общими правилами корпоративного подоходного налога. Налоговая ставка составляет 23%²³. Налог на добавленную стоимость с электронных услуг представляет собой, по сути, классический НДС, объектом по которому выступают цифровые услуги, оказываемые потребителям-резидентам Израиля через Интернет.

Плательщиками являются нерезиденты, оказывающие цифровые услуги потребителям-резидентам Израиля, которые осуществляют деловую активность через Интернет в этой стране, и при выполнении одного или нескольких следующих дополнительных условий: деятельность нерезидента имеет постоянное представительство в Израиле; в Израиле осуществляются бизнес-процессы; нерезидент имеет существенное экономическое присутствие в стране.

Налоговой базой является оборот, полученный в Израиле от цифровых услуг, оказанных в этой стране. Налоговая ставка составляет 17%. Как и в случае с налогообложением постоянного представительства, налогоплательщик должен быть зарегистрирован в Израиле²⁴.

Примером страны, сочетающей разные виды налогов с цифровых компаний, также является Турция. Налог на цифровые услуги взимается в Турции с марта 2020 года²⁵. При этом параллельно используется НДС на электронные услуги²⁶, а также подоходный налог, применяемый к компаниям-производителям онлайн-рекламы²⁷.

Налог на цифровые услуги взимается с оборота цифровых услуг по ставке 7,5% от валового дохода, полученного от цифровых услуг в те-

²³ Налоговый циркуляр 4/2016 (Tax Circular 4/2016); циркуляр — акт Израильского налогового управления; Закон о подоходном налоге (Income Tax Ordinance [New version] of 1961).

²⁴ Налоговый циркуляр 4/2016 (Tax Circular 4/2016); циркуляр — акт Израильского налогового управления; Регламент регистрации в целях НДС (Value Added Tax registration regulations — 1976); Закон о налоге на добавленную стоимость (Value Added Tax law, 1975).

²⁵ Turkey; Law No. 7194 on the Digital Service Tax and Amendments on Certain Laws and the Decree No. 375.

²⁶ Presidential Decision 476. Источник: Document — Turkey — Turkey Clarifies Obligation to Provide Information on Internet Advertisements for Tax Purposes — Tax Research Platform — IBFD. Available at: URL: <https://research.ibfd.org/#/doc?>; URL: https://linkresolver/static/tns_2022-05-31_tr_1%23tns_2022-05-31_tr_1 (accessed: 20.08.2023)

²⁷ Turkey — Turkey Expands Scope of Provisions on Partial Withholding VAT — Tax Research Platform — IBFD. Available at: URL: <https://research.ibfd.org/#/doc?> URL: https://linkresolver/static/tns_2021-02-22_tr_1%23tns_2021-02-22_tr_1 (accessed: 20.08.2023)

чение налогового периода (один месяц). Налогоплательщиками являются компании и физические лица-резиденты и нерезиденты с мировым оборотом от налогооблагаемых услуг, превышающим 750 млн. евро, и оборотом от налогооблагаемых услуг в Турции, превышающим 20 млн. лир²⁸.

Объектом налогообложения является оказание следующих цифровых услуг: все услуги онлайн-рекламы; продажа аудио, видео или любого цифрового контента в цифровой среде; любые услуги в цифровой среде, позволяющие прослушивать, просматривать и/или воспроизводить такой контент в цифровой среде; аудио, видео или любой цифровой контент, записанный или используемый в электронных устройствах; оказание услуг и управление ими в цифровой среде, которые позволяют пользователям взаимодействовать друг с другом (включая услуги, выполняемые для обеспечения или облегчения продажи товаров или услуг между пользователями); посреднические услуги, выполняемые в цифровой среде, относящиеся к упомянутым выше услугам. Налоговой базой является полученный в Турции оборот от облагаемых налогом услуг.

В Турции налог на цифровые услуги с момента его введения вызвал критику, главным образом из-за его широкой и неопределенной сферы применения, а также высокой ставки. Неопределенность сферы применения налога на цифровые услуги уже стала предметом судебных разбирательств, завершившихся победами налогоплательщиков. Одно из этих дел касалось спора о том, что следует понимать под продажами, осуществляемыми в цифровой среде. Спор касался программных продуктов, используемых крупными предприятиями и государственными организациями, которые не реализуются по принципу «нажми и купи». Продажи требовали непосредственного взаимодействия сотрудников продавца, работавших в отделах продаж и технической поддержки, что было необходимо для определения потребности клиента. Налоговый суд первой инстанции вынес решение в пользу налогоплательщика²⁹.

Таким образом, в ряде услуги цифровых компаний фактически облагаются несколько раз разными налогами, что проиллюстрировано на примере Израиля и Турции: оборот этих компаний облагается специальным налогом на цифровые услуги; НДС на электронные услуги установлен подобно общепризнанной в мире модели обложения налогом

²⁸ Turkey: Law No. 7194 on the Digital Service Tax and Amendments on Certain Laws and the Decree No. 375 General Communiqué on Implementation of Digital Services Tax.

²⁹ Turkey: Digital Services Tax (DST) — New precedential court victories released! Global Compliance News. Available at: URL: <https://www.globalcompliancencnews.com/2022/03/13/turkey-digital-services-tax-dst-new-precedential-court-victories-released280222/#:~:text=Turkey%27s%207.5%25%20DST%20covers%20digital,services%20and%20digital%20platform%20services> (accessed: 20.08.2023)

добавленной стоимости, создаваемой международными цифровыми компаниями в экономическом пространстве страны при оказании услуг потребителям; корпоративный подоходный налог, применяемый к компаниям-производителям онлайн-рекламы, обеспечивает изъятие части прибыли по месту ее создания.

Таким образом, многие страны либо объявили о введении цифровых налогов, либо уже ввели их. На сегодняшний день страны, применяющие налоги на цифровые услуги, их не отменили, хотя указанные налоги всегда рассматривались как временные меры. Основная критика цифровых налогов включает, в частности, следующее:

отсутствие эмпирических доказательств основной предпосылки их введения (занижение уровня налогообложения цифрового бизнеса);

налоги на цифровые услуги работают как тариф и являются дискриминационным налогом: по сути, это налоги, косвенно введенные одним государством в отношении услуг, оказываемых из другого государства, и на его основании импортируемые услуги облагаются несколько раз при условии, что такой налог лишь частично компенсирует налог, взимаемый с аналогичных отечественных услуг;

национальные цифровые налоги противоречат ряду принципов международного налогообложения и могут привести к двойному или множественному налогообложению. По сути, возникает коллизия между взиманием налогов на цифровые услуги и существующими нормами соглашений об избегании двойного налогообложения в части положений, аналогичных ст. 5, 7 и 23 Модельной конвенции ОЭСР в отношении налогов на доходы и капитал³⁰. Как уже говорилось, необходим ответ на вопрос, является ли DST налогом на доход или капитал по смыслу ст. 2 или налогом на операции и оборот, который не охватывается Конвенцией;

особенности налогообложения отличаются на национальном уровне. Это может привести к значительному административному бремени, связанному с необходимостью соблюдения различных правил.

3. Сегодняшний день

Отсутствие консенсуса среди членов ОЭСР по многим положениям двухкомпонентного подхода ОЭСР вновь отодвинули его реализацию теперь уже на 2024 год. В связи с этим вероятным сценарием видится вариант принятия отдельными юрисдикции односторонних или много-

³⁰ Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017. OECD Publishing.

сторонних мер в целях защиты своей налоговой базы и налоговых доходов, полученных от определенных видов цифровых услуг, осуществляемых в пределах их территории.

На глобальном уровне и принимая во внимание, что в некоторых регионах цифровые налоги косвенно поощряются (например, в Африке, где был предложен Типовой закон о налоге на цифровые услуги³¹), вполне вероятно, что неспособность ОЭСР достичь соглашения по первому компоненту ОЭСР приведет к распространению этого вида налогов.

4. Сравнительно-правовой анализ опыта отдельных стран ОЭСР в части введения цифровых налогов

В настоящей статье рассмотрен опыт Франции как государства-пионера цифрового налога. Кроме того, Франция является примером европейского государства, которое ввело налог на цифровые услуги: такие государства используют низкие ставки налога и два вида цифровых услуг, являющимися объектом налогообложения.

В абсолютном большинстве государств, взимающих цифровые налоги, налогоплательщиками являются компании, подпадающие под действие правил двухкомпонентного подхода ОЭСР: это национальные и иностранные компании, у которых ежегодные доходы от налогооблагаемых услуг превышают 750 млн. евро мирового дохода (что отвечает требованиям pillar 2). Кроме того, во всех странах установлен порог «национального» дохода, что позволяет сформировать налоговую базу: например, 25 млн. евро, полученных во Франции, 25 млн. евро в Австрии, 5,5 млн. евро в Италии, 20 млн. лир в Турции и т.д.

Объекты налогообложения в большинстве стран также являются схожими, однако, некоторые страны (Австрия, Венгрия) облагают налогом на цифровые услуги только доходы от онлайн-рекламы. Опыт Израиля и Турции показывает, что законодатель не придерживается последовательной политики в отношении налогообложения цифровых услуг и цифровых компаний, облагая эти компании как особыми видами корпоративного налога, так и НДС на электронные услуги.

Единичным примером использования концепции «цифровых факторов», ориентированных на национального потребителя, является Израиль: модель фокусируется на ориентации компании на оказание опре-

³¹ ATAF Suggested Approach to Drafting Digital Services Tax Legislation. Available at: URL: https://events.ataftax.org/index.php?page=documents&func=view&document_id=79 (accessed: 20.08.2023)

деленной услуги или на поставку продукта жителям этого государства. К этому фактору привязано создание стоимости, которая будет являться характеристикой национальной налоговой базы, сформированной в Израиле.

Кроме того, более развитые в отношении цифровых технологий страны установили низкие ставки рассматриваемого налога (для сравнения: 3% во Франции и Италии и 7,5% в Турции). Это обусловлено тем, что в развивающихся странах находятся лишь потребители цифровых услуг, а компании, оказывающие такие услуги, исключительно иностранные, поэтому их налогообложение преследует исключительно фискальную цель: получить дополнительный доход бюджета от зарубежных компаний. Дополнительной регулирующей цели развития отечественных ИТ-компаний здесь не наблюдается.

Кроме того, почти все страны, в которых были введены цифровые налоги (кроме Израиля), подверглись угрозам санкций США и впоследствии были вынуждены сделать совместные с США заявления об обязательстве не вводить новых подобных налогов и отменить взимаемые после вступления в силу положений двухкомпонентного подхода ОЭСР. Таким образом, политические риски выходят в данной ситуации на передний план по сравнению с правовыми.

Заключение

Необходимость защиты фискальных интересов государства требует трансформации сущностных подходов к нормативному регулированию налоговых отношений в контексте регламентации налоговой базы, облагаемой в России. По замечанию А.И. Лукашова, цифровизация любого процесса будет наиболее эффективной при условии, что состояние объекта цифровизации является оптимальным [Лукашов А.И., 2021: 68]. При этом проблемы, возникающие при налогообложении деятельности цифровых компаний за рубежом, являются характерными и актуальными для России.

На протяжении многих лет страны принимали различные решения, чтобы уменьшить или устранить проблему двойного налогообложения в трансграничных сделках. Они варьируются от односторонних до двусторонних и многосторонних. С появлением новых бизнес-моделей пробелы в двусторонних соглашениях только увеличиваются, а ранее сложившиеся различия усугубляются.

Заявленная цель ОЭСР состоит в том, чтобы урегулировать нерешенные технические вопросы и достичь соглашения с внедрением нового подхода к 2024 году. Хотя этот график выглядит амбициозным, необхо-

димо иметь в виду, что все больше стран движутся к принятию одностороннего решения — в частности, к использованию налогов на цифровые услуги.

Как на уровне ООН, так и на уровне ОЭСР ведется активная деятельность по развитию новых правовых концепций и методологии налогообложения прибыли в условиях глобализации. Из-за сложности подхода ОЭСР более консервативный подход ООН к налоговой реформе может оказаться в результате реалистичнее в качестве международного консенсуса для имплементации широким кругом стран.

Ситуация с налогами на цифровые услуги довольно неоднозначна. Национальные цифровые налоги могут служить сдерживающим фактором против цифровой трансформации традиционных предприятий и ослаблять привлекательность страны как места ведения бизнеса. Более того, они могут спровоцировать ответные меры, такие как введение тарифов и санкций, направленных на нанесение ущерба бизнесу других стран.

Подобная неопределенность может также привести к тому, что иностранные поставщики вообще прекратят поставки потребителям в юрисдикциях с обременительными правилами налогообложения потребителей. Это негативно скажется на международной торговле и экономическом развитии государств.

Три типа односторонних подходов к справедливому налогообложению цифровой экономики (налоги на цифровые услуги, НДС для электронных услуг и национальные концепции цифрового постоянного представительства) могут привести к двойному или множественному налогообложению, а также нарушению существующих положений соглашений об избегании двойного налогообложения.

Широко распространено мнение, что налог на цифровые услуги противоречит принципу избегания двойного налогообложения, поскольку налог применяется к выручке, а не к доходам. По своей правовой природе налоги на цифровые услуги вообще близки налогам с оборота.

Налог на цифровые услуги был разработан так, чтобы не попасть в сферу действия системы двойного налогообложения. Между тем с учетом корпоративного налогообложения картина будет скорее всего следующей. Прибыль будет облагаться, во-первых, как доход по цифровому налогу, а во-вторых, как доход по законодательству страны, где уплачивается налог на прибыль.

Этот опыт может быть использован и в России. Однако наладить диалог с ИТ-корпорациями можно лишь если они откроют представительства в России, в противном случае будет иметь место дискриминация российских цифровых компаний.

Аргументом, на основании которого можно было бы сделать выбор в пользу одностороннего введения в России временного цифрового налога с иностранных компаний, является защита фискальных интересов России. Однако статистика таких стран, как Франция, Великобритания и Италия, показывает, что доходы от налога на цифровые услуги не всегда оказываются значительными [Geringer S., 2021: 11].

Основным риском введения налога на цифровые услуги и отказа от принятия механизмов первого компонента ОЭСР станет создание существенных барьеров для бизнеса, поскольку такой налог не будет приниматься к зачету странами, присоединившимися к подходу ОЭСР. Кроме того, для России как страны с широким спектром налоговых льгот и преференциальных налоговых режимов для ИТ-компаний, которые сильно пострадали от кризиса, нецелесообразно вводить дополнительную налоговую нагрузку на этот сектор. Также неясно, как будет распределяться бремя цифрового налога. В данной ситуации слабой стороной оказываются пользователи, на которых в итоге падет налоговая нагрузка.

Таким образом, оптимальным направлением развития налогообложения цифровых услуг в России видится развитие национальных преференциальных режимов и внимание к международным процессам в сфере налогообложения цифровой экономики.



Список источников

1. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности Пер. с фр. М.: Международные отношения, 2011. 456 с.
2. Козырин А.Н. Сравнительно-правовой метод в финансовом праве // Финансовое право. 2009. № 9. С. 2–6.
3. Кудряшова Е.В. Цифровые налоги или новая архитектура международного налогообложения? // Налоги. 2021. № 4. С. 37–40.
4. Лукашов А.И. Отдельные направления повышения эффективности государственного управления в условиях цифровизации // Финансовый журнал. 2021. Т. 13. № 3. С. 67–75.
5. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: Основы. Пер. с нем. Т. 1. М.: Международные отношения, 2000. 480 с.
6. Becker J., Englisch J. Taxing Where Value Is Created: What's 'User Involvement' Got to Do with It? Intertax, 2019, vol. 47, iss. 2, p. 161–171.
7. Devereux M., Vella J. Implications of Digitalization for International Corporate Tax Reform. Intertax, 2018, vol. 46, iss. 6/7, p. 161–171.
8. Dimitropoulou C. The Proposed EU Digital Services Tax: An Anti-Protectionist Appraisal Under EU Primary Law'. Intertax, 2019, vol. 47, iss. 3, pp. 268–281.
9. Geringer S. National digital taxes — Lessons from Europe. South African Journal of Accounting Research, 2021, vol. 35, pp. 1–19.

10. Hidien J. Die französische Digitalsteuer — (k)ein Vorbild? *Internationale Steuer Rundschau*. 2019, no.7, pp. 268–273.
11. Károlyi B., Szudoczky R. Troubled Story of the Hungarian Advertisement Tax: How (Not) to Design a Progressive Turnover Tax. *Intertax*, 2020, vol. 48, iss. 1, pp. 46–66.
12. Lamensch M. European Value Added Tax in the Digital Era: A Critical Analysis and Proposals for Reform. Amsterdam: Books IBFD, 2015, 446 p.
13. Merkx M., Verbaan N. Technology: A Key to Solve VAT Fraud? *EC Tax Review*, 2019, vol. 28, iss. 6, pp. 300–306.
14. Olbert M., Spengel C., Werner A-C. Measuring and Interpreting Countries' Tax Attractiveness for Investments in Digital Business Models, *Intertax*, 2019, vol. 47, iss. 2, pp. 148–160.
15. Sinnig J. Die steuerrechtlichen Herausforderungen der digitalen Wirtschaft — Was passiert in Europa? / Recht 4.0 — Innovationen aus den rechtswissenschaftlichen Laboren Tagungsband DSRI-Herbstakademie 2017, S. 903–915. J. Taeger (ed.). OWIR, Edeweicht, 2017.
16. Spies K. Joint and Several Liability Rules in EU VAT Law. In: G.Kofler et al. (eds.). CJEU — Recent Developments Value Added Tax. Linde Verlag. Vienna, 2022, pp. 1–10.



References

1. Becker J., Englisch J. (2019) Taxing where value is created: what's 'user involvement' got to do with it? *Intertax*, vol. 47, issue 2, pp. 161–171.
2. David R., Joffre-Spinosi K. (2011) *Basic legal systems of modernity*. Moscow: Mezhdunarodnye otnoshenia, 456 p. (in Russ.)
3. Devereux M., Vella J. (2018) Implications of digitalization for international corporate tax reform. *Intertax*, vol. 46, issue 6/7, pp. 161–171.
4. Dimitropoulou C. (2019) The proposed EU digital services tax: an anti-protectionist appraisal under EU primary law'. *Intertax*, vol. 47, issue 3, pp. 268–281.
5. Geringer S. (2021) National digital taxes — lessons from Europe. *South African Journal of Accounting Research*, vol. 35, pp. 1–19.
6. Hidien J. (2019) Die französische Digitalsteuer — (k)ein Vorbild? *Internationale Steuer Rundschau*, no. 7, S. 268–273.
7. Károlyi B., Szudoczky R. (2020) Troubled story of the Hungarian advertisement tax: how (not) to design a progressive turnover tax. *Intertax*, vol. 48, issue 1, pp. 46–66.
8. Kozyrin A.N. (2009) Comparative legal method in financial law. *Finansovoe pravo*=Financial Law, no. 9, pp. 2–6 (in Russ.)
9. Kudryashova E.V. (2021) Digital taxes or a new architecture of international taxation? *Nalogi*=Taxes, no. 3, pp. 37–40 (in Russ.)
10. Lamensch M. (2015) European value added tax in the digital era: a critical analysis and proposals for reform. Amsterdam: Books IBFD, 446 p.
11. Lukashov A.I. (2021) Some directions of increasing efficiency of public administration in context of digitalization. *Financial zhurnal*=Finansovyi Journal, vol. 13, no. 3, pp. 67–75 (in Russ.)
12. Merkx M., Verbaan N. (2019) Technology: a key to solve VAT fraud? *EC Tax Review*, vol. 28, issue 6, pp. 300–306.

13. Olbert M., Spengel C., Werner A. (2019) Measuring and interpreting countries' tax attractiveness for investments in digital business models. *Intertax*, vol. 47, issue 2, pp. 148–160.
 14. Sinnig J. (2018) Die steuerrechtlichen Herausforderungen der digitalen Wirtschaft — Was passiert in Europa? In: Tagungsband Herbstakademie 2017: Gestaltung digitaler Veränderungsprozesse durch Recht 899. J. Taeger (ed.), *OWIR*, S. 903–915.
 15. Spies K. (2022) Joint and several liability rules in EU VAT law. In: G. Kofler et al. (eds.). *CJEU- recent developments value added tax*. Vienna: Linde, pp. 1–10.
 16. Zweigert K., Kötz H. (2000) An introduction to comparative law in the field of private law. Vol. 1. Moscow: *Miezhdunarodnye otnoshenia*, 480 p. (in Russ.)
-

Информация об авторе:

К.А. Пономарева — доктор юридических наук, доцент, ведущий научный сотрудник.

Information about author:

K.A. Ponomareva — Doctor of Sciences (Law), Associate Professor, Leading Researcher.

Статья поступила в редакцию 01.09.2023; одобрена после рецензирования 16.10.2023; принята к публикации 25.10.2023.

The article was submitted to editorial office 01.09.2023; approved after reviewing 16.10.2023; accepted for publication 25.10.2023.

Научная статья

УДК: 340.13

DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.357.379

Автономное вождение в цифровую эпоху и правовая охрана: китайский опыт и пути развития



Цзя Шаосюе

Шанхайский политико-юридический университет, Китайская Народная Республика 201701, Шанхай, район Ципу, проспект Вэйцисун, 7989, ys02302041@126.com, <https://orcid.org/0000-0002-3159-0387>



Аннотация

В цифровую эпоху автономное вождение, являясь инновационной разработкой, стремительно меняет понятия о транспорте и о путешествиях. Важнейшей особенностью автономного вождения является доминирование технологий искусственного интеллекта, а процесс вождения — это системная инженерия, в которой машина непрерывно собирает информацию о движении, анализирует ее и самообучается, чтобы достичь автономного управления. В Китае по мере прогресса отечественных технологий и развития коммерческого применения технологий автономное вождение постепенно входит в повседневную жизнь. Многие китайские автомобильные компании, такие как Great Wall, Changan и Xiaopeng, выпустили на рынок беспилотные модели, другие автомобильные компании также начали выпускать такси с автопилотом. Сочетание таких технологий, как искусственный интеллект, большие данные и Интернет вещей (IoT) с автомобильной промышленностью в значительной степени способствовало росту значения искусственного интеллекта и внедрению интернет-технологий в автомобильную промышленность Китая. Но сама технология автономного вождения все еще находится на стадии разработки и совершенствования, поэтому управление ею также трудно. Все это создает ряд проблем для законодательства в данной области. Применение этих технологий не только меняет традиционный автомобильный рынок и индустрию, но и оказывает беспрецедентное воздействие на действующие в Китае правовые нормы. Правовая система Китая сталкивается с проблемами по таким ключевым вопросам, как определение ответственности за ДТП и защита безопасности данных. В настоящей статье подробно анализируется ряд политических мер поддержки развития индустрии автомобилей с автопилотом в Китае. Раскрываются основные проблемы законодательства в области автономного вождения и пред-

лагаются пути их решения. В условиях стремительного развития индустрии автономного вождения только ускоренное совершенствование нормативной базы для обеспечения безопасности автономного вождения, адаптированной к будущему развитию, может способствовать инновациям и ускорить реализацию плана интеграции автомобилей с автопилотом в человеческое общество цифровой эпохи.



Ключевые слова

автономное вождение; искусственный интеллект; правовая охрана; китайское законодательство; юридическая ответственность; безопасность данных.

Благодарности: Статья подготовлена в рамках общего проекта Национального фонда общественных наук КНР «Исследование механизма правового управления безопасностью данных в ШОС» (проект № 22BFX160).

Для цитирования: Цзя Шаосюе. Автономное вождение в цифровую эпоху и правовая охрана: китайский опыт и пути развития// Право. Журнал Высшей школы экономики. 2023. Том 16 № 4. С. 357–379. DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.357.379

Research article

Autonomous Driving in the Digital Age and Legal Protection: Chinese Experience and Development Paths



Jia Shaoxue

Shanghai University of Political Science and Law, 7989, Weiqingsong Ave, Qingpu District, Shanghai, People's Republic of China, ys02302041@126.com, <https://orcid.org/0000-0002-3159-0387>



Abstract

In the digital age, autonomous driving, as an innovative development, is rapidly changing the perception of transportation and travel. The most important feature of autonomous driving is the dominance of artificial intelligence technology, and the driving process is system engineering, in which the machine continuously collects traffic information, analyzes the information and self-learns to achieve autonomous driving. In China, with the continuous progress of domestic technology and the development of commercial applications, autonomous driving technology is gradually entering daily life. Many Chinese automobile companies such as Great Wall, Changan and Xiaopeng have launched unmanned models, and other automobile companies have also started to launch auto-pilot cabs. The combination of technologies such as artificial intelligence, big data, and the Internet of Things (IoT) with the automotive industry has greatly contributed to the growing importance of artificial intelligence and the adoption of internet technology in China's automotive industry. It should be noted that the autonomous driving technology itself is still in the development and improvement stage, so its management is also quite complex. All this creates a number of challenges for legislation in this area. The application of these technologies not only changes the traditional automotive market and

industry, but also has an unprecedented impact on the current legal regulations in China. The current legal system in China faces challenges on key issues such as determining liability for road accidents and protecting data security. This article analyzes in detail a series of policies to support the development of the autopilot car industry in China. The major legislative challenges of autonomous driving are revealed and solutions are suggested. With the rapid development of the autonomous driving industry, only the accelerated establishment of an effective regulatory framework for autonomous driving safety adapted to future development can promote innovation and accelerate the realization of the plan to integrate autopilot vehicles into the human society of the digital age.



Keywords

autonomous driving; artificial intelligence; legal protection; Chinese law; liability; data security.

Acknowledgements: The article was prepared under the general project of the National Social Science Foundation of the People's Republic of China "Research on the Legal Governance Mechanism of Data Security in the SCO" (project No. 22BFX160).

For citation: Jia Shaoxue (2023) Autonomous driving in the digital age and legal protection: Chinese experience and development paths. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 16, no. 4, pp.357–379 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2023.4.357.379

Введение

Под беспилотным автомобилем подразумевается новое поколение автомобилей, оснащенных современными бортовыми датчиками, контроллерами, исполнительными механизмами и другими устройствами, интегрирующими современные коммуникационные и сетевые технологии для реализации обмена и совместного использования интеллектуальной информации между автомобилем и человеком, другим автомобилем, дорогой, облачным сервисом и т.д., а также функций комплексного восприятия окружающей среды, интеллектуального принятия решений, совместного управления и других функций для реализации безопасного, высокоэффективного, комфортного и энергосберегающего вождения и, в конечном счете, для реализации работы, альтернативной человеческому организму [Чэнь Я., Чэн Ц., Шао И., 2018: 57–59]. Благодаря постоянному внедрению цифровых технологий системы автономного вождения развиваются все быстрее. Система автономного вождения может быть разделена на уровень восприятия, уровень принятия решений и уровень исполнения, которые заменяют человеческие глаза, мозг, руки и ноги, соответственно. Важнейшей особенностью автомобилей с автономным управлением является доминирование искусственного интеллекта, а процесс вождения являет собой систематическую инженер-

рию, в которой машина непрерывно собирает информацию о движении, анализирует информацию и самообучается автономному вождению.

Автономное вождение в цифровую эпоху — важная инновационная технология, имеющая множество потенциальных преимуществ и применений. Она может повысить безопасность движения, снизить количество человеческих ошибок и дорожно-транспортных происшествий (далее — ДТП). Системы автономного вождения способны отслеживать обстановку в режиме реального времени, точно распознавать и прогнозировать динамику движения других транспортных средств, пешеходов и препятствий, а значит, реагировать быстрее и разумнее. Автономное вождение позволяет повысить эффективность дорожного движения и уменьшить количество пробок, способно интеллектуально планировать оптимальную траекторию и скорость движения на основе показаний датчиков и облачных коммуникаций, избегая чрезмерных ускорений и торможений, обеспечивая более плавный и равномерный транспортный поток. Кроме того, автономное вождение может обеспечить более комфортное управление автомобилем. Водители могут потратить время на работу, отдых или развлечения, а пассажиры — наслаждаться поездкой в более спокойной обстановке. Технология автономного вождения может обеспечить большую свободу передвижения пожилым, инвалидам а также индивидам, которые не могут управлять автомобилем.

Однако в условиях нынешнего развития технологий сохраняется ряд проблем, связанных с обеспечением безопасности, в частности, необходимость интеграции и координации автономного вождения с транспортной инфраструктурой и другими участниками дорожного движения. При внедрении и развитии технологий автономного вождения важное значение имеет правовая охрана безопасности, надежности и законности этих технологий, а также прав и интересов всех заинтересованных сторон. Правовая охрана автономного вождения в цифровую эпоху включает в себя ряд аспектов.

В данной статье основное внимание уделяется следующим двум направлениям:

Правила дорожного движения: автономное вождение должно соответствовать релевантным правилам дорожного движения. В настоящее время такие страны, как Россия, США, Германия, Япония и другие, включая Китай, активно разрабатывают нормативные акты, учитывающие развитие технологий автономного вождения. Эти нормы могут охватывать такие аспекты, как процедуры регистрации и получения разрешений, стандарты транспортных средств и требования безопасности. Поскольку автономные автомобили управляются беспилотно, в правовой системе необходимо будет предусмотреть, например, регули-

рование таких вопросов, как сбои в работе системы, ответственность владельцев транспортных средств и поставщиков технологий за аварии.

Защита данных и конфиденциальность. Беспилотные автомобили собирают большое количество данных с датчиков и внутрисалонных данных, которые должны быть надлежащим образом защищены и управляемы. В законодательстве должны быть закреплены правила сбора, хранения и использования данных для защиты конфиденциальности и безопасности данных владельцев и пассажиров автомобилей.

Китай — страна с огромным потенциалом автономного вождения, и в ней в последние годы автономное вождение, которое является будущим направлением развития дорожного движения, стремительно развивается. Уже 14.07.2011 китайский автомобиль Red Flag HQ3 впервые проделал довольно протяженный путь от города Чанши до города Уханя (286 км). Это стало важным рекордом китайского беспилотного автомобиля (разработанного самостоятельно) по автономному вождению в сложных дорожных условиях. 19.04.2023 компания Baidu Apollo опубликовала «Годовой отчет о работе сервиса роботакси Baidu за 2022 год»¹, согласно которому с 2013 года, когда был запущен проект в области автономного вождения, Baidu Apollo накопил более 4600 патентов по автономному вождению, а общий тестовый пробег составил более 50 млн. км. В настоящее время Robotaxi Apollo Go (сервисная платформа роботакси) охватила Пекин, Шанхай, Гуанчжоу, Шэньчжэнь, Ухань, Чунцин и другие крупные города, а по состоянию на первый квартал 2023 года объем заказов на платформе Robotaxi Apollo Go превысил 2 млн. Объем рынка автономного вождения в Китае с 2016 по 2020 гг. вырос с 49 млрд. долл. до 170,2 млрд. долл. В первой половине 2022 года объем отечественных легковых автомобилей с комбинированными функциями помощи водителю достиг 2,28 млн. единиц, увеличившись за год на 46,2%². Многие китайские автомобильные компании (Great Wall, Changan и Xiaopeng) выпустили на рынок беспилотные модели, а другие автомобильные компании начали производить самоуправляемые такси.

Быстрое развитие технологий автономного вождения в Китае не может быть отделено от поддержки и гарантии законов и политики. В настоящее время политика Китая в области автономного вождения и соответствующие нормативные акты хотя и совершенствуются, но далеко не покрывают правовых потребностей, образующихся в связи с развитием автономного вождения. Автономное вождение — продукт технологи-

¹ Available at: URL: <https://www.renrendoc.com/paper/265978691.html> (дата обращения: 28.07.2023)

² Available at: URL: https://www.sohu.com/a/674028893_121430696 (дата обращения: 18.08.2023)

ческих инноваций, и его правовое регулирование сталкивается с многочисленными трудностями. В этих условиях крайне необходимо выяснить основные проблемы и особенности действующего ныне в Китае правового регулирования автономного вождения, чтобы гарантировать его стабильное и упорядоченное развитие в будущем.

1. Общая характеристика политической основы автономного вождения в Китае

Быстрое развитие индустрии беспилотных автомобилей невозможно отделить от ряда политических мер его поддержки [Бай В., Чжу Ф., Цинь Б., 2022: 37]. 24.02.2020 11 министерств и ведомств, включая Национальную комиссию по развитию и реформам КНР, совместно выпустили «Стратегию инновационного развития интеллектуальных транспортных средств»³, где говорится, что «к 2025 году интеллектуальные транспортные средства с условно автономным вождением L3 достигнут крупномасштабного производства, а интеллектуальные транспортные средства с высоко автономным вождением L4 будут выведены на рынок и применены в конкретных условиях».

В августе 2020 г. по инициативе Китайского альянса индустрии интеллектуального транспорта был опубликован групповой стандарт «Спецификация эксплуатации роботакси и требования к управлению безопасностью»; отечественные компании, включая DiDi, Baidu, BAIC GROUP, Tencent, а также регулирующие органы, эксперты и исследовательские центры уже проводят соответствующие обсуждения⁴.

30.12.2020 Министерство транспорта КНР выпустило «Руководящие указания по содействию развитию и применению технологий автоматизированного вождения в дорожном движении»⁵, в которых четко указано, что «к 2025 году будет достигнут положительный прогресс в исследовании основных теорий автономного вождения, будут сделаны важные прорывы в исследованиях и разработках, испытаниях и проверке ключевых технологий и продуктов, таких как интеллектуальная дорожная инфраструктура и координация транспортного средства с дорогой; будут введены ключевые стандарты автономного вождения; будет создана сеть национальных испытательных баз автономного вождения и пилотных демонстрационных проектов применения, будет реализова-

³ Available at: URL: https://www.ndrc.gov.cn/xxgk/zcfb/tz/202002/t20200224_1221077_ext.html (дата обращения: 18.08.2023)

⁴ Available at: URL: https://m.thepaper.cn/baijiahao_8700242 (дата обращения: 16.08.2023)

⁵ Available at: URL: https://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2020-12/30/content_5575422.htm (дата обращения: 17.08.2023)

но расширение масштабов в некоторых областях применения, а также будет содействовать индустриализации автономного вождения».

В мае 2021 г. Министерство жилищного строительства и городского и сельского развития и Министерство промышленности и информационных технологий КНР выпустили «Уведомление об определении первой партии пилотных городов для совместного развития инфраструктуры умного города и интеллектуальных сетевых транспортных средств»⁶, определив Пекин, Шанхай, Гуанчжоу, Ухань, Чанша и Уси в качестве первой партии пилотных городов для совместного развития инфраструктуры умного города и интеллектуальных сетевых транспортных средств.

В августе 2021 года Министерство промышленности и информационных технологий КНР выпустило «Спецификацию управления дорожными испытаниями и демонстрационным применением умных подключенных транспортных средств (для пробной реализации)»⁷, в которой выдвинуты идеи «содействия интеллектуализации автомобилей и промышленного развития, а также регулирования тестирования и демонстрационного применения функции автономного вождения интеллектуальных сетевых транспортных средств». Впоследствии, в декабре 2021 г., Шанхайское народное правительство выпустило «Меры управления тестированием и применением умных подключенных транспортных средств в Шанхае»⁸, в которых предлагалось «уделять приоритетное внимание поддержке тестирования и применения умных подключенных транспортных средств в области логистики и распределения, междугородних перевозок, интеллектуального общественного транспорта, технического обслуживания и других областях».

После выхода в апреле 2022 года «Правил управления беспилотными дорожными испытаниями и демонстрационным применением пассажирских транспортных средств в пионерной зоне Пекинской политики умных подключенных транспортных средств»⁹ в Пекине впервые в стране разрешили беспилотное вождение пассажирских транспортных средств, указав, что «субъекты демонстрационного применения, получившие соответствующее уведомление-разрешение, могут осуществлять демонстрационное применение беспилотного автономного

⁶ Available at: URL: https://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2021-05/07/content_5605031.htm (дата обращения: 18.08.2023)

⁷ Available at: URL: https://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2021-08/03/content_5629199.htm (дата обращения: 14.08.2023)

⁸ Available at: URL: https://www.gov.cn/zhengce/2021-12/29/content_5724255.htm (дата обращения: 19.08.2023)

⁹ Available at: URL: <https://new.qq.com/rain/a/20220429A0CRRB00> (дата обращения: 13.08.2023)

вождения на открытых дорогах в пределах 60 кв. км Пекинской демонстрационной зоны автономного вождения высокого уровня». Это означает, что жители Пекина получают возможность вызвать роботакси через сервисную платформу Robotaxi Apollo Go компании Baidu для поездки к ряду входов в метро, в парки, спортивные центры и т.п. Затем в августе два города — Чунцин и Ухань приняли пилотные проекты коммерциализации полностью беспилотных автономных автомобилей, позволяющие самоуправляемым автомобилям (внутри которых нет сотрудников службы безопасности) оказывать коммерческие услуги на дорогах общего пользования.

В октябре 2022 г. под руководством Китая был выпущен первый международный стандарт в области сценариев испытаний систем автономного вождения (ISO 34501:2022 Road vehicles—Test scenarios for automated driving systems—Vocabulary¹⁰). Он является важным базовым стандартом испытаний систем автономного вождения, покрывает потребность в стандартизированном языке сценариев испытаний при проведении работ, связанных с оценкой тестов автономного вождения, и будет широко использоваться в исследованиях и разработках, испытаниях и управлении технологиями автономного вождения и продуктами для умных подключенных транспортных средств во всем мире.

Однако несмотря на стремительный рост индустрии автономного вождения, следует помнить и о рисках, которые она несет. 17.04.2021 в Техасе (США) два человека погибли, когда их автомобиль Tesla врезался в дерево и загорелся. Подобные аварии происходят периодически; с 2019 года количество ДТП в США с участием автомобилей Tesla в режиме автономного вождения составило 736, в результате которых погибли 17 человек¹¹.

Большинство аварий происходит из-за того, что система автономного вождения не может вовремя обнаружить транспортные средства, пешеходов или другие препятствия. Подобные аварии происходят по всему миру. Похоже, что современные технологии пока не могут в полной мере гарантировать безопасность автономного вождения. Китайские ученые считают, что «сложность дорожной обстановки после появления беспилотных автомобилей не только не улучшилась, но даже усугубилась из-за сосуществования человеческих водительских решений с возможностями распознавания и алгоритмами беспилотных автомобилей, что повышает вероятность аварий и жертв среди водителей» [Инь Ц., 2018: 43].

¹⁰ Available at: URL: <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1747095894122750388&wfr=spider&for=pc> (дата обращения: 17.08.2023)

¹¹ Available at: URL: <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1768392503174432033&wfr=spider&for=pc> (дата обращения: 16.08.2023)

Необходимо отметить, что в целом китайская система, применяемая к автономному вождению, в основном создается на основе административных нормативных актов, и собственно законодательное регулирование автономного вождения происходит относительно медленно. Закон КНР «О безопасности дорожного движения», имеющий важное значение для правового регулирования автономного вождения, находится в стадии пересмотра. Действующие правовые системы управления дорожным движением относятся к традиционным транспортным средствам и не могут быть в полной мере применены к беспилотным автомобилям. В условиях аварий ключевым вопросом становится то, как законодательство будет определять ответственность и как защищать законные интересы пострадавших.

2. Проблемы в законодательстве в области автономного вождения

Технология автономного вождения остается на стадии разработки и совершенствования, поэтому управление ею также трудно. Все это создает ряд проблем законодательству в данной области. С точки зрения технологического развития автономное вождение включает технологии восприятия окружающей среды, точного позиционирования, принятия и планирования решений, контроля и исполнения, составления высокоточных карт, беспроводной связи с автомобилем, тестирования и проверки и т.д. Это сочетание искусственного интеллекта, высокопроизводительных чипов, коммуникационных технологий, сенсорных технологий, технологий управления автомобилем, технологий больших данных и др. Одни технологии находятся в стадии постоянных инноваций, а другие — в стадии эксперимента, проверки или тестирования. Их надежность нуждается в дальнейшем изучении, при этом не хватает зрелых технических стандартов регулирования. В целом многочисленные неопределенности в технологическом развитии создают дополнительные трудности для законодательства в области автономного вождения [Дин Ч., 2023: 14].

2.1. Ответственность за ущерб, причиненный беспилотными автомобилями

SAE International и Международная организация по стандартизации (ISO) определили шесть уровней автоматизации для автопроизводителей, поставщиков и политиков при классификации сложности системы: уровень 1 — помощь водителю; уровень 2 — частичная автоматизация;

уровень 3 — условная автоматизация; уровень 4 — высокая автоматизация; уровень 5 — полная автоматизация¹².

Китайские критерии классификации схожи с международными стандартами. Постоянный комитет Всекитайского собрания народных представителей в Шэньчжэне принял «Положение специальной экономической зоны Шэньчжэня по управлению умными и подключенными транспортными средствами» (далее — Положение)¹³, вступившее в силу с 1 августа 2022 года. Документ содержит подробные определения понятия «умные и подключенные транспортные средства», условия испытаний и демонстрационного применения, и является первым в стране официальным документом, в котором подробно расписаны ответственности различных субъектов в случае ДТП автономного вождения для уровня L3 и выше.

По ст. 3 Положения под умными подключенными транспортными средствами поднимаются транспортные средства, которые могут безопасно управляться на дороге с помощью системы автономного вождения вместо управления человеком, включая три типа: условно автономное вождение (L3), высоко автономное вождение (L4) и полностью автономное вождение (L5). Условно автономное управление означает, что система автономного вождения может выполнять динамические задачи (dynamic driving task; DDT) при заданных условиях эксплуатации (operationai design condition; ODC). Когда система автономного вождения делает запрос на выполнение динамических задач, водитель должен ответить и немедленно взять управление транспортным средством на себя то есть перейти на режим ручного управления. Высоко автономное вождение означает, что система автономного вождения может выполнять все динамические задачи вождения в заданных условиях эксплуатации, а водитель должен немедленно переходить на ручное управление транспортным средством, если система автономного вождения при определенных условиях делает запрос. Полностью автономное вождение означает, что система автономного вождения транспортного средства способна выполнять все динамические задачи вождения в дорожных условиях, которые способен выполнить водитель, без ручного управления.

Положение также предусматривают, что транспортные средства L3 и L4 должны иметь водителей, и быть оборудованными устройствами ручного режима вождения. Если транспортное средство с работающей

¹² Available at: URL: <https://www.caranddriver.com/features/a15079828/autonomous-self-driving-car-levels-car-levels/> (дата обращения: 16.08.2023)

¹³ Available at: URL: <https://flk.npc.gov.cn/detail2.html?ZmY4MDgxODE4MjFiMjYyOTAxODIxZmZlMzk3MDFhNzU> (дата обращения: 15.08.2023)

системой автономного вождения L3 или L4 попало в ДТП, ответственность в первую очередь должен нести водитель. Напротив, транспортные средства L5 могут двигаться только в зонах и участках, определенных отделом управления дорожным движением. В принципе ответственность за нарушение законов и возмещение ущерба при нарушении правил движения или при аварии без водителей несут владелец и управляющий транспортным средством (ст. 53 Положения).

Встает вопрос: если в ДТП попадает автомобиль L3, L4 либо L5, то ответственность несет его водитель, владелец или управляющий автомобилем? Автор настоящей статьи считает, что статьи из Положения основаны на Гражданском кодексе КНР (далее — ГК КНР) и Законе КНР «О безопасности дорожного движения». Статья 1208 ГК КНР¹⁴ предусматривает, что вред, причиненный транспортным средством, в результате ДТП, подлежит возмещению согласно положениям законодательства о безопасности дорожного движения и Гражданского кодекса. Статья 76 Закона КНР «О безопасности дорожного движения» четко определяет, что «если транспортное средство попало в дорожно-транспортное происшествие, в результате которого были причинены телесные повреждения или смерть, а также имущественный ущерб, страховая компания выплачивает компенсацию в пределах лимита ответственности по обязательному страхованию гражданской ответственности транспортного средства; если сумма недостаточна, сторона несет ответственность за компенсацию в соответствии со следующими положениями:

а) Если дорожно-транспортное происшествие произошло между транспортными средствами, то ответственность за возмещение ущерба несет виновная сторона; если виновны обе стороны, то они несут ответственность пропорционально их вине.

б) При дорожно-транспортном происшествии между сторонами механического транспортного средства и водителем немеханического транспортного средства или пешеходом, если водитель немеханического транспортного средства или пешеход не виноват, ответственность за возмещение ущерба несет сторона механического транспортного средства; при наличии доказательств, подтверждающих вину водителя немеханического транспортного средства или пешехода, ответственность за возмещение ущерба со стороны механического транспортного средства уменьшается в соответствии со степенью вины; при отсутствии вины сторона механического транспортного средства несет не более 10% ответственности за возмещение ущерба.

¹⁴ Available at: URL: https://www.gov.cn/xinwen/2020-06/01/content_5516649.htm (дата обращения: 14.08.2023)

Причинение вреда в результате ДТП водителями немеханического транспортного средства или пешеходами, умышленно столкнувшимися с транспортными средствами, не влечет за собой возмещения ущерба стороной механического транспортного средства».

Из приведенных выше положений следует, что при определении ответственности за ДТП в Китае применяется презумпция вины, т.е. ответственность основывается на вине, и ее наличие предшествует возникновению ответственности [Чжан Л., 2021: 28]. Однако эксплуатация интеллектуальных транспортных средств, подключенных к Интернету, привела к тому, что субъект управления автомобилем перешел от водителя-человека к гибриднему режиму искусственного интеллекта и режиму высокоавтоматизированных или полностью автоматизированных систем управления, и традиционная презумпция вины в условиях прогрессирующих технологий столкнулась с затруднениями при определении ответственности за ДТП.

В первую очередь необходимо выяснить, кто в конечном итоге должен отвечать за ущерб, причиненный интеллектуальным подключенным автомобилем с водителем при ДТП: человек-водитель или производитель системы автономного вождения. Одним из важнейших факторов, влияющих на безопасность движения, который существует для условно автономного вождения (L3), высоко автономного вождения (L4) умных подключенных автомобилей при движении в режиме автономного вождения, является проблема управления транспортным средством на себя (take over).

В действующем Национальном стандарте Министерства промышленности и информационных технологий по классификации систем автономного вождения (Taxonomy of driving automation for vehicles GB/T 40429-2021)¹⁵ предусмотрено, что «когда проектные условия эксплуатации не соблюдены или система автономного вождения выйдет из строя (driving automation system failure), пользователю будет направлен своевременный запрос на передачу управления». Таким образом, если система автономного вождения и водитель-человек совместно отвечают за выполнение задач управления, то водитель-человек должен своевременно перейти на ручное управление транспортным средством при поступлении соответствующего запроса системы автономного вождения.

Ключевым моментом при определении ответственности после ДТП будет то, насколько быстро система автономного вождения дала запрос на ручное управление и насколько оперативно она реализовала стра-

¹⁵ Available at: URL: <http://c.gb688.cn/bzgk/gb/showGb?type=online&hcno=4754CB1B7AD798F288C52D916BFECA34> (дата обращения: 15.08.2023)

тегию снижения риска, если пользователь не отреагировал на запрос. Приходится признать, что по сравнению с первичными и полностью автономными автомобилями технический риск частично автономных автомобилей выше. С одной стороны, они требуют от водителя постоянного контроля над автомобилем, с другой, автономное управление значительно ослабляет психическое внимание водителя, так что он слепо доверяет интеллектуальному программному обеспечению и а процессе движения может отвлечься. С этой точки зрения технические требования частично автономных автомобилей противоречат привычкам вождения и человеческой природе и с большой вероятностью могут привести к авариям.

На практике информация о запросе на управление может передаваться визуально, вибрационно, посредством звуковых каналов и т.д., например, в виде цифрового интерактивного интерфейса. Однако человек-водитель может не успеть вовремя обработать такую информацию, что приведет к возникновению опасных ситуаций. Следовательно, полагаться только на цифровой интерактивный интерфейс для сообщения информации человеку-водителю недостаточно. В свою очередь время реагирования водителя может зависеть от множества факторов, включая степень отвлеченности водителя, способ связи и предыдущий опыт водителя в управлении автомобилем.

До сих пор отсутствуют четкие и конкретные стандарты передачи возможности управления с системы автономного вождения до человека-водителя. В связи с этим при ДТП на интеллектуальном подключенном к Интернету средстве со смешанным человеко-машинным управлением необходимо определить, когда водитель должен перейти на ручное управление, вызвано ли ДТП проблемами с системой автономного вождения или неправильными действиями водителя, выполнил ли водитель возлагаемые на него обязанности безопасного управления. Все это затрудняет определение ответственности за ДТП.

При полностью автономном вождении статус пользователя транспортного средства меняется с водителя на пассажира, так как человек-водитель не берет на себя управление транспортным средством, или даже отсутствует. Такая ситуация ставит вопрос: кто несет ответственность за ДТП, вызванные системами искусственного интеллекта. Видимо, в состоянии автономного вождения L5 ответственность за управление автомобилем переходит к системе автономного вождения. «Положение специальной экономической зоны Шэньчжэня об управлении умными и подключенными транспортными средствами» предусматривает, что «полностью автономное вождение означает, что система автономного вождения может выполнять все динамические задачи во-

ждения в дорожных условиях, которые способен выполнить водитель, без ручного управления». Китайские ученые считают, что «теоретически в случае дорожно-транспортных происшествий, вызванных повреждениями, ответственности водителя нет, а ответственность за продукцию должны нести разработчики автоматических систем, производители и поставщики умных транспортных средств» [Ян Л., 2018: 40–49].

В условиях автономного вождения у водителя транспортного средства остается все меньше возможностей для действий; подвергаются изменениям требования к его внимательности на дороге; сфера ответственности водителя сужается. Первоначальная ответственность, которую нес водитель транспортного средства, постепенно переходит к производителю, и потерпевший склонен требовать компенсации непосредственно у производителя [Фэн Ц., 2018: 143–155]. Таким образом, на законодательном уровне необходимо дальнейшее уточнение вопроса об определении основного субъекта ответственности за ущерб при ДТП умных подключенных транспортных средств на законодательном уровне.

Неоднозначная ответственность за беспилотные автомобили может быть в целом разделена на две категории: первая — ответственность пользователя, связанная с выходом беспилотного автомобиля на дорогу после использования пользователем и другими соответствующими субъектами, обычно проявляющаяся как ответственность за ДТП; вторая — ответственность производителей, поставщиков и других субъектов, обычно воплощающаяся в ответственности за качество продукции. В отличие от традиционных дел об ответственности за ее качество, неоднозначные дела о причинении самоуправляемыми автомобилями вреда здоровью или даже гибели людей имеют ряд новых особенностей.

По сравнению с традиционными беспилотные автомобили более сложны с точки зрения технологии изготовления и использования за счет синтеза программного и аппаратного обеспечения. Это увеличивает факторы риска. Система управления с искусственным интеллектом делает управление автомобилем и принятие решений по управлению частично или даже полностью передаваемым от водителя к управляющему программному обеспечению. По сравнению с аппаратными дефектами программные и алгоритмические дефекты беспилотных автомобилей более коварны, последствия вызванных ими повреждений более серьезны, а причиненный ими ущерб в меньшей степени предотвратим. Как видно, по сравнению с традиционными автомобилями ответственность за производство беспилотных автомобилей порождает множество новых проблем, поэтому ключевым вопросом является определение дефектов производства беспилотных автомобилей.

В действующей нормативно-правовой базе Китая нет положений об ответственности за дефекты продукции беспилотных автомобилей. За-

кон КНР «О качестве продукции»¹⁶ построен по образцу регулирования традиционной промышленной продукции и распространяется в основном на все виды материальной движимой продукции, что трудно применить к продукции искусственного интеллекта, в которой преобладают алгоритмические системы [Ван Л., 2020: 93–112].

На первых порах большинство стран придерживалось теории «ожидания потребителя»; например, ст. 6 Директивы 85/374 ЕС об ответственности за качество продукции гласит, что «продукт считается дефектным, если он не обеспечивает безопасности, которую человек вправе ожидать»¹⁷. Статья 46 Закона КНР «О качестве продукции», также находящаяся под сильным влиянием теории «ожидание потребителя», устанавливает, что «под дефектом понимается наличие в товаре необоснованной опасности, угрожающей безопасности людей и чужого имущества».

Под «необоснованной» опасностью можно понимать право потребителей разумно ожидать, что приобретенный ими товар будет работать безопасно, не причиняя необоснованного вреда, после того, как они заплатят соответствующую цену за товар, что является предпосылкой для установления стандарта разумного ожидания потребителя. Однако беспилотные автомобили являются продуктами искусственного интеллекта, и его применение, как и большого количества программного обеспечения в беспилотных автомобилях придает им характеристики, отличные от характеристик традиционных автомобилей.

Технология автономного вождения охватывает множество технологий (высокопроизводительные встраиваемые системы, чипы искусственного интеллекта и алгоритмы, высокоскоростные сети, массовый сбор, обработка и вычисление данных, взаимодействие «облако-машина»), что позволяет создать комплексную интеллектуальную систему, объединяющую множество функций, в частности, восприятие и познание окружающей среды, динамическое планирование и принятие решений, контроль и исполнение поведения. При этом непрозрачность поведения и принятия решений затрудняют выявление дефектов [Чжан Л., Ли Ц., 2018: 35–43]. Хотя потребители ожидали, что технология автономного вождения будет безопасной, современный уровень развития технологий сохраняет значительный риск, и традиционные теории уже не могут быть использованы для измерения того, что происходит в действительности.

¹⁶ Available at: URL: <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/201901/7f507d5963074e9ebc73c986e155b931.shtml> (дата обращения: 17.08.2023)

¹⁷ See: Council Directive 85/374 of 25.07. 1985 on the Approximation of the Laws, Regulations and Administrative Provisions of the Member States Concerning Liability for Defective Products, Art. 6 (1).

2.2. Проблемы безопасности данных беспилотных автомобилей

Данные, которые могут собирать беспилотные автомобили, не только обширны (большой объем информации о таких объектах, как сам автомобиль, его владелец, пассажиры и окружающая обстановка), но и разнообразны (например, данные о местоположении и поездке водителя и пассажиров, отпечатки пальцев, лица, радужная оболочка глаза и другие биометрические данные, данные различных датчиков, транзакционные данные и т.д.) [Чжао С., 2022: 132–142], но и велики по объему (в среднем автомобиль без водителя производит около 4 ТБ данных¹⁸).

Работа умных подключенных автомобилей в значительной степени зависит от сбора, обработки и применения данных, и в то же время их работа также генерирует большое количество данных, которые имеют важное значение. Хакеры также могут использовать эти данные и осуществлять кибератаки с помощью алгоритмов, что делает кибератаки, которым подвергаются беспилотные автомобили, более разнообразными [Чжэн Ч., 2022: 56]. Атаки могут быть направлены на датчики, такие как камеры, LIDAR, GNSS-датчики, ультразвуковые радары и т.д., которые могут быть заглушены, подменены или использованы хакерами для проникновения во внутренние системы автомобиля. Кроме того, хакеры могут использовать цифровые карты, создавать ложную информацию о текущих дорожных и погодных условиях, состоянии светофоров, других транспортных средств или же блокировать эту информацию и таким образом влиять на принятие решений алгоритмом самообучения. К действиям хакеров также принадлежат добавление препятствий на дороги на картах, чтобы ввести в заблуждение навигационную систему автомобиля, и наклейки на знаки остановки, чтобы они не распознавались системой автономного вождения и приводили к сбоям в работе системы. Подобные атаки на алгоритмы автономного вождения приводят к принятию системой неверных и опасных решений, что чревато серьезными опасностями. Злоумышленники способны получить доступ к внутренним системам беспилотного автомобиля и, используя USB-порты, порты зарядки или системы Bluetooth, посеять хаос в бортовой сети, электронных контроллерах и т.д. или взять под контроль такие важные компоненты, как двигатель и тормоза [Цао Ц., 2023: 27]. Что еще хуже, хакер может взломать и взять под контроль все умные автомобили, оснащенные одной и той же системой автономного вождения. В ответ на это в июле 2017 г. генеральный директор Tesla Маск предупредил, что наибольшую озабоченность

¹⁸ Available at: URL: <https://www.autonomousvehicleinternational.com/opinion/data.html> (дата обращения: 17.08.2023)

в отношении беспилотных автомобилей вызывает то, что «хакеры могут организовать атаки в масштабах целого автомобильного парка»¹⁹.

3. Пути решения

3.1. Определение ответственности за дорожно-транспортные происшествия, вызванные самоуправляемыми автомобилями

В сфере ответственности за ущерб, причиненный беспилотными автомобилями, необходимо внести изменения и дополнения в законы «О безопасности дорожного движения» и «О качестве продукции», чтобы уточнить ответственность за ДТП, вызванные самоуправляемыми автомобилями.

Когда умные подключенные транспортные средства L3 и L4 находятся в состоянии автономного вождения при возникновении ДТП, то причиной аварии могут быть дефекты в системе автономного вождения. Возмещение ущерба от аварии должно регулироваться как нормами об ответственности за ДТП, так и нормами об ответственности за качество продукции. В Законе КНР «О безопасности дорожного движения» должно быть закреплено, что и производитель, и водитель умных подключенных транспортных средств L3 и L4 несут ответственность за ДТП. Поскольку умные подключенные транспортные средства способны выполнять управление, ускорение и замедление, а также распознавание дорожных условий и реагирование на них в условиях, заданных системой автономного вождения после ее активации, водитель может убрать руки с руля, поскольку он обязан взять на себя управление неисправным автомобилем только при отказе системы или нарушении условий эксплуатации. Таким образом, ответственность за ДТП в условиях автономного вождения L3 и L4 должна лежать на производителе транспортного средства; и только когда доказано, что ДТП произошло по вине водителя, производитель может быть освобожден от ответственности, а водитель должен нести ответственность за возмещение ущерба. В Законе КНР «О безопасности дорожного движения» должно быть предусмотрено, что в условиях автономного вождения L3 и L4 водитель по-прежнему обязан проявлять бдительность и в любой момент взять управление автомобилем на себя [У Х., 2021: 123].

Для беспилотных автомобилей уровня L5 Закон КНР «О безопасности дорожного движения» должен включать производителя умных подключенных транспортных средств в качестве основного субъекта ответственности. В состоянии автономного вождения производитель должен

¹⁹ Available at: URL: http://www.xinhuanet.com/tech/2021-07/09/c_1127637056.htm (дата обращения: 15.08.2023)

нести строгую ответственность после ДТП, потому что здесь человек является только пассажиром, поскольку производитель автомобиля заменяет водителя-человека. Водитель-человек может быть освобожден от ответственности, если ему нужно только доказать возникновение ДТП в состоянии автономного вождения; если производитель не может доказать освобождения от ответственности в соответствии с Законом КНР «о качестве продукции»²⁰, он должен нести ответственность за пострадавшего. Если ответственное транспортное средство в момент аварии находилось под управлением водителя, то ответственность за аварию в соответствии с Законом КНР «О безопасности дорожного движения» несет водитель.

В Законе КНР «О качестве продукции» необходимо расширить сферу субъектов ответственности за качество продукции. ДТП, происходящие в состоянии автономного вождения, могут быть вызваны дефектами безопасности умных подключенных транспортных средств, включая производственные дефекты, дефекты конструкции или дефекты предупреждающих инструкций. По сравнению с традиционными автомобилями вероятность конструктивных дефектов во встроенных алгоритмах, датчиках, контроллерах и исполнительных устройствах систем автономного вождения увеличивается, и контроллер автономного вождения отвечает за обработку, вычисление и передачу данных о передовом вспомогательном и автономном вождении. Ему необходимо собирать информацию со всех видов датчиков, высокоточных карт и даже данных с обочины дороги, осуществлять интеграцию, обработку, арифметику и планирование маршрута, а затем передавать результаты вычислений в модуль управления автомобилем, который предъявляет повышенные требования к вычислительной мощности и алгоритмам [Сунь Ц., 2019: 113–114]. В настоящее время основными субъектами ответственности за качество продукции, предусмотренными в Законе КНР «О качестве продукции», являются производитель и продавец; в этот перечень субъектов ответственности за качество продукции нужно добавить разработчика системы автономного вождения.

3.2. Совершенствование законодательства в области безопасности данных

Правовыми нормами должна быть закреплена система проверки безопасности данных для умных подключенных транспортных средств.

²⁰ Ст. 41 Закона КНР «О качестве продукции» устанавливает, что «производитель не несет ответственности, если он может доказать одно из следующих положений: (а) товар не был выпущен в обращение; (б) дефект, вызвавший ущерб, не существовал, когда товар был выпущен в обращение; (в) дефект не мог быть обнаружен уровнем развития науки и техники в момент выпуска товара в обращение».

В настоящее время в Китае при проверке доступа к безопасности автомобильной продукции основное внимание уделяется характеристикам автомобильной продукции и качеству деталей и компонентов, а сбор, хранение и использование данных не рассматриваются. Это создает риск аварийных ситуаций, связанных с безопасностью информации и данных, поэтому следует усилить проверку доступа к безопасности продукции, связанную с защитой информации о безопасности данных. Технические стандарты сбора данных и эксплуатации умных подключенных транспортных средств должны быть сформулированы организациями технической стандартизации для соблюдения исследовательскими центрами и производителями. Должны также проводиться технические испытания стандартов с уведомлением административных органов о результатах. В то же время экспертным организациям предлагается оценивать безопасность данных умных подключенных транспортных средств и публиковать отчеты об оценке. Такой механизм может компенсировать недостаток возможностей регулирующих органов и рядовых потребителей, не способных в полной мере воспринимать пространство серого ящика обработки данных.

Сбор и хранение данных, затрагивающих частную жизнь в интеллектуальных сетевых транспортных средствах, должны осуществляться законным и соразмерным образом. Для этого в законе необходимо предусмотреть следующее:

Сбор, обработка и использование данных должны отвечать интересам повышения безопасности движения и быть действительно необходимыми. Только в таких случаях допускается сбор биометрической информации.

В зависимости от настроек водителя на сбор информации запрещается однократное вседозволенное поведение, а по умолчанию устанавливается статус «не собирать» каждый раз, когда водитель садится за руль. Следует закрепить положения о том, что видео-, аудио- и изображения, собранные внутри транспортного средства для обработки данных, а также персональная информация не передаются за пределы транспортного средства без индивидуального согласия лица, чьи данные собираются.

Такая информация, как данные лица, номер автомобиля и другие собранные в автомобиле данные, могут быть переданы за пределы автомобиля только после маскировки и анонимизации личной информации. Защита частной жизни водителей и пассажиров обеспечивается за счет маскировки и шифрования биометрической информации водителей, такой как отпечатки пальцев, голоса и лица, а также личной конфиденциальной информации, например, траектории движения автомобиля.

Заключение

Поскольку уровни автономного вождения и способности систем автономного вождения справляться с рисками различны, необходимо, чтобы Закон КНР «О безопасности дорожного движения» содержал перечень субъектов, которые должны нести юридическую ответственность за ДТП в зависимости от уровня автономного вождения. Для беспилотного автомобиля при аварии необходимо в полной мере учитывать, управляется ли он человеком или системой искусственного интеллекта. Если управляется человеком, то ответственность должен нести водитель, если системой искусственного интеллекта — необходимо учитывать обстоятельства, чтобы подтвердить, что основная часть ответственности наступает по вине производителя, продавца, разработчика программы или неправильным управлением водителем.

Безопасность данных и регулирование систем умных подключенных автомобилей — ключевой вопрос, влияющий на развитие индустрии умных подключенных автомобилей. Самоуправляемые автомобили могут собирать не только широкий круг данных, но и, что важнее, полный спектр камер, собирающих некоторую важную информацию, включая данные о личной конфиденциальности (о местоположении и поездке водителей и пассажиров, отпечатки пальцев, лица, радужная оболочка глаза и другие биометрические данные и т.д.). Если произойдет утечка — последствия будут невообразимыми. Работа умных подключенных автомобилей в значительной степени зависит от сбора, обработки и применения данных, а свободный поток информации также имеет большое значение для работы системы умных подключенных автомобилей. Таким образом, регулирование безопасности данных умных подключенных автомобилей должно обеспечивать баланс между безопасностью данных и мобильностью информации. Это по-прежнему является задачей, которую технологи и законодатели не должны недооценивать в будущем.

В связи с транснациональным характером технологий автономного вождения разработка международных стандартов и международное сотрудничество приобретают решающее значение. Правительствам разных стран и международным организациям необходимо совместно разрабатывать согласованные стандарты и нормы, способствующие глобальному внедрению технологий автономного вождения. Важно отметить, что правовая охрана должна идти в ногу с развитием технологий, постоянно пересматривалась и обновлялась [Ли Ш., 2019: 106]. Цель правовой охраны — способствовать развитию и применению технологий автономного вождения, обеспечивая при этом безопасность и

соблюдение прав человека. Поэтому правительства, поставщики технологий, юридические институты и заинтересованные стороны должны сотрудничать и взаимодействовать в разработке и применении правовой базы, адаптированной к эпохе автономного вождения.



Список источников

1. 白文岭、朱一方、秦冰洋：《我国自动驾驶汽车无人化：前路漫漫，行则将至》，载《汽车与配件》2022年第3期，第36–41页。· Бай В., Чжу Ф., Цинь Б. Китайские беспилотные автомобили: дорога впереди длинная, все будет достигнуто // Автомобили и аксессуары. 2022. № 3. С. 36–41.
2. 王乐兵：《自动驾驶汽车的缺陷及其产品责任》，载《清华法学》2020年第2期，第93–112页。· Ван Л. Дефекты автомобилей с автономным управлением и ответственность за них // Право Цинхуа. 2020. № 2. С. 93–112.
3. 丁芝华：《自动驾驶法律规制的基本逻辑和主要进路》，载《特区经济》2023年第4期，第13–17页。Дин Ч. Базовая логика и основной прогресс правового регулирования автономного вождения // Особая зона экономики. 2023. № 4. С. 13–17.
4. 殷秋实：《智能汽车的侵权法问题与应对》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2018年第5期，第42–51页。Инь Ц. Проблемы деликтного права интеллектуальных транспортных средств и пути решения // Юридическая наука. Журнал Северо-Западного университета политики и права. 2018. № 5. С. 42–51.
5. 李烁：《自动驾驶汽车立法问题研究》，载《行政法学研究》2019年第2期，第106页。· Ли Ш. Исследование законодательных вопросов автономных транспортных средств // Административно-правовое исследование. 2019. № 2. С. 104–113.
6. 孙建丽：《算法自动化决策风险的法律规制研究》，载《法治研究》2019年第4期，第113–114页。Сунь Ц. Исследование правового регулирования рисков алгоритмического автоматизированного принятия решений // Исследования в области верховенства права. 2019. № 4. С. 108–117.
7. 吴浩伟：《域外自动驾驶汽车侵权责任的立法比较和启示》，载《南海法学》2021年第5期，第117–124页。У Х. Сравнение законодательства и выявление деликтной ответственности экстерриториальных автономных транспортных средств // Право Южно-Китайского моря. 2021. № 5. С. 117–124.
8. 冯洁语：《人工智能技术与责任法的变迁——以自动驾驶技术为考察》，载《比较法研究》2018年第2期，第143–155页。Фэн Ц. Технология искусственного интеллекта и изменение законодательства об ответственности — на примере технологии автономного вождения // Сравнительное правоведение. 2018. № 2. С. 143–155.
9. 曹建峰：《论自动驾驶汽车的算法安全规制》，载《华东政法大學學報》2023年第2期，第22–33页。Цао Ц. Об регулировании алгоритмической безопасности автономных транспортных средств // Вестник Восточно-китайского университета политических наук и права. 2023. № 2. С. 22–33.
10. 赵司聪：《论自动驾驶的刑事风险及应对》，载《北方法學》2022年第2期，第132–142页。Чжао С. Об уголовных рисках автономного вождения и ответных мерах // Северный юридический журнал. 2022. № 2. С. 132–142.
11. 郑志峰：《自动驾驶汽车产品缺陷的认定困境与因应》，载《浙江社会科学》2022年第12期，第48–58页。Чжэн Ч. Дилемма определения дефектов продукции ав-

тономных транспортных средств и ответные меры // Социальные науки Чжэ-цзян. 2022. № 12. С. 48–58.

12. 张龙:《主体分离型道路交通事故中机动车所有人、管理人过错的认定》,载《当代法学》2021年第1期,第28页. Чжан Л. Определение вины владельца и управляющего транспортным средством при ДТП // Современное правоведение. 2021. № 1. С. 26–36.

13. 张力、李倩:《高度自动驾驶汽车交通侵权责任构造分析》,载《浙江社会科学》2018年第8期,35–43. Чжан Л., Ли Ц. Анализ структуры деликтной ответственности за дорожно-транспортное происшествие в отношении самоуправляемых автомобилей // Социальные науки Чжэцзян. 2018. № 8. С. 35–43.

14. 陈亚伟、程前、邵毅明等:《自动驾驶汽车的发展综述》,载《汽车工业研究》2018年第4期,第57–59页. Чэнь Я., Чэн Ц., Шао И. Обзор развития автономных транспортных средств // Исследование автомобильной промышленности. 2018. № 4. С. 57–59.

15. 杨立新:《用现行民法规则解决人工智能法律调整问题的尝试》,载《中州学刊》2018年第7期,第40–49页. Ян Л. Попытка решить проблему правового регулирования искусственного интеллекта с помощью действующих норм гражданского права // Журнал Чжунго сюэцзянь. 2018. № 7. С. 40–49.



References

1. Bai W., Zhu Y., Qin B. (2022) Chinese unmanned vehicles: the road ahead is long, everything will be achieved. *Qi che yu pei jian*=Cars and Accessories, no. 3, pp. 36–41 (in Chinese)
2. Cao J. (2023) On the regulation of algorithmic safety of autonomous vehicles. *Hua dong zheng fa da xue xue bao*=Bulletin of East China University of Political Science and Law, no. 2, pp. 22–33 (in Chinese)
3. Chen Y., Cheng Q., Shao Y. et al. (2018) Development review of autonomous vehicles. *Qi che gong ye yan jiu*=Automotive Industry Research, no. 4, pp. 57–59 (in Chinese)
4. Ding Z. (2023) Basic logic and basic progress of legal regulation of autonomous driving. *Jing ji te qu*=Special Zone Economy, no. 4, pp. 13–17 (in Chinese)
5. Feng J. (2018) Artificial Intelligence Technology and Changing Liability Laws. The Case of Autonomous Driving Technology. *Bi jiao fa yan jiu*=Comparative Jurisprudence, no. 2, pp. 143–155 (in Chinese)
6. Li S. (2019) Research on legislative issues of autonomous vehicles. *Xing zheng fa xue yan jiu*=Administrative and Legal Research, no. 2, pp. 104–113 (in Chinese)
7. Sun J. (2019) Research on the legal risk regulation of algorithmic automated decision making. *Fa zhi yan jiu*=Journal of Rule of Law Research, no. 4, pp. 108–117 (in Chinese)
8. Wang L. (2022) Defects of autonomous vehicles and liability for them. *Qing hua fa xue*=Qinghua Law, no. 2, pp. 93–112 (in Chinese)
11. Yin Q. (2018) Problems of intellectual vehicle tort law and solutions. *Fa lv ke xue (xi bei zheng fa da xue xue bao)*=Legal Science. Journal of Northwestern University of Politics and Law, no. 5, pp. 42–51 (in Chinese)
9. Wu H. (2021) Legislative comparison and identification of tort liability of extraterritorial autonomous vehicles. *Nan hai fa xue*=Law of the South China Sea,

no. 5, pp.117–124 (in Chinese)

10. Yang L. (2018) Attempting to solve the problem of legal regulation of artificial intelligence through the current civil law norms. *Zhong zhou xue kan*=Zhong zhou xue kan Journal, no.7, pp. 40–49 (in Chinese)

12. Zhao S. (2022) On criminal risks of autonomous driving and responses. *Bei fang fa xue*=Northern Law Journal, no. 2, pp.132–142 (in Chinese)

13. Zhang L. (2021) Determination of guilt of the owner and operator of a vehicle in a traffic accident. *Dang dai fa xue*=Modern Jurisprudence, no.1, pp. 26–36 (in Chinese)

14. Zhang L., Li Q. (2018) Analyzing structure of tort liability structure of traffic accident for self-driving cars. *Zhek jiang she hui ke xue*=Zhejiang Social Science, no. 8, pp.35–43 (in Chinese)

15. Zheng Z. (2022) The dilemma of autonomous vehicles product defect detection and response. *Zhe jiang she hui ke xue*=Zhejiang Social Science, no. 2, pp. 48–58 (in Chinese)

Информация об авторе:

Цзя Шаосюе — доктор юридических наук, доцент.

Information about the author:

Jia Shaoxue — Doctor of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 28.08.2023; одобрена после рецензирования 05.09.2023, принята к публикации 02.10.2023.

The article was submitted to editorial office 28.08.2023; approved after reviewing 05.09.2023; accepted for publication 02.10.2023.

1/2023

Правовая мысль: история и современность

С.А. Белов, М.А. Ревазов

Теория и практика толкования юридических документов судами
с использованием словарей 4

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

С.А. Мосин

Свойства конституционного принципа добросовестности субъектов
правоотношений 27

Н.А. Поветкина, Ю.В. Леднева

Бюджетные субсидии: конфликт публичного и частного 46

Н.В. Самсонов

Акты конституционного правосудия как источники российского
гражданского процессуального права. 70

Е.Е. Якушева

Мораторий на банкротство 2022 года: последствия, противоречия
и пути решения 94

Е.С. Юлова

Удовлетворение требований кредиторов третьим лицом в процедуре
банкротства: преимущества и проблемы реализации 117

Н.Е. Савенко

Legaltech в цифровой экономике и правовом регулировании
экономической деятельности граждан 145

Т.С. Краснова

Установление сервитута для размещения линейного объекта
федерального или регионального значения. 172

Право в современном мире

A.N. Assaf

Territorializing the Arctic: Problem of Ice In International Law 201

О.С. Магомедова

Сравнительный анализ арктической международно-правовой политики
Канады и США 226

Рецензия

В.П. Сальников, В.М. Большакова, С.И. Захарцев

Институализация военного права как отрасли права
в постнеклассической научной рациональности 251

Legal Thought: History and Modernity

S.A. Belov, M.A. Revazov

Theory and Practice of Legal Documents Interpretation by Courts
with Using Dictionaries4

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

S.A. Mosin

Properties of the Constitutional Principle of Good Faith of Subjects
of Legal Relations27

N.A. Povetkina, Yu.V. Ledneva

Budget Subsidies: Conflict between Public and Private 46

N.V. Samsonov

Acts of Constitutional Justice as Sources of Russian Civil Procedural Law 70

E.E. Yakusheva

Moratorium on Bankruptcy in 2022: Consequences, Contradictions
and Solutions. 94

E.S. Yulova

Fulfillment of Debtor's Obligations by a Third Party in Bankruptcy Procedure:
Advantages and Issues of Implementation 117

N.E. Savenko

Legaltech in Digital Economy and Legal Regulating Economic Activity
of Citizens145

T.S. Krasnova

Establishing Servitude in Order to Place Infrastructure Facility of Federal
or Regional Significance.172

Law in the Modern World

A.N. Assaf

Territorializing the Arctic: Problem of Ice In International Law201

O.S. Magomedova

Comparative Analysis of Arctic International Legal Policies of Canada
and the United States 226

Review

V.P. Salnikov, V.M. Bolshakova, S.I. Zakhartsev

The Institutionalization of Military Law as a Branch of Law
in Post-non Classical Scientific Rationality251

Правовая мысль: история и современность

В.В. Лапаева

Статус человеческого эмбриона *in vitro* как этико-правовая проблема:
религиозные истоки разногласий в подходах 4

С.В. Тихонова

Идейные истоки развития российской коммуникативной теории права 25

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

А.Н. Гуторова

Конституционно-правовые формы деятельности депутатов в России:
проблемы классификации и реализации 48

Е.В. Бурдина

Финансирование судов: новые подходы в России и зарубежных странах 70

Д.Л. Комягин

Распределенное единство: к вопросу о самостоятельности
бюджетов в России 92

С.А. Агамагомедова

Экономическая солидарность: конституционный принцип и ценность
экономического взаимодействия 114

Н.В. Закалюжная

Новая концепция занятости и развитие трудовых отношений
в цифровую эпоху 139

В.Н. Филиппов

Роль решений Конституционного Суда Российской Федерации
в совершенствовании трудового законодательства
(к 20-летию Трудового кодекса Российской Федерации) 165

Е.М. Сенотрусова

Приостановление деятельности, создающей опасность причинения
нового вреда: соотношение административного и гражданско-правового
регулирувания 190

Дискуссионный клуб

М.А. Куликов

Манипулирование юридическими целями: понятие и признаки 213

Право в современном мире

Д.В. Тариканов

Сущностная компетенция в международном гражданском
процессе ФРГ 241

Legal Thought: History and Modernity

V.V. Lapaeva

Status of Human Embryo *in vitro* as Ethical and Legal Issue: Religious Origins of Disagreements in Approaches 4

S.V. Tikhonova

Ideological Origins of Development of the Russian Communicative Theory of Law . . 25

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

A.N. Gutorova

Constitutional Forms of Deputies Activity in Russia: Classification and Implementation 48

E.V. Burdina

Court Funding: New Approaches in Russia and Foreign Countries 70

D.L. Komyagin

The Distributed Unity: Issue of Independent Budgets in Russia 92

S.A. Agamagomedova

Economic Solidarity: Constitutional Principle and Value of Economic Interaction . . 114

N.V. Zakalyuzhnaya

A New Concept of Employment and the Development of Labor Relations in the Digital Age 139

V.N. Filippov

The Role of the Constitutional Court of the Russian Federation Decisions in Development of Labor Legislation (to 20th Anniversary of the Labor Code of the Russian Federation) 165

E.M. Senotrusova

Suspension of Activities Creating Risk of Causing New Harm: the Ratio of Administrative and Civil Law Regulation 190

Discussion Club

M.A. Kulikov

Manipulation by Means of Legal Goals: Concept and Characteristics 213

Law in the Modern World

D.V. Tarikanov

The Essential Competence in International Civil Procedure of Germany. 241

Правовая мысль: история и современность**С.А. Маркунцов, С.В. Полубинская**

Научные взгляды В.Н. Кудрявцева: вчера, сегодня и завтра (к 100-летию со дня рождения)4

А.В. Наумов

Вектор современных направлений отечественной доктрины уголовного права (как законодательства, так и его применения) 34

Российское право: состояние, перспективы, комментарии**А.А. Ларичев, О.А. Кожевников, К.И. Корсун**

Правовое регулирование технологий «умного города» в контексте решения вопросов местного значения на городских территориях 56

С.В. Маслова

Трансформация модели правового регулирования государственно-частного партнерства в свете концепции устойчивого развития 78

Е.Г. Сухарева

Элементы бизнес-акселератора: практический анализ российской правовой действительности104

А.И. Гончаров, А.Н. Садков, В.А. Садков, Д.А. Давудов

Цифровая валюта в современной России: юридическое содержание и место в обороте128

Е.В. Михайлова

Правовой статус представителя в цивилистическом процессе: теоретические и практические аспекты154

Право в современном мире**Г.Г. Шинкарецкая**

Утрата территории из-за повышения уровня моря и судьба государства173

Ю.С. Ромашев, Е.В. Постникова

Принципы в международном праве192

М.А. Евдокимов, Р.А. Касьянов

Правовой механизм Союза рынков капитала ЕС: будет ли обеспечена свобода движения капитала?221

Ли Яо

Нормативно-правовое регулирование генеративного искусственного интеллекта в Великобритании, США, Европейском союзе и Китае 245

Legal Thought: History and Modernity**S.A. Markuntsov, S.V. Polubinskaya**Academic Views of V.N. Kudryavtsev: Yesterday, Today and Tomorrow
(On Occasion of Centenary Anniversary)4**A.V. Naumov**Vector of Modern Trends of the Domestic Criminal Law Doctrine
(Legislation and its Application) 34**Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries****A.A. Larichev, O.A. Kozhevnikov, K.I. Korsun**Legal Regulation of Smart City Technologies in Solving Local Issues
in Urban Areas 56**S.V. Maslova**Transformation of Public Private Partnership Legal Regulation Model
in Light of “Sustainable Development” Theory 78**E.G. Sukhareva**

Elements of a Business Accelerator: Practical Analysis of Russian Legal Reality . . . 104

A.I. Goncharov, A.N. Sadkov, V.A. Sadkov, D.A. Davudov

Digital Currency in Modern Russia: Legal Essence and Place in Turnover 128

E.V. MikhailovaLegal Status of a Representative in Civil Process: Theoretical and Practical
Aspects 154**Law in the Modern World****G.G. Schinkaretskaya**

Loss of Territory because of Sea Level Rise and Fortune of the State. 173

Yu.S. Romashev, E.V. Postnikova

Principles in International Law 192

M.A. Evdokimov, R.A. Kasyanov

Legal Mechanism of EU Capital Markets Union: Will Free Capital Flow Provided? . . . 221

Li YaoSpecifics of Regulatory and Legal Regulation of Generative Artificial Intelligence
in the UK, USA, EU and China. 245

Журнал учрежден в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

Главные задачи:

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

Основные темы:

Правовая мысль (история и современность)
Портреты ученых-юристов
Российское право: состояние, перспективы, комментарии
Судебная практика
Право в современном мире
Реформа юридического образования
Научная жизнь
Дискуссионный клуб
Рецензии

Журнал рассчитан на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой.

Журнал включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

Журнал выходит раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science**. Журнал внесен в следующие базы данных: Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale.

АВТОРАМ

ТРЕБОВАНИЯ К ОФОРМЛЕНИЮ ТЕКСТА СТАТЕЙ

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

Статья представляется в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113
Рукописи не возвращаются.

Объем статьи

Объем статей до 1,5 усл. п.л., рецензий — до 0,5 усл. п.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

Название статьи

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

Сведения об авторах

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

Аннотация

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное содержание

(предмет, цель, методологию, выводы исследования).

Сведения, содержащиеся в заглавии статьи, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

Исторические справки, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

Ключевые слова

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

Сноски

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

Тематическая рубрика

Обязательно — код международной классификации УДК.

Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
«Право. Журнал Высшей школы экономики»
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.
выдано Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *Д.Л. Комягин*
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Редактор английского текста *А.В. Калашиников*

Подписано в печать 15.11.2023. Формат 70×100/16
Усл. печ. л. 16,87. Тираж 250 экз. Заказ №

Отпечатано ООО «Фотоэксперт»,
109316, Москва, Волгоградский проспект, д.42