

**МИНИСТЕРСТВО НАУКИ И ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

**Федеральное государственное автономное
образовательное учреждение высшего образования
«РОССИЙСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ ДРУЖБЫ НАРОДОВ»**

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ПРАВООТНОШЕНИЙ ГРАЖДАНСКОГО ОБОРОТА В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ

**Сборник статей
Международного научного
юридического форума
памяти профессора В.К. Пучинского**

Москва, 16 октября 2020 г.

**Москва
Российский университет дружбы народов
2020**

УДК 341:347:340.5(063)
ББК 67.412+67.404+67.0
С75

У т в е р ж д е н о
*РИС Ученого совета
Российского университета
дружбы народов*

П о д р е д а к ц и е й
доктора юридических наук, профессора *Е.Е. Фроловой*;
кандидата юридических наук, доцента *Е.П. Русаковой*

**С75 Сравнительно-правовые аспекты правоотношений
гражданского оборота в современном мире : сборник
статей Международного научного юридического форума
памяти профессора В. К. Пучинского. Москва 16 октября
2020 г. / под ред. Е. Е. Фроловой, Е. П. Русаковой –
Москва : РУДН, 2020. – 451 с.**

ISBN 978-5-209-10367-7

Материалы публикуются в авторской редакции.

УДК 341:347:340.5(063)
ББК 67.412+67.404+67.0

ISBN 978-5-209-10367-7

© Коллектив авторов, 2020
© Российский университет
дружбы народов, 2020

СОДЕРЖАНИЕ

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Августина И.Д. «Особенности административного судопроизводства в Российской Федерации» | 7 |
| Алиев Т.Т. Проблемы квалификации незаконного образования юридического лица | 20 |
| Артемов В.А. Правовое регулирование разрешения споров о деловой репутации в России и за рубежом | 27 |
| Астаева М.Г. «Классификация оценочных понятий в праве социального обеспечения» | 34 |
| Aghyad O. О договоре аренды недвижимости в Сирийской Арабской Республике | 40 |
| Багрянская П.Д. Эффективность гражданского судопроизводства: сравнительно-правовой аспект | 43 |
| Беспалов Ю.Ф. Информационные услуги по гражданскому законодательству РФ и Республики Беларусь | 50 |
| Ботина А.А., Ситкарева Е.В. Альтернативные оговорки во внешнеторговых контрактах: подходы в современной российской судебной практике | 55 |
| Вильданова М.М. Особенности гражданско-правового регулирования защиты прав интернет-пользователей | 60 |
| Виноградова Е.В., Намчук А.В. К вопросу об особенностях регулирования трудовой миграции в условиях введения ограничительных мер в связи с распространением новой коронавирусной инфекции (Covid-19) | 68 |
| Войкова Н.А., Кокорев Е.Н. К вопросу о применении информационных технологий в бизнес-процессах при осуществлении внутреннего контроля в хозяйствующих субъектах (на примере государственных корпораций) | 76 |
| Гроник И.А. Электронный документооборот в гражданском судопроизводстве Республики Корея | 90 |
| Дегтярева В.С. Французская модель процедуры переговоров при содействии адвокатов | 87 |
| Долинская В.В. Противодействие криминализации отношений гражданского оборота | 91 |
| Евменчикова О.А. Сверхимперативные нормы как ограничительный механизм применения иностранного права к частноправовым отношениям с участием государства | 99 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Ермакова Е.П. К вопросу о «зеленом» финансировании в России | 107 |
| Забрамная Н.Ю. Отказ от наследства и признание его недействительным по законодательству России и Германии | 116 |
| Исай С.С. Арбитраж как традиционный механизм обеспечения стабильного функционирования рынка ценных бумаг США | 128 |
| Касаткина А.Ю. Цифровые конструкции в гражданском законодательстве РФ и Республике Беларусь | 140 |
| Ковтонюк О.А. Квалификация государственного контракта в качестве договора присоединения | 146 |
| Кошелев А. Представление и истребование доказательств в гражданском судопроизводстве РФ | 151 |
| Kuznetsov M.N. The substantiation of Private International Law as an existed legal reality | 159 |
| Кудрявцева Е.В. Заочное производство: прошлое, настоящее, будущее | 167 |
| Куницкая О.М. Первичное размещение токенов как самостоятельный механизм инвестирования | 173 |
| Купчина Е.В. Обзор проведения реформы по внедрению информационных технологий в гражданском процессе Японии | 180 |
| Ландо Д.Д. Правовая и цифровая трансформации в медицине .. | 187 |
| Lasota L. Computer Programs and Human Rights: The Social Function of Copyright Law and Licensing Models in the European Union | 194 |
| Морозова Анастасия Евгеньевна. Развитие корпоративной организации в период до XVI–XVII вв | 200 |
| Osaqli U. Recognition and Enforcement of Foreign arbitral awards in Republic of Turkey | 205 |
| Петрова Д.А., Мартыанов Н.Р. Электронные системы учета сведений о населении в Российской Федерации | 211 |
| Пилипенко А.А. Теоретико-прикладные аспекты усмотрения в налоговых отношениях | 218 |
| Протопопова О.В. Искусственный интеллект в юриспруденции: может ли робот заменить юриста-человека при составлении искового заявления или апелляционной жалобы? | 227 |
| Путило Н.В. Особенности оборота лекарственных препаратов: российское законодательство и право ЕАЭС | 236 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Пухарт А.А. Адаптация правосудия к потребностям детей в отдельных странах Европейского Союза | 242 |
| Диас Мартинс Р. О проекте реформы законодательства об авторских правах в Бразилии | 250 |
| Русакова Е.П. Цифровая повестка гражданского судопроизводства в Индии | 257 |
| Синкевич К.В. К вопросу о квалификации и гражданско-правовых способах защиты персональных данных в условиях цифровой трансформации национальных экономик Беларуси и России | 262 |
| Тельнов А.В. Еще раз к вопросу о необходимости материально-правового разграничения утверждений о фактах и оценочных суждений (мнений, убеждений) в процессе судебного разбирательства при рассмотрении дел о диффамации | 283 |
| Ядревский О.О. Основные понятия цифровой экономики и направления ее развития в Республике Беларусь и Российской Федерации | 291 |
| Горожанкина Е.Н. Новеллы статьи 86 Семейного кодекса Российской Федерации: что нас ждет? | 300 |
| Деринг К.В. Недействительность сделок с пороком воли в гражданском праве Российской Федерации | 309 |
| Джалилов А.М. Особенности брачного договора в европейских странах | 317 |
| Зайцев В.В. Некоторые вопросы института ремиссии в арбитраже в России | 322 |
| Иванов О.С. Усиление роли суда в гражданском процессе Германии в XX–XXI веках: процессуальная экономия или принцип объективной истины? | 329 |
| Лазарева Е.А. Новая эра цифрового права | 338 |
| Мамедалиева А.В. Мотивированное решение суда как гарантия права на судебную защиту | 348 |
| Маругина В.С. Изменение в правовом регулировании электронной коммерции в Китайской Народной Республике | 361 |
| Ma Van Minh. Laws Applying To Contract With Foreign Elements Under the 2015 Civil Code and Recommendations for Vietnamese Enterprises | 367 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Полубенко А.Г. К вопросу о правовом регулировании рекламы лекарственных средств на территории Российской Федерации | 348 |
| Попандопуло А.Е. Использование банковской гарантии при заключении государственных контрактов | 375 |
| Смирнова А.В. Проблемы реновации жилого фонда на современном этапе | 383 |
| Смирнова Т.В. Нотариальное оформление наследственных прав граждан в РФ | 390 |
| Benavides Correa C.J. International commercial arbitration in Latin America | 397 |
| Shipkov N. Features of International Legal Regulation of Franchising and Commercial Concession Contracts | 405 |
| Цветкова В.В. Наступление субсидиарной ответственности в деле о банкротстве | 414 |
| Yang Xiaoke. On the Disclosure Rules of Third-Party Funding in International Arbitration | 419 |
| Yang Haoyue. The Research of Parental Responsibility Cases in European Union | 425 |
| Huynh Viet Minh Tri. Recent Case Law Concerning Calculation of Damages (on the Example of the European Union) | 431 |
| Швецова Н.Р. Наследственный фонд: разновидность фонда или самостоятельная организационно-правовая форма юридического лица | 437 |
| Эрбутаева ЗК. Конструкция косвенного иска в праве США и Великобритании: общее и особенное | 445 |

*Ирина Дмитриевна Августина,
к.ю.н., судья Верховного Суда Республики Дагестан
в отставке, доцент кафедры гражданского процесса
Северо-Кавказского института (филиал) ФГБОУ
«Всероссийский государственный университет
юстиции» (РПА Минюста России), г. Махачкала*

ОСОБЕННОСТИ АДМИНИСТРАТИВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Автором разделяется мнение о неопределенности границ административного судопроизводства, за пределами которого осталось производство по рассмотрению судами дел об административных правонарушениях, а также рассмотрение административных дел арбитражными судами. В статье анализируются отдельные нормы и институты административного судопроизводства, в частности, институт процессуальной защиты прав и интересов других лиц; вносятся предложения по совершенствованию административного процессуального законодательства.

Ключевые слова: административное судопроизводство, процессуальная защита прав и интересов других лиц, активная роль суда в административном судопроизводстве

Административная юстиция в Российской Федерации сформировалась в недрах гражданского процессуального права. ГПК РСФСР 1964 г. регулировал наряду с исковым и особым производством порядок рассмотрения дел, возникающих из административно-правовых отношений. Число таких дел было невелико.

Судебное обжалование действий должностных лиц стало возможным после закрепления такого права в статье 58 Конституции СССР от 7 октября 1977 года, в целях реализации которого стали приниматься соответствующие нормативно-правовые акты.

В ст. 6 Закона СССР от 30.06.1987 г. № 7287- XI «О порядке обжалования в суд неправомερных действий должностных лиц, ущемляющих права граждан» было указано, что рассмотрение жалобы судом и исполнение решения суда осуществляются по правилам гражданского судопроизводства.

Аналогичные нормы содержались в ст. 6 Закона СССР от 02.11.1989 г. № 719-1 «О порядке обжалования в суд неправомερных действий органов управления и должностных лиц, ущемляющих

права граждан» и в ст. 6 Закона РФ от 27.04.1993 г. № 4866-1 «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан».

Такое правовое регулирование являлось неслучайным, поскольку очевидна общность формы судебной защиты, норм, институтов и задач, стоящих перед судьями при рассмотрении гражданских и административных дел.

До принятия указанных законов споры частных лиц с публичной властью разрешались (за исключением небольшого числа споров, например, оспаривание неправильности в списках избирателей, взыскание недоимок по налогам и сборам) в порядке подчиненности вышестоящим должностным лицом, органом (причем, процедура внесудебного разрешения таких споров не была регламентирована, что сохраняется до настоящего времени). Поэтому можно с высокой степенью уверенности утверждать, что принятие указанных нормативных правовых актов положило начало административной юстиции в России. Хотя первоначально право на обращение в суд было обусловлено соблюдением обязательного досудебного порядка урегулирования спора, с этого момента открылись широкие и недоступные ранее возможности по обжалованию в суд действий и решений государственных и иных органов, должностных лиц, наделенных властными полномочиями. Возможность судебного обжалования поставила гражданина в процессуально равное положение с должностным лицом.

С 01 февраля 2003 года вступил в силу принятый Государственной Думой Федерального собрания РФ 23 октября 2002 года Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации, который наряду с исковым и особым производствами регламентировал порядок рассмотрения дел, возникающих из публичных правоотношений. Логика законодателя указывала на сохранение универсальности ГПК РФ. Была разработана Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации¹.

Таким образом, на протяжении многих лет административные споры рассматривались и разрешались по нормам Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, которые учитывали их особенности.

¹ Вестник гражданского процесса. 2015. № 1. С. 265–271.

Однако, идея о самостоятельности института административной юстиции, основанная на конституционной норме об осуществлении судебной власти посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства (часть 2 статьи 118 Конституции РФ), оказалась доминирующей.

Глава 22-1 «Производство по рассмотрению заявлений о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного постановления в разумный срок», а также Подраздел III «Производство по делам, возникающим из публичных правоотношений» (главы 23–26) ГПК РФ утратили силу с 15 сентября 2015 года, в связи с принятием Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации².

Процессуалисты и сегодня считают, что КАС РФ не создал самостоятельной и отличной от гражданского судопроизводства формы судебной защиты, а производство по делам, возникающим из публичных правоотношений, относится к виду гражданского судопроизводства; причем, подавляющее большинство норм КАС РФ аналогично соответствующим нормам ГПК РФ³.

Тем не менее, принятие КАС РФ ознаменовало новый этап развития административной юстиции в России, поскольку вычленило административное судопроизводство в самостоятельную отрасль права.

Особенностью административного судопроизводства России является отсутствие специализированных административных судов. Специализация судей судов общей юрисдикции по рассмотрению административных дел проведена только на уровне судов субъектов и вышестоящих судов.

Можно отметить неоднородность дел, отнесенных КАС РФ к ведению судов общей юрисдикции (Ст. 1 КАС РФ).

² ФЗ от 08.03.2015 № 23-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс».

³ См.: Каплунов А.И. Законодательство об административном судопроизводстве и его влияние на дальнейшее развитие теории административного процесса и формирование административно-процессуального права, как отрасли права // Государство и право. 2016. № 10. С.725; Панова И.В. Развитие административного судопроизводства и административной юстиции// Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 1. С. 39; Сахнова Т.В. Административное судопроизводство: проблемы самоидентификации// Арбитражный процесс. 2016. № 9. С. 36–39.

Первую группу таких дел составляют дела о защите нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций. В эту группу включены дела, традиционно рассматриваемые судами по отличным от исковых дел правилам, в частности, дела об оспаривании нормативных правовых актов, оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, иных государственных органов, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих и подобные им дела.

Вторую группу дел составляют административные дела, связанные с судебным контролем за законностью и обоснованностью осуществления государственных и иных публичных полномочий (например, о госпитализации гражданина в недобровольном порядке в медицинскую организацию).

Собственно, обе группы административных дел связаны с судебным контролем за решениями, действиями субъектов, наделенных властными полномочиями. Отличие состоит в том, что по первой группе административных дел контроль суда можно назвать последующим, а по второй группе дел – превентивным.

За пределами правового регулирования КАС РФ остались вопросы судебного рассмотрения дел об административных правонарушениях. Рассмотрение таких дел судами осуществляется по правилам, закрепленным в Главах 24–30 Раздела 4 КоАП РФ «Производство по делам об административных правонарушениях», а подсудность дел мировым, федеральным судьям, судьям арбитражных судов, гарнизонных военных судов определяет Ст. 23.1. КАС РФ.

Вместе с тем рассмотрение судьями дел об административных правонарушениях является формой судебного контроля за привлечением лица к административной ответственности. Нормы, регламентирующие процессуальные вопросы рассмотрения дел об административных правонарушениях судами, не были перенесены в КАС РФ.

Также административные дела, входящие в компетенцию арбитражных судов, по-прежнему рассматриваются по правилам АПК РФ.

В этой связи трудно согласиться с мнением Ю.Н. Старилова, что «административное процессуальное законодательство находится

в юридических границах КАС РФ»⁴. Автор предлагает дополнить ч. 2 Ст. 118 Конституции РФ, включив производство по делам об административных правонарушениях в число самостоятельных видов судопроизводства⁵. Однако логичнее была бы легитимация арбитражного судопроизводства, которое представлено самостоятельной системой арбитражных судов и АПК РФ.

Неопределенность в вопросе о границах административного судопроизводства во многом объясняется отсутствием его доктринального и легального определений. Не прибавляет ясности в этом вопросе законодательная не урегулированность административных процедур⁶.

На наш взгляд, понятием административное судопроизводство (административная юстиция) охватывается рассмотрение административных дел судами общей юрисдикции и арбитражными судами. Несудебное рассмотрение административных споров относится к области административных процедур.

При дезинтеграции гражданского процесса, алогичным представляется сохранение в АПК РФ Главы 22 «Особенности рассмотрения дел, возникающих из административных и иных публичных правоотношений».

Имеет смысл отграничить судебное производство по рассмотрению дел об административных правонарушениях от производства по рассмотрению таких дел иными органами (должностными лицами). С этой точки зрения также верно было бы включить производство и по рассмотрению судами дел об административных правонарушениях в КАС РФ. Таким образом можно устранить не только путаницу в понятиях, но и процессуальные коллизии.

⁴ Ю.Н. Старилов. Административное судопроизводство и административные процедуры: к системному взаимодействию и надлежащему уровню правовой регламентации // Административное право и процесс. 2018. № 3 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Там же.

⁶ См.: Давыдов К.В. Современное состояние и перспективы развития российского законодательства об административных процедурах. Проект Федерального закона «Об административных процедурах и административных актах в Российской Федерации» // Журнал административного судопроизводства. 2017. № 1. С. 47–69; Старилов Ю.Н. Административное судопроизводство и административные процедуры: к системному взаимодействию и надлежащему уровню правовой регламентации // Административное право и процесС. 2018. № 3 // СПС «КонсультантПлюс».

Например, согласно Ст. 29.3 КоАП РФ при наличии обстоятельств, предусмотренных ч. 1 Ст. 29.2 КоАП РФ, судья, член коллегияльного органа, должностное лицо обязаны заявить самоотвод. Заявление о самоотводе подается председателю соответствующего суда, руководителю коллегияльного органа, вышестоящему должностному лицу. Как видно, этот порядок самоотвода судьи не соответствует общему процессуальному правилу, по которому самоотвод оформляется самим судьей в форме определения (Ст. 34,35 КАС РФ, ст. 19, 20 ГПК РФ).

Особенностью административного судопроизводства России является институт процессуальной защиты прав и охраняемых законом интересов других лиц, который имеет глубокие корни в российском гражданском процессуальном праве и сохранен в КАС РФ.

Аналогичный институт неизвестен зарубежным моделям административного судопроизводства.

Статья 4 КАС РФ предоставляет право каждому заинтересованному лицу обратиться в суд за защитой нарушенных либо оспариваемых прав, свобод и законных интересов. Заинтересованность такого лица может иметь различную природу. В любом случае побудительным мотивом возбуждения в суде административного дела является юридический интерес, который может быть не только материально-правовым, но и процессуально-правовым. Естественным является положение, при котором само лицо, чье право нарушено, обращается в суд с административным иском (заявлением, жалобой). Это вытекает из принципа диспозитивности, суть которого заключается в возможности лица по своему усмотрению самостоятельно располагать субъективными правами, распоряжаться процессуальными средствами их защиты. Предполагается, что такое лицо первым должно узнать о нарушении своего права. Именно это лицо является субъектом спорного материального правоотношения, оно имеет материально-правовую заинтересованность в исходе дела т.к. получает определенные выгоды при удовлетворении судом его требований, на него распространяется сила судебного решения и т.д.

Вместе с тем Ст. 4 КАС РФ особо оговаривает право на обращение в суд в защиту прав других лиц или в защиту публичных интересов.

Прокурор вправе обратиться в суд с административным иском заявлением в защиту прав, свобод и законных интересов гра-

ждан, неопределенного круга лиц или интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, а также в других случаях, предусмотренных федеральными законами (Ст. 39 КАС РФ).

Помимо прокурора в суд с административным иском за защитой прав и интересов других лиц вправе обратиться государственные органы, должностные лица, Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации, Уполномоченный по правам человека в субъекте Российской Федерации, Уполномоченный при Президенте Российской Федерации по правам ребенка, уполномоченный по правам ребенка в субъекте Российской Федерации, иные органы, организации, отдельные граждане (ст. 40 КАС РФ).

Указанные должностные лица, органы, организации и граждане не являются стороной в споре, их права и интересы не нарушены ответчиком, а просьба их к суду заключается в защите не своего, а чужого права (интереса).

КАС РФ предусматривает и вторую форму участия указанных выше субъектов в рассмотрении административных дел: вступление в дело для дачи заключения (например, административное дело о защите интересов несовершеннолетнего или лица, признанного в установленном порядке недееспособным, в случае отказа законного представителя от медицинского вмешательства, необходимого для спасения жизни, рассматривается с участием представителя органа опеки и попечительства и прокурора (ч. 3 ст. 285-3 КАС РФ)).

Упущением законодателя является отсутствие регламентации участия в административном процессе в форме дачи заключения по делу иных, помимо прокурора, субъектов. В частности, в ст. 37 КАС РФ в числе лиц, участвующих в деле, не указаны органы, организации и лица, вступающие в процесс в целях дачи заключения по основаниям, предусмотренным федеральным законом. В Ст. 40 КАС РФ вторая форма участия указанных субъектов также не отражена. Вместе с тем, в нормах специальных законов такое право за указанными субъектами закреплено.

Так, согласно п. 1 Ст. 29 ФКЗ от 26.02.1997 №1-ФКЗ «Об уполномоченном по правам человека в Российской Федерации», по результатам рассмотрения жалобы Уполномоченный вправе обратиться в суд с административным исковым заявлением (иском) в защиту прав, свобод (в том числе неограниченного круга лиц), нару-

шенных субъектами, наделенными властными полномочиями, а также лично или через своего представителя участвовать в процессе в установленных законом формах⁷.

Особенностью российского административного процесса является сочетание следственной модели административного процесса с состязательностью. Законодатель объединил в единый принцип различные по содержанию начала, закрепив в ст. 6 КАС РФ принцип состязательности и равноправия сторон при активной роли суда.

Подлинная состязательность не предполагает активность суда в рассмотрении и разрешении дела. Состязательность сторон и активная роль суда являются антиподами.

Сразу оговоримся, что принцип активной роли суда не характерен для споров, возникающих из гражданско-правовых отношений, что обусловлено их правовой природой (равноправие субъектов, автономия их воли). Вместе с тем, даже в теории гражданского процессуального права этот принцип был в свое время выделен в системе отраслевых принципов. В частности, впервые точку зрения о самостоятельном характере принципа активной помощи суда в гражданском процессе высказал В.М. Семенов⁸. Затем Р.Е. Гукасян указывал на принцип активной помощи в защите права со стороны государства в лице суда, прокуратуры, иных государственных органов как на самостоятельный отраслевой принцип гражданского процессуального права⁹.

Можно заметить, что по сравнению с нормами ГПК РФ в КАС РФ законодатель частично пересмотрел концепцию ограничения принципа диспозитивности по делам об оспаривании нормативно-правовых актов, допустив возможность прекращения производства по делу в связи с отказом истца от административного иска (п. 2 ч. 2 Ст. 214 КАС РФ).

При этом, возможность продолжения процесса, несмотря на отказ административного истца от исковых требований, законодатель

⁷ ФКЗ № 1-ФКЗ от 26.02.1997 г. // СПС «КонсультантПлюс».

⁸ Семенов В.М. Специфические отраслевые принципы советского гражданского процессуального права // Сборник научных трудов Свердловского юридического института. Вып. 4. Свердловск. 1964. С. 330.

⁹ См.: Гукасян Р.Е. Проблема интереса в гражданском процессуальном праве. Саратов. 1970. С. 95–122.

обусловил наличием публичных интересов, препятствующих принятию судом данного отказа. Только судебная практика способна определить применительно к конкретным правоотношениям наличие (отсутствие) публичного интереса. Уместно в этой связи упомянуть, что Верховный Суд РФ полагал ранее, что по делам об оспаривании нормативных правовых актов невозможно прекращение производства по делу в связи с отказом истца от иска, утверждение судом мирового соглашения, и даже признание требования органом или должностным лицом, принявшими оспариваемый нормативный правовой акт, подлежало судебной оценке¹⁰.

Такой правовой подход в целом, по нашему мнению, являлся правильным с точки зрения объекта защищаемых прав, и соответствующее правовое регулирование разумно восстановить в КАС РФ.

Далее, согласно ч. 8 Ст. 226 КАС РФ при проверке законности неправовых административных актов суд не связан основаниями и доводами, содержащимися в административном исковом заявлении о признании незаконными решения, действия (бездействия) органа, организации, лица, наделенных государственными или иными публичными полномочиями, и выясняет обстоятельства, указанные в частях 9 и 10 настоящей статьи в полном объеме.

Суд не утверждает соглашение о примирении сторон, если его условия противоречат закону, в том числе части 1 настоящей статьи, или нарушают права, свободы и законные интересы других лиц (ч. 5 ст. 137 КАС РФ).

Последняя формулировка обязывает суд проверять, соответствуют ли условия соглашения о примирении закону. Возможно ли выполнить указанное требование закона по публичному правоотношению без разрешения административного спора по существу, без применения соответствующего закона, регламентирующего спорное административное правоотношение? Решение поставленных вопросов осложняет то, что КАС РФ не дает определение понятию соглашение о примирении.

¹⁰ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29.11.2007 г. № 48 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части». (Постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 г. № 50 указанное Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29.11.2007 г. № 48 признано не подлежащим применению)//СПС «Консультант Плюс».

Такое соглашение во всяком случае по делам об оспаривании нормативных правовых актов, решений, действий (бездействия) органа, организации, лица, наделенных государственными или иными публичными полномочиями, однозначно невозможно, поскольку по такого рода делам задача суда – установить, соответствуют ли закону оспариваемые действия, правовой акт. Если решения, действия (бездействие) органа, организации, лица, наделенных государственными или иными публичными полномочиями, либо нормативный правовой акт не соответствуют закону, компромисс невозможен; если соответствуют – то же самое.

В ч. 12 ст. 213 КАС РФ прямо закреплено, что соглашение о примирении сторон по административному делу об оспаривании нормативного правового акта не может быть утверждено. Вместе с тем ч. 1 Ст. 214 КАС РФ некорректно отсылает к п. 2 ст. 194 КАС РФ в качестве основания прекращения производства по делу об оспаривании нормативного правового акта, поскольку последняя норма допускает прекращение производства по делу, если имеется определение суда по тождественному делу об утверждении соглашения о примирении сторон.

Далее, административный иск может быть предъявлен в интересах конкретного лица либо неопределенного круга лиц прокурором, либо иным уполномоченным органом. Правовые последствия отказа от иска в этих случаях по-разному регламентированы в КАС РФ.

Следует отметить, что в ГПК РФ не был урегулирован вопрос о праве и процессуальных последствиях отказа прокурора от иска, поданного в интересах неопределенного круга лиц. Можно заметить, что и в КАС РФ нет определенности в этом вопросе.

Согласно ч. 5 Ст. 39 КАС РФ и в ч. 6 ст. 40 КАС РФ (в первоначальной редакции) в случае, если соответственно прокурор либо орган, организация или гражданин отказываются от административного иска, поданного в защиту прав, свобод и законных интересов неопределенного круга лиц, являющихся субъектами административных и иных публичных правоотношений, то рассмотрение административного дела по существу продолжается. Поскольку фигура процессуального истца не замещалась иным субъектом, судебное разбирательство лишалось состязательности, суд переставал

быть беспристрастным арбитром, искусственно сохраняя «спор», замещая собой административного истца.

В любом случае ч. 5 ст. 39 КАС РФ и ч. 6 Ст. 40 КАС РФ вступали в противоречие с ч.ч. 2,5 ст. 46 КАС РФ, п. 2 ч. 2 Ст. 214 КАС РФ. Налицо была конкуренция указанных процессуальных норм.

Федеральным законом от 28.11.2018 г. № 451-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» часть 5 статьи 39 КАС РФ и в часть 6 статьи 40 КАС РФ признаны утратившими силу. Однако, указанные изменения не нивелировали данную проблему. В частности, остался открытым вопрос о том, вправе ли суд принять отказ прокурора (иного субъекта) от административного иска, поданного в интересах неопределенного круга лиц.

Исходя из системного толкования общей нормы (ч. 2 ст. 46 КАС РФ) и специальных норм, регламентирующих участие прокурора (иных субъектов) в административном деле (Ст. 39,40 КАС РФ), административный истец имеет право под контролем суда отказаться от иска.

Отказ от иска, поданного в интересах неопределенного круга лиц, возможен при ошибочном возбуждении дела, когда правовых оснований для признания действий административного ответчика незаконными не имелось. В любом случае отказ от иска процессуального истца, поданного в интересах неопределенного круга лиц, непосредственно не нарушает права потенциальных материальных истцов. Нет смысла в продолжении процесса, поскольку по действующему правовому регулированию, никто из возможных носителей предположительно нарушенных прав не знает о предъявлении иска прокурором (иными субъектами), к участию в деле они не привлекаются, перед судом не стоит задача по вовлечению в процесс заинтересованных лиц и т.д.

Все же нужно отметить, что специфика административных дел по искам в интересах неопределенного круга лиц и соответственно особенности принятия судом отказа процессуального истца от административного иска в интересах неопределенного круга лиц не учтены в КАС РФ.

Полагаем, что императивное закрепление обязанности прокурора (иного субъекта) публикации иска, поданного в интересах неопределенного круга лиц, одновременно с его предъявлением в суд,

с одной стороны, ограничит злоупотребления (возможность произвольного необоснованного отказа от иска), с другой стороны, наиболее способствует достижению процессуальной цели, ради которой институт процессуальной защиты чужих интересов существует в российском судебном процессе.

Смысл такой обязанности заключается в том, чтобы до неопределенного круга лиц, в интересах которых был предъявлен административный иск, было доведено содержание искового заявления. В случае прекращения производства по делу носители предположительно нарушенных прав, могут обратиться в суд с индивидуальными (коллективным) иском.

В связи с этим предлагается в текст ст. 39, 40 КАС РФ внести дополнение, обязывающее прокурора, иных уполномоченных субъектов публиковать текст искового заявления, поданного в интересах неопределенного круга лиц, и возможно определение суда в случае прекращения производства по делу в связи с отказом прокурора от такого иска.

В заключение, следует отметить, что применительно к административным делам имеет особое значение поиск оптимального соотношения публичного и частного в праве, поскольку по таким делам изначально субъекты спорного материального правоотношения не равны, и их рассмотрение судом сопряжено с присутствием публичного интереса. Судебный процесс должен быть организован таким образом, чтобы суд мог защитить слабого гражданина от произвола чиновников, наделенных административными и властными рычагами. Безусловно, все поставленные выше вопросы и предложения нуждаются в осмыслении с учетом судебной практики, однако их решение необходимо для размежевания административного процессуального права от смежных отраслей.

*Тигран Тигранович Алиев,
д.ю.н., профессор, профессор кафедры авторского
права, смежного права и частноправовых дисциплин
ФГБОУ ВО «Российская государственная академия
интеллектуальной собственности»*

ПРОБЛЕМЫ КВАЛИФИКАЦИИ НЕЗАКОННОГО ОБРАЗОВАНИЯ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА

Россия находится в регулярном движении к открытой экономике, эффективному использованию конкурентных преимуществ, и непременно к участию в международных объединениях. Данная сфера оказалась наиболее криминальной, то есть наблюдается постоянный рост преступности.

Экономическая преступность является угрозой на национальном и международном уровне, так как ее развитие ведет к стагнации не только экономического, но и политического и культурного развития народов. На VII Конгрессе ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, отмечалось, что некоторые формы экономической преступности могут ставить под угрозу права и свободы человека, а также стабильность и безопасность всего мира. Поэтому самой неотложной задачей в настоящее время является создание единого фронта противостояния экономической преступности. Под созданием такого фронта предполагается создание той единой базы данных, которая позволит характеризовать преступность в разных странах и возможность анализировать пути их предупреждения в целом и обзоры о тенденциях преступности.

На сегодняшний день в РФ совершается множество преступлений, которые непосредственно связаны с экономической деятельностью. Одним из видов экономических преступлений является незаконное образование юридического лица. Незаконное образование юридического лица является таким сегментом преступной деятельности, который является базисом материального обогащения и основой для организованной преступности. «Фирмы – однодневки» в основном создаются для легализации теневых капиталов и в данную преступную деятельность нередко привлекаются коррумпированные чиновники и другие высокопоставленные должностные лица.

Появление первых «фирм – однодневок» связано с принятием Закона РСФСР от 30 ноября 1994 года № 54 «О предприятиях и предпринимательской деятельности»¹. Данный документ установил минимальный размер уставного капитала предприятий в размере 10 000 рублей. Минимум данной суммы существенно упростил процедуру регистрации в налоговых органах и сам процесс создания юридического лица. Изначально «фирмы – однодневки» регистрировали на подставных лиц, посредством фальшивых документов, и создавались с целью сокрытия денежных средств. Такие фирмы не сдавали бухгалтерскую отчетность, не являлись в налоговые инспекции. По итогам месяца прекращали свою деятельность и ликвидировались, поэтому за ними прочно закрепилось название «однодневки».

Однако со временем цель создания таких фирм изменилась. В настоящее время востребованность «фирм – однодневок» на российском рынке заключается в неправомерном получении возмещения сумм из бюджета РФ. Кроме того, за возмещением обращаются фирмы, чьи экспортные сделки являются притворными.

Таким образом, преступления, связанные с незаконным образованием юридического лица, представляет большую общественную опасность, в частности для экономики РФ. Вовлечения в преступления, связанные с экономической деятельностью, а в частности незаконное создание юридического лица, высокопоставленных лиц, чиновников, правоохранительных органов, позволяет искусно скрывать всю незаконную деятельность, либо при выявлении преступления уйти данным категориям лиц от ответственности.

В статье 173.1 Уголовного кодекса РФ² установлены критерии, по которым, определяется незаконное создание юридического лица, указана санкция за совершение данного преступления. Данная норма УК РФ по своей сути, должна применяться к тем лицам, которые создают фирмы-однодневки с целью уклонения от уплаты налогов, таможенных пошлин и т.д. Также, в своей статье С.В. Ермаков указывает на еще одну категорию лиц, к которым будет при-

¹ Закон РСФСР от 25.12.1990 N 445-1 (ред. от 30.11.1994) «О предприятиях и предпринимательской деятельности» // <http://www.consultant.ru>.

² Уголовный кодекс Российской Федерации: текст с изменениями и дополнениями на 17 марта 2019 года. – Москва: Эксмо, 2019. – С. 170.

меняться ст. 173.1 УК РФ³: «Исходя из названия, эта норма должна применяться к тем лицам, кто на систематической основе занимается созданием и последующей «продажей» готовых юридических лиц, реорганизацией проблемных компаний с долговыми обязательствами, обналичиванием денежных средств»⁴. Но, непосредственно на практике данную норму УК РФ применить будет непросто.

Стоит отметить, что диспозиция ч. 1 ст. 173.1 предусматривает ответственность при незаконном образовании юридических лиц за два самостоятельных общественно опасных деяния. В первом случае, это образование (создание, реорганизация) юридического лица через подставных лиц. Во втором случае, это представление в орган, осуществляющий государственную регистрацию юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, сведений и данных, которые повлекли внесение в единый государственный реестр юридических лиц сведений о подставных лицах.

Для наличия состава преступления при незаконном образовании юридического лица необходимо наличие подставного лица. В соответствии с законодательством: «Под подставными лицами в настоящей статье и статье 173.2 настоящего Кодекса понимаются лица, которые являются учредителями (участниками) юридического лица или органами управления юридического лица и путем введения в заблуждение либо без ведома которых были внесены данные о них в единый государственный реестр юридических лиц, а также лица, которые являются органами управления юридического лица, у которых отсутствует цель управления юридическим лицом»⁵.

В соответствии с письмом ФНС РФ: «Под “фирмой-однодневкой” в самом общем смысле понимается юридическое лицо, не обладающее фактической самостоятельностью, созданное без цели ведения предпринимательской деятельности, как правило, не пред-

³ Уголовный кодекс Российской Федерации: текст с изменениями и дополнениями на 17 марта 2019 года. – Москва: Эксмо, 2019. – С. 170.

⁴ Ермакова С.В. Уголовная ответственность за незаконное образование юридического лица через подставных лиц и незаконное использование документов (статьи 173.1, 173.2 УК РФ) // Вестник Московского университета МВД России. – 2012. – № 5. – С. 126 – 129.

⁵ Уголовный кодекс Российской Федерации: текст с изменениями и дополнениями на 17 марта 2019 года. – Москва: Эксмо, 2019. – С. 170.

ставляющее налоговую отчетность, зарегистрированное по адресу массовой регистрации, и т.д.»⁶.

Исходя из сущности понятия подставного лица, многие лица уходят от ответственности, вследствие недоработки данной уголовно-правовой нормы. При осведомленности подставного лица о действиях фирмы, если следовать букве закона, отсутствует состав преступления, так как главным фактором подставного лица является введение его в заблуждение. Следовательно, норма не исполняет функцию, изначально заложенную законодателем. Таким образом, в результате неправильного изложения уголовно-правовой нормы, а в последующем и толкования данной нормы, лица, которые знали о деятельности «фирмы – однодневки» и привлечены в качестве подставного лица не будут нести уголовной ответственности по ст. 173.1 УК РФ⁷. Это происходит в результате того, что законодателем не указано, на то, как должны действовать правоохранительные органы вследствие выявления факта осведомленности подставного лица о деятельности «фирмы – однодневки».

Нельзя оставить без внимания то, что при смене руководителя юридического лица на подставное лицо, ст. 173.1 УК РФ⁸ не может быть применена. В соответствии со ст. 173.1 УК РФ⁹ состав преступления незаконного образования юридического лица подразумевает под собой образование, создание или реорганизацию юридического лица через подставных лиц. В соответствии с вышеизложенным, если лицо непосредственно зарегистрировало юридическое лицо в соответствии с требованиями закона и в последующем сменило руководителя на подставное лицо, то он не может быть привлечен к ответственности по ст. 173.1 УК РФ¹⁰. Это значительный пробел нашего законодательства, который открывает возможность безнаказанно осуществлять преступную деятельность. Не только смена руководителя с реального лица на номинальное не влечет за

⁶ Письмо ФНС РФ от 11.02.2010 N 3-7-07/84 «О рассмотрении обращения» // <http://www.consultant.ru>.

⁷ Уголовный кодекс Российской Федерации: текст с изменениями и дополнениями на 17 марта 2019 года. – Москва: Эксмо, 2019. – С. 170.

⁸ Там же.

⁹ Там же.

¹⁰ Уголовный кодекс Российской Федерации: текст с изменениями и дополнениями на 17 марта 2019 года. – Москва: Эксмо, 2019. – С. 170.

собой никакой уголовной ответственности, но также и смена учредителя юридического лица на подставное лицо не регулируется ст. 173.1 УК РФ¹¹. Следовательно, для лиц, осуществляющих преступную деятельность данная «лазейка» в законодательстве РФ предоставляет огромные возможности для совершения общественно опасных и противоправных деяний, и при этом не нести уголовной ответственности. Таким образом, большое количество преступлений по итогу остаются не раскрытыми, а лица, непосредственно совершившие противоправное деяние, остаются безнаказанными и продолжают совершать преступления в экономической сфере.

Необходимо отметить, что из приведенного выше определения «фирмы – однодневки», мы приходим к выводу о том, что само по себе незаконное создание юридического лица не подразумевает общественную опасность или какие-либо противоправные действия, то есть уголовно-правовой охраны в таком виде данная норма не требует. Таким образом, само по себе незаконное образование юридического лица посягает на порядок, который установлен законодательством РФ для образования юридического лица. В этой связи целесообразнее переквалифицировать нормы из уголовного кодекса и включить в перечень административных правонарушений. В уголовном же кодексе РФ следует оставить данную норму, но существенно изменив. В КоАП РФ¹² необходимо ввести норму об образовании юридического лица либо непосредственно приобретение прав учредителя (руководителя) юридического лица, без цели осуществления экономической деятельности.

Вследствие того, что незаконное образование юридического лица, с целью извлечения прибыли и совершения преступных действий представляет собой общественно опасное преступление, путём нанесения значительного имущественного ущерба, то норму УК РФ о незаконном образовании юридического лица необходимо расширить. Во-первых, необходимо в ч. 1 ст. 173.1 УК РФ¹³ внести изменения, указав на то, что «фирмы-однодневки» непосредственно должны быть направлены на совершение экономических преступ-

¹¹ Там же.

¹² Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях: текст с изменениями и дополнениями на 17 марта 2019 г. – Москва: Эксмо, 2019. – 544 с.

¹³ Уголовный кодекс Российской Федерации: текст с изменениями и дополнениями на 17 марта 2019 года. – Москва: Эксмо, 2019. – С. 170.

лений, тяжких, и особо тяжких преступлений, финансирование терроризма и иной запрещенной законом деятельности.

Во-вторых, следует конкретизировать понятие подставного лица и внести ответственность за бездействие лица, который знал или должен был знать, что он является подставным лицом и не предотвратил осуществление преступной деятельности. Термин «подставное лицо», применяемый в Уголовном кодексе РФ, является неоднозначным, в связи с чем тяжело определить ли то или иное лицо подставным или соучастником.

Определение лица в качестве подставного, на наш взгляд является одним из важных вопросов для данной категории преступлений, так как на данный момент нет отдельного состава преступления, в котором подставное лицо знало о деятельности фирмы или в результате определенных обстоятельств должно было знать. Отсутствие такого состава преступления дает возможность избежать ответственности за бездействие. На практике, частым случаем является, когда лицо, знало о преступных действиях фирмы, либо догадывалось о ее деятельности, но не сообщал о преступлении, так как он сам в результате осуществления незаконной деятельности получал определенный доход. Научная работа Н.А. Егорова и А.А. Лехолетова указывает нам на проблему нашего законодательства, в частности в вопросе уголовной ответственности за незаконное образование юридического лица: «Строго следуя букве закона, можно прийти к выводу, что в случае осведомленности или даже наличия желания (в том числе, обусловленного получением материального вознаграждения за факт регистрации фирмы) подставного лица выступить, например, в качестве учредителя при создании организации, состав преступления, предусмотренного ст. 173.1 УК РФ отсутствует – ведь для привлечения к уголовной ответственности необходимо введение в заблуждение номинального руководителя, учредителя (участника) юридического лица»¹⁴.

В своей статье Малянова К.П. выявила ещё не менее эффективный метод борьбы с незаконным образованием юридических лиц, путём взаимодействия налоговых органов с правоохранитель-

¹⁴ Н.А. Егоров, А.А. Лехолетов. Незаконное образование (создание, реорганизация) юридического лица: проблемы квалификации и правовой регламентации ответственности // Актуальные проблемы экономики и права. – 2015. – № 2. – С. 233–239.

ными органами¹⁵. Данный метод заключается в обмене достоверной информации о зарегистрированном юридическом лице. В основном процедура сдачи бухгалтерской, налоговой отчетности происходит с помощью электронного ресурса, посредством сети «Интернет», что в настоящее время доступно каждому участнику коммерческих отношений. Наибольшее распространение из числа коммерческих компаний получила система «Клиент-банк». Преимущество её заключается в том, что открытие и закрытие счетов, проведение денежных операций и т.д. осуществляется с помощью электронной связи, а ключевым момент является то, что при данной процедуре необходима электронная подпись уполномоченного лица. В данном случае, электронная подпись, при взаимодействии сотрудников налоговой службы с правоохранительными органами предоставляет возможность отследить IP-адреса компьютеров налогоплательщиков, а также непосредственно местонахождение, где расположены «фирмы – однодневки».

Таким образом, мы приходим к выводу о том, что норма 173.1 УК РФ наносит значительный ущерб экономики РФ, в связи, с чем контроль над данной сферой необходимо усилить и вовремя выявлять данную категорию преступлений. Своевременное выявление позволит меньше развиваться преступности в экономической сфере, а также поспособствует увеличению дохода в бюджет РФ.

Нельзя оставить без внимания тот факт, что ст. 173.1 УК РФ¹⁶ требует значительных изменений. Во-первых, понятие термина подставные лица, которое дается в примечании к ст. 173.1 УК РФ¹⁷ не раскрывает в полном объеме реальный круг лиц, с помощью которых может быть образовано (создано, реорганизовано) юридическое лицо. Во-вторых, необходимо конкретизировать в отношении, каких сведений подставное лицо должно быть введено в заблуждение. В-третьих, необходимо внести в Ст. 173.1

¹⁵ Малянова К.П. Общие положения криминалистической характеристики преступлений, связанных с незаконным образованием (созданием, реорганизацией) юридического лица // Вестник Восточно-Сибирского института МВД России. – 2018. – № 3 (86). – С. 214 – 218.

¹⁶ Уголовный кодекс Российской Федерации: текст с изменениями и дополнениями на 17 марта 2019 года. – Москва: Эксмо, 2019. – С. 170.

¹⁷ Там же.

УК РФ¹⁸ ответственность за бездействие подставного лица, в случае его осведомленности о незаконной и противоправной деятельности «фирмы – однодневки».

Также, необходимо внести в КоАП РФ¹⁹ норму о незаконном образовании юридического лица, без цели осуществления экономической деятельности, так как по своей сущности данный состав не несет общественной опасности и не является преступлением.

В уголовном кодексе данная норма должна остаться, но с поправкой в диспозиции: *«Образование (создание, реорганизация) юридического лица через подставных лиц, с целью осуществления противоправных действий, экономических преступлений...»*.

¹⁸ Там же.

¹⁹ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях: текст с изменениями и дополнениями на 17 марта 2019г. – Москва: Эксмо, 2019. – 544 с.

*Владимир Александрович Артемов,
аспирант кафедры гражданского права и процесса
и международного частного права
Юридического института
Российского университета дружбы народов (РУДН)*

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ О ДЕЛОВОЙ РЕПУТАЦИИ В РОССИИ И ЗА РУБЕЖОМ

В данной статье проведен анализ знаковых судебных дел России, Франции, Великобритании в отношении защиты деловой репутации в контексте сравнительно-правового исследования института компенсации репутационного вреда. В рамках исследования был выявлен ряд тенденций правового регулирования и правоприменительной практики в сфере разрешения споров о деловой репутации в названных странах.

Ключевые слова: деловая репутация, репутационный вред, компенсация репутационного вреда, нематериальные убытки, диффамация.

Деловая репутация компании безусловно является весьма ценным со многих позиций объектом, нематериальным благом, обладающим имущественным содержанием. Российское законодательство прямо не предусматривает такой способ защиты деловой репутации компании как компенсация нематериального (репутационного) вреда, а судебная практика в рассматриваемой сфере до недавнего времени (до 1 октября 2013 года) складывалась на основе применения аналогии закона – репутационный вред возмещался исключительно через п. 7 ст. 152 ГК РФ. В настоящее время на юридических лиц распространяются правила о защите деловой репутации физического лица. Исключение составляют правовые нормы о компенсации морального вреда. Правоприменительная практика последних лет отчетливо демонстрирует законность компенсации репутационного вреда компании. Правовые позиции, сформулированные Верховным Судом РФ в его недавних актах, наглядно демонстрируют положение вещей в этой области – компания вправе рассчитывать на денежную компенсацию вреда, причиненного ее репутации (п. 21 Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2017), утв. 16.02.2017; определения ВС РФ от 18.07.2018 по делу № А40-2791/2017, от 27.07.2017 по делу № А57-29630/2015).

В ГК РФ понятие «деловая репутация» обозначает не связанное с материальными требованиями право юридического или физического лица. В современных реалиях понятие деловая репутация чаще всего связана с предпринимательской деятельностью¹.

Деловая репутация является важной характеристикой организации, которая включает в себя относительно устойчивое мнение контрагентов о достоинствах и особенностях организации. Можно выделить ряд элементов, включенных в понятие репутации: особенности стратегии предприятия, культура взаимоотношений с контрагентами и партнерами, социальная миссия организации, известность бренда, взаимоотношения внутри производственных и организационных сферах предприятия. Законодательство не может создать деловую репутацию предприятия, оно лишь закрепляет право на его защиту. Цель каждой компании, которая в современных условиях повышенной конкуренции хочет привлечь на свою сторону клиентов – заботиться о формировании положительной деловой репутации. Это поможет не только повысить прибыль, но и получить важное средство индивидуализации виде своего бренда в отличие от конкурентов.

Для определения деловой репутации гражданина учитывается уровень его квалификации и характеристика профессиональной деятельности, а юридического лица – оценка производственной или иной деятельности в соответствии с его правовым статусом в условиях предпринимательских и рыночных отношений.

Понятие «деловая репутация» может быть применено и к юридическим и к физическим лицам. Чаще всего деловая репутация компании понимается как совокупность определенных признаков. Во-первых, в том, что деловая репутация по своей сути выступает восприятием организации в официальной сфере (индикаторами деловой репутации выступают фирменное название предприятия, качество, выпускаемой им продукции, перспективность бизнеса, налаженные контакты с другими участниками рынка, высокая квалификация персонала, отсутствие нарушений законодательства со стороны предприятия и др.). Во-вторых, когда говорят о деловой репутации компании, имеют в виду ее образ, сложившийся в глазах

¹ Dudin M.N., Smirnov V.V., Rusakova E.P. The Formation of Entrepreneurship in Russia: Historical Background and Modernity // Bylye Gody, 2017 vol. 46 Is. 4. (9) 1174–1183.

широкой общественности в результате ее работы (потребители, покупатели, СМИ).

В настоящее время российская судебная практика по рассматриваемой категории дел не отличается единством подходов к разрешению споров, несмотря на то, что Верховный Суд РФ установил законность возмещения репутационного вреда юридического лица². Истец, обосновывая свои исковые требования, должен доказать ряд обстоятельств, в частности сформированный характер деловой репутации, и факт утраты (снижения) доверия к ней, вызванный распространением порочащих сведений, не соответствующих действительности. Кроме того, в предмет доказывания входят: 1) негативные последствия, возникшие в результате распространения выше-названных сведений; 2) причинно-следственная связь между действиями ответчика и негативными последствиями в виде репутационного вреда.

В суде доказательствами сформированной деловой репутации организации являются рекомендательные письма от деловых партнеров и исполненные соглашения, заключенные с ними в определенной сфере (Постановление АС Поволжского округа от 09.09.2014 по делу № А12-31385/2012). Суд также учитывает факт нахождения организации в каком-либо рейтинге. Судом берется в усмотрение отсутствие претензий со стороны партнеров компании о качестве ее продукции (Постановление АС Северо-Западного округа от 11.12.2018 по делу № А56-26348/2018)³.

В рамках сравнительно-правового исследования регламентации отношений по возмещению репутационного вреда, стоит отметить, что в Великобритании диффамация имеет правовую природу деликта⁴. Законодательство Великобритании не содержит легального определения диффамации. В настоящее время правовая регламента-

² Артемьева Ю.А., Ермакова Е.П., Ковыршина Н.А., Русакова Е.П. Способы разрешения споров с разносистемных правопорядках. Монография // Москва, Инфотропик Медиа, 2017.

³ Артемьева Ю.А., Ермакова Е.П., Ивановская Н.В., Протопопова О.В., Русакова Е.П., Ситкарева Е.В., Фролова Е.Е. Разрешение финансовых споров в странах АТР (Австралия, Гонконг, Индия, Индонезия, Китай, Малайзия, Новая Зеландия, Сингапур, США, Таиланд, Япония). Монография // М., Инфотропик Медиа, 2019, 416 с.

⁴ Horsey, K. and Rackley, E. (2017). *Tort Law (5th Edition)*. Oxford, UK: Oxford University Press.

ция отношений в данной сфере осуществляется рядом правовых норм, содержащих признаки диффамации, часть из которых демонстрирует принципиально иной законодательный подход к ее определению в сравнении с подходом российского законодателя.

Правовые документы, раскрывающие элементы диффамации, представлены действующими параллельно и дополняющими друг друга статутами, носящими название Defamation Acts. Последним актом в этой системе источников правового регулирования отношений по возмещению репутационного вреда, является Акт о диффамации 2013 года, которым реформированы аспекта ранее принятых документов в рассматриваемой сфере, в частности Актов о диффамации 1952 года и 1996 года, которые были разработаны в рамках общего права, с периодическими статутными дополнениями. Немаловажную роль в реформировании рассматриваемого института сыграло и то обстоятельство, что закон о диффамации устарел для новых форм цифровых СМИ, нормы общего права считались способствующими защите репутации, а не свободы выражения мнений (что привело к последующей репутации английских судов как места притяжения для «клеветнического туризма»).

В данном случае интерес представляет раздел 1 (1) Закона, касающийся нового законодательного требования о том, что клеветнические заявления должны наносить «серьезный ущерб» репутации заявителя: *«Заявление не является клеветническим, если только его публикация не нанесла или может нанести серьезный ущерб репутации истца»*.

Анализируя нормы английского и российского права, регулирующие институт компенсации репутационного вреда, можно обнаружить сходство подходов к категории диффамации. Несмотря на то, что в российском законодательстве термин «диффамация» не используется, в названных правовых порядках он означает распространение порочащих сведений, не соответствующих действительности, с той только разницей, что данная дефиниция в английском праве не имеет обширного толкования в части аспекта соответствия действительности этих сведений. Причиной тому служит положение Акта о диффамации 2013 году, предусматривающее, что при оценке факта опубликования сведений, которым причинен репутационный вред истцу, вопрос достоверности этих сведений не берется в усмотрение. В иске о диффамации заявитель должен доказать, что

информация была прочитана третьей стороной и лицу был нанесен весомый вред. Это также относится к искам компаний за клевету – они должны показать, что публикация клеветнической информации вызвала или может вызвать серьезный ущерб в виде значительных финансовых потерь⁵.

Основным способом защиты нарушенного права при диффамации в Великобритании является возмещение вреда. Исторически иски о диффамации и иски о неприкосновенности личной жизни пересекались, поскольку между ними не проводилось серьезных различий, подачей диффамационного иска осуществлялась защита различных интересов заявителя, не только его репутации. Разграничение данных правозащитных механизмов произошло в силу признания значительности репутационного вреда в сравнении с иными интересами в рамках неприкосновенности личной жизни.

В английской судебной практике уделяется внимание тому обстоятельству, что размер компенсации репутационного вреда может оказаться весьма значительным в сравнении с размером возмещения физического вреда (телесных повреждений). По этой причине для соблюдения баланса в оценке размера компенсации названных видов ущерба присяжные информируются судом об актуальном уровне возмещения. В деле *John v MGN* [1997] QB 586⁶ сделан акцент на необходимости такого информирования с целью принятия наиболее рационального решения.

Во Франции правовым документом, раскрывающим основные элементы диффамации, является Акт о прессе 1881 года. Согласно данному акту диффамация может являться как гражданско-правовым правонарушением, так и уголовно наказуемым деянием. Французский законодатель различает диффамацию в форме оскорбления и в форме клеветы. Диффамация в форме клеветы в указанном акте определяется как «утверждение или приписывание кому-либо фактов», наносящих ущерб чести, достоинству и деловой репутации лица, в то время, как оскорбление понимается как «любое

⁵ Frolova E.E., Zankovsky S.S., Dudin M.N., Zinkovsky S.B., Kirsanov A.N. Studying Concepts of the Breakthrough Economic Reforms in Selected Developed and Developing Countries and Regions of the World: Economic and Legal Aspect // Journal of Advanced Research in Law and Economics. 2018. Vol. 9. № 4. P. 1236–1242.

⁶ *John v MGN* [1997] QB 586. England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions.

оскорбительное выражение, неуважение или инвективное выражение, не содержащее вменения в вину какого-либо деяния»⁷. Лицо, чьей репутации причинен вред может обратиться за его компенсацией в порядке ст. 1240 ГК Франции, которая гласит: «Какое бы то ни было действие человека, которое причиняет другому ущерб, обязывает того, по чьей вине ущерб произошел, к возмещению ущерба».

Оценка и обоснование неимущественного (репутационного) вреда, причиненного юридическому лицу, осуществляется на индивидуальной основе и основывается на различных критериях, таких, как тяжесть вины лица, причинившего вред, и последствия его причинения. Например, в деле Auchan компания Intermarché ошибочно обвинила своего конкурента, компанию Auchan, в незаконной коммерческой практике. Суд постановил, что действия компании Intermarché представляют собой акты клеветы, направленные на публичную дискредитацию конкурента (Cour d'appel de Paris, 29 mars 1993, RG n° 92/005542).⁸

Вывод. В рамках сравнительно-правового исследования правовой регламентации разрешения споров о деловой репутации в России и Великобритании, следует отметить наличие ее существенных различий. В российском праве не существует специального нормативного правового акта, регулирующего исключительно вопросы защиты деловой репутации, тогда как в Великобритании эти отношения урегулированы статутным правом, в частности системой актов о диффамации. В российском гражданском праве не закреплены понятия, широко используемые в законодательстве Великобритании, такие как «клевета» и «диффамация», в ст. 152 ГК РФ российский законодатель оперирует понятием «распространение порочащих, не соответствующих действительности сведений». По английскому праву, диффамация представляет собой гражданское правонарушение, за совершение которого виновный должен будет выплатить компенсацию пострадавшему. В российском праве распространение порочащих сведений, не соответствующих действительности, не является деликтом, поскольку не упомянуто в гл.

⁷ Ермакова Е.П. (2017). Новые параметры разрешения международных финансовых споров // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2017. Т. 12. № 6. С. 234–243.

⁸ Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 27 novembre 1996, 96-80.318, Inédit. Journal officiel de la République Française (JORF).

59 ГК РФ. Убытки компании, чьей репутации нанесен вред в результате распространения таких сведений, взыскиваются в судебном порядке при доказанности репутационных потерь⁹.

Российское законодательство, так же как и законодательство Франции, прямо не устанавливают компенсацию репутационного вреда в качестве способа защиты деловой репутации. Английское право, напротив, предусматривает такой способ защиты деловой репутации юридического лица. В иске о диффамации заявитель должен доказать, что информация была прочитана третьей стороной и лицу был нанесен весомый вред. Во Франции судебной практикой установлена возможность компенсации репутационного вреда юридического лица. При этом диффамация является, прежде всего, основанием для применения норм уголовного права.

⁹ Ermakova E.P., Rusakova E.P., Sitkareva E.V., Frolova E.E. Main components of protecting consumers of financial products in Asian-Oceanic (APAC) countries // International Journal of Engineering and Technology (UAE). 2018. vol. 7. № 4.38. p. 157–162.

Марина Григорьевна Астаева,
аспирант Института законодательства
и сравнительного правоведения при Правительстве РФ,
адвокат Адвокатской палаты Московской области,
адрес электронной почты: mgastaeva@gmail.com

КЛАССИФИКАЦИЯ ОЦЕНОЧНЫХ ПОНЯТИЙ В ПРАВЕ СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Статья посвящена классификации оценочных понятий в праве социального обеспечения.

Ключевые слова и фразы: «оценочные понятия», «право социального обеспечения», «классификация оценочных понятий».

В праве социального обеспечения, как и во всех отраслях права, существуют оценочные понятия. Они заслуживают отдельного внимания, поскольку вызывают, как теоретический, так и практический интерес.

Основываясь на исследованиях ученых в теории права и используя определения¹, данные ими в отношении оценочных понятий, представляется верным определить оценочные понятия в праве социального обеспечения, как: *«понятия, которые не позволяют исчерпывающим образом определить смысл и суть нормы в нормативно-правовом акте, содержащем нормы определенной отрасли права»*².

Оценочные понятия, по общему правилу, не обладают достаточно ясным содержанием и не отражают исчерпывающие признаки предмета³. Но, тем не менее, оценочные понятия объективно необходимы, они задают определенную степень стабильности и регулятивной прочности, являются связкой нормативно-правового формализма и правоприменения⁴.

¹ Власенко Н.А. Язык права. Иркутск. Восточно-Сибирское книжное издательство. 1997. С. 202.

² Астаева М.Г. Проблема оценочных понятий в праве социального обеспечения. Черные дыры в Российском законодательстве. 2017. № 5. С. 46–47.

³ Кашанина Т.В. К вопросу об оценочных понятиях в советском праве. Проблемы применения советского права: сб. ученых трудов Свердловского юридического института. Свердловск. 1973. № 22. С. 160.

⁴ Власенко Н.А. Язык права. Иркутск. Восточно-Сибирское книжное издательство. 1997. С. 202.

Проблема оценочных понятий и их классификации была изучена советскими (Т.В. Кашаниной) и современными российскими учеными по теории права (О.Е. Фетисовым)⁵. Предложенная Т.В. Кашаниной и О.Е. Фетисовым классификации применительно к современному праву социального обеспечения могут быть использованы для выявления специфики оценочных понятий, определения степени их распространенности в законодательстве и правильного использования в практике.

Классификация оценочных понятий в праве социального обеспечения может быть представлена следующим образом:

1. По институтам права социального обеспечения: для *института пенсионного обеспечения и института социальных пособий* – такие оценочные понятия, как «трудовой стаж» и «страховой стаж», содержатся в федеральных законах: от 15 декабря 2001 г. № 166-ФЗ «О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации», от 28 декабря 2013 г. № 400-ФЗ «О страховых пенсиях», от 29 декабря 2006 г. № 255-ФЗ «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством»; для *института социального обслуживания* – такие оценочные понятия как: «нуждающийся в социальном обслуживании», «ухудшение условий жизнедеятельности граждан», «жизненные потребности», содержатся в Федеральном законе от 28 декабря 2013 г. № 442-ФЗ «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации».

2. По источникам права: оценочные понятия, содержащиеся в *международных правовых актах*, например, во Всеобщей декларации прав человека 1948 г.: «право на социальное обеспечение», «справедливые и благоприятные условия труда», «защита от безработицы», оценочные понятия в *нормативных правовых актах национального уровня (федеральные законы, подзаконные акты, законы субъектов федерации)*, например, в Федеральном законе от 24 апреля 2008 г. № 48-ФЗ «Об опеке и попечительстве» содержится такое оценочное понятие, как: «достойный уровень жизни», в Указе

⁵ Кашанина Т.В. Кандидатская диссертация на тему: «Оценочные понятия в советском праве». 1974., Кашанина Т.В., Кашанин А.В. «Основы Российского права». Учебное пособие. Норма. Москва. 1996, Фетисов О.Е. Кандидатская диссертация на тему: «Оценочные понятия в праве: проблема теории и практики». 2009.

Президента РФ от 13 июля 1996 г. № 884 «О доктрине развития российской науки» – «достойный уровень жизни людей», в Законе города Москвы от 17 января 2001 г. № 3 «Об обеспечении беспрепятственного доступа инвалидов и иных маломобильных граждан к объектам социальной, транспортной и инженерной инфраструктуры города Москвы» – «беспрепятственный доступ».

3. По уровню законодательного регулирования: содержащиеся в актах федерального уровня, например в Федеральном законе 17 июля 1999 г. № 178-ФЗ «О государственной социальной помощи» («малоимущая семья», «малоимущий одиноко проживающий гражданин, «трудная жизненная ситуация»); в актах органов субъектов РФ – Законе города Москвы от 9 июля 2008 г. № 34 «О социальном обслуживании населения и социальной помощи в городе Москве» («отдаленность проживания от нуждающегося в уходе гражданина», «частые и продолжительные командировки», «неблагоприятное социальное положение семьи или гражданина», «внутрисемейные конфликты», «противоправное поведение родителей или иных законных представителей несовершеннолетних»).

4. По степени общности предписаний: распространяются на всех граждан, например Федеральный закон от 15 декабря 2001 г. № 166-ФЗ «О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации» (оценочное понятие «трудовой стаж»), или по отдельным категориям лиц: Федеральный закон от 12 февраля 1993 г. № 4468-I «О пенсионном обеспечении лиц, проходивших военную службу, службу в органах внутренних дел, Государственной противопожарной службе, органах по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, учреждениях и органах уголовно-исполнительной системы, и их семей» (оценочное понятие «право на пенсионное обеспечение»).

Заключение

Необходимо отметить, что приведенная классификация оценочных понятий не является полной и исчерпывающей для права социального обеспечения и требует дальнейшей проработки. Попытка автора выявить специфику оценочных понятий через их классификацию будет детально рассмотрена и представлена в рамках других научных исследований по праву социального обеспечения.

Omrán Aghyad,
аспирант кафедры гражданского права и процесса
и международного частного права
Юридического института
Российского университета дружбы народов (РУДН)

Научный руководитель –
к.ю.н. Екатерина Петровна Русакова

О ДОГОВОРЕ АРЕНДЫ НЕДВИЖИМОСТИ В СИРИЙСКОЙ АРАБСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ

В данной статье рассматриваются некоторые особенности гражданско-правового регулирования отношений, возникающих в связи с арендой недвижимости в Сирии. Рассмотрены различия в определении размера арендной платы по договорам аренды, заключенным до и после реформы 2001 года. Рассмотрена основа гражданско-правового статуса сторон договора аренды в Сирии. Выявлены особенности определения сроков и определены основания расторжения договора аренды недвижимости. В заключении работы формулируется вывод о необходимости дальнейшего развития гражданского законодательства Сирии и отказа от применения старых социалистических законов.

Ключевые слова: договор аренды, недвижимость, Сирия, Гражданский кодекс Сирии.

Введение

Частноправовые отношения по аренде недвижимости в Сирии регулируются ст. 526–601 Гражданского кодекса Сирийской Арабской Республики (далее, ГК САР)¹, Законом Сирийской Арабской Республики № 6/2001 «Об аренде» и Законодательными декретами №111/1952 и № 3/1987.

Понятие договора аренды закреплено в ст. 526 ГК САР, в соответствии с которой под договором аренды понимается соглашение о передаче арендодателем имущества арендатору в пользование и/или владение на определенный срок в обмен за определенную

¹ Гражданский Кодекс Сирийской Арабской Республики // URL: <https://www.syrian-lawyer.club/%D9%86%D8%B5-%D9%85%D9%88%D8%A7%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF%D9%86%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D8%B3%D9%88%D8%B1%D9%8A/>.

плату. Определение договора аренды в сирийском законодательстве соответствует его определению не только в законодательстве арабских стран (например, Ст. 588 Гражданского кодекса Арабской Республики Египет)², но и в нормативных правовых актах европейских государства (например, Ст. 606 Гражданского кодекса Российской Федерации)³.

Данное определение является универсальным и относится к любым видам имущества, будь то недвижимое или движимое имущество, жилые дома или земли сельскохозяйственного назначения.

Популярность договора аренды обусловлена, с одной стороны, желанием наиболее состоятельного слоя населения увеличивать свой капитал за счет сдачи в найм собственного имущества, и потребностями среднего класса и бедных в жилье, помещении/земли для ведения бизнеса с другой. Не будет ошибочным предположить, что большая половина трудоспособного населения всей планеты хотя бы один раз заключали данное соглашение.

Одной из особенностей договора аренды является наличие постоянной коммуникации между нанимателем и наймодателем на протяжении всего срока соглашения. Это определяет необходимость детальной регламентации правил этого общения, подробного разъяснения прав и обязанностей каждой из сторон.

Арендная плата и залог

Размер арендной платы является существенным условием договора аренды. По общему правилу, стороны вправе свободно определять размер арендной платы. Исключение составляют договоры, которые были приняты до вступления в силу Закона САР №1/2001⁴, по которым размер арендной платы должен быть равен 5% от рыночной стоимости жилого объекта недвижимости и 7% от коммерческой недвижимости. Размер арендной платы по договорам аренды, которые регулируются нормами старого законодательства, может быть увеличен только путем переоценки рыночной стоимости объекта недвижимости.

² Гражданский кодекс Египта // https://www.trans-lex.org/602800/_/egyptian-civil-code/.

³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 31.07.2020) // http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/.

⁴ Закон об аренде № 6 от 2006 года <http://www.casi.gov.sy/node15/arabic/index.php?node=5518&cat=14806&>.

В соответствии с положениями сирийского гражданского законодательства арендодатель при достижении соглашения с арендатором вправе установить в договоре условие о предоплате, но не более чем за три месяца аренды недвижимости.

Стороны вправе предусмотреть условие о внесении арендатором залога, размер которого обычно равен размеру месячной арендной платы. Кроме того, в соответствии с положениями ГК САР, все движимое имущество арендатора, находящееся внутри объекта недвижимости, находится в залоге у арендодателя. В случае нарушения арендатором условий договора аренды, арендодатель имеет право реализовать находящееся в залоге движимое имущество только после получения соответствующего судебного постановления⁵.

Уплаченные арендатором в качестве залога денежные средства подлежат возврату по истечению срока, на который был заключен договор аренды, при условии, что все его условия были выполнены надлежащим образом и за нанимателем не числится задолженностей по оплате.

Права, обязанности и ответственность сторон договора аренды недвижимости в Сирии устанавливаются ГК САР и Законом САР № 6/2001. Несмотря на наличие двух законодательных актов, регулирующих отношения между арендатором и арендодателем, остается довольно много неразрешенных проблем. Следовательно, необходимо продолжать поиск и работать над совершенствованием законодательства об аренде в Сирии, особенно в сфере реконструкции и строительства.

Гражданским законодательством Сирии установлены следующие права и обязанности арендодателя:

1) Передача арендатору указанного в соглашении объекта недвижимости в надлежащем состоянии, и поддержание его в таковом на протяжении всего срока договора аренды. В случае необходимости арендодатель обязан проводить текущий ремонт объекта недвижимости. Если арендодатель не приступает к проведению текущего ремонта в установленный соглашением срок, то арендатор имеет право после получения судебного разрешения самостоятельно привести арендованный объект недвижимости в надлежащее состояние.

⁵ Артемьева Ю.А., Ермакова Е.П., Ковыршина Н.А., Русакова Е.П. Способы разрешения споров в разносистемных правовых порядках. Инфотропик Медиа, Москва, 2017.

Расходы, понесенные арендатором, вычитываются из арендной платы за имущество. Также, в случае нарушения арендодателем условий о содержании имущества в надлежащем состоянии, арендатор имеет право расторгнуть договор в одностороннем порядке, или же требовать уменьшения цены аренды.

2) Оплата всех налогов, которыми облагается арендованное имущество, в соответствии с сирийским законодательством.

3) Воздерживаться от совершения действий, способных препятствовать выгодному использованию арендатором имущества, а также от любого воздействия на имущество, наносящее ему какой-либо ущерб.

4) Устранять любые недостатки сданного в аренду имущества, которые препятствуют его нормальному использованию арендатором. Исключение составляют дефекты, о которых арендатор был заранее уведомлен или о которых он узнал во время заключения соглашения.

За арендатором гражданским законодательством Сирии закреплены следующие права и обязанности:

1) Своевременно вносить оговоренную в соглашении плату за арендованный объект недвижимости. Как правило, передача денежных средств осуществляется по месту нахождения арендованного имущества.

2) Предоставлять возможность арендодателю провести срочный ремонт объекта недвижимости, необходимый для его сохранения. Однако, в том случае, если это ухудшит его положение, арендатор имеет право требовать уменьшения или отмены арендной платы.

3) Использовать арендованную недвижимость исключительно в целях, указанных в соглашении о найме. А в случае отсутствия данных условий в договоре аренды, в соответствии с обычными условиями использования данного вида имущества.

4) Воздерживаться от внесения изменений в арендованную недвижимость без получения разрешения от арендодателя. В противном случае, у арендодателя появляется право требовать возвращения арендатором имущества в прежнее состояние и выплаты материальной компенсации.

5) В максимально короткие сроки уведомлять арендодателя об угрозе или о причинении вреда арендованному объекту недвижимости.

Гражданским законодательством Сирии предусмотрена возможность заключения как срочных, так и бессрочных договоров аренды недвижимости.

В том случае, если стороны установили определенный срок договора аренды недвижимости, то он прекращается по его истечению без требований об уведомлении.

Договоры аренды недвижимости, заключенные после проведения реформ гражданского законодательства 2001 года, подлежат обязательной государственной регистрации. По данным договорам арендодатель обладает правом обращения к судебным приставам с требованием о выселении арендатора, если тот не освобождает объект недвижимости, срок договора аренды которого истек.

Стороны вправе предусмотреть в договоре аренды недвижимости условие о его автоматическом расторжении в случае нарушения одной из сторон своих обязательств. Если сторонами данное условие не было предусмотрено, то арендодатель или арендатор имеют право расторгнуть договор в случае наступления обстоятельств, которые делают выполнение договорных обязательств обременительными. В таком случае законодателем установлено требование о соблюдении трехмесячного уведомительного периода и выплате расторгающей стороной компенсации.

Также, любая из сторон договора аренды недвижимости имеет право расторгнуть его по уважительной причине, которой может быть нарушение одной из сторон своих обязательств. Расторжение договоров аренды недвижимости по данной причине осуществляется в судебном порядке⁶. Но, прежде чем обратиться в суд, заявитель обязан направить уведомление нарушающей стороне с требованием устранить эти нарушения.

Суд может как принять решение о расторжении договора аренды недвижимости, так и предоставить нарушившей его стороне время для устранения нарушения и надлежащего выполнения своих обязательств, либо отказать в требовании в связи с незначительностью допущенных одной из сторон нарушения по сравнению с обязательствам в целом⁷.

⁶ Русакова Е.П. Рассмотрение частноправовых споров в странах БРИКС. РУДН, Москва, 2018.

⁷ Ermakova E.P., Rusakova E.P., Sitkareva E.V., Frolova E.E. Main components of protecting consumers of financial products in Asian-Oceanic (APAC) countries // International Journal of Engineering and Technology (UAE). 2018. vol. 7. № 4.38. p. 157–162.

Смерть одной из сторон договора аренды недвижимости не является основанием для его расторжения. Однако, наследники арендатора имеют право расторгнуть соглашение в одностороннем порядке, если докажут, что выполнение договорных обязательств является обременительным для них или превышает их доходы.

Договоры аренды недвижимости, заключенные до вступления в силу Закона САР № 6/2001, были заключены на неопределенный срок, так как предыдущие социалистические законы об аренде не допускали заключения срочных соглашений. Для данных договоров, Законом САР № 6/2001 были установлены следующие основания для одностороннего расторжения соглашения об аренде:

1) Неуплата арендной платы в течение 30 дней с направления требования об оплате арендодателем.

2) Ненадлежащее использование арендованного объекта недвижимости.

3) Несанкционированная субаренда объекта недвижимости.

Кроме того, арендодатель вправе расторгнуть данный договор в одностороннем порядке, если выплатит арендатору компенсацию в размере 40% от стоимости объекта недвижимости.

Заключение

Принятие в 2001 году Закона об аренде является одним из наиболее важных этапов в развитии гражданского законодательства Сирии, регулирующего отношения, возникающие в связи с арендой недвижимости. Данным законом подробно регламентируются порядок и условия заключения и расторжения договора аренды недвижимости, правовой статус сторон соглашения о найме. Однако, до сих пор в Сирии все еще действуют договоры аренды недвижимости, заключенные до проведения гражданско-правовой реформы в 2001 году, которые регулируются не современным гражданским законодательством, а социалистическим Законодательным декретом №111/1952, что создает дополнительные проблемы для правоприменителей и органов судебной власти.

*Полина Денисовна Багрянская,
аспирант 2 года МГУ имени М.В. Ломоносова
специалист отдела гражданского законодательства
и процесса Института законодательства
и сравнительного правоведения при Правительстве РФ;
pbagryanskaya@mail.ru*

ЭФФЕКТИВНОСТЬ ГРАЖДАНСКОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ

В статье рассматриваются подходы к определению понятия «эффективность гражданского судопроизводства», сложившиеся в отечественной и зарубежной литературе. Делается вывод о возможности использования европейского опыта при оценке эффективности судопроизводства по гражданским делам.

Ключевые слова: гражданское судопроизводство, эффективность гражданского судопроизводства, цели и задачи гражданского судопроизводства, зарубежный опыт.

Реформирование процессуального законодательства последних лет, как правило, происходит под эгидой реализации принципов процессуальной экономии, повышения качества и эффективности правосудия, оптимизации судебной нагрузки¹. В научных публикациях и в судебной практике эффективность и оптимальность гражданского судопроизводства нередко выступают в качестве главных целей осуществления правосудия, критериями оценки деятельности конкретного судьи и судебной системы в целом².

¹ См., например, Пояснительная записка к проекту федерального закона «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации, Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации, Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

² См., например, Смагина Е.С. Использование информационных технологий как альтернатива масштабным изменениям гражданского процессуального законодательства, направленным на повышение эффективности гражданского судопроизводства и оптимизацию судебной нагрузки // Вестник гражданского процесса. 2018. № 1. С. 51–59; Курочкин С.А. Эффективное судебное решение // Вестник гражданского процесса. 2020. № 3. С. 64–88., и др. Определение Конституционного Суда РФ от 27.02.2020 № 471-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Кривцова Александра Николаевича на нарушение его конституционных прав частью второй статьи 61 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации».

Однако до сих пор нет окончательного понимания того, что представляет собой эффективность гражданского судопроизводства, не выработаны четкие критерии ее оценки, условия достижения, и т.д. В итоге складывается ситуация, при которой вся процессуальная деятельность направлена на достижение определенного результата, содержание которого до конца неясно. Отсюда возникает и неопределенность при постановке задач гражданского судопроизводства. Предпримем попытку проанализировать содержание понятия «эффективность гражданского судопроизводства» на основе подходов, сложившихся в отечественной и зарубежной литературе³.

В самом общем виде эффективность можно определить как «результат, следствие каких-либо причин, действий; эффективный – значит дающий эффект, но не любой, а заранее намеченный, полезный, приводящий к нужным результатам; отсюда эффективность – это результативность целенаправленного действия»⁴. Правосудие по гражданским делам, представляя собой особый вид социальной деятельности также может быть исследовано с позиций эффективности.

Впервые на монографическом уровне проблема эффективности правосудия (применительно к уголовным делам) была исследована в 1979 г.⁵ Позднее А.В. Цихоцким были проанализированы теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам⁶. В последние годы также наблюдается устойчивый интерес к указанной проблематике⁷.

³ Артемьева Ю.А., Ермакова Е.П., Ковыршина Н.А., Русакова Е.П. Способы разрешения споров в разносистемных правовых порядках. Инфотропик Медиа, Москва, 2017.

⁴ Большая советская энциклопедия, т. 49. М., 1957. С. 284.

⁵ Петрухин И.Л., Батуров Г.П., Морщакова Т.Г. Теоретические основы эффективности правосудия. М., 1979.

⁶ Цихоцкий А.В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам. Новосибирск. 1997.

⁷ Плюхина М.А. Процессуальные средства обеспечения эффективности судопроизводства по гражданским делам: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002; Царегородцева Е.А. Способы оптимизации гражданского судопроизводства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург. 2006; Гагиев А.К. Критерии эффективности деятельности судов в гражданском и арбитражном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва. 2013, Сухорукова О.А. Эффективность гражданского судопроизводства: коммуникативный аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж. 2017, и др.

При этом в правовой науке сложилось три основных подхода к определению понятия эффективности правосудия:

1) эффективность определяется только как результативность норм и институтов государства и права, измеряется степенью достижения поставленных перед ними целей; при этом в рамках данного направления вопрос о соотношении понятий «оптимальность», «социальная ценность», «эффективность» не решается;

2) включение приведенного определения эффективности в содержание более широкой и емкой категории «оптимальность» для всесторонней оценки норм права и институтов государства;

3) комплексный подход, при котором понятие эффективности правосудия расширяется за счет указания на обусловленность правосудия социальными потребностями⁸.

Последний подход представляется наиболее правильным с точки зрения сущностных характеристик гражданского судопроизводства как особого вида социальной деятельности. На основе такого понимания эффективности гражданского судопроизводства предлагаются *критерии* его оценки: вынесение судами обоснованных и законных решений; обеспечение судами прав лиц, участвующих в гражданских делах; обеспечение судами других социально полезных результатов, указанных в законе; достижение результата с минимальными социальными издержками⁹.

Однако в последние годы наметилась общемировая тенденция к определению эффективности правосудия по гражданским делам с экономической точки зрения: во главу угла ставятся затраты судебной системы конкретного государства на осуществление гражданского судопроизводства. Показателем в этом отношении опыт европейских стран и США.

Так, например, в своем ежегодном докладе 2015 г. Председатель Верховного суда США судья Робертс заявил, что поправки к Федеральным правилам гражданского процесса (ФПГС) призваны «устранить наиболее серьезные препятствия на пути справедливого, быстрого и эффективному разрешению гражданских споров». Судья Робертс явно ссылаясь на правило 1 ФПГС, в котором указывается, что эти Правила должны толковаться для достижения

⁸ Петрухин И.Л., Батуров Г.П., Морщакова Т.Г. Указ. соч. С. 167–176.

⁹ Цихоцкий А.В. Указ. соч. С. 154–155.

«справедливого, быстрого и недорогого решения». Другими словами, судья Робертс приравнивал эффективность судопроизводства к дешевизне¹⁰.

Однако, большинство американских правоведов и экономистов такую точку зрения не разделяют. Скорее, эффективность означает оптимальный компромисс между стоимостью и функциональностью; система может одновременно стать менее дорогостоящей и менее эффективной, если экономия затрат компенсируется потерей производительности¹¹.

В 2002 г. Комитетом Министров Совета Европы была учреждена Европейская комиссия по оценке эффективности правосудия (СЕРЕЈ, далее также – Комиссия). Первоочередными задачами Комиссии являются:

- содействие эффективной реализации существующих инструментов Совета Европы, используемых для организации правосудия;
- обеспечение соответствия государственной политики в области гражданского судопроизводства потребностям пользователей системы правосудия по гражданским делам;
- выработка предложений по применению эффективных мер до момента подачи заявления в Европейский суд по правам человека и предотвращения нарушений статьи 6 Европейской конвенции по правам человека.

Для выполнения этих задач СЕРЕЈ с 2004 года осуществляет регулярную оценку судебных систем государств Совета Европы¹². При этом особый интерес представляют факторы, подлежащие анализу при оценке эффективности правосудия по гражданским делам, используемые Комиссией.

Глобально указанные факторы можно разделить на «организационные» и «судопроизводственные». К первой группе относятся расходы на судебную систему (в том числе зарплаты сотруд-

¹⁰ Suja A. Thomas, Redefining Efficiency in Civil Procedure, JOTWELL (March 30, 2016) // URL: <http://courtslaw.jotwell.com/redefining-efficiency-in-civil-procedure/>.

¹¹ Brooke Coleman, The Efficiency Norm, 56 B.C. L. Rev. 1777 (2015). URL: <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/faculty/733>.

¹² European judicial systems. Efficiency and quality of justice. CEPEJ Studies. No. 23. 2016. P. 5.

ников судебной системы, уровень компьютеризации, размер государственных пошлин, обеспеченность зданиями судов, обучение судей); состав судейского корпуса (учитываются профессиональные требования к занятию должности судьи, количество судей на душу населения, срок полномочия судей, гендерная принадлежность судьи, размер заработной платы судьи); организация работы судов (в том числе степень использования информационных технологий в работе судебной системы).

К «судопроизводственным» факторам, исследуемым СЕРЕЈ, относятся: степень удовлетворенности исходом дела лиц, участвующих в деле и количество выявленных нарушений ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод¹³. Например, для оценки эффективности по такому параметру как разумный срок судопроизводства выработаны следующие критерии: сложность дела, поведение истца, категория спора, социальная значимость процесса (например, трудовые споры об увольнении или семейные дела, касающиеся отношений между детьми и родителями).

Наравне с продолжительностью судебного разбирательства к важнейшим критериям оценки эффективности в рамках ЕС относятся доступность правосудия и предсказуемость решения¹⁴.

Также в специальных исследованиях зарубежных авторов, посвященных целям и задачам гражданского судопроизводства, отмечается, что наравне с эффективностью судопроизводства по гражданским делам его основополагающей целью является обеспечение социальной справедливости при распределении общественных ресурсов (в том числе и ресурсов судебной системы), а также способствование снижению конфликтности в обществе¹⁵.

Представляется полезным использовать кратко рассмотренные подходы, применяемые для оценки эффективности гражданского судопроизводства и в отечественных условиях.

¹³ Т.е. нарушения права на справедливое судебное разбирательство, составляющими которого являются: состязательность, равенство правовых возможностей, мотивированность решения, исполнимость решения, доступ в суд и др.

¹⁴ The Economics of Civil Justice: New Cross-Country Data and Empirics Economics Department Working Papers No. 1060 // By Giuliana Palumbo, Giulia Giupponi, Luca Nunziata and Juan S. Mora-Sanguinetti. P. 7.

¹⁵ Robert A. Baruch Bush, Dispute Resolution Alternatives and the Goals of Civil Justice: Jurisdictional Principles for Process Choice, 1984 Wis. L. Rev. 893. 1984. P. 911, 916.

При этом реформирование судебной системы и судопроизводства по гражданским делам также должно происходить с учетом представлений об эффективности правосудия. Например, в Великобритании расходы государственного бюджета на судебную систему не дифференцируются в зависимости от вида судопроизводства (уголовного и или гражданского). С конца 1990-х в этой стране наблюдался резкий рост государственных расходов на систему уголовного правосудия следствием чего стало сокращение расходов на систему гражданского судопроизводства. Министерством юстиции Великобритании была поставлена цель по сокращению доли споров, разрешаемых путем обращения в суды по гражданским делам. Ключевым инструментом для достижения этой цели являлось стимулирование использования процедур АРС как в рамках суда, так и за его пределами, для чего, в качестве эксперимента была введена обязательная медиация. Однако в итоге указанный проект не дал своих результатов, и в 80% случаев стороны отказывались прибегать к процедуре медиации, обращаясь к судебному разбирательству¹⁶.

Опыт Великобритании позволяет сделать вывод о том, что не всегда возможно решить организационные потребности судебной системы путем оптимизации судопроизводства, необходимо сохранение должного уровня гарантий защиты прав граждан и организаций, в том числе основополагающего права на доступ в суд¹⁷.

Схожая ситуация наблюдается и в нашей стране. В 2019 г. была изменена система судов общей юрисдикции, в частности – созданы апелляционные суды общей юрисдикции¹⁸. Целями разработки указанных нововведений являлась совершенствование инстанционного устройства судов общей юрисдикции и оптимизация судебной нагрузки. В основном поставленные разработчиками законопроекта цели были достигнуты: для областных и равных по компетенции судов создана апелляционная судебная инстанция, что

¹⁶ Genn H. Judging civil justice. С. 78–126.

¹⁷ Access to justice. Milan. Italy. 1978. Ed. by M. Cappelletti. (Пучинский В.К. Access to justice in the Soviet Union).

¹⁸ Федеральный конституционный закон от 29 июля 2018 г. № 1-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон “О судебной системе Российской Федерации” и отдельные федеральные конституционные законы в связи с созданием кассационных судов общей юрисдикции и апелляционных судов общей юрисдикции» // СПС «КонсультантПлюс».

позволяет предположительно говорить об организации системы обжалования решений этих судов на основе начала (принципа) двух инстанций.

Однако, оценивая эффективность рассматриваемой реформы, важно обратить внимание на доступность правосудия в апелляционных судах общей юрисдикции. Трудности организационного характера, обусловленные количеством созданных судов и местами их пребывания, повлекут за собой проблемы процессуального свойства. Например, возможность давать объяснения суду в устной форме, возражать относительно доводов апелляционной жалоб в устной форме, принимать участие в исследовании новых доказательств. Исходя из чего, по оценке экспертов, проведенные в жизнь нововведения и изменения гражданского процессуального законодательства и судоустройства не смогли в полной мере достичь цели повышения эффективности процедур обжалования и проверки судебных актов по гражданским делам¹⁹.

Ведь каждый закон эффективен не вообще, а для своего времени и особенностей конкретной судебной системы²⁰. Безусловно, правила судебной процедуры менее других подвержены влиянию места и времени – такова особенность формальной процедуры, способной «обслуживать» различные социальные системы. Быть может, поэтому судебная процедура сохраняет определенный консерватизм. Но и она временами существенно видоизменяется под влиянием новых социальных потребностей. Процессуальную форму, отражающую эти потребности и соизмеряющую свои требования с уровнем правосознания общества, организационными и иными возможностями следует считать эффективной.

¹⁹ См. подробнее: Борисова Е.А. Новеллизация законодательства в сфере проверки судебных актов по гражданским и административным делам: цели и средства их достижения // Вестник гражданского процесса. 2020. № 2. С. 53–85.

²⁰ Петрухин И.Л., Батунов Г.П., Морщакова Т.Г. Указ. соч. С. 203.

Юрий Федорович Беспалов,
заведующий кафедрой авторского права,
смежных прав и частноправовых дисциплин РГАИС,
доктор юридических наук, профессор, председатель
Владимирского областного суда в отставке;
электронная почта: nksmgs@mail.ru;
телефон: 89019837170

ИНФОРМАЦИОННЫЕ УСЛУГИ ПО ГРАЖДАНСКОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РФ И РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

Одной из проблем наук гражданского права РФ и Республики Беларусь является проблема договорных конструкций, посредством которых осуществляется доступ к цифровой информации и ее использование.

В статье представлен особый вид обязательств по оказанию услуг-информационная услуга по гражданскому законодательству РФ и Республики Беларусь, обоснована его специфика, которая определяется объектом, субъектным составом и содержанием услуги. Автор приводит признаки информации и в целом ее правовой режим и обосновывает особенности данного вида обязательств. Сделано предложение по совершенствованию законодательства РФ и Республики Беларусь.

Ключевые слова: информационная услуга, информация, специфика, режим, субъекты.

Одними из новых, законодательно оформленных договорных конструкций, посредством которых осуществляется доступ и использование информации, являются информационные услуги как в РФ, так и в Республике Беларусь. Данные услуги лишь в последние годы получили специальное гражданско-правовое регулирование.

Отметим, что проблемы, связанные с доступом к информации и ее использованием на основании договорных конструкций, не получили полного и всестороннего разрешения.

В научной литературе данные вопросы представлены в трудах некоторых ученых¹. В данной статье рассмотрены вопросы

¹ Ефимцева Т.В. Некоторые аспекты правового регулирования договора об оказании услуг по предоставлению информации в Российской Федерации // Предпринимательское право. Приложение «Право и Бизнес». 2019. № 3. С. 17–21; Савельев А.И. На пути к концепции регулирования данных в условиях цифровой экономики // Закон. 2019. № 4. С. 174–195; Савельев А.И. Гражданско-правовые аспекты регулирования оборота данных в условиях попыток формирования цифровой экономики // Вестник гражданского права. 2020. № 1. С. 60–92; Ахтямова Е.В. Понятие и признаки информационной услуги как гражданско-правовой категории // Правовое государство: теория и практика, 2016, № 1 (43).

относительно такой договорной конструкции перемещения информации как информационная услуга.

Е.Г. Шаблова понимает информационную услугу как способ удовлетворения потребностей заказчика и раскрывает его содержание².

Р.Н. Мородумов, обосновывает позицию о том, что информация есть услуга, правовое явление, обладающее специфическими характеристиками, и раскрывает соответствующие признаки³.

Ахтямова Е.В. считает, что информационная услуга, имеет комплексное экономическое и правовое содержание, называет как общие признаки, присущие услугам в целом, так и особые признаки, которыми обладает информация: физическая неотчуждаемость, содержательность и независимость форм предоставления сведений, обособляемость, тиражируемость, организационная форма и релевантность⁴.

Названные и другие авторы, исследовавшие эту проблему в целом едины в определении признаков, свидетельствующих о специфике информационных услуг, однако, по-разному определяют, как понятие такой услуги, так и ее существо как правовой категории: способ; услуга и т.д.

Надо полагать, что информационная услуга есть особый вид обязательств по оказанию услуг, специфика которой определяется как объектом, формой и содержанием обязательства, так и субъектным составом.

Объектом услуги является информация о действительности в любой сфере жизнедеятельности, за исключением информации, запрещенной гражданским и иным законодательством РФ и законодательством Республики Беларусь.

Информация имеет как бумажный, так и электронный носитель, то есть выражена в объективной форме. Информация в цифровом формате предоставляется по лицензионному договору (ст.ст. 1286, 1286.1, 1291 ГК РФ и некоторым другим). Информация

² Шаблова Е.Г. Гражданско-правовое регулирование отношений возмездного оказания услуг: автореф. ... дис. канд. юрид. наук. Екатеринбург. 2002.

³ Мородумов Р.Н. Договор возмездного оказания информационных и консультационных услуг: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2004.

⁴ Ахтямова Е.В. Понятие и признаки информационной услуги как гражданско-правовой категории // Правовое государство: теория и практика, 2016, № 1 (43).

в электронной (цифровой) форме на цифровое произведение и доступ к ней в сети Интернет предоставляется по различным договорам (ст.ст. 1272, 1280 ГК РФ и некоторым другим).

Информация должна быть безопасной и направленной на удовлетворение потребностей потребителей.

Информация может быть целевой и общей. Целевая информация характеризуется ее назначением. Общая информация касается существа обязательства в целом.

Информация в цифровой форме, информация на бумажном носителе и её аналогах действуют в рамках специального правового режима. Специфика режима цифровой информации определяется, например, в соответствии со ст.ст. 1280, 1286 ГК РФ, которые различают договорные конструкции распространения программного обеспечения, иной информации.

Субъектами такого вида услуг являются изготовитель (создатель), хранитель, производитель информации и её носителей, потребитель (пользователь) и иные лица, в том числе посредники (провайдеры, веб-сайты, онлайн- сайты и др.).

Форма обязательства в виде информационной услуги может быть письменной, электронной и устной.

Анализ гражданского законодательства РФ свидетельствует о том, что в 2019 г. Федеральным законом от 18.03.2019 N 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации»⁵ гл. 39 ГК РФ дополнена ст. 783.1, согласно которой, договором, в силу которого исполнитель обязуется совершить действия по предоставлению определенной информации заказчику (договор об оказании услуг по предоставлению информации), может быть предусмотрена обязанность одной из сторон или обеих сторон не совершать в течение определенного периода действий, в результате которых информация может быть раскрыта третьим лицам.

Федеральный закон от 27.07.2006 N 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» информацию определяет, как сведения (сообщения, данные) независимо от формы их представления⁶.

⁵ «Российская газета», N 60, 20.03.2019.

⁶ «Российская газета», N 165, 29.07.2006.

Цифровые технологии в ГК РФ урегулированы ст.ст. 160, 141.1, 434 и некоторыми другими.

В судебной практике споры с применением цифровых конструкций не редкость.

Так, в решении Тверского районного суда города Москвы от 20.08.2020 по делу N 2-3434/2020 указано, что: «29.05.2017 истец и ответчик посредством сети Интернет заключили Договор займа N **** на получение денежных средств в размере 20 250 рублей. По указанному договору истец перечислил 29.05.2017 года на счет банковской карты ответчика (карта N 481776*****5352) денежные средства, а ответчик обязался возвратить полученные денежные средства и уплатить проценты за их пользование в размере 766,5%% годовых, а всего 29 180,25 рублей на срок 21 день. Договор был заключен в электронном виде с соблюдением простой письменной формы посредством использования функционала сайта Истца в сети интернет»⁷.

В приведенном деле суд признал заключенным посредством электронных средств договор займа.

Судебная практика по применению Ст. 783.1 ГК РФ не сложилась. В постановлениях Пленума Верховного Суда РФ полных разъяснений по применению Ст. 783.1 ГК РФ не дано. Это объяснимо по причине запоздалого урегулирования данных отношений.

Возможность применения иных договорных технологий для распространения цифровой информации не используется. Об этом свидетельствуют положения ст.ст. 1233, 1285, 1287, 1289, 1290 ГК РФ.

Анализ ГК Республики Беларусь свидетельствует о том, что упоминание о применении информационных технологий содержится в ст.ст. 1, 108, 131, 140, 404, 733.

Непосредственно информационные услуги урегулированы ст. 733 ГК Республики Беларусь, а цифровые технологии ст.ст. 128, 131, 140, 404 ГК Республики Беларусь.

Анализ ГК РФ и ГК Республики Беларусь позволяет сделать вывод о том, что обязательства по оказанию информационных услуг урегулированы весьма фрагментарно и лишь косвенно упоминаются в Кодексах.

⁷ Решение Тверского районного суда города Москвы от 20.08.2020 по делу N 2-3434/2020 // СПС «Консультант Плюс»

Вместе с тем, при общей неполноте, пробельности, ГК РФ более подробно регламентирует информационные услуги.

ГК РФ и ГК Республики Беларусь следовало бы дополнить положениями о цифровых (информационных) услугах, в том числе предоставление удаленного доступа к ним в сети «Интернет».

В настоящее время оба Кодекса не отвечают большим потребностям гражданского оборота в цифровых технологиях.

Надо полагать, что как в ГК РФ, так и в ГК Республики Беларусь следовало бы предусмотреть унифицированные правила о цифровых технологиях, действующих в гражданском обороте и социальной среде.

Данные нормативные правовые акты необходимо дополнить положениями о понятии информационной (цифровой) услуги, как самостоятельном виде обязательств по оказанию услуг, ее предмете, специфике и правовом режиме в целом.

Представляется, что в Ст. 783.1 ГК РФ необходимо внести дополнения: «Информационная услуга есть самостоятельный вид обязательств по оказанию услуг.

Предметом информационной услуги является доступ к информации, в том числе на электронном носителе, использование информации, распространение и воспроизведение информации.

По договору об оказании информационной услуги услугодатель обязуется предоставить доступ к информации, ее использованию, воспроизведению и распространению за плату или без нее в случаях, когда услуга используется в публичных целях, либо в целях частных, связанных со здоровьем, жизнью, безопасностью гражданина.

Форма договора об оказании информационных услуг письменная».

*А.А. Ботина, Е.В. Ситкарева,
Российский университет дружбы народов,
ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198;
e-mail: botina-anastasiya@mail.ru;
sitkareva_ev@rudn.ru*

АЛЬТЕРНАТИВНЫЕ ОГОВОРКИ ВО ВНЕШНЕТОРГОВЫХ КОНТРАКТАХ: ПОДХОДЫ В СОВРЕМЕННОЙ РОССИЙСКОЙ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКЕ

В статье освещаются сложившиеся в судебной практике российских судов подходы к альтернативным и ассиметричным оговоркам в отношении выбора применимого права и порядка разрешения споров. Авторы показывают, что суд не считает недопустимым заключение таких соглашений, если соблюдены условия равенства сторон. Отмечается, что при наличии диспаритетности не соглашение в целом, а лишь часть соглашения, содержащая такое нарушение, признается недействительным.

Ключевые слова: альтернативные оговорки, соглашение о применимом праве, арбитражное соглашение, свобода договора, равенство сторон.

Свобода договора и ее пределы не перестают многие годы быть предметом обсуждения. Еще в 2014 году Пленум ВАС РФ указывал на то, что в соответствии с п. 2 Ст. 1 и ст. 421 ГК РФ граждане и юридические лица свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора¹. Вместе с тем, исходя из положений п. 1 Ст. 1 ГК РФ, принцип свободы договора должен рассматриваться во взаимосвязи с принципами равенства сторон, диспозитивности, добросовестности и восстановления нарушенных прав.

Одним из проявлений свободы договора можно считать реализацию автономии воли сторон при заключении коммерческих контрактов, имеющих трансграничный эффект². Стороны вольны, по общему правилу, выбрать применимое право и порядок разрешения спора. Должна ли в данном случае их воля совпадать или равенства сторон можно достичь иным образом?

¹ Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 N 16 «О свободе договора и ее пределах» // СПС КонсультантПлюс.

² Артемьева Ю.А., Ермакова Е.П., Ковыршина Н.А., Русакова Е.П. Способы разрешения споров в разносистемных правовых порядках. Инфотропик Медиа, Москва, 2017.

Что есть равенство сторон? Равные начала участия в договоре означают, что каждая из сторон в одинаковой мере влияет на формирование его условий. Это в свою очередь предполагает общий паритет, сбалансированность прав, обязанностей и ответственности сторон договора, но не требует их тождества³.

Так, Пленум Верховного суда РФ⁴ указывает, что стороны вправе заключить условное (альтернативное) соглашение, в котором выбор применимого права зависит от выбора той стороны, которая в будущем судебном разбирательстве будет являться истцом, либо в котором предусмотрено применение права той стороны, которая в будущем при возникновении спора выступит истцом или ответчиком (п. 1 ст. 1210 ГК РФ)... Вместе с тем судам следует исходить из того, что условие в альтернативном соглашении о применимом праве не может носить диспаратетный (асимметричный) характер и зависеть исключительно от воли одной конкретной стороны (например, предоставлять только займодавцу возможность выбора применимого права из нескольких вариантов, лишая заемщика такой же возможности выбора). Такие соглашения суду следует считать недействительными и определять договорный статут на основе коллизионных норм, применимых при отсутствии соглашения сторон о выборе права.

Представляется интересным отношение российских судов к действительности ассиметричных арбитражных соглашений. Так, Президиум Высшего Арбитражного Суда⁵ в резонансном «деле Сони-Эрикссон» пришёл к выводу, что третейское соглашение, которое предоставляет возможность обратиться в государственный суд в дополнение к стандартной арбитражной оговорке только одной стороне, обязывающей обе стороны, будет противоречить российскому законодательству, поскольку это даёт одной стороне несправедливое преимущество перед другой и, следовательно, противоречит принципу равенства сторон.

³ Алексеева Е.В. Вопрос-ответ // СПС КонсультантПлюс. 2020.

⁴ П. 30 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2019 N 24 «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации».

⁵ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 19.06.2012 N 1831/12 по делу А40-49223/2011 // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2012. N 10.

В судебном акте говорится, что в силу общих принципов осуществления защиты гражданских прав соглашение о разрешении споров не может наделять лишь одну сторону (продавца) контракта правом на обращение в компетентный государственный суд и лишать вторую сторону (покупателя) подобного права. В случае заключения такого соглашения оно является недействительным, как нарушающее баланс прав сторон. Следовательно, сторона, право которой нарушено таким соглашением о разрешении споров, также вправе обратиться в компетентный государственный суд, реализовав гарантированное право на судебную защиту на равных со своим контрагентом условиях⁶.

В Обзоре практики рассмотрения судами дел, связанных с выполнением функций содействия и контроля в отношении третейских судов и международных коммерческих арбитражей, Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 26 декабря 2018 года (далее – «Обзор») был освещён вопрос действительности альтернативных и ассиметричных арбитражных оговорок. Согласно пункту 6 Обзора, альтернативные оговорки, предоставляющие истцу право по его выбору подать иск в государственный суд или в арбитраж, являются действительными, поскольку «законодательство Российской Федерации допускает заключение альтернативного соглашения о разрешении споров, предусматривающего право истца обратиться по своему усмотрению в определенный третейский суд, международный коммерческий арбитраж или в суд»⁷. Однако, согласно пункту 7 Обзора, соглашение о разрешении споров, предусматривающее альтернативный выбор в качестве средств защиты – разрешение спора судом или третейским судом – и закрепляющее право только одной стороны договора на обращение в суд, является недействительным в части лишения другой стороны договора права на обращение в суд. В этом случае каждая из сторон договора обладает правом обратиться как в суд, так и в третейский суд⁸. Таким образом, арбитраж-

⁶ Там же.

⁷ Обзор практики рассмотрения судами дел, связанных с выполнением функций содействия и контроля в отношении третейских судов и международных коммерческих арбитражей, утвержденный Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 26 декабря 2018 г. // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации, 2019, N 9.

⁸ Там же.

ное соглашение не аннулируется целиком, поскольку считается недействительным именно в части «асимметричности».

В пункте 7 Обзора также отмечается, что принципы состязательности и равноправия сторон предполагают предоставление участвующим в судебном разбирательстве сторонам равных процессуальных возможностей по отстаиванию своих прав и законных интересов. Таким образом, «исходя из общих принципов осуществления защиты гражданских прав соглашение о разрешении споров не может наделять лишь одну сторону (продавца) контракта правом на обращение в компетентный суд и лишать вторую сторону (покупателя) подобного права. В этом случае вторая сторона контракта получает возможность использовать любой из тех способов разрешения споров, которыми может воспользоваться первая сторона согласно условиям оговорки о порядке разрешения споров, содержащейся в контракте. Поскольку первой стороне предоставлялась возможность выбора между предъявлением иска в международный коммерческий арбитраж и в суд по общим правилам подсудности, вторая сторона получает возможность выбора между теми же способами разрешения споров. Следовательно, сторона, право которой нарушено таким соглашением о разрешении споров, также вправе обратиться в компетентный суд, реализовав право на судебную защиту на равных со своим контрагентом условиях»⁹.

Указанный подход находит развитие в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 декабря 2019 г. N 53 «О выполнении судами Российской Федерации функций содействия и контроля в отношении третейского разбирательства, международного коммерческого арбитража», в пункте 24 которого констатируется, что заключение альтернативных соглашений о разрешении споров, предусматривающих право истца выбрать по своему усмотрению применимую процедуру разрешения спора допускается по российскому законодательству. Истцу альтернативное соглашение о порядке разрешения споров может предоставлять выбор между арбитражем и судом; двумя и более арбитражными учреж-

⁹ Обзор практики рассмотрения судами дел, связанных с выполнением функций содействия и контроля в отношении третейских судов и международных коммерческих арбитражей, утвержденный Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 26 декабря 2018 г. // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации, 2019, N 9.

дениями; между арбитражем, администрируемым арбитражным учреждением, и арбитражем, созданным для разрешения конкретного спора, и т.д. Оно также может предусматривать право одной стороны предъявить иск в один поименованный в соглашении арбитраж или суд, а второй стороны – в другой арбитраж или суд¹⁰.

Однако стоит отметить, что соглашение о разрешении споров, закрепляющее такое право выбора только за одной стороной договора – диспаритетное соглашение «является недействительным в части лишения другой стороны возможности выбора тех же способов разрешения спора. В этом случае каждая из сторон договора обладает правом воспользоваться любым способом разрешения спора из тех, которые предусмотрены в заключенном сторонами альтернативном соглашении»¹¹.

Как видим, с позиции российских судов заключение альтернативных оговорок о выборе применимого права или порядка разрешения споров в трансграничных коммерческих контрактах вполне допустимо, если это не приводит к диспаритетному характеру реализации воли сторон¹². Следует отметить, что в случае нарушения равенства сторон суд учитывает намерение сторон сделать такой выбор, и недействительным признается не соглашение в целом, а лишь та его часть, которая содержит указанное нарушение.

¹⁰ Русакова Е.П., Кончева В.А., Гроник И. Особенности формирования апелляционной инстанции в российском гражданском и административных процессах // Арбитражный и гражданский процесс. 2020. № 4. С. 33–37.

¹¹ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 декабря 2019 г. N 53 «О выполнении судами Российской Федерации функций содействия и контроля в отношении третейского разбирательства, международного коммерческого арбитража» // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации, 2020, N 3.

¹² Ермакова Е.П., Артемьева Ю.А., Кончева В.А., Русакова Е.П. Актуальные проблемы гражданского процесса: процессуальная реформа РФ 2018 г. Учебно-методическое пособие, РУДН, Москва, 2019.

*Марина Михайловна Вильданова,
ведущий научный сотрудник отдела гражданского
законодательства и процесса Института
законодательства и сравнительного правоведения при
Правительстве Российской Федерации, кандидат
юридических наук; Российская Федерация, 101000,
г. Москва, ул. Большая Черемушкинская, д. 34;
e-mail: civil@izak.ru*

ОСОБЕННОСТИ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ЗАЩИТЫ ПРАВ ИНТЕРНЕТ-ПОЛЬЗОВАТЕЛЕЙ

Одной из основных целей как российских, так и зарубежных законодателей является защита прав интернет-пользователей. Согласно на определенные действия в интернете, в том числе на получение информации, должно быть ясным. Но если согласие получено от интернет-пользователя, то претензий не должно быть. Известно крылатое выражение на латыни *nemo videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt* т.е. нельзя обвинить в том, что вы обманываете кого-то, если он знает, какие обязательства принял и согласился с ними.

Казалось бы, что столь специальная область регулирования рекламы и, в частности, вопросов защиты потребителей от спама¹ в Интернете, требуют специального правового регулирования. Однако во многих странах мира это не так. Законы, регулирующие общие правоотношения, применимы, как к Интернету, так и к иным областям. Так, во Франции действуют Французский гражданский кодекс, Закон об информатике и свободах, Потребительский кодекс и Кодекс о почте и электронных сообщениях. Напротив, в Испании

¹ Если обратиться к истории возникновения слова «spam» (своеобразное сокращение слов «spicedham», т.е. «ветчина со специями»), то выясняется, что в 40-е годы прошлого века «spam» было названием торговой марки одной американской компании, которая впервые применила тактику рассылки писем всем потенциальным покупателям своей продукции (консервов с ветчиной), в том числе тем, кто не давал согласия на их получение. Такая компания была реализована с целью продажи выпущенных консервов до окончания их срока годности после Второй мировой войны. В конце 20 века подобные методы рекламы начали использоваться на финансовых рынках в значительной части с целью продвижения финансовых пирамид.

и в Российской Федерации есть специальные законы о рекламе, в которых содержатся положения о спаме.

Законодательство большинства стран запрещает спам. Так, согласно ст. 120-1 Потребительского кодекса Франции² спам расценивается как агрессивная коммерческая практика и в силу этого является несправедливой. В соответствии со ст. 34-5 Кодекса о почте и электронных сообщениях³ запрещено прямое продвижение или с помощью автоматических средств, факса, электронной почты информации с использованием данных физических лиц, которые не высказали предварительного прямого согласия на ее получении указанными средствами. Под прямым продвижением понимается направление любых сообщений с предложением прямо или косвенно товаров и услуг, а также сообщений с фотографией или иным изображением продавца товара или лица, предоставляющего услуги. В случае нарушения указанных норм статей 10-1 (регламентарной части) Кодекса о почте и электронных сообщениях предусмотрена ответственность в виде штрафа 750 евро за каждое сообщение.

В Российской Федерации действует Федеральный закон от 13.03.2006 № 38 – ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе). В частности, в соответствии с ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе с использованием Интернета, допускается только с предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. Реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если распространитель рекламы не докажет, что такое согласие было получено. Распространитель рекламы должен немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием. В связи с тем, что в Законе о рекламе не определены форма и порядок получения предварительного согласия получателя, такое согласие может быть выражено в любой форме, позволяющей его идентифицировать с целью выявления волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Такая позиция отражена в п. 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58

² Code de la consommation. Paris. Edition 2020.

³ Code des postes et communications électroniques. Paris. Edition 2019.

«О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе». В ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях устанавливается ответственность за нарушение законодательства о рекламе в виде наложения административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц – от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц – от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

В российской практике часто возникают споры с антимонопольными органами в связи с применением ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе и судебные решения порой обжалуются вплоть до Верховного суда. Так, Определение Верховного Суда Российской Федерации от 10 августа 2020 г. № 309-ЭС20-9892, Определение Верховного Суда от 23 июля 2020 г. № 305-ЭС 20-10257, Определение Верховного суда Российской Федерации от 12 августа 2019 г. № 305-ЭС19-8195 и т.д.

Как отмечает Фабрис Мататтия, известный французский ученый, посвятивший много трудов вопросам работы Интернета, в ряде стран органам саморегулирования в области рекламы, созданным в форме общественных организаций, ассоциаций и союзов, принадлежит существенная роль в регулировании правоотношений, связанных с правами интернет-пользователей⁴. Так, во Франции, Национальной комиссией по вопросам информационных технологий и свобод (Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil)) была обоснована позиция, согласно которой продвижение продуктов с помощью электронной почты возможно без соблюдения принципа предварительного согласия только в следующих двух случаях. Во-первых, когда частное лицо-пользователь является уже клиентом юридического лица, и если предложение касается продукции или услуг, которые аналогичны тем, что были предоставлены ранее, а во-вторых, если продвижение товаров или услуг носит некоммерческий характер (например, характер благотворительной деятельности). В указанных случаях действует уведомительный порядок, который предусматривает возможность отказа пользователей от получения информации. Данная позиция учитывается француз-

⁴ Fabrice Mattatia Fabrice Mattatia Internet et les réseaux sociaux: que dit la loi? // Edition EYROLLES, Paris. 2019. p. 250–251.

скими судами при рассмотрении споров относительно незаконности рекламы. Представляется, что правила, аналогичные устоявшимся в правоприменительной практике французских судов, было бы полезно инкорпорировать в российское законодательство.

В Великобритании значительный вклад в борьбу с ненадлежащей рекламой вносится саморегулируемой организацией Управление по стандартам рекламы (Advertising Standards Authority (ASA)), которое осуществляет непосредственный контроль в сфере рекламы и ведет разработку и дополнение Кодекса рекламной практики, нередко применяемого судами.

По мнению ряда специалистов в области правового регулирования Интернета, российские саморегулируемые организации в сфере рекламы недостаточно эффективны, и требуется их вовлечение в совместную с уполномоченными органами работу⁵.

В большинстве стран наряду с обычным спамом, которым рекламируются товары и услуги и направляются всем пользователям, включая тех, кто не давал разрешения на их получение, отмечается такое явление, как фишинг, при котором потребители получают сообщение, похожее на стандартное письмо от какого-либо юридического лица (банка, биржи и т.д.). В фишинговых сообщениях может содержаться ссылка на поддельный сайт, который выглядит также или схож с оригинальным сайтом. На ложном сайте порой может иницироваться проведение операций с введением информации по юридическим лицам, персональных данных и уплатой денежных средств.

В целях определения спама и его разновидности фишинга в Правилах оказания телематических услуг связи, утвержденных Постановления Правительства Российской Федерации от 10.09.2007 № 575, определено, что спам – «это телематическое электронное сообщение, предназначенное неопределенному кругу лиц, доставленное абоненту и (или) пользователю без их предварительного согласия и не позволяющего определить отправителя этого сообщения,

⁵Татиев А.Р. О необходимости реформирования института саморегулируемых организаций в сфере рекламы, Российская юстиция, 2019, N 11; Туркин Р. Правовые аспекты электронного маркетинга // https://zakon.ru/blog/2015/10/2/pravovye_aspekty_elektronnoego_marketinga_ftnref6.

в том числе ввиду указания в нем несуществующего или фальсифицированного адреса отправителя»⁶.

Как известно, в России были скандалы в связи с фишингом на товарном и финансовом рынке. Так, к Акционерному обществу «Санкт-Петербургская Международная Товарно-сырьевая Биржа» были предъявлены претензии в связи с перечислением денежных средств за оплаченный товар по договору, якобы заключенному на организованных торгах. В Интернете размещалась информация о неисполнении биржей своих обязательств. Биржа проанализировала ситуацию и пришла к выводу о том, что это фишинг. На сайте, очень похожем на сайт биржи, была размещена информация о заключенных на бирже договорах, по которым должна быть произведена оплата. Поскольку биржи осуществляют допуск участников к организованным торгам, то не сложно было доказать, что лица, предъявившие претензии, не являлись участниками торгов, а информация о совершенных сделках была ложной. Биржа разместила на своем сайте информацию о действиях мошенников и пыталась заблокировать сайт, на котором была ложная информация. После обращения биржи к провайдеру Amazon Web Services (AWS) о незаконных действиях клиента сайт был заблокирован.

Судебная практика в связи со спорами, связанными с блокировкой фишинговых сайтов, невелика в Российской Федерации. Кроме того, в процедурах исполнения решений судов отсутствует оперативность и из-за длительных сроков иногда блокировка теряет смысл.

Вопрос о блокировке ложных сайтов давно стоит на повестке дня законодателей особенно в сфере финансовых рынков. Уже несколько лет речь идет о предоставлении Банку России полномочий по блокировке сайтов на финансовых рынках. В настоящее время подготовлен проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «Об информации и информационных технологиях и о защите информации и Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации», обеспечивающим блокировку фишинговых сайтов, что в сочетании с выполнением кредитными и некредитными финансовыми организациями требований законодательства в области обеспечения информационной безопасности

⁶ Собрание законодательства РФ, 17.09.2007 № 38, ст. 4552.

призвано обеспечить защиту от недобросовестного поведения на финансовых рынках. В частности, предполагается дополнить пунктом 4 статью 15.1 Федерального закона от 27.06.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (далее – Закон об информации),⁷ в которой предусматриваются основания для включения в Единый реестр доменных имен, указателей страниц сайтов в сети «Интернет» и сетевых адресов, позволяющих идентифицировать сайты в сети «Интернет», содержащие информацию, распространение которой в Российской Федерации, запрещено (далее – Реестр). В проектируемом законопроекте пункте 4 предлагается предусмотреть включение в указанный Реестр, который ведется Роскомнадзором, решений Банка России в отношении распространяемой посредством сети «Интернет» информации, вводящей клиентов кредитных организаций и (или) некредитных финансовых организаций, а также иных лиц, взаимодействующих с указанными организациями, в заблуждение относительно принадлежности информации, распространяемой посредством сети «Интернет», в том числе вследствие сходства доменных имен, оформления или содержания. Предполагается, что включение указанных выше сведений должно осуществляться по решению Председателя Банка России.

При этом в случае обнаружения в информационно-коммуникационных сетях, в том числе в сети «Интернет», информации о неправомерном доступе, Банк России вправе обратиться в суд с заявлением в защиту прав и законных интересов неопределенного круга лиц в связи с размещением неправомерной информации. В законопроекте дается следующий четкий порядок исполнения решений судов о блокировке.

- Банк России вправе на основании вступившего в силу судебного акта обратиться в Роскомнадзор с заявлением о принятии мер по ограничению доступа к информационным ресурсам.

- Роскомнадзор в свою очередь должен определить провайдера хостинга или иное лицо, обеспечивающее размещение в информационно-телекоммуникационной сети указанного информационного ресурса, обнаруживающего владельца сайта в сети «Интернет» (далее вместе именуемые – провайдер), на котором размещена запрещенная информация.

⁷ Sozd.duma.gov.ru

– В течение одного рабочего дня с даты получения уведомления провайдер обязан проинформировать обслуживаемого им владельца информационного ресурса и уведомить его о необходимости ограничения доступа к соответствующей информации.

– В течение одного дня после получения уведомления владелец информационного ресурса обязан удалить незаконно размещенную информацию или принять меры к ее ограничению. При отказе или бездействии владельца информационного ресурса провайдер обязан ограничить доступ к соответствующему информационному ресурсу не позднее истечения одного рабочего дня с момента получения уведомления.

– Если провайдером не принимаются соответствующие меры, то информация направляется оператору связи, оказывающему услуги по предоставлению доступа к информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» для принятия мер по ограничению доступа к данному информационному ресурсу, в том числе к сайту в сети «Интернет», или к размещенной на нем информации. Оператор связи обязан ограничить доступ к незаконно размещенной информации в соответствии с вступившим в законную силу судебным актом.

Законопроект был принят в первом чтении⁸ и представлен ко второму чтению под названием «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации (в части уточнения перечня информации, распространение которой в Российской Федерации запрещено)». Однако 20 июля 2020 г. Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации было принято решение отложить рассмотрение проекта в связи с необходимостью доработки. Исходя из того, что основным требованием при доработке было согласование сроков, предоставляемых провайдеру хостинга и владельцу сайта в сети Интернет для устранения нарушений требований законодательства, полагаем, что есть вероятность, что закон довольно скоро будет принят. Принятие закона существенно улучшит ситуацию со своевременной защитой прав интернет-пользователей.

⁸ В первом чтении принятый законопроект имел название «О внесении изменений в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации».

Хотелось бы также отметить, что для того, чтобы борьба против спама была более эффективной, крайне важным является информирование уполномоченных органов о возникших интернет-нарушениях. В России сообщения осуществляются с указанием данных заявителя. Анонимные сообщения граждан и юридических лиц не рассматриваются, в то время как в зарубежных странах это возможно. Например, во Франции возможно анонимное обращение в Ассоциацию signal-spam, объединяющую Национальную комиссию по вопросам информационных технологий и свобод, полицию и жандармерию, а также провайдеров и ассоциации маркетинга и рекламодателей. Ассоциация и каждое из указанных юридических лиц предпринимает меры в рамках своей компетенции и при этом заявители не рискуют получить какую-либо негативную реакцию от нарушителей. Полагаем, что подобную практику было бы целесообразно ввести в России.

*Е.В. Виноградова,
доктор юридических наук, профессор;*

*А.В. Намчук,
кандидат юридических наук*

К ВОПРОСУ ОБ ОСОБЕННОСТЯХ РЕГУЛИРОВАНИЯ ТРУДОВОЙ МИГРАЦИИ В УСЛОВИЯХ ВВЕДЕНИЯ ОГРАНИЧИТЕЛЬНЫХ МЕР В СВЯЗИ С РАСПРОСТРАНЕНИЕМ НОВОЙ КОРОНАВИРУСНОЙ ИНФЕКЦИИ (COVID-19)

Вероятно, трудно не согласиться с тезисом о том, что система государственного управления Российской Федерации и все органы публичной власти в период введения ограничительных мер в связи с распространением новой коронавирусной инфекции (Covid-19) в 2020 году прошли и продолжают проходить проверку на прочность.

Консервативный сценарий прогноза социально-экономического развития представленного в 2019 году Минэкономразвития России предусматривал в качестве наиболее негативного развития внешнеэкономической ситуации замедление темпов мирового экономического роста до уровня 2% в 2020 году, что соответствует понятию «глобальная рецессия»¹.

С началом пандемии уже в начале 2020 года международное рейтинговое агентство S&P Global Ratings прогнозировало замедление роста мировой экономики в 2020 году на 0,4%, и уже в середине весны этот прогноз сменился с развития до падения на 2,4%².

Во многом это обусловлено принятыми властями разных стран решениями по ограничению перемещений между государствами, что напрямую ударило по международной трудовой миграции.

¹ Официальный сайт Минэкономразвития России https://www.economy.gov.ru/material/directions/makroec/prognozy_socialno_ekonomicheskogo_razvitiya/prognoz_socialno_ekonomicheskogo_razvitiya_rf_na_period_do_2024_goda_.html.

² РБК: <https://www.rbc.ru/economics/16/04/2020/5e98b6eb9a79470f1f9b6d7b>.

По данным МВД России³ за январь-август 2020 года было поставлено на миграционный учет 6,7 млн иностранных граждан, при этом за аналогичный период 2019 года – 12,9 млн. Таким образом, приток трудовых мигрантов в период пандемии сократился более чем в 2 раза.

При снятии ограничений после первой волны пандемии и возобновления производственной деятельности компании, использующие низкоквалифицированный труд иностранных граждан, столкнулись с острой нехваткой рабочей силы. Привлечь иностранных работников не помогает ни обещанное повышение заработной платы, ни улучшение социального пакета.

В октябре 2020 года о нехватке рабочей силы в городских службах столицы уже публично заявил Мэр Москвы С. Собянин⁴.

Следует отметить, что весной 2020 года, когда принимались решения о первоочередных мерах по поддержке экономики в условиях ограничений, вводимых в связи с пандемией, вопросы трудовой миграции не были своевременно обозначены уполномоченными федеральными органами исполнительной власти как приоритетные. В результате большинство трудовых мигрантов испытывали серьезные трудности как в возвращении на родину, так и в сохранении легального статуса пребывания на территории Российской Федерации.

Первые ограничения на въезд были введены с 31 января 2020 года на границе с КНР⁵, но они глобального влияния на экономику не оказали.

В апреле ситуация с распространением новой коронавирусной инфекции начала обостряться и Президент Российской Федерации своим Указом Президента Российской Федерации от 2 апреля 2020 г. № 239, которым объявил режим нерабочих дней с 4 по 20 апреля 2020 года. Данное решение практически парализовало и экономику, и функциональную деятельность органов исполнительной власти, которым было поручено обеспечить только функционирование самих себя.

³ Официальный сайт МВД России: <https://мвд.рф/Deljatelnost/statistics/migracionnaya/item/21163087/>.

⁴ <https://iz.ru/1075141/2020-10-18/sobianin-zaiavil-o-nekhvatke-rabochikh-v-gorodskikh-sluzhbach-moskvy>.

⁵ Распоряжение Правительства Российской Федерации от 30 января 2020 г. N 140-р.

Распоряжением Правительства Российской Федерации от 16 марта 2020 г. № 635-р ФСБ России поручено с 00 часов 00 минут по местному времени 18 марта 2020 г. до 00 часов 00 минут по местному времени 1 мая 2020 г. временно ограничить въезд в Российскую Федерацию иностранных граждан и лиц без гражданства. В распоряжения вносятся изменения 19, 20, 25 марта, 29 апреля, 15, 29 мая, 6 июня 2020 г.

МВД России и его территориальным органам поручено приостановить прием документов, оформление и выдачу приглашений на въезд в Российскую Федерацию, в том числе целях осуществления трудовой деятельности, а также разрешений на привлечение и использование иностранных работников и разрешений на работу.

Отметим, что до мая 2020 года в части 8 статьи 15 Федерального закона от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан было установлено ограничение на количество «продлений» разрешения на работу (патента), предоставляющего право осуществления на территории Российской Федерации трудовой деятельности иностранному гражданину. Патент разрешалось переоформлять только один раз.

Таким образом, иностранному гражданину, постоянно работающему в России, необходимо было раз в 2 года выезжать из России, для соблюдения данного требования.

В ситуации глобальных ограничений десятки тысяч иностранных граждан, у которых истекали или истекли сроки действия разрешений на работу оказались невольными нарушителями закона. Они не могли их ни переоформить, ни выехать из России.

Быстро изменить федеральный закон невозможно. Поэтому выбирается директивный способ решения проблемы. 17 марта 2020 года Председателем Правительства Российской Федерации утверждается План первоочередных мероприятий (действий) по обеспечению устойчивости экономики в условиях ухудшения ситуации в связи с распространением новой коронавирусной инфекции, пунктом 2.9 которого МВД России поручается до 27 марта 2020 г. обеспечить продление разрешений на трудовую деятельность иностранным работникам.

Уже через два дня во исполнение данного поручения МВД России 19 марта 2020 г. на своем официальном сайте размещает «разъяснение» о порядке продления срока временного пребывания

иностранных граждан на территории Российской Федерации», в котором заявляет об «автоматическом» продлении сроков действия всех видов виз (независимо от цели въезда в Россию).

Кроме того, МВД России заявило о возобновлении приема заявлений о выдаче разрешений на работу (патент) ино странным гражданам, находящимся на территории Российской Федерации, особо акцентировав внимание на том, что трудовые мигранты могут обратиться за получением новых патентов без необходимости выезда за пределы Российской Федерации. При этом МВД России заявило, что трудовые мигранты не будут привлекаться к административной ответственности за нарушение срока подачи заявлений и нарушения порядка оформления патентов (без выезда из Российской Федерации).

С правовой точки зрения данное решение невозможно оценить. Все ограничения и запреты, о приостановлении которых заявило МВД России, прямо закреплены в упомянутом выше Федеральном законе № 115-ФЗ.

При этом полномочиями по приостановлению действия положений федерального законодательства, не наделены ни Правительство Российской Федерации, ни уполномоченный федеральный орган исполнительной власти.

По сути, МВД России своим «разъяснением» фактически приостановило действие и названного федерального закона, и соответствующих положений Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

До 20 мая 2020 года, собственно до корректировки федерального законодательства, данная правовая ситуация сохранялась.

В этой связи для юридической науки представляется актуальной задача анализа механизмов принятия подобных решений, корректное выявление их недостатков и выработка рекомендаций по корректировке этих механизмов.

Отталкиваясь от известного изречения выдающегося государственного деятеля, премьер-министра Великобритании Уинстона Черчилля «генералы всегда готовятся к прошедшей войне» мы можем констатировать, что ситуация с развитием пандемии и реакцией на него оказалась уникальной. К такой «войне» не готовилась не только российская система публичной власти, но власти других стран, также оказались не готовы к такому развитию событий и ис-

пытывают даже более серьезные социальные, экономические и политические проблемы, чем Россия.

По нашему мнению, слабым местом всех систем управления является зарегулированность и длительность принятия и реализации управленческих решений, которые в окончательной форме приобретают вид федерального закона или подзаконного нормативного правового акта.

В условиях стабильности мировой экономики и предсказуемости социально-экономического развития длительность нормотворческих процедур представляется оправданной, поскольку обусловлена необходимостью обеспечения стабильности и преемственности регулирования в целях поддержания доверия граждан к государству, учета позиций институтов гражданского общества, экспертного сообщества, бизнеса для обеспечения необходимого развития, учета результатов судебной и правоприменительной практики для исключения недостатков действующего регулирования.

Срок принятия нормативного правового акта включает время для разработки проекта, его общественного обсуждения, оценки регулирующего воздействия и антикоррупционной экспертизы на специализированном портале⁶, согласования с заинтересованными органами⁷, снятия разногласий, подготовки заключений Минюста России и Минфина России (в случае затратного характера проекта акта), внесения акта в Государственную Думу или Правительство Российской Федерации, подготовки к рассмотрению на заседании Правительства Российской Федерации, принятия акта и опубликования. Минимальный срок подготовки проектов федеральных законов и актов Правительства Российской Федерации, разрабатываемых федеральными органами исполнительной власти в соответствии с процедурами, предусмотренными регламентом Правительства Российской Федерации⁸, даже при отсутствии существенных

⁶ <https://regulation.gov.ru/>.

⁷ Это могут быть как федеральные государственные органы, так и органы власти субъектов Российской Федерации.

⁸ Утвержден Постановление Правительства Российской Федерации от 1 июня 2004 г. № 260 «О Регламенте Правительства Российской Федерации и Положении об Аппарате Правительства Российской Федерации». постановлением Правительства Российской Федерации от № 260.

разногласий между заинтересованными органами, может составлять несколько месяцев.

В «нормальных» условиях этот механизм позволяет реализовывать на практике принцип сдержек и противовесов, поскольку длительные согласительные процедуры снижают риски лоббирования представителями исполнительной или законодательной власти решений, не позволяют лоббистским группам получать преимущества при распределении ресурсов и реализации государственной политики.

Однако, в критических ситуациях (чрезвычайные ситуации, эпидемии и пр.) многомесячные процедуры согласования законопроектов и подзаконных актов исключаются, поскольку в подобных условиях, именно скорость принятия и оформления решений является решающим фактором.

Следует поддержать решение об использовании при работе над «ковидными» актами механизма «адресных» поручений Правительства Российской Федерации, предусматривающий при подготовке актов и исключение отдельных процедур (например, общественного обсуждения) и определение сокращенных, по сравнению с обычных сроков согласования проектов актов в федеральных органах исполнительной власти (вместо 10 дней до 3 дней).

В Аппарате Правительства Российской Федерации на подготовку проектов актов правительства, внесенных федеральными органами исполнительной власти, в соответствии с указанием заместителя Председателя Правительства – Руководителя Аппарата Правительства Российской Федерации осуществлялась в суточный срок. По оценкам получателей мер поддержки (граждан, предпринимателей) такой скорости реализации принятых решений и подготовки правовых актов в новейшей истории российской власти еще не было.

Благодаря слаженной работе, большинство поручений Президента Российской Федерации и Правительства Российской Федерации были выполнены⁹.

Представляется, что сложившаяся практика работы Правительства Российской Федерации в чрезвычайных условиях может быть формализована в самостоятельном разделе регламента Правительства Российской Федерации.

⁹ По состоянию на 15.09.2020 было оставлено на контроле 11 поручений.

Вместе с тем, вполне объяснимо, что повышение скорости работы над решениями президента и правительства не могло не привести к принятию актов, содержащих противоречия, заложить политико-правовые «мины замедленного действия», способные в среднесрочной и долгосрочной перспективе нанести существенный вред развитию общества, умалению принципов правового государства.

Главным риском, на наш, взгляд, может стать привычка органов власти к игнорированию предписаний закона. Допущению возможности превышения полномочий исходя из интересов общества и государства, снижения уважения к закону, и соответственно, снижение мотивации к качеству проработки нормативных правовых актов.

Последнее порождает менее явный, но от этого не менее опасный, на наш взгляд, риск формирования законодательства по аналогии с «экстренным», формируемым сегодня в условиях пандемии, когда качество актов приносится в жертву скорости принятия. Страдает качество в данных актах в силу неясности или неопределенности терминологии, его несоответствия действующему законодательству¹⁰.

Убедительно последнее акты Правительства Российской Федерации по вопросам выплат медицинским работниками задействованных в разной форме в мероприятиях по оказанию медицинской помощи в период пандемии¹¹.

Так, легко можно заметить, что с каждым новым решением расширялся круг получателей стимулирующих выплат. Причем, если в первых актах, можно было однозначно определить категории получателей стимулирующих выплат¹², то в последних решениях

¹⁰ Курьезный случай, когда Президент Российской Федерации вынужден был на совещании, транслируемом в прямом эфире, указать на некорректность формулировки «за фактически отработанное время» в постановлении 415, которая породила в регионах разную практику учета времени, отработанного медицинскими работниками с «ковидными» пациентами (в часах и даже минутах). В результате чего за месяц работы им начислялись выплаты от 1 рубля до 100 рублей, вместо средней заработной платы по региону. После замечания президента данная формулировка была немедленно исключена из указанного постановления.

¹¹ Первыми на эту тему были постановления № 415 и № 484, всего их принято более 20.

¹² Что, впрочем, не исключило случаев обращения медицинских работников в суды. Судебная практика начинает формироваться.

стали применяться формулировки типа «приравненные к ним лица», «иные лица, обеспечивающие деятельность», что по существу позволяет выплачивать стимулирующие выплаты практически неограниченному кругу лиц.

Учитывая, что действие большинства «ковидных» актов правительства ограничено 2020 годом, хочется надеяться, что юридико-технические погрешности, допущенные при их подготовке, не будут иметь долговременных правовых последствий для российской правовой системы, не усугубят правовой нигилизм и пренебрежение правилами юридической техники, а также не породят негативные обычаи правотворчества их игнорирующие, пусть и в благих целях.

В заключение отметим, что представляется целесообразным в научном юридическом сообществе серьезно изучить механизмы «чрезвычайного» нормотворчества и его ошибки, чтобы исключить их в будущем.

В условиях экстренного правотворчества необходимо использовать новые подходы к организации работы по подготовке нормативных правовых актов, в основу которых должна быть положена типизация решений и цифровизация процесса их принятия и реализации.

Наталья Андреевна Войкова,
*Российская академия народного хозяйства
и государственной службы при Президенте РФ,
кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры
правоведения и практической юриспруденции
Института общественных наук; voykova.n@mail.ru;*

Евгений Николаевич Кокорев,
*Высшая школа экономики,
специальность «Компьютерная безопасность», V курс*

К ВОПРОСУ О ПРИМЕНЕНИИ ИНФОРМАЦИОННЫХ ТЕХНОЛОГИЙ В БИЗНЕС-ПРОЦЕССАХ ПРИ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ ВНУТРЕННЕГО КОНТРОЛЯ В ХОЗЯЙСТВУЮЩИХ СУБЪЕКТАХ (НА ПРИМЕРЕ ГОСУДАРСТВЕННЫХ КОРПОРАЦИЙ)

Авторы рассматривают понятие бизнес-процесса, внутреннего контроля, вкратце описывается система внутреннего контроля на примере государственной корпорации, объясняют структуру бизнес-процесса, делают ссылки на нормативные правовые акты по вопросам внутреннего контроля, приводится обоснование применения программного обеспечения для проведения управления бизнес-процессами в организации.

Ключевые слова: внутренний контроль, бизнес-процесс, отчетность, автоматизация и ручное управление.

Внутренний контроль необходим каждому хозяйствующему субъекту. Наличие выстроенной системы бизнес-процессов, системы управления рисками и качеством снижает вероятность допущения ошибки при выполнении предусмотренной деятельности, а также является фактором, повышающим эффективность работы. Также отметим, что проведение внутренних проверок структурных подразделений отделом внутреннего контроля становится в разы эффективнее при наличии утвержденных, описанных и функционирующих бизнес-процессов.

Внутренний контроль, согласно п. п. 3, 4 Информации Минфина России № ПЗ-11/2013 – это меры, которые принимают организации, чтобы обеспечить, в том числе:

- эффективность и результативность своей деятельности, в том числе на достижение запланированных финансовых показателей;

- сохранность активов;
- своевременность и достоверность отчетности (в том числе бухгалтерской);
- соблюдение законодательства, а также установленных в организации правил и процедур.

Согласно ч. 1 ст. 19 Закона о бухгалтерском учете, внутренний контроль совершаемых фактов хозяйственной жизни обязаны все организации¹.

Основные процедуры внутреннего контроля указаны в п. 8.1 Информации Минфина России N ПЗ-11/2013. Считаю разумным, для целей настоящей статьи, выделить некоторые:

- документальное оформление фактов хозяйственной жизни;
- санкционирование сделок и операций сотрудниками более высокого уровня, чем лицо, осуществляющее сделку или операцию;
- сверка данных
- разграничение полномочий и ротация обязанностей сотрудников;
- контроль компьютерной обработки и хранения информации, контроль доступа к информационным системам².

Государственная корпорация представляет и (или) раскрывает годовую сводную (консолидированную) бухгалтерскую (финансовую) отчетность³.

Представляется возможным в качестве подтверждения данного тезиса обратиться к Федеральному закону № 185-ФЗ «О Фонде содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства» (далее Фонд), где в статье 12 указано, что годовой отчет Фонда подготавливается и рассматривается правлением Фонда ежегодно не позднее 1 апреля года, следующего за отчетным годом, и направляется в наблюдательный совет Фонда, который утверждает его в срок

¹ Федеральный закон от 06.12.2011 N 402-ФЗ «О бухгалтерском учете» // «Российская газета», N 278, 09.12.2011.

² Информация Минфина России N ПЗ-11/2013. «Организация и осуществление экономическим субъектом внутреннего контроля совершаемых фактов хозяйственной жизни, ведения бухгалтерского учета и составления бухгалтерской (финансовой) отчетности».

³ Федеральный закон от 30.12.2008 N 307-ФЗ «Об аудиторской деятельности» // «Российская газета», N 267, 31.12.2008; Ст. 5.

до 1 мая года, следующего за отчетным годом. Годовой отчет Фонда включает в себя, помимо прочего, годовую финансовую (бухгалтерскую) отчетность Фонда и аудиторское заключение по ведению бухгалтерского учета и финансовой (бухгалтерской) отчетности Фонда за отчетный год. Достоверность годовой финансовой (бухгалтерской) отчетности Фонда подтверждается аудиторской организацией, отобранной на конкурсной основе для проведения ежегодного обязательного аудита ведения бухгалтерского учета и финансовой (бухгалтерской) отчетности Фонда⁴. Также, годовой финансовой (бухгалтерской) отчетностью Фонда признаются годовой бухгалтерский баланс, отчет о финансовых результатах, отчет о движении средств Фонда, отчет о результатах инвестирования временно свободных средств Фонда, отчет об исполнении бюджета Фонда⁵.

Статья 13 указанного закона указывает, что ведение бухгалтерского учета и финансовой (бухгалтерской) отчетности Фонда подлежит ежегодной обязательной аудиторской проверке⁶.

Деятельность Департамента внутреннего контроля раскрывается на сайте Фонда в сети Интернет, где указано, что в соответствии с Положением о системе внутреннего контроля Фонда, в нем существует система управления рисками и качеством, и система внутреннего контроля. Кроме необходимых контрольных процедур, также предусмотрен поквартальный контроль по следующим направлениям: проведение контрольных процедур внутреннего контроля, организация системы управления рисками, предусматривающая описание бизнес-процессов структурных подразделений и актуализацию матрицы рисков и процедур внутреннего контроля, а также организация системы управления качеством.

Система внутреннего контроля Фонда функционирует на постоянной основе и обеспечивает:

- упорядоченное и эффективное ведение финансово-хозяйственной деятельности Фонда, в том числе достижение финансовых, операционных и ключевых показателей, а также сохранность активов;

⁴ Федеральный закон от 21.07.2007 N 185-ФЗ «О Фонде содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства» // «Российская газета», N 162, 27.07.2007.

⁵ Там же.

⁶ Там же.

- правильность исчисления (удержания), полноту и своевременность уплаты (перечисления) налогов, сборов, страховых взносов;
- достоверность, полноту и своевременность отражения результатов фактов хозяйственной жизни в бухгалтерской (финансовой) и налоговой отчетности;
- мониторинг результатов выполняемых контрольных процедур, направленных на своевременное выявление, исправление и предотвращение ошибок (искажений) в бухгалтерской (финансовой) и налоговой отчетности, а также отчетности субъектов Российской Федерации⁷.

Согласно приказу ФНС России от 16.06.2017 № ММВ-7-15/509@ «Об утверждении Требований к организации системы внутреннего контроля», Фонд определяет уровень организации системы внутреннего контроля через оценку системы внутреннего контроля, а также разрабатывает мероприятия по развитию и совершенствованию системы внутреннего контроля.

Таким образом, стало возможно определить необходимость наличия в хозяйствующем субъекте системы внутреннего контроля, рисков и качества в хозяйствующем субъекте.

Считаем обоснованным провести краткое описание понятия бизнес-процесса. Итак, бизнес-процесс представляет собой описанный комплекс мероприятий, направленных на достижение максимальной эффективности и оптимизации работы хозяйствующего субъекта, позволяющий поэтапно описать/понять работу отрасли (подразделения), с возможностью оценить, на каком из этапов возникают риски для организации.

На этапе зарождения в Российской Федерации института внутреннего контроля, появления бизнес-процессов и описания рисков, применялось (и до сих пор применяется) ручное управление бизнес-процессами. Для данной цели создаются структурные подразделения в составе организации, в сотрудникам применяются требования профессиональных стандартов «Специалист по внутреннему контролю (внутренний контролер)», для чего сотрудники

⁷ Электронный пецыпс: <https://fondgkh.ru/o-fonde/vnutrennij-kontrol/osushchestvlenie-vnutrennego-kontrolya/fond-zhkhkh/informatsiya-o-deyatelnosti-departamenta-vnutrennego-kontrolya-gosudarstvennoy-korporatsii-fonda-sodeystviya-reformirovaniyu-zhkhkh-za-2019-god/>.

проходят курсы повышения квалификации / профессиональную переподготовку. Реже – в составе какого-либо подразделения (чаще финансового отдела) выделяется сотрудник для осуществления функции внутреннего контролера. На наш взгляд, такое замещение должности не совсем верно, поскольку внутренний контролер не должен числиться/работать в проверяемом структурном подразделении, поскольку возникает конфликт интересов, что может привести к необъективному оцениванию.

Итак, непосредственный контроль, стандартные операции, разработка, актуализация бизнес-процессов ложится на сотрудника подразделения внутреннего контроля. Это происходит в случае ручного управления процессами, применяемого в большинстве организаций.

Альтернативой же ручному управлению бизнес-процессами является автоматизация бизнес-процессов, при котором задачи, шаги определенной функции конкретного структурного подразделения контролируются, а в идеале, и управляются специализированной информационной системой, то есть какой-то программой (АПК – аппаратно-программным комплексом). Безусловно, АПК придется покупать или платить за «подписку» на него, а также, за обновление программного обеспечения, за техническую поддержку. Если компания обладает такими возможностями, то следует остановиться именно на применении АПК по ряду причин: освобождение физического труда работника; отсутствие необходимых трат на повышение его квалификации; освобождение времени работников, ведь даже рисование схем бизнес-процессов компании занимает довольно много времени работника; результатом отказа от ручного управления бизнес-процессами станет возможность повысить степень эффективности управления компанией.

Для того, чтобы можно было внедрять АПК при управлении бизнес-процессами компании, необходимо определить направления этих бизнес-процессов. Авторами предлагаются следующие виды направлений, применительно для государственных корпораций:

- автоматизация процессов, поддерживающих работу производства: отчетность, бухгалтерия, делопроизводство и архивное дело;
- автоматизация процессов, оптимизирующих работу по задачам государственной корпорации: основные задачи и функции, прописанные в Федеральном законе.

Для оптимизации бизнес-процессов и внедрения работы по их управлению, как на ручном, так и на автоматизированном уровне, необходимо понимать структуру бизнес-процесса и составить алгоритм его описания.

Для начала, необходимо понять, как данный бизнес-процесс будет называться, сформулировать его цель и задачи, определить начало процесса, каким отделом/сотрудником/действием он открывается, определить этапы (шаги) процесса (как правило, оптимальным будет 5–10 шагов в процессе средней сложности), определить, в каком структурном подразделении или у какого конкретного работника возникают риски в этом процессе и на каком этапе, определить вид документации, который будет результатом этапа в процессе, определить сроки (при возможности) на исполнение этапа, а также, в конце – определить, каким отделом/сотрудником/действием данный процесс будет закрываться. Это может быть утверждение начальником отдела и передача в архив, это может быть передача в другое структурное подразделение (и далее начнется новый бизнес-процесс), это может быть передача в надзорные органы, и иные действия.

Так авторами, в общих чертах, описывается стандартный бизнес-процесс. Добавим, что каждый процесс необходимо отразить графически, это возможно сделать с помощью программы Microsoft Visio вручную. Однако, считаем разумным указать на то, данный процесс работы занимает большое количество времени, и оптимальным была бы его автоматизация с применением АПК.

Ирина Александровна Гроник,
кандидат юридических наук, ассистент кафедры
гражданского права и процесса и международного
частного права, Юридический институт, Российский
университет дружбы народов, 117198, г. Москва,
Российская Федерация, ул. Миклухо-Маклая, д. 6;
ORCID ID: 0000-0003-0893-5655;
e-mail: gronik-i@rudn.ru

ЭЛЕКТРОННЫЙ ДОКУМЕНТООБОРОТ В ГРАЖДАНСКОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ РЕСПУБЛИКИ КОРЕЯ

Республика Корея – одна из стран мировых лидеров в области развития цифрового общества, разработала и установила электронную систему регистрации дел (сокращенно ECFS¹), включающую совокупность мер, позволяющих сторонам судебного разбирательства и их представителям оформить регистрацию в системе и следить за ходом судебного процесса на любой стадии. Цифровая реальность позволяет получить доступ к судебной информации в электронном виде, совершить подачу искового заявления, либо представить электронные доказательства, находясь дома или в другом месте, где подключен интернет. Полученные в ходе исследования результаты подтверждают эффективность гражданского судопроизводства Республики Корея в условиях цифровизации. Обеспечив максимально открытый доступ граждан к правосудию, происходит действенное осуществление важных гражданско-правовых принципов. Таким образом, судебная система Республика Корея, осуществляет ряд задач по формированию правовых основ для качественной работы в условиях электронного судопроизводства.

Ключевые слова: гражданское судопроизводство, информационное общество, цифровое право, цифровая среда, электронные доказательства, электронный документ, Республика Корея.

Информация о финансировании. Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-011-00276 "а".

Целью настоящего исследования является выработка и обобщение научных знаний об электронном документообороте в граж-

¹ Электронная система регистрации дел (ECFS). Электронный доступ: <https://eng.scourt.go.kr/eng/judiciary/eCourt/eTrials.jsp> (дата обращения 15.09.2020).

данском судопроизводстве Республики Корея, с точки зрения правового анализа и особенностей правового регулирования. Методологическую основу составил метод анализа, благодаря которому удалось осмыслить правовые аспекты и теоретико-концептуальные подходы, законодательные нормы в области гражданского судопроизводства в контексте цифровой среды² и электронного документооборота, обозначить и уточнить некоторые их особенности. Исследован ряд нормативно-правовых актов, в частности: Закон о гражданском правоприменении Республики Корея; Закон об использовании электронных документов в гражданских судебных процессах Республики Корея³; Гражданский процессуальный кодекс Республики Корея (1960 г.)⁴; Правила использования электронных документов в гражданском процессе Республики Корея, вступившие в силу 1 января 2018 года⁵; Правила чтения и копирования гражданских решений.

Республика Корея занимает лидирующие позиции в Международном рейтинге – так называемом мировом Индексе по развитию и совершенствованию информационно-коммуникационных технологий. Процесс цифровизации с масштабной скоростью набирает обороты и продолжает наполнять различные сферы современности⁶. В эпоху удаленного доступа это не только актуально, это необходимость.

² Русакова Е.П. Интегрирование современных цифровых технологий в судопроизводство Китайской Народной Республики и Сингапура // Государство и право. 2020. Номер 9. С. 102–109. DOI: 10.31857/S102694520011323-6.

³ Закон об использовании электронных документов в гражданских судебных процессах Республики Корея [Исполнение 2014. 12. 1.] [Закон № 12586 от 20 мая 2014 г., частичная редакция] 민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률 (약칭: 민소전자문서법) [시행 2014. 12. 1.] [법률 제12586호, 2014. 5. 20., 일부개정], available at: <http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=153964#0000>

⁴ Гражданский процессуальный кодекс Республики Корея (1960 г.) [Исполнение 2017. 10. 31.] [Закон № 14966 от 31 октября 2017 г., частичная редакция] 민사소송법 [시행 2017. 10. 31.] [법률 제14966호, 2017. 10. 31., 일부개정], available at: <http://www.law.go.kr/LSW/lsLinkProc.do?&lsNm=%EB%AF%BC%EC%82%AC%EC%86%8C%EC%86%A1%EB%B2%95&chrClsCd=010202&mode=20&ancYnChk=0#J162:0>.

⁵ Правила использования электронных документов в гражданском процессе Республики Корея, вступившие в силу 1 января 2018 года [Постановление Верховного суда № 2747, 29 июня 2017 года] 민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 규칙 [시행 2018. 1. 1.] [대법원규칙 제2747호, 2017. 6. 29., 일부개정], available at: <http://www.law.go.kr/LSW/lsInfoP.do?lsiSeq=194617#0000>.

⁶ Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н. (2018) Право в условиях цифровой реальности. Журнал российского права. 1 (253), 85–102.

Применение электронного документооборота в гражданском судебном процессе Республики Корея осуществляется с соблюдением важных принципов использования документов в электронном формате, что оказывает благоприятные условия для продвижения информатизации правосудия, реализуя права граждан, ускоряя процесс судопроизводства и повышая его прозрачность (ст. 1 Закона об использовании электронных документов в гражданских судебных процессах Республики Корея).

Согласно корейскому процессуальному законодательству под «электронным документом» понимают информацию, которая создается или преобразуется в электронном виде механической программируемой цифровой машиной с возможностью ее принятия, обработки, передачи, или хранения (сохранения). Компьютеризованная система обработки информации – также означает некую информацию, которая используется при подготовке, представлении, доставке или управлении электронными документами, необходимыми в гражданском процессе.

Статья 5 Закона об использовании электронных документов в гражданских судебных процессах Республики Корея, устанавливает следующий порядок осуществления процесса при помощи системы компьютеризованной обработки информации и электронных документов в гражданском судопроизводстве в электронной системе регистрации дел (ECFS). Лицо может отправить документ в электронном формате только с соблюдением требований и процедур, установленными вышеуказанным законом⁷.

Первоначальным этапом использования компьютеризованной системы обработки информации является регистрация в качестве пользователя электронной системы регистрации дел (ECFS) в соответствии с правилами Верховного суда Республики Корея⁸, после чего открывается доступ к электронной судебной системе, для ввода данных, необходимых для заполнения персональной страницы электронного судебного процесса для каждого типа

7 Русакова Е.П., Зайцев В.В. Онлайн – судопроизводство в Российской Федерации // *Advances in Law Studies*. 2020. Т. 8. № S5. С. 49–54.

⁸ См.: Статья 4. Правила использования электронных документов в гражданском процессе Республики Корея, вступившие в силу 1 января 2018 г. [Постановление Верховного суда № 2747, 29 июня 2017 г.] 민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 규칙 [시행 2018.1.1.] [대법원규칙 제2747호, 2017. 6. 29, 일부개정], available at: <http://www.law.go.kr/LSW/lsInfoP.do?lsiSeq=194617#0000> Дата обращения: 17.09.2020 г.

участников (индивидуальный; корпоративный; адвокат; член юридической ассоциации; дела о банкротстве; руководитель и т.д.). Регистрация подтверждается согласием пользователя на ведение гражданского судебного процесса с использованием электронной системы судебного разбирательства (далее именуемое «электронное судебное соглашение») и применением сертификата электронной подписи. Регистрация пользователя может быть отозвана зарегистрированным лицом по собственному желанию, либо приостановлена или отменена Комиссаром Судебной администрации, в случае:

- когда личность зарегистрированного пользователя не распознана;
- если введена недостоверная информация или изменены некоторые сведения о пользователе;
- кражи информации или посягательство на использование других зарегистрированных пользователей;
- отказа компьютеризированной системы обработки данных умышленно или по халатности.

Следовательно, вся информация, полученная после регистрации пользователя, может быть применена в качестве материалов возбужденного гражданского дела⁹. Регламентом Верховного Суда Р. Корея предусмотрены и несколько иных вариантов подачи документов и преобразования их в электронный формат:

1. Представление электронных документов на магнитных дисках и других носителях электронной информации. В этом случае секретарем суда в обязательном порядке производится преобразование полученных документов в электронную форму, а также их регистрация в компьютеризированной системе обработки информации, с применением судебной электронной подписи. Преобразованные и зарегистрированные указанным способом документы считаются идентичными исходным.

2. Представление документов в формате, отличном от электронных документов. В этом случае порядок и метод их преобразования в электронные документы и регистрации определяются Регламентом Верховного суда, но все предусмотренные технические меры

⁹ Dudin M.N., Shakhov O.F., Shakhova M.S., Rusakova E.P., Sizova Yu.S. Digital technologies as a driver of intellectual stratification of human resources: socio-economic inequality // International Journal of Recent Technology and Engineering. 2019. Vol. 8. № 2. p. 4436–4440.

для обеспечения идентичности оригиналов документов должны быть соблюдены. В данном случае применяется электронная судебная подпись, которая приравнена к административной электронной подписи в соответствии с подпунктом 9 статьи 2 Закона об электронном правительстве, и может быть использована судьей, помощником судьи или судебным секретарем, судебным исполнителем в судебном гражданском процессе с электронным документооборотом.

Указанные способы подачи документов применяются в виде исключения в следующих ситуациях: в случае отказа в доступе электронной судебной системы; в случае технического сбоя в самой системе или в информационной сети. Зарегистрированному пользователю рекомендуется обратиться непосредственно в суд, если: время устранения технических неполадок и отказа электронной системы судебного разбирательства не определено; если существует риск затягивания судебного процесса или неисполнения возложенных обязательств. При этом в случае подачи электронных документов на магнитных носителях, кроме идентифицирующей зарегистрированного пользователя информации, включая номер судебного дела, необходимо указать причину несоответствующей подачи документов¹⁰.

Однако по усмотрению председательствующего судьи на зарегистрированного пользователя, подавшего документы на магнитных носителях, может быть возложена обязанность подачи документов в электронном виде после устранения всех технических препятствий. Датой подачи документов будет считаться время их первоначального представления.

Таким образом, Республика Корея применяет и эффективно внедряет информационные технологии для оцифровки информации, для электронной обработки судебных дел, тем самым, повышая продуктивность подготовки дела к судебному разбирательству, упрощает процедуру с момента предъявления иска, исключая процесс затягивания судебного процесса, оказывает содействие удобному и прозрачному использованию судебных процедур, сокращает сроки ведения судебного разбирательства по делу.

¹⁰ Frolova E.E., Polyakova T.A., Dudin M.N., Rusakova E.P., Kucherenko P.A. Information security of Russia in the digital economy: the economic and legal aspects // Journal of Advanced Research in Law and Economics. 2018. vol. 9. № 1. p. 89–95; Frolova E.E., Dudin M.N., Ivashchenko N.P., Selezneva N.A., Galkina M.V. Professional competences of personnel as a factor of forming intellectual capital of business entities // International Journal of Economic Research. 2017. Vol. 14. № 15. p. 429–440.

В.С. Дегтярева,
*аспирант отдела гражданского законодательства
и процесса Института законодательства
и сравнительного правоведения при Правительстве
Российской Федерации, г. Москва;
victoria.kub@gmail.com*

ФРАНЦУЗСКАЯ МОДЕЛЬ ПРОЦЕДУРЫ ПЕРЕГОВОРОВ ПРИ СОДЕЙСТВИИ АДВОКАТОВ

В статье автором раскрываются особенности процедуры переговоров при содействии адвокатов, регламентируемой положениями Гражданского кодекса Франции и Гражданского процессуального кодекса Франции, неизвестной отечественному законодательству и представляющей интерес в свете реформирования гражданского судопроизводства.

Ключевые слова: процедура переговоров при содействии адвокатов, дружественное урегулирование споров, договорная подготовка дела к судебному разбирательству.

1. Закрепление во французском процессуальном законодательстве принципа *favor accordandum ou conciliationis* (принцип благоприятствования примирению сторон) способствовало расширению механизмов дружественного урегулирования споров, одним из которых является процедура переговоров при содействии адвокатов (*la procédure participative*)¹.

2. Предложение № 47, содержащееся в докладе «Разумное стремление к дружественному правосудию», представленном в 2008 г. комиссией под руководством профессора С. Гиншара, заключалось в создании такой процедуры, которая позволила бы сторонам посредством проведения переговоров с участием адвокатов урегулировать разногласия, а, в противном случае, предполагала бы упрощенный переход к судебному разбирательству и оперативное рассмотрение спора по существу².

3. В 2010 г., по мнению Ж.-Ф. Трикуа, «по заказу» был создан инструмент для адвокатов, представляющий собой соглашение о про-

¹ Cadiet L., Clay Th. Les modes alternatifs de règlement des conflits. 3^e éd. Paris: Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2019. P. 110–115.

² Guinchard S. L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Rapport au garde des Sceaux, Paris, 2008. P. 168–171.

ведении процедуры, которое стороны при содействии своих адвокатов заключают в целях организации переговоров, направленных на достижение дружественного решения их спора³.

4. Отличительной особенностью процедуры является участие в ней адвокатов. За исключением адвокатов никто не может оказывать содействие стороне, участвующей в процедуре. При этом такое содействие является обязательным для каждой из сторон соглашения.

Роль адвокатов в процедуре сводится к обмену требованиями и доводами фактического и правового характера, документами и информацией между сторонами в порядке, предусмотренном соглашением. Все действия, осуществляемые в рамках переговоров, основываются на скрепленных подписями адвокатов документах.

5. Положения, касающиеся условий и порядка заключения соглашения о проведении процедуры, содержатся в статьях 2062–2068, 2238 ГК Франции⁴.

При выборе данной процедуры стороны заключают на определенный срок письменное соглашение, к существенным условиям которого относятся срок его действия, предмет разногласий, документы и сведения, необходимые для урегулирования разногласий, порядок их обмена, а также имена, фамилии и адреса сторон и их адвокатов (п. 1 ст. 1545 ГПК Франции⁵).

В соответствии с соглашением стороны обязуются при содействии своих адвокатов и на условиях, установленных таким соглашением, совместно и добросовестно работать над достижением соглашения, которое положит конец спору, существующему между ними, или подготовкой спора к судебному разбирательству (ст. 1544 ГПК Франции).

6. Особое внимание следует уделить определению предмета разногласий, поскольку соглашение может заключаться только в отношении разногласий, связанных с правами, которые находятся в свободном распоряжении сторон.

³ Tricoit J.-Ph. Droit de la médiation et des modes amiables de règlement des différends 2019/20. 1^{re} éd. Issy-les-Moulineaux: Gualino, coll. Mémentos, 2019. P. 153–158.

⁴ URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/2020-10-26/ (дата обращения: 25.10.2020 г.).

⁵ URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716 (дата обращения: 25.10.2020 г.).

Возможность проведения процедуры исключается в случаях, когда публичный порядок запрещает по воли сторон изменять нормы, например, регулирующие вопросы правового статуса лиц. Как отмечает Н. Фрисеро, сложности в определении публичного порядка иногда могут ограничивать сферу соглашения⁶.

7. На соглашение о проведении процедуры переговоров при содействии адвокатов не распространяется общее требование о конфиденциальности, предусмотренное законом в отношении процедур медиации и примирения, проводимых как до, так и после обращения в судебное учреждение. Адвокат обязан соблюдать профессиональную этику, тогда как конфиденциальность процедуры не соблюдается, если иное не предусмотрено сторонами в соглашении о ее проведении.

Следовательно, конфиденциальность не является принципом рассматриваемой процедуры.

8. В зависимости от предмета соглашения, определяемого сторонами, существуют два способа проведения договорной процедуры поиска соглашения (статьи 1542–1564-7 ГПК Франции).

9. Процедура переговоров, проводимая при содействии адвокатов до обращения в судебное учреждение, носит характер внесудебной процедуры, за которой при необходимости следует процедура рассмотрения и разрешения дела судьей в части неурегулированных разногласий.

Процессуально-правовым эффектом подписания соглашения вне рамок рассмотрения дела судебным учреждением является, как правило, неприемлемость любого обращения к судье в период его действия. Однако неисполнение одной из сторон соглашения позволяет другой стороне обратиться к судье с требованием разрешить спор в соответствии с применимыми к нему нормами права. Кроме того, стороны не лишены возможности ходатайствовать о применении временных и обеспечительных мер.

Материально-правовым эффектом заключения соглашения является приостановление срока исковой давности с момента его подписания. С другой стороны, течение срока исковой давности начинается заново с момента, когда срок действия соглашения истек, и длится не более шести месяцев.

⁶ Fricero N. Procédure civile. 16^e éd. Paris: Gualino, coll. Mémentos, 2020. P. 43–46.

10. Проведение процедуры после обращения в судебное учреждение рассматривается как один из возможных способов проведения подготовки дела к судебному разбирательству (п. 2 ст. 1543 ГПК Франции).

Цель такой договорной подготовки дела заключается в том, что документы, составленные и подписанные адвокатами обеих сторон в ходе переговоров, в случае недостижения сторонами соглашения, прекращающего их разногласия, представляются судье для исследования, упрощают и ускоряют рассмотрение и разрешение спора.

11. Стимулирующим фактором обращения сторон к процедуре переговоров при содействии адвокатов является возможность сторон или одной из них представить судье на утверждение соглашение, полностью или частично устранившее их разногласия, без изменения последним его условий, а в случае неуспешного окончания переговоров рассмотрения судьей спора по существу.

12. В заключение можно сделать вывод о смешанной (материально-процессуальной) природе процедуры переговоров при содействии адвокатов, поскольку порядок, условия соглашения о ее проведении регулируются нормами ГК Франции, тогда как последствия такого соглашения находят свое отражение непосредственно в ГПК Франции.

*Владимира Владимировна Долинская,
доктор юридических наук, профессор,
профессор кафедры гражданского права
Московского государственного юридического
университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
член Научно-консультативного совета при Верховном
Суде РФ; civil-VVD@yandex.ru*

ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ КРИМИНАЛИЗАЦИИ ОТНОШЕНИЙ ГРАЖДАНСКОГО ОБОРОТА

На примерах Российской Федерации и ряда стран, с которыми она заключила договоры о сотрудничестве в сфере права, состоит вместе в ВТО, входит в СНГ, рассмотрены проблемы подмены и вытеснения одними отраслевыми средствами других. Выявлены субъективные поводы и, на основе выделения объективных предпосылок взаимодействия средств гражданского и уголовного права, предложено направление по противодействию криминализации отношений гражданского оборота.

Ключевые слова: Банкротство; государственная регистрация; гражданский оборот; индивидуальные предприниматели; корпоративные конфликты; ответственность; юридические лица

Специалистов по частному праву смущает и беспокоит тенденция криминализации отношений гражданского оборота¹, частноправовых отношений.

Начнем с легитимации участия в гражданском обороте.

Государственная регистрация (далее – гос. регистрация) – бесспорно административный акт, акт публичной власти, но влекущий юридически значимые последствия в различных отраслях права и в связи с этим признаваемый юридическим фактом в т.ч. для гражданского права² (например, Ст. 51 ГК РФ).

Согласно подп. 3 ч. 6 Ст. 27 АПК РФ, арбитражные суды рассматривают дела по спорам об отказе в гос. регистрации, уклонении

¹ О его понятии см.: Долинская В.В. Проблемы гражданского оборота // Законы России: опыт, анализ, практика. 2019. № 6. С. 3–8.

² См. подробнее: Гражданское право: юридические факты: учебное пособие для бакалавров / отв. ред. В.В. Долинская, В.Л. Слесарев. (Серия «Гражданское право» / науч. ред. В.Л. Слесарев). – М.: Проспект, 2017.

от гос. регистрации юридических лиц (далее – ЮЛ), индивидуальных предпринимателей (далее – ИП) независимо от субъектного состава.

В то же время ч. 1 Ст. 169 УК РФ предусматривает уголовную ответственность не только за ограничение прав и законных интересов ИП или ЮЛ, незаконное ограничение самостоятельности либо иное незаконное вмешательство в деятельность ИП или ЮЛ, но и за неправомерный отказ в гос. регистрации ИП или ЮЛ либо уклонение от их регистрации, неправомерный отказ в выдаче специального разрешения (лицензии) на осуществление определенной деятельности либо уклонение от его выдачи, с учетом только 2 квалифицирующих признаков – *«если эти деяния совершены должностным лицом с использованием своего служебного положения»*.

Представляется гораздо целесообразнее подход Модельного Уголовного кодекса для государств – участников СНГ³, который в Ст. 254, во-первых, использует более краткие и емкие формулировки (*«воспрепятствование законной предпринимательской или иной деятельности индивидуального предпринимателя либо юридического лица в любой форме»*), во-вторых, вводит 4 квалифицирующих признака: 1) субъектный состав – публичный служащий (определение дано в примечании 3 к Ст. 301), 2) мотив – *«совершенное ... из корыстной или иной личной заинтересованности»* (налицо вина в форме прямого умысла), 3) средство – *«с использованием своего служебного положения»* и 4) последствия – *«повлекшее причинение крупного ущерба»* (при этом понятие крупного ущерба как последствия преступлений против порядка осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности⁴ определяется законодательством конкретного государства)⁵.

Таким образом, по форме вины и тяжести последствий мы можем различить частноправовые и уголовно-правовые отношения. В первом случае мы имеем дело с искомым производством по заявлению потерпевшего – частного лица, цель которого – понуждение государственного органа (далее – госоргана) к допуску к определенному виду экономической деятельности. Сам же госорган может

³ Приложение к Информационному бюллетеню Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ. 1997. № 10 (с изм.).

⁴ Об их понятиях и соотношении см. подробнее: Долинская В.В. Экономическая деятельность и ее виды // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. № 3. С. 3–15.

⁵ К этому составу приближается по формулировкам ч. 2 Ст. 169 УК РФ.

привлечь своего сотрудника к дисциплинарной (трудовой) ответственности, а в случае выявления квалифицирующих обстоятельств – к административной или уголовной. Есть риск субъективного подхода по отношению к собственным служащим. Но он не меньше трудозатрат следственных органов с учетом того, что заявитель по уголовному делу вряд ли может представить доказательства прямого умысла публичного служащего. Наконец, в случае необоснованности заявления о возбуждении уголовного дела соответствующее должностное лицо может прибегнуть к средствам уголовно-правовой защиты (от клеветы), а соответствующий госорган – к средствам частного права (требования возмещения ущерба и компенсации репутационного вреда), что в свою очередь увеличит нагрузку правоохранительных и судебных органов.

Применительно к физическим лицам формулировка Ст. 171 УК «Незаконное предпринимательство» до сих пор не приведена в соответствие с Ст. 23 ГК, которая с 2017 г. ввела возможность осуществления гражданами предпринимательской деятельности без гос. регистрации в качестве ИП⁶.

Еще больше вопросов к нормам об ответственности именно за деятельность в рамках гражданского оборота.

Так, еще в 2009 г. автор писала о криминализации корпоративных конфликтов как наиболее распространенных в экономической деятельности, понимая под этим *«как уголовно-правовую природу правонарушений, так и «разрешение» этих конфликтов средствами уголовного права вне зависимости от того, насколько это обоснованно»*⁷.

Чаще всего одна сторона конфликта обвиняет другую в таких преступлениях как:

- мошенничество, т.е. хищение чужого имущества или приобретение права на чужое имущество путем обмана или злоупотребления доверием (Ст. 159 УК);
- присвоение или растрата, т.е. хищение чужого имущества, вверенного виновному (Ст. 160 УК);

⁶ См.: Долинская В.В., Долинская Л.М. Проблемы правового статуса самозанятых // Вестник Московского государственного областного университета. Серия: Юриспруденция. 2018. № 1. С. 113–129.

⁷ См.: Долинская В.В. Криминализация корпоративных конфликтов // Законы России: опыт, анализ, практика. 2009. № 3. С. 58.

– причинение имущественного ущерба собственнику или иному владельцу имущества путем обмана или злоупотребления доверием при отсутствии признаков хищения (Ст. 165 УК);

– использование лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, своих полномочий вопреки законным интересам этой организации и в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц либо нанесения вреда другим лицам, если это деяние повлекло причинение существенного вреда правам и законным интересам граждан или организаций, либо охраняемым законом интересам общества или государства (Ст. 201 УК);

– незаконная передача лицу, выполняющему управленческие функции в коммерческой или иной организации, и незаконное получение этим лицом денег, ценных бумаг, иного имущества, а равно незаконное оказание ему услуг имущественного характера за совершение действий (бездействия) в интересах дающего в связи с занимаемым этим лицом служебным положением (Ст. 204 УК);

– самоуправство, т.е. самовольное, вопреки установленному законом или иным нормативным правовым актом порядку, совершение каких-либо действий, правомерность которых оспаривается организацией или гражданином, если такими действиями причинен существенный вред (Ст. 330 УК).

Практически каждому из вышеперечисленных деяний можно найти аналог в гражданском и корпоративном законодательстве. Это, например, крупные сделки по приобретению голосующих ценных бумаг (поглощения по гл. XI.1 Федерального закона от 26.12.1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее – ФЗ «Об АО»⁸), крупные сделки с активами (гл. X ФЗ «Об АО»), сделки, в совершении которых АО имеется заинтересованность (гл. XI ФЗ «Об АО»). Весьма распространены сделки с выходом за пределы полномочий (напомним, что они могут быть санированы, одобрены впоследствии организацией, в интересах которой действовало лицо, как правило, член органа управления, управляющий филиалом и т.п.).

⁸ СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1 (с изм.).

Многие правонарушения в сфере корпоративных отношений, являясь корпоративными конфликтами⁹, не являются уголовно наказуемыми деяниями.

В Англии одно из наиболее распространенных оснований в отказе от рассмотрения судами корпоративных споров – невмешательство государства в частные дела. Уголовное судопроизводство по большинству экономических преступлений не предусматривает возможности отзыва заявления о возбуждении уголовного дела, своего рода «мирового соглашения».

Ст. 71 ФЗ «Об АО» предусматривает ответственность членов органов АО за причинение обществу убытков, виновные действия (бездействия) с нарушением принципов разумности и добросовестности вопреки интересам ЮЛА. Расплывчатая формулировка позволяет использовать средства разных отраслей права.

Еще запутаннее ситуации во французском праве, где нормы об уголовной ответственности содержатся не только в УК, но и в других правовых актах, например, Законе 1966 г. о коммерческих обществах, Ордонансе 1967 г. № 67-833 о биржевых операциях, Ордонансе 1986 г. № 86-1243 о свободе цен и о конкуренции.

Мало что дает для квалификации правонарушения фигура потерпевшего.

Чьи права нарушает, например, недобросовестная эмиссия ценных бумаг (Ст. 15.17 КоАП)? ЦБ РФ, куда представляются необходимые документы (гл. 5 Федерального закона от 22.04.1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»¹⁰); акционеров, которым не дали возможности рассмотреть на общем собрании вопрос о размещении дополнительных акций (п. 2 Ст. 28 ФЗ «Об АО»); инвесторов, чьи денежные средства привлечены незаконно (п. 3 Ст. 835 ГК)? Ст. 185 УК в качестве возможных потерпевших от злоупотреблений при

⁹ См. о них: Долинская В.В. Понятие корпоративных конфликтов // Законы России: опыт, анализ, практика. 2010. № 6. С. 4–11; Корпоративные конфликты. Причины их возникновения и способы преодоления / Под ред. А.С. Семенова, Ю.С. Сизова. – М., 2002; Фроловский Н.Г. Понятие корпоративного спора // Законы России: опыт, анализ, практика. 2010. № 6; V. Dolinskaya, A. Kalinina, A. Inshakova and A. Goncharov. Corporate Conflicts in the System of Public Relations, Law, and Legislation of the Russian Federation: Chapter 9 // «Conflict-free» socio-economic systems: perspectives and contradictions / edited by Elena G. Popkova – Institute of Scientific Communications, Russia, Emerald Publishing Limited, Howard House, UK, 2019.

¹⁰ СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1918 (с изм.).

эмиссии ценных бумаг называет и граждан, и организации, и государство.

В ряде случаев взаимодействие средств публичного и частного целесообразно и эффективно.

Например, в ноябре 2006 г. Генпрокуратура возбудила и передала следователям МВД уголовные дела по факту незаконного предпринимательства в отношении дочерних компаний «Русснефти» – «Нафта Ульяновска» и «Ульяновскнефти». Речь шла о 700 млн руб. и 2 млрд руб. прибыли, полученной этими компаниями в 2003–2004 гг. в результате незаконной (сверх установленных Росприроднадзором лимитов) добычи нефти. В январе 2007 г. Следственный комитет МВД возбудил уголовное дело по факту неуплаты «Русснефтью» налогов в особо крупном размере (п. «б») ч. 2 Ст. 199 УК). В мае президенту компании Михаилу Гуцериеву было предъявлено второе обвинение – в незаконном предпринимательстве (п.п. «а», «б» ч. 2 Ст. 171 УК). В конце апреля Федеральная налоговая служба подала в арбитражный суд г. Москвы 8 исков к 11 фирмам – бывшим и действовавшим акционерам «Русснефти», требуя признать недействительными сделки между ними по купле-продаже акций нефтяной компании по Ст. 169 ГК как противоречащие основам правопорядка или нравственности. По мнению налоговиков, с помощью этих фирм учредители «Русснефти» «распыляли» ее акции через длинную цепочку сделок купли-продажи. Помимо акционеров «Русснефти» ответчиком по всем искам выступал реестродержатель компании «Сервис-Реестр», а третьей стороной – Росимущество. Последствие удовлетворения исков ФНС – взыскание акций «Русснефти» в доход государства.

Спорно, но иногда целесообразно такое взаимодействие при банкротстве, которое является инструментом свободной рыночной экономики, но в условиях криминализации экономических отношений становится средством недобросовестного обогащения, захвата и передела собственности.

В зависимости от личности выгодоприобретателя, цели, способов можно выделить т.н. заказные банкротства и неправомерные действия, связанные с процедурами банкротства.

В первом случае выгодоприобретателем, как правило, является третье лицо, не совпадающее с личностью организации-должника. Цель – завладение активами должника вопреки его воле, его

устранение с рынка. Но способы могут быть некриминальными – скупка долгов ЮЛ, инициирование процедуры банкротства, установление контроля над имуществом должника и над возможностью принятия управленческих решений.

Во втором случае мы имеем дело именно с неправомерными действиями. Передел собственности осуществляется управляющей этим имуществом группой или сособственником, соучредителем, стремящимся изменить имущественные отношения, определяющие и отношения власти, контроля в свою пользу. Выгодоприобретателями обычно являются лица, названные субъектами преступлений, предусмотренных ст.ст. 195–197 УК (им близки, например, Отдел III Книги Третьей «Об имущественных преступлениях и проступках» УК Франции «Об искусственном создании неплатежеспособности», ст.ст. 192–194 УК Армении). Используемые способы: преднамеренное создание признаков банкротства в не обладающей ими организации; злонамеренное увеличение размеров этих признаков; использование в своих интересах – для перераспределения собственности – банкротства, возникшего вне участия данного конкретного лица; руководство процессом имеющего место банкротства путем привлечения в качестве арбитражных управляющих и/или членов ликвидационной комиссии заинтересованных – своих лиц¹¹.

Можно приветствовать сочетание разноотраслевых средств в случаях с т.н. кабальными сделками (п. 3 Ст. 179 ГК РФ и Ст. 313-4 УК Франции о злонамеренном злоупотреблении состоянием неведения или положением слабости либо несовершеннолетнего лица, либо лица, особая уязвимость которого в силу его возраста, болезни, увечья, физического или психического недостатка или состояния беременности очевидна или известна исполнителю, для склонения этого несовершеннолетнего или этого лица к действию или отказу от действия, являющемуся для него крайне невыгодным).

Механизмы частного права обеспечивают реальную защиту частноправовых интересов, включая возмещение убытков, восста-

¹¹ См.: Лопашенко Н.А. Передел собственности в России: оценка состояния и эффективности уголовно-правовых и иных средств противодействия // Современные разновидности российской и мировой преступности: состояние, тенденции, возможности и перспективы противодействия: Сборник научных трудов / под ред. Н.А. Лопашенко – Саратов: Саратовский Центр по исследованию проблем организованной преступности и коррупции: Сателлит, 2005. С. 162–171.

новление существовавшего до правонарушения положения. Механизмы уголовного права носят карательный характер, возмещение убытков, как правило, осуществляется в рамках гражданского иска в уголовном судопроизводстве.

В то же время вызывает большие сомнения оправданность включения, например, в УК ФРГ §284 о неразрешенной организации азартных игр, в УК Франции ряда статей раздела «О преступных деяниях в области здравоохранения» Книги Пятой, в УК Армении – Ст. 159 «Нарушение патентного права», Ст. 195 «Противоправная антиконкурентная практика».

Иногда уголовную ответственность обосновывают крупным размером ущерба (например, Ст. 303.1 Модельного УК СНГ «Нецелевое расходование бюджетных средств», Ст. 158 УК Армении «Нарушение авторского и смежных прав»). Но часто и этот критерий отсутствует.

Мы можем выделить объективные предпосылки взаимодействия средств гражданского и уголовного права, а также субъективные поводы подмены и вытеснения одними отраслевыми средствами других.

К первым отнесем диалектическое соотношение правовых статусов лица и несколько «степеней» защиты прав. Ко вторым – ошибки в толковании ряда источников права комплексного характера и дефекты права в некоторых из них.

В целях противодействия криминализации отношений гражданского оборота целесообразна оптимизация построения системы правонарушений и ответственности за них в различных отраслях права без дублирования объектов правонарушения и с более четким выделением квалифицирующих признаков разноотраслевых правонарушений.

*Ольга Алексеевна Евменчикова,
старший преподаватель кафедры
гражданского права Юридического факультета
Белорусского государственного университета;
evmenchikova@bsu.by*

СВЕРХИМПЕРАТИВНЫЕ НОРМЫ КАК ОГРАНИЧИТЕЛЬНЫЙ МЕХАНИЗМ ПРИМЕНЕНИЯ ИНОСТРАННОГО ПРАВА К ЧАСТНОПРАВОВЫМ ОТНОШЕНИЯМ С УЧАСТИЕМ ГОСУДАРСТВА

В настоящее время проблематика определения права, применимого к частноправовым отношениям с участием государства, приобретает особую актуальность в связи с расширением сфер такого участия. В доктрине вопрос об определении права, применимого к договору с участием государства, до настоящего времени не получил однозначного разрешения и является дискуссионным. Статья посвящена исследованию правового регулирования категории «сверхимперативные нормы» (нормы непосредственного применения) в законодательстве государств-членов ЕАЭС и возможности применения соответствующего регулирования к частноправовым отношениям с участием государства. По результатам анализа предложены критерии выделения сверхимперативных норм применительно к частноправовым отношениям с участием государства.

Ключевые слова: сверхимперативные нормы; нормы непосредственного применения; применимое право; принцип автономии воли сторон; частноправовые отношения с участием государства.

Вопрос определения права, применимого к частноправовым отношениям с участием государства, является актуальным ввиду расширения сфер такого участия. В законодательстве большинства государств, в том числе государств-членов Евразийского экономического союза (далее – ЕАЭС), признан подход, согласно которому государство, выступая в качестве участника частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, действует наравне с иными субъектами. Соответственно, к данным отношениям должны применяться общие правила о выборе применимого права.

Указанный подход получил закрепление в ст. 1114 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее – ГК Республики Беларусь), ст. 1204 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК Российской Федерации), ст. 1102 Гражданского кодекса Респуб-

лики Казахстан (далее – ГК Республики Казахстан), ст. 1275 Гражданского кодекса Республики Армения (далее – ГК Республики Армения), ст. 1187 Гражданского кодекса Кыргызской Республики (далее – ГК Кыргызской Республики). Согласно указанным нормам определение права, применимого к гражданско-правовым отношениям, в которых участвует государство, должно осуществляться на общих основаниях, с учетом положений раздела «Международное частное право» гражданских кодексов соответствующих государств. Тем самым положения названных статей отрицают коллизионный иммунитет государства. Из вышеприведенных норм следует, что в вопросах выбора применимого права отношения с участием государства не имеют какой-либо специфики, обусловленной государственным суверенитетом. Следовательно, к правоотношениям необходимо применять право, предусмотренное соответствующими коллизионными нормами или избранное сторонами на основе принципа автономии воли.

Вместе с тем, в большинстве правопорядков в качестве ограничительного механизма применения иностранного права получил закрепление институт свержимперативных норм, положения которых являются обязательными и должны применяться к соответствующим отношениям независимо от права, избранного сторонами или определенного на основании коллизионных норм. Соответственно, ограничительное действие указанных норм в равной степени распространяется также и на частноправовые отношения с участием государства.

Под свержимперативными нормами в международном частном праве понимаются материальные нормы национального законодательства, действующие независимо от коллизионных правил, на основе которых в качестве применимого определено право иностранного государства, а также ограничивающие применение последнего¹. Как отмечает С.А. Курочкин, «сверхимперативные нормы регулируют общественные отношения независимо от подлежащего применению права вследствие указания в самих нормах или ввиду их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота»². М.М. Богуслав-

¹ Лунц Л.А. Курс международного частного права. Общая часть. М.: Юридическая литература, 1973. С. 329.

² Курочкин С.А. Третейское разбирательство и международный коммерческий арбитраж. М.: Статут, 2017. С. 175.

ский, характеризуя особенности сверхимперативных норм, указывает, что «устранить их применение не могут ни соглашения сторон о выборе права, ни коллизионные нормы страны суда»³. В.П. Звеков определяет правовую природу сверхимперативных норм как «пограничье» частного и публичного права: «нормы частного права, являющиеся продолжением публично-правовых начал; нормы публичного права, воздействующие на частноправовые отношения»⁴.

По мнению А.В. Асоскова, появление этого института связано с основным недостатком разнонаправленного подхода, основанного на типизации имущественных и личных неимущественных отношений, для каждой разновидности которых формулируются специальные критерии (формулы прикрепления), позволяющие локализовать правоотношение в рамках определенной правовой системы, – безразличием к материально-правовому результату разрешения спора, поскольку данный подход исходит из постулатов о равноценности и взаимозаменяемости систем частного права разных государств, международном единообразии решений как главной цели международного частного права⁵.

Несмотря на достаточную глубину разработанности концепции сверхимперативных норм в доктрине международного частного права, единообразные критерии практического применения данных норм отсутствуют. Так, в доктрине выделяются две характерные черты сверхимперативных норм: во-первых, это «правила, вводимые в целях защиты некоторой политики, представляющей важность для государства», и, во-вторых, «их применение требуется безотносительно, или даже приоритетно, по отношению к нормам материального права, регулирующим отношения сторон спора»⁶.

Как отмечается в доктрине, к сверхимперативным нормам могут быть отнесены не любые императивные положения, а лишь те из них, которые имеют особую публичную значимость и направлены на повышенную защиту наиболее важных общественных

³ Богуславский М.М. Международное частное право. Изд. 7-е, перераб. и доп. М., 2016. С. 117.

⁴ Звеков В.П. Коллизии законов в международном частном праве. М., 2007. С. 205–206.

⁵ Асосков А.В. Нормообразующие факторы, влияющие на содержание коллизионного регулирования договорных обязательств: Автореф. дис. ... доктора юрид. наук: 12.00.03 / А.В. Асосков; МГУ имени М.В. Ломоносова. М., 2012. С. 18–19, 23.

⁶ Курочкин С.А. Указ. соч. С. 145.

интересов⁷. По мнению Е.А. Салей, «прямое или опосредованное указание на строго императивный характер норм имеет место в случаях, имеющих особое значение для обеспечения национальной безопасности (прежде всего в сфере экономики) и не ограничивается только сферой договорных обязательств»⁸.

По утверждению О.Ф. Засемковой, для целей толкования п. 1 ст. 1192 ГК Российской Федерации «под интересами, на защиту которых направлены сверхимперативные нормы (нормы непосредственного применения), следует понимать, в частности, интересы государства: обеспечение суверенитета и безопасности страны; реализация важных экономических, социальных, политических, культурных интересов государства; обеспечение конституционных прав и свобод граждан»⁹.

Институт сверхимперативных норм получил закрепление в законодательстве государств-членов ЕАЭС: ст. 1192 ГК Российской Федерации, ст. 1100 ГК Республики Беларусь, ст. 1091 ГК Республики Казахстан, ст. 1259 ГК Республики Армения, ст. 1174 ГК Кыргызской Республики. В конструкции указанных статей (за исключением ст. 1259 ГК Республики Армения) закреплены критерии отнесения норм национального законодательства к числу сверхимперативных с позиции принимающего государства, а также общий подход, допускающий возможность применения сверхимперативных норм иностранного законодательства. ГК Республики Армения не содержит соответствующих положений о возможности применения сверхимперативных норм иностранного законодательства, соответственно, их использование допускается на общих основаниях как части законодательства государства, право которого будет определено в качестве применимого к конкретному правоотношению.

⁷ Бабкина Е.В. Механизмы ограничения действия коллизионного метода в международном частном праве // Актуальные проблемы международного публичного и международного частного права: сб. науч. тр. / Белорус. гос. ун-т; редкол.: Е.В. Бабкина (отв. ред.) [и др.]. Минск, 2009. Вып. 1. С. 190.

⁸ Салей Е.А. Императивные нормы в международном частном праве Республики Беларусь: проблемы доктринального толкования и правоприменения // Право и демократия: сб. науч. тр. / Белорус. гос. ун-т; редкол.: В.Н. Бибило (гл. ред.) [и др.]. Минск, 2009. Вып. 20. С. 203.

⁹ Засемкова О.Ф. Сверхимперативные нормы международного частного права: понятие, признаки, практика применения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03; МГЮА имени О.Е. Кутафина. М., 2017. С. 11.

Что касается критериев определения сверхимперативных норм, то содержание указанных статей гражданских кодексов государств-членов ЕАЭС не позволяет выделить единообразные критерии. Так, в законодательстве Республики Беларусь правила, касающиеся применения сверхимперативных норм, отражены в ст. 1100 ГК Республики Беларусь. Согласно данной статье правила раздела «Международное частное право» не затрагивают действия императивных норм права Республики Беларусь, регулирующих соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права. Положения, аналогичные по содержанию ст. 1100 ГК Республики Беларусь, закреплены также в ст. 1174 ГК Кыргызской Республики.

Общие критерии отнесения норм к сверхимперативным установлены в гражданских кодексах Российской Федерации, Республики Казахстан, Республики Армения. В ГК Российской Федерации такие нормы именуются нормами непосредственного применения (ст. 1192). К их числу относятся императивные нормы законодательства, которые а) вследствие указания в самих императивных нормах или б) ввиду их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота, регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права. Таким образом, для признания определенной правовой нормы в качестве нормы непосредственного применения (сверхимперативной) достаточно, чтобы норма соответствовала одному из двух указанных критериев. Аналогичный подход к определению сверхимперативных норм закреплен в ст. 1091 ГК Республики Казахстан.

В законодательстве Республики Армения закреплён несколько иной подход: в ст. 1259 ГК Республики Армения установлен только один критерий отнесения норм к сверхимперативным. К ним относятся лишь те императивные нормы права Республики Армения, которые ввиду их особого значения для обеспечения прав и интересов участников гражданского оборота исключают возможность применения какого-либо иного права.

Вместе с тем вышеприведенные формулировки статей гражданских кодексов государств-членов ЕАЭС не обладают достаточной степенью конкретизации, позволяющей однозначно применять заложенные в них подходы для квалификации норм законодательства соответствующего государства в качестве сверхимперативных.

В связи с чем более конкретные критерии определения сверхимперативных норм вырабатываются правоприменительной практикой. Так, в Российской Федерации данные критерии определены в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 9 июля 2019 г. № 24 «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации», в п. 10 которого отмечается, что императивная норма права имеет особое значение и относится к нормам непосредственного применения, если она имеет своей основной целью защиту публичного интереса, связанного с основами построения экономической, политической или правовой системы государства. В частности, к числу норм непосредственного применения отнесены положения российского законодательства, устанавливающие ограничения оборотоспособности определенных объектов гражданских прав (в частности, на приобретение иностранными лицами в предусмотренных законом случаях земельных участков, акций и долей в уставных капиталах определенных хозяйственных обществ и др.). Данный подход получил подтверждение в Информационном письме Президиума ВАС РФ от 9 июля 2013 г. № 158 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел с участием иностранных лиц». Так, нормы Федерального закона от 29 апреля 2008 г. № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства», устанавливающие запрет на совершение сделок, влекущих установление контроля иностранных государств, международных организаций или находящихся под их контролем организаций над хозяйственными обществами, имеющими стратегическое значение, были признаны арбитражным судом сверхимперативными нормами (нормами непосредственного применения), которые в силу п. 1 ст. 1192 ГК Российской Федерации применяются к отношениям сторон соглашения независимо от выбранного ими права.

В Республике Беларусь примерные критерии определения признаков сверхимперативной нормы закреплены в постановлении Президиума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 26 июня 2013 г. № 25 «Об утверждении Методических рекомендаций о некоторых вопросах рассмотрения хозяйственными судами Республики Беларусь дел с участием иностранных лиц и оказания правовой помощи». Вместе с тем, отраженный в нем подход носит

рекомендательный характер и может использоваться в правоприменительной практике в качестве ориентира при разрешении коллизийного вопроса применительно к конкретной ситуации, поскольку постановление Президиума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь в соответствии с положениями ст. 4, 17 Закона Республики Беларусь от 17 июля 2018 г. № 130-З «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» не является нормативным правовым актом, содержащим общеобязательные правила поведения, рассчитанные на неопределенный круг лиц и неоднократное применение.

В правоприменительной практике иных государств-членов ЕАЭС аналогичных критериев квалификации норм законодательства в качестве сверхимперативных не содержится, такая квалификация должна осуществляться применительно к каждой конкретной ситуации.

Еще менее исследованным является вопрос применения сверхимперативных норм к отношениям с участием государства. Кроме того, как было указано выше, применение сверхимперативных норм иностранного законодательства допускается в соответствии с положениями гражданских кодексов Российской Федерации, Республики Беларусь, Республики Казахстан, Кыргызской Республики. Общий подход заключается в следующем: императивные нормы права другой страны, имеющего тесную связь с отношением, могут быть применены, если согласно праву этой другой страны, такие нормы должны регулировать соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права. При этом во внимание должны приниматься назначение и характер таких норм, а также последствия их применения. Таким образом, в случае рассмотрения частноправовых споров с участием государства в судебных органах на территории перечисленных государств-членов ЕАЭС на основании указанных положений возможно применение сверхимперативных норм как законодательства государства-участника правоотношения, так и третьего государства, имеющего тесную связь с правоотношением, например, государства, где происходит исполнение обязательства.

В литературе были предприняты попытки систематизировать сверхимперативные нормы, относящиеся к сфере инвестиционной деятельности. В частности, А.П. Шевченко выделено несколько групп таких норм:

- нормы, предусматривающие общие запреты на осуществление иностранными инвесторами на территории государства дея-

тельности в ряде сфер (обеспечение обороны и безопасности; осуществление инвестиций в имущество юридических лиц, занимающих монопольное положение на рынке; изготовление и реализация наркотических, сильнодействующих и ядовитых веществ) или в отношении определенных объектов (объекты, находящиеся только в собственности государства, и виды деятельности, на осуществление которых распространяется исключительное право государства);

- нормы, ограничивающие права иностранных инвесторов по вопросам учреждения коммерческих организаций;

- нормы, устанавливающие условия инвестиционного договора¹⁰.

Полагаем, что критерий, положенный в основу выделения данных групп норм в качестве сверхимперативных, может быть использован также и применительно к иным видам частноправовых отношений с участием государства, в частности, к тем обязательствам, где на одной из сторон всегда выступает только государство. Применение сверхимперативных норм при регулировании таких отношений связано с необходимостью защиты суверенитета государства и поддержания социально-экономической стабильности при участии государства в частноправовых отношениях. Данное обстоятельство является существенным, поскольку в результате такого участия осуществляется предоставление частному лицу права на осуществление определенных функций государства или передача имущества, находящегося в государственной собственности в целях наиболее эффективной реализации основных функций государства в социально-экономической сфере. Кроме того, введение данного ограничительного механизма связано с необходимостью обеспечения экономической безопасности государства, поскольку исполнение финансовых обязательств государства осуществляется за счет средств государственного бюджета.

¹⁰ Шевченко А.П. Инвестиционные договоры с иностранным инвестором в праве Республики Беларусь: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03; Белорусский государственный университет. Минск, 2012. С. 6.

*Елена Петровна Ермакова,
кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры
гражданского права и процесса и международного
частного права Юридического института
Российского университета дружбы народов (РУДН)*

К ВОПРОСУ О «ЗЕЛЕНОМ» ФИНАНСИРОВАНИИ В РОССИИ

В статье автор исследует особенности становления «зеленого» финансирования в Российской Федерации. Обосновано, что: 1) в России есть примеры ответственного финансирования и финансирования «зеленых» проектов, но ключевым инструментом «зеленого финансирования» в РФ пока являются только «зеленые облигации» – их первый пилотный выпуск прошел в декабре 2018 г., в августе 2019 г. на Московской бирже была создана Секция устойчивого развития. Это напрямую связано с нормативным регулированием данной области общественных отношений. Постановление Правительства РФ № 541 от 30.04.2019 о «Правилах субсидирования «зеленых облигаций» привело к всплеску активности в данной сфере; 2) принятие закона о публичной нефинансовой отчетности, проект которого был предложен Министерством экономического развития России в июле 2019 г., могло бы существенно повысить рейтинги ESG (environmental, social and governance) российских компаний.

Ключевые слова: право России, зеленое финансирование, проект закона о публичной нефинансовой отчетности, зеленые облигации, ответственное финансирование.

Информация о финансировании. Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-011-00270 "а".

Понятие «зеленых» облигаций появилось в 2008 г., когда подобные бумаги выпустил Всемирный банк. За десять лет объем мирового рынка экологических и социальных облигаций превысил \$ 430 млрд и продолжает расти. «Несмотря на быстрое расширение выпуска зеленых облигаций, спрос инвесторов на зеленые финансовые инструменты в России остается неудовлетворенным, особенно в части корпоративных облигаций, – отмечал Юрий Денисов, председатель правления ПАО «Московская Биржа», – существует несоответствие между спросом и предложением: инвесторы хотят больше корпоративного выпуска, в то время как облигации, выпу-

щенные компаниями, составляют менее половины текущих непогашенных зеленых облигаций; большинство зеленых облигаций выпускаются правительствами, муниципалитетами и другими государственными организациями»¹. Он подчеркнул, что Россия отстала на год или два от своих аналогов на развитых рынках с точки зрения экологически чистого финансирования.

Мнение Ю. Денисова подтверждают и другие банковские аналитики: «в России рынок ESG-облигаций² находится в зачаточном состоянии. Размещено только четыре выпуска на общую сумму 7,6 млрд руб. Медленное развитие локального рынка ESG-облигаций в России имеет естественные причины. С учетом текущих экономических реалий широкое развитие «зеленого» сегмента на локальном рынке вероятно в среднесрочной перспективе. В краткосрочной перспективе основным драйвером рынка могли бы стать выпуски социальных облигаций, назначением которых было бы финансирование мер, направленных на преодоление последствий кризиса, вызванного COVID-19»³. Но положение быстро меняется.

Нормативное регулирование

В России 24 декабря 2018 г. решением президиума Совета при Президенте РФ по стратегическому развитию и национальным проектам был утверждён Паспорт национального проекта «Экология»⁴. А уже в мае 2019 г. правительство РФ утвердило своим постановлением «Правила субсидирования «зеленых облигаций»⁵ – Правила

¹ Denisov Y. (2019). Green finance comes to Russia// World Federation of Exchanges. URL: <https://focus.world-exchanges.org/articles/green-finance-comes-russia> Дата обращения 27.12.19.

² ESG-облигации (environmental, social and governance) – облигации учитывают три компонента – экологический, социальный и управленческий – прим. автора.

³ Финмаркет (2020). Потенциальный спрос «зеленых» инвесторов на инструменты из России, скорее всего, будет высоким – Газпромбанк // ИА «Финмаркет». 10 июня 2020 года. URL: <http://www.finmarket.ru/bonds/analytics/5255521> Дата обращения 11.10.2020.

⁴ Официальный сайт Правительства России. Национальные проекты. Режим доступа: <http://government.ru/rugovclassifier/848/events/> (дата обращения 02.12.19).

⁵ Постановление о правилах предоставления субсидий российским организациям на возмещение затрат на выплату купонного дохода по облигациям, выпущенным в рамках реализации инвестиционных проектов по внедрению наилучших доступных технологий (постановление № 541 от 30.04.2019) // Официальный интернет-портал правовой информации. Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201905060005> дата обращения 14.01.2020).

предоставления субсидий на компенсацию затрат по выплатам купонного дохода по облигациям, которые предприятия будут выпускать после 1 января 2019 г. в рамках внедрения НДТ (наилучших доступных технологий)⁶. Это касается объектов, оказывающих негативное воздействие на окружающую среду. Согласно Правилам, субсидии компаниям будут предоставлены в случае, если реализация инвестиционного проекта способствует поэтапному достижению технологических норм допустимых выбросов и сбросов высокотоксичных веществ и веществ, обладающих канцерогенными и мутагенными свойствами. Среди других возможных мер поддержки обсуждаются льготные ставки по кредитам, компенсация затрат на верификацию и мониторинг «зеленого» статуса бумаг и другие послабления⁷.

Центральный банк России возглавил работу по разработке национальной стратегии «зеленых» финансов, которая определяет общесистемные потребности, препятствия для мобилизации капитала частного сектора и приоритетные действия, поскольку он является регулятором финансового сектора и владельцем крупнейших государственных банков. Так, 14 октября 2019 г. Банк России опубликовал «Концепцию организации в России методологической системы по развитию зеленых финансовых инструментов и проектов ответственного финансирования», подготовленную Экспертным советом по рынку долгосрочных инвестиций при Банке России⁸.

19 июля 2019 года Минэкономразвития внесло в правительство РФ проект ФЗ «О публичной нефинансовой отчетности» (ПНО). Этот документ министерство разработало в рамках утвержденной премьер-министром Д. Медведевым в мае 2017 года концепции развития ПНО. Для публичного обсуждения первая версия

⁶ Березина Е. (2019). Правительство утвердило правила субсидирования «зеленых облигаций». 12.05.2019. Официальный сайт Российской Газеты. Режим доступа: <https://rg.ru/2019/05/12/pravitelstvo-utverdilo-pravila-subsidirovaniia-zelenyh-obligacij.html>. Дата обращения 09.10.2020.

⁷ Официальный сайт РосБизнесКонсалтинг (РБК). Режим доступа: <https://www.rbc.ru/trends/green/5d6422b19a7947efa673ac48> (дата обращения 14.01.2020).

⁸ ЦБ РФ (2019). Концепция организации в России методологической системы по развитию зеленых финансовых инструментов и проектов ответственного финансирования // Центральный банк Российской Федерации. URL: https://www.cbr.ru/Content/Document/File/84163/press_04102019.pdf Дата обращения 09.10.2020.

законопроекта была опубликована еще в 2018 году⁹. Термин ПНО в законопроекте расшифрован как «совокупность сведений и показателей, отражающих стратегию, цели, подходы к управлению, взаимодействие с заинтересованными сторонами, а также результаты деятельности организации в части социальной ответственности и устойчивого развития, предупреждения коррупции, включая экономические, социальные, экологические аспекты, рассматриваемые в их взаимосвязи».

Перечисленные выше нормативные акты и законопроекты свидетельствуют о намерении правительства России твердо следовать курсу «зеленого финансирования». Однако, разрозненных нормативных актов на эту тему явно недостаточно. Это подчеркивали российские ученые и финансовые аналитики. «Хорошие пилоты по «зеленым облигациям» запущены Московской Биржей и ЦБ, – отмечала 1 августа 2019 г. А. Левашенко – руководитель Центра Россия-ОЭСР РАНХиГС при Президенте РФ, – но, к сожалению, мы прыгаем в стремительно уходящий поезд. В мире уже давно сформированы планы ответственного ведения бизнеса. Мы такой план сейчас пишем для Минэкономразвития. Кроме того, сформированы определенные обязательства и стимулы для компаний, чтобы они имели в своем портфеле «зеленые облигации» и «зеленые акции»¹⁰.

2018–2020 гг. стали годами активного осознания финансовым рынком России необходимости внедрения принципов устойчивого развития и ответственного инвестирования. Зеленая тема звучала на правительственных и экспертных площадках, появились новые эмитенты зеленых облигаций. Но это только начало зеленого финансирования. По мнению финансового обозревателя Б. Ариса, весь феномен «зеленых финансов» все еще находится в зачаточном состоянии. Институт международных финансов (Institute of International Finance (IIF) сообщил в примечании, что ESG-совместимые

⁹ Финмаркет (2019). Минэкономразвития внесло в правительство проект закона о публичной нефинансовой отчетности // ИА «Финмаркет». 24 июля 2019 года. URL: <http://www.finmarket.ru/news/5044125> Дата обращения 07.10.2020.

¹⁰ Официальный сайт РИА Новости. URL: <https://ria.ru/20190801/1557053176.html> Дата обращения 03.10.20.

или «зеленые облигации» по-прежнему занимают только 1% рынка облигаций, хотя их доля быстро растет¹¹.

В конце 2019 г. рейтинговое агентство Fitch Ratings опубликовало более 75 000 индивидуальных баллов ESG (три компонента – экологический, социальный и управленческий) для более чем 5000 организаций по всему миру, охватывающих компании, банки и правительства. В список вошли 50 ведущих российских фирм от государственной авиакомпании «Аэрофлот» до розничного гиганта «X5 Retail Group». Большинство компаний получили среднюю оценку, то есть оценки ESG «минимально соответствуют» кредитному рейтингу группы. Опрос, проведенный московской брокерской компанией BCS, показал, что 70% российских компаний, занимающихся производством голубых фишек, заявили, что намерены увеличить ресурсы, которые они тратят на ESG. Энергетика, металлургия и горнодобывающая промышленность были наиболее активными секторами¹².

Первый в России выпуск зеленых облигаций был осуществлен 19 декабря 2018 г. компанией «Ресурсосбережение ХМАО» (облигаций серии 01 в количестве 1,1 млн штук общей номинальной стоимостью 1,1 млрд руб)¹³. Компания реализует концессионный проект по строительству и эксплуатации комплексного межмуниципального полигона для размещения, обезвреживания и обработки твердых коммунальных отходов для городов Ханты-Мансийского автономного округа. Объем инвестиций составит более 1 млрд руб. Мощность перерабатываемого мусора составит 100 тысяч тонн в год. Выпуск облигаций, согласно Независимому заключению о выпуске зеленых облигаций (Green Bond Second Opinion) от рейтингового агентства Rating-Agentur Expert RA GmbH, полностью соответствует Принципам зеленых облигаций (Green Bond Principles 2018).

¹¹ Aris B. (2019). Russia, Climate Change, and the \$30 Trillion ESG Investment Prize // The Moscow Times. URL: <https://www.themoscowtimes.com/2019/11/14/russia-climate-change-30-trillion-esg-investment-prize-a68148> Дата обращения 09.10.2020.

¹² См. Ермакова Е.П. (2020). Развитие правовых основ «зеленого» финансирования в России, ЕС и Китае: сравнительно-правовой анализ // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. № 2. Т. 24. № 2. С. 335.

¹³ Investinfra (2019). Первые зеленые облигации в России через призму российских и зарубежных СМИ // Investinfra.ru. 19 Декабря 2019. URL: <https://investinfra.ru/novosti/pervye-zelenye-obligaczii-v-rossii-cherez-prizmu-rossijskix-i-zarubezhnyx-smi.html> Дата обращения 12.10.2020.

Данный выпуск облигаций в 2019 г. был включен в международный реестр зеленых бондов – базу данных Environmental Finance Bond Database. Отметим, что Президент Российского союза промышленников и предпринимателей Александр Шохин считает индекс устойчивого развития обязательным для публичных компаний. «Это нужно для демонстрации и открытости информации о том, что делают публичные компании. Минэкономразвития сейчас подготовило закон, что нефинансовые отчеты и экологические их части должны быть обязательными для всех начиная с 2025 года¹⁴.

Московская биржа – основная российская платформа для привлечения и торговли капиталом в сфере фиксированного дохода, акций, деривативов, валютных и денежных рынков – в 2019 г. присоединилась к глобальному буму зеленых облигаций. В начале апреля 2019 г. Биржа поддержала международную инициативу «Биржи за устойчивое развитие», а в июле 2019 г. – создала «Сектор устойчивого развития для финансирования проектов по экологической и социальной устойчивости». В сотрудничестве с Российским союзом промышленников и предпринимателей (РСПП) Московская биржа начала ежедневно рассчитывать индексы устойчивости. Эти два фондовых индекса MOEX – RSPP: 1) Индекс ответственности и прозрачности и 2) Индекс вектора устойчивого развития. Оба индекса рассчитаны на основе ежегодного анализа нефинансовых отчетов крупнейших российских компаний¹⁵.

Первый выпуск биржевой зеленой облигации на Московской бирже был совершен 12 ноября 2019 г. Компанией «Center-invest Bank». Поступления от годовой облигации в размере 250 млн. руб. будут использоваться для финансирования и рефинансирования непогашенных кредитов, предоставленных для продвижения инициатив по энергосбережению, возобновляемых источников энергии и экологически чистого транспорта. Выпуск облигаций соответствует Принципам «Зеленых облигаций» 2018 года, разработанным

¹⁴ Березина Е. (2019). Банк России занялся развитием «зеленых» финансов. 23/10/2019. Официальный сайт «Российской газеты». URL: <https://rg.ru/2019/10/23/bank-rossii-zaniatsia-razvitiem-zelenyh-finansov.html> Дата обращения 09.10.2020.

¹⁵ Logvinova E. (2019). Sustainable Development Sector Being Launched on Moscow Exchange // White & Case LLP. URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9ac0fd4e-411f-46fb-9815-f753dc148a8c> Дата обращения 10.11.2020.

ISMA. В настоящее время в секторе торгуются две облигации, еще 10 находятся в стадии разработки.

Компания «Российские железные дороги» (РЖД) разместила 17 мая 2019 г. зеленые еврооблигации объемом 500 млн евро, ставкой купона 2,2% и сроком погашения 8 лет. Организаторы размещения – JP Morgan, ВТБ Капитал, UniCredit. Цель размещения – финансирование и рефинансирование кредитов, привлеченных на покупку пассажирских поездов «Ласточка» и электровозов¹⁶.

Можно полностью согласиться с мнением адвокатов фирмы White & Case LLP о том, что «все события, отмеченные выше, – создание отдельного Сектора устойчивого развития на Московской бирже, пилотные выпуски зеленых облигаций, ежедневный расчет индексов устойчивости акций и предстоящие законодательные изменения в отношении зеленых и нефинансовых облигаций – все подтверждают твердую приверженность страны и участников рынка намерению развивать устойчивый финансовый рынок в России»¹⁷.

Существует ряд причин, по которым российский рынок обращается к экологичным финансам. Одним из обоснований является желание как бирж, так и эмитентов привлечь новые типы инвесторов. Заметим, что интерес инвесторов к зеленым облигациям российских компаний является значительным, о чем свидетельствует тот факт, что более 70% первой в России зеленой облигации в твердой валюте, проданной ОАО «Российские железные дороги» (РЖД) в мае 2019 г., досталось инвесторам из Европы, Азии и США. Еще одной движущей силой зеленой волны облигаций является признание – со стороны государства, эмитентов и биржи – того, что Россия должна играть особую роль, учитывая наш статус крупнейшего в мире экспортера углеводородов. Наконец, российские корпорации быстро становятся более настроенными на проблемы окружающей среды, социальной сферы и управления (ESG). Эмитенты стимулируют рост рынка зеленых облигаций.

При этом можно согласиться с мнением Бена Ариса о том, что российские компании сталкиваются с многомиллиардным парадок-

¹⁶ Investinfra (2019). Первые зеленые облигации в России через призму российских и зарубежных СМИ // Investinfra.ru. 19 Декабря 2019. URL: <https://investinfra.ru/novosti/pervye-zelenye-obligaczii-v-rossii-cherez-prizmu-rossijskix-i-zarubezhnyx-smi.html> Дата обращения 12.10.2020.

¹⁷ Logvinova E. (2019). Op. cit.

сом, когда речь идет об экологических, социальных и управленческих проблемах (ESG). Если фирмы не обращают внимания на их рейтинг ESG, они могут потерять большое количество инвесторов. Тем не менее, если они действительно инвестируют – а это потенциально могут быть миллиарды долларов – в сокращение выбросов и переход к более устойчивым моделям, нет никакой гарантии реального вознаграждения¹⁸.

В глобальном масштабе мобилизация необходимого финансирования для финансирования устойчивого и зеленого экономического роста, значительная часть которого ожидается от частного сектора, требует реформирования ключевых частей финансовой системы, а также определения и установления новых международных стандартов для инвестиций. Россия предпринимает шаги для поощрения развития зеленых финансов с целью мобилизации необходимых ресурсов для поддержки экономических преобразований и поддержания конкурентоспособности¹⁹. Природные ресурсы являются значительным источником дохода для России и имеют решающее значение для ее экономического развития. Таким образом, среднесрочные и долгосрочные перспективы роста России будут во многом зависеть от того, насколько хорошо ее политика интегрирует управление окружающей средой и природными ресурсами в экономическое планирование.

Зарубежные аналитики, как правило, высказывают негативные замечания в отношении развития зеленого финансирования в России, но даже их отношение начинает изменяться. Так, Люси Фицджеральд-Паркер писала 5 декабря 2019 г. – «Подумайте об устойчивости, и Россия не первое, что приходит на ум. Страна является одним из крупнейших в мире производителей углеводородов и имеет незавидную репутацию из-за небрежного отношения к окружающей среде, слабого управления и безразличия к благополучию работников. Тем не менее, по крайней мере, в корпоратив-

¹⁸ Aris B. (2019). Russia, Climate Change, and the \$30 Trillion ESG Investment Prize // The Moscow Times. URL: <https://www.themoscowtimes.com/2019/11/14/russia-climate-change-30-trillion-esg-investment-prize-a68148> Дата обращения 09.10.2020.

¹⁹ Damianova, A. et al. (2018). Russia Green Finance: Unlocking Opportunities for Green Investments // The World Bank Group. URL: <https://www.worldbank.org/en/country/russia/publication/russia-unlocking-opportunities-for-green-investments> Дата обращения 09.10.2020.

ном мире есть признаки перемен. Впервые в 2019 году на Петербургском международном экономическом форуме, главном деловом мероприятии России, была организована дискуссия по вопросам устойчивости. Консультанты усиливают свои команды по экологическому, социальному и корпоративному управлению (ESG) в Москве»²⁰.

Выводы

1. В России есть примеры ответственного финансирования и финансирования «зеленых» проектов, но ключевым инструментом «зеленого финансирования» в РФ пока являются только «зеленые облигации» – их первый пилотный выпуск прошел в декабре 2018 г., в августе 2019 г. на Московской бирже была создана Секция устойчивого развития. Это напрямую связано с нормативным регулированием данной области общественных отношений. Постановление Правительства РФ № 541 от 30.04.2019 о «Правилах субсидирования «зеленых облигаций» привело к всплеску активности в данной сфере.

2. Принятие закона о публичной нефинансовой отчетности, проект которого был предложен Министерством экономического развития России в июле 2019 г., должно существенно повысить рейтинги ESG (environmental, social and governance) российских компаний.

²⁰ Fitzgeorge-Parker L. (2019). Russia Inc focuses on ESG//Euromoney. URL: <https://www.euromoney.com/article/b1j9c8xgg41qr3/russia-inc-focuses-on-esg> Дата обращения 09.10.2020.

Наталья Юрьевна Забрамная,
*к.ю.н., доцент кафедры процессуального права
Всероссийской академии внешней торговли
(г. Москва, Воробьевское шоссе д. 8);
электронный адрес: natamatveev@yandex.ru.*

ОТКАЗ ОТ НАСЛЕДСТВА И ПРИЗНАНИЕ ЕГО НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНЫМ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РОССИИ И ГЕРМАНИИ

В статье анализируется институт отказа от наследства и признание его недействительным в России и Германии, обосновывается целесообразность введения в гражданское законодательство России статьи о возможности признания отказа от наследства недействительным в судебном порядке. Автор полагает, что в России необходимо установить предельный срок для оспаривания отказа от наследства.

Ключевые слова: наследственное имущество, отказ от наследства, гражданский процесс, признание отказа от наследства недействительным.

В соответствии с российским гражданским законодательством у наследника по завещанию и по закону есть право принять наследство или отказаться от него. У наследника, отказавшегося от наследства, прекращаются права на него. Право отказа от наследства регулируется ст. ст. 1157–1160 Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ).

Согласно гражданскому законодательству Российской Федерации наследник вправе отказаться от наследства в пользу других лиц или без указания лиц, в пользу которых он отказывается от наследственного имущества. При этом необходимо, чтобы эти лица были наследниками по завещанию или по закону. Выморочное имущество и имущество, поступающее в наследственный фонд, является исключением из этого закона, так как ГК РФ не допускает отказ от такого наследства.

Наследник вправе отказаться от наследства в течение срока, установленного для принятия наследства (шесть месяцев), в том числе и в случае, когда он уже фактически принял наследство. По мнению автора, необходимо сократить этот срок до трех месяцев для того, чтобы в случае отказа наследника от наследства, остальные наследники имели время для определения состава наследствен-

ного имущества и своих действий по поводу этого имущества. Это необходимо, поскольку для наследников принятие наследства влечет и ответственность по долгам наследодателя.

Для отказа от наследства наследник обязан подать нотариусу или другому уполномоченному должностному лицу заявление об отказе от наследства. В соответствии с п. 3 ст. 1157 ГК РФ отказ от наследства не может быть впоследствии изменен или взят обратно. Иными словами, он бесповоротен.

Однако в судебной практике встречаются случаи, когда отказ от наследства впоследствии признается судом недействительным, и у наследника возникает возможность принять наследство.

Первое дело

Согласно апелляционному определению Московского городского суда от 20.02.2018 по делу N 33-6795/2018¹ отказ истца от наследства был признан судом недействительным. Как следует из обстоятельств дела, истец Г.А.Н. (мать наследодателя) не планировала безоговорочно отказываться от наследства, открывшегося после смерти сына Г.А.В., поскольку у истца было оформлено письменное соглашение с ответчиком Х.И. (женой умершего) о выплате последней денежной компенсации за причитающуюся истцу долю в наследстве в размере 25% от стоимости наследственного имущества. Таким образом, истец оформила отказ от наследства под условием. Однако ответчик условия соглашения в полном объеме не исполнила, полную стоимость наследственного имущества, в определенном сторонами размере, не выплатила. Поэтому истец обратился в суд с иском о признании отказа от наследства недействительным.

Судом первой инстанции в удовлетворении иска было отказано. Не согласившись с вынесенным судебным решением, истец подала апелляционную жалобу.

В судебном заседании было установлено, что истец, являясь гражданкой Украины, в целях упрощения процедуры по принятию наследства согласилась на условия отказа от наследства, при условии выплаты ей ответчиком причитающейся доли наследства. При заключении соглашения истец была уверена, что ответчик будет

¹ СПС «КонсультантПлюс» // Судебная практика.

исполнять условия соглашения, однако ответчик свое обязательства в полном объеме не исполнила.

Таким образом, при совершении юридически значимых действий волеизъявление истца Г.А.Н. не было направлено на безусловный отказ от наследства, этот отказ был обусловлен обязательством второго наследника Х.И. о выплате денежной компенсации.

П. 2 ст. 1158 ГК РФ установлено, что отказ от наследства с оговорками или под условием не допускается.

Суд также пришел к выводу о том, что отказ от наследства, совершенный истцом Г.А.Н. путем подачи соответствующего заявления нотариусу, может быть признан недействительным в предусмотренных ГК РФ случаях признания сделок недействительными в силу ст. ст. 166–168 ГК РФ.

В соответствии со ст. 166 ГК РФ – сделка недействительна по основаниям, установленным законом, в силу признания ее таковой судом (оспоримая сделка) либо независимо от такого признания (ничтожная сделка).

Согласно ст. 168 ГК РФ за исключением случаев, предусмотренных п. 2 Ст. 168 ГК РФ или иным законом, сделка, нарушающая требования закона или иного правового акта, является оспоримой, если из закона не следует, что должны применяться другие последствия нарушения, не связанные с недействительностью сделки.

В данном случае отказ от наследства совершен Г.А.Н. под условием, следовательно, он не соответствует требованиям закона и не влечет правовых последствий. Поэтому отказ Г.А.Н. от наследства после смерти сына Г.А.В., удостоверенный нотариусом г. Москвы Ч., судом апелляционной инстанции был признан недействительным, а решение суда первой инстанции отменено.

Второе дело

В соответствии с апелляционным определением Санкт-Петербургского городского суда от 15.09.2016 N 33-17503/2016 по делу № 2-209/2016² был рассмотрен иск о признании недействительными отказа от принятия наследства, свидетельства о праве на наследство по закону, установлении факта принятия наследства, признании права собственности на жилое помещение.

² СПС «КонсультантПлюс» // Судебная практика.

Согласно обстоятельствам рассмотренного дела, истец ссылается на то, что на момент подписания отказа от наследства не понимал значение производимых действий и не мог руководить ими.

В обоснование заявленных требований истец Ч.В. указал, что с 25 сентября 1999 года состоял в браке с наследодателем Ч.Л.А. В состав наследственного имущества после смерти Ч.Л.А. вошла квартира. В мае 2012 года истец перенес тяжелый инсульт, в результате чего утратил речевые функции и способность к самообслуживанию, после смерти Ч.Л.А. его состояние значительно ухудшилось, в связи с чем он сам не смог сообщить родственникам супруги о ее смерти. Дочь истца С.Н.В. связалась с родственниками Ч.Л.А., проживающими в Украине. 05 июня 2014 года из Украины приехала на похороны И. – сестра Ч.Л.А., которая после похорон стала проживать совместно с истцом в спорной квартире. В период с 07 августа 2014 года по 19 августа 2014 года истец находился в больнице. Во время нахождения в лечебном учреждении ответчица поменяла замки и непустила Ч.В. домой, после чего он стал проживать у своей дочери. В сентябре 2014 года истцу стало известно о том, что 06 августа 2014 года он подписал отказ от принятия наследства, открывшегося после смерти его супруги, в пользу ответчика. Однако он не помнит, чтобы посещал 06 августа 2014 года нотариальную контору и подписывал такой отказ. Также истец указал, что не намеревался отказываться от наследства, а если такой отказ подписывал, то не понимал значения своих действий и не мог ими руководить.

Решением суда первой инстанции исковые требования Ч.В. были удовлетворены. Не согласившись с решением суда, ответчик подала апелляционную жалобу.

В судебном заседании Ч.В. утверждал, что в момент составления отказа от принятия наследства в пользу сестры Ч.Л.А. – И. находился в таком состоянии, когда не понимал значение своих действий и не мог ими руководить.

В ходе судебного разбирательства в суде первой инстанции были допрошены свидетели, которые не сообщили суду о состоянии здоровья Ч.В. на момент составления отказа от принятия наследства, не сообщили о способности или неспособности Ч.В. понимать значение своих действий и руководить ими в момент написания отказа от принятия наследства.

Для определения психического состояния наследодателя на момент подписания Ч.В. отказа от принятия наследства судом первой инстанции была назначена судебно-психиатрическая экспертиза.

Согласно экспертному заключению Ч.В. на момент подписания отказа от наследства страдал психическим расстройством. Свидетельские показания, указывающие на «адекватность» Ч.В., и однократный осмотр психиатра в 2014 году не укладываются в клиническую картину имеющегося у Ч.В. психического расстройства и противоречат закономерностям его протекания, что подтверждается психиатрическим обследованием. Экспертная комиссия считает, что Ч.В., в силу имевшихся у него интеллектуально-мнестических, эмоционально-волевых расстройств в рамках органического расстройства личности, в момент подписания отказа от наследства 06 августа 2014 года не мог понимать значение своих действий и руководить ими.

Указанное экспертное заключение является понятным, основано на материалах дела и представленных сторонами медицинских документах, обоснованно, выводы комиссии экспертов являются категоричными и вероятностного толкования не допускают. Экспертное заключение допустимыми и достаточными доказательствами по делу не опровергнуто.

Оценив собранные по делу доказательства в их совокупности, суд первой инстанции пришел к выводу о том, что в момент подписания 06 августа 2014 года отказа от принятия наследства Ч.В. не мог понимать значение своих действий и руководить ими.

Согласно п. 1 ст. 177 ГК РФ сделка, совершенная гражданином, хотя и дееспособным, но находившимся в момент ее совершения в таком состоянии, когда он не был способен понимать значение своих действий или руководить ими, может быть признана судом недействительной по иску этого гражданина либо иных лиц, чьи права или охраняемые законом интересы нарушены в результате ее совершения.

В соответствии со ст. 168 ГК РФ сделка, не соответствующая требованиям закона или иных правовых актов, ничтожна, если закон не устанавливает, что такая сделка оспорима, или не предусматривает иных последствий нарушения.

Таким образом, учитывая, что Ч.В. в момент подписания отказа от наследства не мог понимать значения своих действий и ру-

ководить ими, данный отказ является недействительным, не влечет за собой каких-либо юридических последствий.

Суд апелляционной инстанции согласился с доводами суда первой инстанции. При вынесении апелляционного определения также учитывался и тот факт, что фактически Ч.В. принял наследство после смерти своей супруги Ч.Л.А., проживал в спорном жилом помещении, а потому его требования о признании отказа от наследства недействительным, установлении факта принятия наследства, признании свидетельства о праве на наследство по закону недействительным, признании права собственности подлежат удовлетворению.

С учетом вышеизложенного, апелляционной инстанцией решение суда первой инстанции по рассматриваемому делу было оставлено без изменения, апелляционная жалоба И. – без удовлетворения.

Третье дело

Как следует из решения Косинского районного суда Пермского края от 13.03 2012 г.³ А. обратилась в суд с иском к нотариусу Н. о признании отказа от наследства недействительным. Истец указала, что она фактически неграмотная, окончила всего два класса начального образования, не может читать, с трудом расписывается. Из-за возраста у нее очень плохое зрение и большие проблемы со слухом. 29 января 2010 г. после смерти сына – В. она осталась единственной наследницей первой очереди его имущества.

По мнению истца, при оформлении отказа от наследства нотариусом Н. были нарушены требования законодательства о нотариате, поскольку нотариус не предоставила А. переводчика, хотя та русским языком не владеет, а нотариус не владеет коми-пермяцким языком. Нотариус не разъяснила А. последствия отказа от наследства. Ставя свою подпись туда, куда ей показала нотариус, истец считала, что отказ оформлен в соответствии с ее волеизъявлением, то есть в пользу сына Щ.

Ответчица Н., нотариус, с исковыми требованиями не согласилась.

³ https://sudact.ru/regular/doc/HrORRnHUegmg/?regular-txt=®ular-case_doc=®ular-lawchu.

В соответствии со ст. 1157 ГК РФ наследник вправе отказаться от наследства в пользу других лиц (ст. 1158) или без указания лиц, в пользу которых он отказывается от наследственного имущества. Согласно ст. 1159 ГК РФ отказ от наследства совершается подачей по месту открытия наследства нотариусу или уполномоченному в соответствии с законом выдавать свидетельства о праве на наследство должностному лицу заявления наследника об отказе от наследства.

В соответствии со ст. 10 Основ законодательства РФ о нотариате нотариальное делопроизводство ведется на языке, предусмотренном законодательством Российской Федерации, республик в составе Российской Федерации, автономной области и автономных округов. Если обратившееся за совершением нотариального действия лицо не владеет языком, на котором ведется нотариальное делопроизводство, тексты оформленных документов должны быть переведены ему нотариусом или переводчиком.

В судебном заседании установлено, что истец А., 1929 года рождения, является коми-пермячкой. О том, что она не владеет русским языком, было известно нотариусу Н., которая оформляла отказ от наследства. Н. пояснила, что А. говорила у нее в кабинете на коми-пермяцком языке, рассказывала о смерти своего сына, об оставшемся наследстве, от которого та хочет отказаться. Кроме того, Н. показала, что оставила в своем кабинете сноху А. с целью, чтобы та переводила слова истицы с коми-пермяцкого на русский. В то же время нотариус переводчика не приглашала, в качестве переводчика сноху А. не привлекала, а то, что та переводила слова истицы и говорила, что А. отказывается от наследства в пользу сына Щ., во внимание не брала, посчитав это давлением со стороны родственников на истицу.

Согласно же ст. 16 Основ законодательства РФ о нотариате нотариус обязан оказывать физическим и юридическим лицам содействие в осуществлении их прав и защите законных интересов, разъяснять им права и обязанности, предупреждать о последствиях совершаемых нотариальных действий с тем, чтобы юридическая неосведомленность не могла быть использована им во вред. В соответствии со ст. 44 Основ законодательства РФ о нотариате содержание нотариально удостоверяемой сделки, а также заявления и иных документов должно быть зачитано вслух участникам. Документы,

оформляемые в нотариальном порядке, подписываются в присутствии нотариуса.

В судебном заседании установлено, что нотариус Н. не разъяснила А. ее прав и обязанностей, не предупредила о последствиях ее отказа от наследства. При этом нотариус обязана была зачитать вслух содержание удостоверяемого ею заявления с разъяснениями, а только после этого при отсутствии разногласий дать его подписать. Поскольку, как установлено в судебном заседании, А. неграмотная, плохо видит, нотариус в обязательном порядке должна была зачитать документ вслух, всесторонне разъясняя его. После чего убедиться в том, что А. все поняла и желает совершить указанное действие, дать документ на подпись. В судебном заседании также было установлено, что А. глухая, что не отрицается и нотариусом. Это нотариус установила и при подаче истицей заявления об отказе от наследства. В связи с чем при удостоверении заявления об отказе от наследства должно было присутствовать лицо, которое смогло бы объясниться с А. и удостоверить своей подписью, что содержание заявления соответствует воле участвующего с ней лица. Нотариус Н. суду показала, что не зачитывала вслух удостоверенное ею заявление, так как А. почти не слышит. Прочитать данный документ самой А. она также не давала, поскольку та безграмотная. Снохе она также ничего не зачитывала и не разъясняла, поскольку она не обязана была делать это, так как оставляла ее у себя в кабинете по просьбе А.

В соответствии со ст. 16 Основ законодательства РФ о нотариате нотариус обязан хранить в тайне сведения, которые ему стали известны в связи с осуществлением его профессиональной деятельности.

Судом установлено и не оспаривалось нотариусом Н., что при совершении нотариального удостоверения заявления А. об отказе от наследства в кабинете нотариуса Н. присутствовали сын заявительницы и ее сноха. Данные лица не были привлечены к участию при удостоверении указанного заявления. Следовательно, они не могли находиться при нотариальном действии в кабинете нотариуса.

Исходя из вышеизложенного суд пришел к выводу, что при удостоверении заявления А. об отказе от наследства нотариусом Н. допущены нарушения законодательства о нотариате, а также требования ГК РФ, которые существенно повлияли на волеизъявление

истицы при совершении указанного нотариального действия. В связи с чем отказ от наследства А. необходимо признать недействительным. Следовательно, невыполнение нотариусом обязанностей по привлечению переводчика при незнании заявителем русского языка, по зачитыванию вслух содержания удостоверяемого нотариусом заявления, а также неразъяснение наследнику прав и обязанностей, не предупреждение его о последствиях отказа от наследства, несоблюдение нотариальной тайны повлекли признание судом отказа от наследства недействительным.

Таким образом, мы видим, что в рассматриваемых гражданских делах отказ от наследства в судебном порядке был признан недействительным. На признание отказа от наследства недействительным распространяются нормы ГК РФ о признании сделок недействительными, т.к. отказ от наследства признается законодательством РФ односторонней сделкой. Однако норма о признании отказа от наследства недействительной в ГК РФ не содержится. По мнению автора, было бы желательно прописать эту возможность в ГК РФ, поскольку многие граждане, совершив по различным причинам отказ от наследства, будучи юридически неграмотными, не знают, что впоследствии можно признать его недействительным, обратившись в суд. Кроме того, не у всех граждан есть возможность обратиться к юристам и адвокатам, чтобы получить консультацию по рассматриваемому вопросу.

Рассмотрим, как регулируется в Германии отказ от наследства и признание отказа от наследства недействительным.

*Порядок наследования в Германии урегулирован в книге пятой германского Гражданского уложения*⁴. В ней описан порядок принятия наследства, отказ от наследства, ответственность наследников по долгам наследодателя, а также другие вопросы, касающиеся наследственного права. Отношения наследования в Германии регулируются и другими законодательными актами, например, Законом о порядке составления завещания и договора о наследстве.

Отказаться от наследства наследник должен в течение 6 недель с момента открытия наследства. Для наследников, проживающих за

⁴ Гражданское уложение Германии» (ГТУ) от 18.08.1896 (ред. от 02.01.2002) (с изм. и доп. по 31.03.2013), 4-е изд., перераб. М.: Инфотропик Медиа, 2015. С. VIII–XIX, 1–715 // СПС «КонсультантПлюс».

рубежом, этот срок увеличен до 6 месяцев. Если в течение этого срока заявление наследника об отказе от наследства не поступит в наследственный суд по последнему месту жительства наследодателя либо в суд по месту жительства наследника, такой наследник будет считаться принявшим наследство. Также заявление об отказе от наследства можно подать нотариусу, который выдаёт специальное нотариальное свидетельство, либо направить письмо в суд. В этом случае подпись наследника в письме должна быть нотариально удостоверена.

Как правило, отказ от наследства в Германии является необратимым, исключения из этого правила регулируются пунктами закона (§§ 1949 – 1957 Гражданского уложения). Отказ от наследства в Германии распространяется на всё наследство в целом и не может быть применён к части наследства (§ 1950 Гражданского уложения). Отказ от наследства приводит к тому, что наследник окончательно теряет все свои права на наследство и так же не несёт ответственности по долгам завещателя (§ 1953 Гражданского уложения). В связи с тем, что наследники несут ответственность по долгам завещателя всем своим имуществом, важно не пропустить законные сроки отказа от наследства.

Необходимо отметить, что в отличие от российского законодательства, германским Гражданским уложением установлено, что наследник не может отказаться от наследства, если он принял его (§ 1943 Гражданского уложения).

Рассмотрим последствия отказа от наследства в Германии. В случае отказа от наследства действуют те же правила, что и в случае смерти наследника – на его место вступает преемник наследства (если завещатель указал его в завещании), либо же следующий в очередности наследников по закону (§ 1953 Гражданского уложения). При этом речь идёт в первую очередь о детях наследника, отказавшегося от наследства. Например, завещатель имеет сына, который отказывается от наследства по причине долгов отца, чтобы его дети не несли ответственности по долгам деда, они так же обязаны отказаться от наследства. При наличии несовершеннолетних детей, для отказа от наследства необходимо согласие суда по опёке (§ 1822 Гражданского уложения).

Что касается сроков отказа от наследства, необходимо отметить, что отказ от наследства связан с определёнными формально-

стями. Наследники должны не пропустить срок, в течение которого они имеют законное право отказаться от наследства. Как уже отмечалось, отказ от наследства должен последовать в течение 6 недель. Этот срок может быть увеличен до 6 месяцев, если завещатель жил последнее время перед смертью за границей или наследник находился за границей на момент, с которого начинается течь срок отказа от наследства (§ 1944 Гражданского уложения).

Срок отказа от наследства:

- 1) начинается течь с момента, когда наследник узнает о приобретении наследства;
- 2) если наследник призывается на основании завещательного распоряжения, то течение срока начинается не раньше объявления завещательного распоряжения.

Как указывалось выше, отказ от наследства осуществляется подачей заявления в суд по наследственным делам. При этом заявление должно быть сделано посредством записи в протоколе суда по наследственным делам либо в официально удостоверенной форме.

Причиной отказа от наследства обычно является наличие долгов завещателя. Однако и при наличии ценного наследства иногда бывает выгодно от него отказаться, в таких случаях говорят о тактическом отказе от наследства. Одной из причин тактического отказа от наследства является налогообложение. Например, если наследник не нуждается в наследстве и имеет детей – разумно отказаться от наследства в пользу своих детей, чтобы не платить налог на наследство два раза.

Рассмотрим, как происходит оспаривание отказа от наследства в Германии. Оспорить отказ от наследства возможно, когда наследник находился в заблуждении относительно состояния наследства и после отказа от наследства обнаруживаются дополнительные активы, о которых ему было ранее не известно. Закон оставляет возможность оспорить отказ от наследства в течение 6 недель с момента, когда наследник получил дополнительные сведения по наследству.

С точки зрения закона, оспаривание отказа от наследства подразумевает приём наследства (§ 1957 Гражданского уложения). Отказ от наследства в Германии распространяется на всё наследство в целом и не может быть применён к части наследства (§ 1950 Гражданского уложения).

На основании вышеизложенного, хотелось бы сделать следующие выводы:

1. В настоящее время для отказа от наследства в России необходимо соблюсти срок, установленный ГК РФ для принятия наследства. Согласно ст. 1154 ГК РФ он составляет 6 месяцев со дня открытия наследства. Автор предлагает сократить этот срок до 3 месяцев для того, чтобы остальные наследники могли определиться с составом наследственного имущества и своими действиями по поводу этого имущества.

2. В Гражданский кодекс РФ целесообразно было бы ввести статью о возможности признания отказа от наследства недействительным в судебном порядке.

3. В гражданском законодательстве РФ необходимо предусмотреть предельный срок для оспаривания отказа от наследства. Этот срок необходим для стабильности гражданских правоотношений и, по мнению автора, он должен составлять не более 5 лет с момента оформления отказа от наследства.

Сергей Сергеевич Исай,
аспирант кафедры гражданского права и процесса
и международного частного права
Юридического института
Российского университета дружбы народов (РУДН)

АРБИТРАЖ КАК ТРАДИЦИОННЫЙ МЕХАНИЗМ ОБЕСПЕЧЕНИЯ СТАБИЛЬНОГО ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ РЫНКА ЦЕННЫХ БУМАГ США

В статье предпринята попытка обоснования того, что применение арбитража среди участников рынка ценных бумаг США на первоначальной стадии развития отрасли в период с XIX по начало XX вв. имеет исторические основы. Автором исследован процесс применения арбитража и сделан вывод о том, что «внедрение» данной формы разрешения споров в деятельность участников рынка ценных бумаг было продиктовано практическими соображениями предоставления правовой защиты финансовым инструментам, применение которых основывалось на практике ведения торговли, но не было урегулировано положениями действующих нормативных правовых актов в сфере оборота ценных бумаг.

На территории Северной Америки арбитраж традиционно применялся торговцами¹. Отрасль ценных бумаг использовала арбитраж для решения внутренних споров с момента образования первых бирж в конце XVIII в.²

В конце XIX – начале XX вв. частные торговцы и торговые ассоциации все чаще начинают включать в условия заключаемых контрактов положения об использовании арбитража в качестве способа разрешения потенциальных споров.

Раннее американское право было скептически настроено по отношению к арбитражу, рассматривая его как явление, находящееся за пределами закона. До 1920 г. существовали значительные трудности с реализацией условий арбитражных соглашений о разрешении будущих споров в арбитраже, а также подтверждением

¹ Born G. Overview of International Commercial Arbitration – A. History of International Arbitration. International Commercial Arbitration (Kluwer Law International 2009). P. 75.

² Weston M., Blankley K., Gross J., Huber S. (2018). Arbitration: Law, Policy and Practice, Chapter One. P. 9 // SSRN. URL: <https://ssrn.com/abstract=3235719> (Дата обращения: 05.09.2020).

компетенции арбитражей на разрешение таких споров со стороны американских судов. Арбитражные соглашения расценивались судами в качестве соглашений, направленных на вытеснение распространения юрисдикции государственной судебной системы в отношении гражданско-правовых споров. Обращая внимание на то обстоятельство, что в отношении арбитражных соглашений обозначенного периода времени в США применялся принцип их «отзывности», С.Н. Лебедев указывал: «рассматривая арбитражные соглашения как «направленные на лишение судов органически присущей им юрисдикции», суды хотя и не считали такие соглашения недействительными, однако отказывали им в судебной защите в форме приостановления судопроизводства, возбужденного вопреки арбитражному соглашению, либо путем побуждения уклоняющейся стороны к участию в арбитраже и т.п.»³.

Как правило, если одна из сторон заключенного арбитражного соглашения отказывалась от соблюдения его условий, другая сторона была бессильна в попытках инициирования проведения принудительного арбитража, что позволяло говорить о наличии «судебной неисполнимости» (*unenforceability*) арбитражных соглашений по общему праву⁴. В то же время существовала практика содействия судов в приведении в исполнение уже состоявшихся арбитражных решений, но она существенно отличалась от штата к штату⁵.

Как видно, американский бизнес начала XX в. не мог полагаться на арбитраж как на стабильно функционирующий инструмент разрешения споров, поскольку возможность его применения фактически ставилась в зависимость от наличия согласия всех спорящих сторон на этапе возникновения спора, что в принципе нивелировало ценность предварительных арбитражных соглашений.

³ Лебедев С.Н. (2009). Избранные труды по международному коммерческому арбитражу, праву международной торговли, международному частному праву, частному морскому праву / МГИМО (У) МИД России; кафедра междунар. частн. и гражд. права; сост. А.И. Муранов. М.: Статут, 2009. С. 99.

⁴ Лебедев С.Н. (2009). Цит. соч. С. 100.

⁵ Mentschikoff S. (1961). Commercial Arbitration, Colum. L. Rev. P. 846. // The University of Chicago Law School. URL: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11738&context=journal_articles (Дата обращения: 05.09.2020).

В 1920 г. штат Нью-Йорк принял Закон об арбитраже (*The New York Arbitration Act of 1920*)⁶, согласно которому арбитражные соглашения, заключенные в отношении как уже существующих, так и предполагаемых споров, подлежали соблюдению судами с обязательством обеспечения их исполнения.

В 1925 г. принят Федеральный арбитражный акт США (*Federal Arbitration Act, далее – ФАА США*)⁷ – основной нормативный акт, направленный на регулирование коммерческого арбитража в США. ФАА США составлен по образцу упомянутого Закона штата Нью-Йорк об арбитраже 1920 г. Как отражение политики поддержки частного арбитража, ФАА США призывает государственные суды обеспечивать исполнение арбитражных соглашений с правом принуждения к арбитражу, приостановление государственного судебного процесса при выявлении действующего арбитражного соглашения, а также, когда это необходимо, подтверждение или при определенных условиях отмену арбитражных решений. Главы вторая и третья ФАА США закрепляют приверженность судов Соединенных Штатов обеспечению исполнения приемлемых арбитражных решений. Политика поддержки арбитража также получила отражение и в судебной практике, когда в 1984 г. при рассмотрении дела «*Southland Corp. v. Keating*» Верховный Суд США подтвердил приоритет поощрения использования арбитража как части «национальной политики благоприятствования исполнению арбитражных соглашений»⁸.

Таким образом, разрешение финансовых споров посредством использования арбитража в Северной Америке имеет историческую основу, но совершенно справедливо отмечается, что США и сегодня выступают ««застрельщиком» в деле альтернативного урегулирования споров между финансовыми учреждениями и потребителями финансовых услуг»⁹.

⁶ Frischknecht A., Lahlou Y., Walters G. (2016). Enforcement of Foreign Arbitral Awards and Judgments in New York. // Kluwer Law International (2016). P. 210.

⁷ The United States Arbitration Act. 9 U.S. Code Title 9 – Arbitration // Legal Information Institute. URL.: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/9> (Дата обращения: 05.09.2020).

⁸ *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1, 104 S. Ct. 852 (1984). // Justia. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/465/1/> (Дата обращения: 05.09.2020).

⁹ Фролова Е.Е. Международные и внутренние финансовые споры: в чем отличие? // Сравнительно-правовые аспекты правоотношений гражданского оборота в современном мире: Сборник статей Международной научно-практической конференции памяти проф. В.К. Пучинского 13 октября 2017 г. М. РУДН, 2017. С. 94–104.

Арбитраж является частной, квазисудебной альтернативной формой разрешения споров, находящейся за пределами государственной судебной системы¹⁰.

Одним из основных преимуществ арбитража является способность сторон самостоятельно выбирать лиц, разрешающих спор, а также контроль над самой процессуальной формой его рассмотрения и разрешения, отличающейся гибкостью в сравнении с государственным судопроизводством.

В основе классического понимания арбитража лежит добровольность его применения, основанная на соглашении сторон. Соглашаясь на арбитраж, стороны отказываются от права на «день в суде», которое ассоциируется с правом на обращение в государственный суд. Хотя арбитраж и является частным процессом, национальным законодательством большинства развитых стран определяются рамки, в которых функционирует арбитраж, в том числе, последствия заключения арбитражного соглашения¹¹. Например, как в США, так и в Англии¹², начиная с первой половины XX в., получило нормативное закрепление правило, согласно которому «при предъявлении судебного иска одной из сторон арбитражного соглашения, другая сторона вправе потребовать приостановления судебного производства»¹³.

На территории США арбитраж исторически применяется при разрешении споров, связанных с осуществлением коммерческой деятельности обеими сторонами спорного правоотношения. В то же время в последние несколько десятилетий арбитраж все чаще применяется при разрешении споров, возникающих из потребительских

¹⁰ Русакова Е.П. Рассмотрение частноправовых споров в странах БРИКС. Монография. М. Изд. РУДН, 2018.

¹¹ См.: Ермакова Е.П. Гражданский процесс, арбитраж и медитация в странах Северной Африки (Алжир и Египет). – М. Изд. Инфотропик, 2019. С. 107.

¹² Русакова Е.П. Многообразие способов разрешения торговых споров как фактор эффективности деятельности международного коммерческого арбитража в России и Англии // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2009. № 1. С. 68–74; Русакова Е.П. Рассмотрение торговых споров международными коммерческими арбитражами Англии. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук / Российский университет дружбы народов (РУДН). Москва, 2010.

¹³ Кейлин А.Д. Судостроительство и гражданский процесс капиталистических государств. Ч. 3. М., 1961. С. 135.

сделок, одной из сторон которых выступают физические лица – потребители¹⁴.

На сегодняшний день арбитраж является ведущим инструментом разрешения споров в мировой экономике, а также на территории США как её системообразующей части. Наличие арбитражных положений является уже не особенностью, а стандартом для контрактов, касающихся повседневной жизни многих американцев. Практически каждая коммерческая организация или физическое лицо хотя бы однажды являлись стороной арбитражного соглашения.¹⁵ Эмитенты кредитных и дебетовых банковских карт обычно включают арбитражные оговорки в клиентские соглашения. Каждый потребитель финансовых услуг, связанных с оборотом ценных бумаг, является стороной арбитражного соглашения. Покупая мобильный телефон или совершая онлайн-платежи, большинство потребителей соглашаются на разрешение возможных споров в арбитраже. Даже добровольно участвуя в конкурсе, спонсируемом *McDonald's*, потребители, сами того не подозревая, приобретают статус стороны арбитражного соглашения, что подтверждается постановлением Федерального апелляционного суд седьмого округа США по делу *James v. McDonald's Corp.*».

Пар. 2 гл. 1 FAA США предусмотрено, что письменное положение любого контракта, устанавливающее арбитражную форму разрешения споров, возникающих в связи с таким контрактом, является действительным, безотзывным и подлежащим исполнению. Целью разработки и принятия FAA США являлось устранение «враждебности», сложившейся в практике общего права США начала XX века по отношению к арбитражным соглашениям, придание им свойства исполнимости, присущего всем контрактам в целом. Установлена презумпция действительности арбитражных соглашений, выразившаяся в том, что любые сомнения в отношении арбитража должны быть разрешены в его пользу¹⁶.

¹⁴ См.: Ситкарева Е.В. Проблемы использования арбитража в групповых исках при разрешении финансовых споров в США. // Сравнительно-правовые аспекты правоотношений гражданского оборота в современном мире: Сборник статей Международной научно-практической конференции памяти проф. В.К. Пучинского 12 октября 2018 г. М. РУДН, 2017. С. 331–339.

¹⁵ См.: Ермакова Е.П. Реформы гражданского судопроизводства, арбитража и медиации в зарубежных странах 2014–2018 гг. (Австралия, Англия, Германия, Канада, США, Франция). – М. Изд. Инфотропик, 2018. С. 134.

¹⁶ *James v. McDonald's Corp.*, 417 F.3d 672 (7th Cir. 2005) // Casetext Inc. URL: <https://casetext.com/case/james-v-mcdonalds-corp> (Дата обращения: 05.09.2020).

Использование арбитража как наиболее предпочтительной формы разрешения споров различной отраслевой направленности резко возросло за последние несколько десятилетий, и эта тенденция еще не исчерпала свой потенциал.

ФАА США выступает в качестве необходимой правовой основы для поддержания судебного исполнения арбитражных контрактов и решений. Изначально неохотно интерпретируя положения ФАА США, сегодня Верховный Суд США регулярно опирается на его даже самые неоднозначные положения, поступательно снижая юридическую силу законодательства штатов, регулирующего арбитраж, и поддерживая исполнение арбитражных контрактов в различных отраслях хозяйственной деятельности, даже в её наиболее «незащищенных» от власти крупных корпораций секторах, как например, основанных на отношениях бизнеса и потребителей¹⁷.

Сложившаяся благоприятная правовая среда уже сама по себе задает тенденцию к обширному использованию арбитража бизнесом как в контрактах с потребителями, так и с другими профессиональными участниками экономической деятельности. Арбитраж является формой альтернативного разрешения споров, переживающей период роста.

С самого начала своей деятельности отрасль ценных бумаг отрасль использует арбитраж для разрешения споров между её участниками.

Первый устав Нью-Йоркской фондовой биржи 1817 г. устанавливал арбитражный порядок разрешения споров, возникающих в связи с осуществлением деятельности на бирже¹⁸.

Вскоре после окончания борьбы за независимость Соединенных Штатов, в 1789 г. федеральное правительство выпустило облигации на сумму 80 млн долл. для последующего финансирования долгов Континентального конгресса, возникших в военный период¹⁹.

¹⁷ Daly M., Taticchi M. Supreme Court Confirms Federal Arbitration Act's Broad Preemption of State Law (2017) // Faegre Drinker Biddle & Reath LLP. URL.: <https://www.faegredrinker.com/en/insights/publications/2017/5/supreme-court-confirms-federal-arbitration-acts-broad-preemption-of-state-law> (Дата обращения: 05.09.2020).

¹⁸ Gross J. (2016). The Historical Basis of Securities Arbitration as an Investor Protection Mechanism Symposium, 2016 J. Disp. Resol. P. 176 // The University of Missouri School of Law. URL: <https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2016/iss1/11/> (Дата обращения: 05.09.2020).

¹⁹ Eames F. (1894). The New York Stock Exchange. P. 13–25 // Google. URL: <https://play.google.com/store/books/author?id=F.L.+Eames> (Дата обращения: 05.09.2020).

Торговля выпущенными ценными бумагами привела к росту брокерского бизнеса в Нью-Йорке. В 1792 г. объединение брокеров достигло соглашения о торговле исключительно между собой, действуя от имени своих клиентов с взиманием минимальной комиссии в размере 0,25% от суммы сделки²⁰. Данное условие являлось частью соглашения об организации торговли ценными бумагами в Нью-Йорке, известного как Баттонвудское соглашение (*The Buttonwood Agreement*).

Баттонвудское соглашение регулировало деловые отношения среди биржевых маклеров Нью-Йорка до образования Нью-Йоркской фондовой биржи в 1817 г. Совет Нью-Йоркской фондовой биржи являлся одной из первых саморегулируемых организаций отрасли ценных бумаг в США²¹. Первый устав биржи устанавливал основополагающие принципы, регулирующие брокерскую деятельность, запрещал определенные способы ведения биржевой торговли, устанавливал фиксированный размер комиссии, которую могли получать брокеры за операции с ценными бумагами.

В первые годы своего функционирования индустрия ценных бумаг использовала альтернативные способы разрешения споров как механизм разрешения внутриотраслевых споров. Данная практика была заимствована из Англии, где арбитраж использовался для разрешения разногласий между членами торговых групп с четырнадцатого века. С.Н. Лебедев отмечал, что «заимствование правом США основных принципов английского общего права в полной мере относится и к области арбитража», в которой общее право США следовало общей концепции, ранее выработанной английским правом²². В Соединенных Штатах торговцы использовали арбитраж для разрешения внутренних отраслевых споров, начиная с колониальной эпохи²³. В конце 90-х гг. XVIII в. арбитраж осущес-

²⁰ Lucas H. (2002). Information Technology and the New York Stock Exchange's Strategic Resources from 1982–1999. P. 7 // Semantic Scholar URL: <https://www.semanticscholar.org/paper/Information-Technology-and-the-New-York-Stock-from-Lucas-Smith/e16dec79709ffdc2e7eeaaace7cc07056013514> (Дата обращения: 05.09.2020).

²¹ The Institution of Experience: Self-Regulatory Organizations in the Securities Industry, 1792–2010, The Rules of the Club, Protecting the Members and the Market (2010) // Securities and Exchange Commission Historical Society. URL: <http://www.sechistorical.org/museum/galleries/sro/sro02b.php> (Дата обращения: 05.09.2020).

²² Лебедев С.Н. (2009). Цит. соч. С. 99. См.: Lorenzen E. Commercial Arbitration – International and Interstate Aspects. V. 43 Yale L.J. 1934. P. 718 // The Yale Law Journal. URL.: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol43/iss5/2> (Дата обращения: 05.09.2020).

²³ Johnson J. (2005). Wall Street Meets the Wild West: Bringing Law and Order to Securities Arbitration. P. 14 // SSRN. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=808346 (Дата обращения: 05.09.2020).

твлялся силами служащих Нью-Йоркской фондовой биржи по спорам в связи со сделками, совершенными вследствие ошибки или непонимания. Такие сделки известны как аут-трейд сделки (*out-trade*), в которых в процессе торговых расчетов заявка на покупку не соответствует заявке на продажу ни по цене, ни по количеству акций, ни по другим условиям²⁴.

Вскоре после принятия устава Нью-Йоркской фондовой биржи 1817 г. и с увеличением числа членов биржи, была закреплена возможность образования арбитражного комитета (далее – арбитражный комитет *NYSE*), действовавшего на основе принципов *ad hoc* и состоящего из пять членов *NYSE*, для рассмотрения и разрешения биржевых споров²⁵. Арбитражный комитет проводил слушания и принимал решения по поступившим делам в течение нескольких дней после подачи соответствующей заявки, решения комитета подлежали обязательному исполнению. Также Советом Нью-Йоркской фондовой биржи было установлено, что решения арбитражного комитета обладают статусом прецедента²⁶.

Вместе с тем существовала проблема с определением юрисдикции арбитражного комитета *NYSE* в отношении споров, возникающих между членами *NYSE* и их потребителями, не имевшими такого статуса. Хотя из положений устава биржи и не следовало, что они распространяются на потребителей, не имевших статуса члена *NYSE*, была закреплена обязанность членов *NYSE* (которые в любом случае являлись стороной биржевого спора) по представлению всех споров на разрешение арбитражной комиссии биржи. По крайней мере, отчеты *NYSE*, датированные 1831 г., свидетельствуют о том, что арбитражный комитет биржи разрешал споры с участием потребителей, не являвшихся членами *NYSE*²⁷.

Почему уже в начале зарождения биржевой торговли арбитраж был определен индустрией ценных бумаг в качестве наиболее предпочтительной формы разрешения споров? Стремительный рост количества биржевых сделок требовал принятия мер, направленных на обеспечение соблюдения правил торговли.

²⁴ Lucas H. (2002). *Op. cit.* P. 24.

²⁵ Banner S. (1998). *Anglo-American Securities Regulation: Cultural and Political Roots, 1690–1860*, Cambridge University Press. P. 43.

²⁶ Banner S. (1998). *Op. cit.* P. 44.

²⁷ Banner S. (1998). *Op. cit.* P. 47.

Правила биржевой торговли того периода времени, установленные *NYSE*, не всегда полностью соответствовали положениям действующего законодательства, соответственно, их нарушение далеко не всегда влекло возникновение права на государственную судебную защиту. Пожалуй, данная причина являлась первоочередной – необходимостью исполнения «спорных» положений внутренних частных правил продиктована модель частного урегулирования возможных разногласий²⁸.

Помимо этого, необходимо было создать условия для оперативного разрешения споров, поскольку биржевая деятельность – деятельность динамичная по своей природе, не допускающая каких-либо промедлений. Государственная судебная система не способна создать подобные условия в силу органически присущей ей бюрократической модели функционирования.

Эффективное рассмотрение финансовых споров арбитражными комитетами *NYSE* сыграло ведущую роль в формировании доброго имени и высокой деловой репутации Нью-Йоркской фондовой биржи²⁹.

Арбитраж был направлен на обеспечение стабильности гражданского оборота в пределах *NYSE*. Если один брокер-член площадки отказывался от обязательств перед другим таким брокером, подобная ситуация наносила вред деятельности биржи, арбитраж же выступал гарантом сохранения баланса.

Арбитражный порядок разрешения возможных споров также направлен и на обеспечение соблюдения прав инвесторов. Потребители финансовых услуг должны быть уверены в соблюдении брокерами биржи принятых на себя обязательств, в противном случае наблюдался бы отток инвесторов. Инициирование арбитражной процедуры по заявлению потребителей, не являвшихся членами *NYSE*, Совет *NYSE* считал необходимым механизмом, обеспечивавшим контроль над деятельностью членов биржи и соблюдение ими правил, обычаев и практики ведения торговли. Арбитраж по инициативе потребителей поощрялся еще по той причине, что Совет *NYSE* мог воздействовать на брокеров-членов *NYSE* за неисполнение арбитражных решений путем возбуждения дисциплинарных произ-

²⁸ Gross J. (2016). Op. cit. P. 176.

²⁹ Banner S. (1998). Op. cit. P. 44.

водств, но не обладал такой властью в отношении сторонних потребителей. Устанавливая правило о возбуждении арбитражных дел по заявлению потребителей, *NYSE* тем самым создавалась схема обеспечения соблюдения условий контрактов и практик торговли, прямо не предусмотренных законом, а потому являвшихся потенциально спекулятивными.

Например, брокерами *NYSE* практиковалось заключение контрактов, направленных на продажу корпоративных акций, которыми продавец не владел на момент оформления сделки. В период с 1792 по 1858 гг. штатом Нью-Йорк принят ряд законов, направленных на аннулирование контрактов по продаже акций, в отношении которых у продавца отсутствовали какие-либо права на момент совершения сделки. Соответственно, факты несоблюдения условий подобных соглашений не влекли предоставление правовой защиты в государственных судах.³⁰ Очевидно, что брокеры не желали отказываться от практики гарантированной продажи таких «продуктов», поскольку сделки являлись заведомо прибыльными и минимально рискованными. И хотя правовая защита таким сделкам на уровне государственных судов не предоставлялась, арбитры *NYSE* исходили из их действительности, поскольку арбитры следовали не только и не столько закону, сколько исходили из правил, обычаев, практики и принципов справедливой торговли³¹, что напоминает обсуждаемый в последние годы арбитраж *ex aequo et bono*³².

Таким образом, поддержка исполнения таких сделок со стороны арбитража отрасли ценных бумаг играла не последнюю роль в укреплении репутации *NYSE* как надежной торговой площадки. Подобная практика не была направлена на снижение ценности положений закона, но придавала уверенность инвесторам в наличии работоспособного механизма реализации условий совершаемых ими биржевых сделок. С установлением системы арбитража ценных бумаг, Нью-Йоркской фондовой биржей создана трибуна для разрешения споров, работающая оперативно и предсказуемо, что важно для каждого инвестора в условиях стремительно меняющегося рынка.

³⁰ Banner S. (1998). Op. cit. P. 49.

³¹ Gross J. (2016). Op. cit. P. 177.

³² См.: Международный коммерческий арбитраж: учебник / под ред. В.А. Мусина, О.Ю. Скворцова. СПб.: АНО «Редакция журнала «Третейский суд»; М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 27.

Первые судебные акты государственных судов, подтверждающие изложенные тезисы, появились еще во второй половине XIX в. В 1867 г. Нью-Йоркский суд общей юрисдикции (*The New York Court of Common Pleas*), рассматривая вопрос об отмене решения арбитражной комиссии Нью-Йоркской фондовой биржи в деле «*White v. Brownell*», отметил: «Брокерский рынок Нью-Йорка насчитывает несколько сотен участников, ведущих бизнес на площадках фондовой биржи ежедневно и в больших объемах. Спешно заключая контракты, брокеры зачастую выступают в качестве агентов друг друга. Во избежание возникновения соблазна невыполнения заключенных контрактов в условиях стремительно растущего или снижающегося рынка, необходимо единообразное регулирование данных отношений со стороны внутреннего арбитражного учреждения, обладающего юрисдикцией в отношении разрешения любых разногласий, возникающих между участниками рынка. Это важно для обеспечения доверия друг к другу, открытости и честности в финансовых отношениях, а также уверенности в том, что принятые обязательства будут исполняться. Чтобы быть эффективными, решения арбитражных комиссий должны приниматься оперативно. Для целей развития данных отношений, представляется правильным, что «рядом» должно быть арбитражное учреждение, обеспечивающее осуществление быстрого и точного правосудия. Доверие к рынку – залог его работоспособности, следовательно, справедливо образование внутреннего арбитражного форума, обладающего на основе согласия участников рынка юрисдикцией в отношении разрешения возможных споров»³³. В дополнение к положительной оценке оперативности и предсказуемости, суд с оптимизмом указал на тот факт, что в сфере биржевой торговли внедрение арбитража основано на общей воле её участников, направленной на то, чтобы «связать» всех едиными правилами.

В 1869 г. в Устав *NYSE* официально внесены поправки, закреплявшие права лиц, не являвшихся членами *NYSE*, на инициирование проведения арбитражных процедур по правилам биржи при условии, что второй стороной спора является член *NYSE*³⁴. Одно-

³³ Цит. по: Gross J. (2016). Op. cit. P. 178. (перевод автора).

³⁴ Poser N. (1997). Making Securities Arbitration Work. P. 281. // SMU Scholar. URL: https://scholar.smu.edu/smulr/vol50/iss1/13?utm_source=scholar.smu.edu%2Fsmulr%2Fvol50%2Fiss1%2F13&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages (Дата обращения 05.09.2020).

временно с указанными изменениями, был учрежден уже постоянный Арбитражный форум *NYSE* для рассмотрения и разрешения споров, состоявший из 9 членов биржи.

Форум собирался регулярно – каждые вторник и пятницу. Арбитраж действительно был быстрым и недорогим для сторон, деятельность арбитров была направлена, прежде всего, на обеспечение соблюдения практики биржевой торговли со стороны членов *NYSE*, верности ими своему слову, тем самым поддерживалась исполнимость контрактов, заключаемых с инвесторами.

Образование Арбитражного форума *NYSE* и гарантированный доступ инвесторов к нему являлись важным шагом на пути формирования системы защиты прав потребителей финансовых услуг. Положение о праве потребителей на обращение в арбитраж *NYSE* сохранялось во всех последующих редакциях Устава *NYSE*³⁵. В американской правовой практике отмечалось, что предоставление потребителям права на обращение в арбитраж *NYSE* – одна из наиболее значимых мер, из совокупности предпринятых на пути к установлению системы саморегулирования рынка ценных бумаг, оформленной уже в XX в. путем принятия Закона о торговле ценными бумагами 1934 г. (*Securities Exchange Act of 1934*)³⁶.

Таким образом, уже в конце XIX в. арбитраж являлся основным правовым инструментом разрешения споров в сфере оборота ценных бумаг. В американской правовой литературе того периода времени отмечалась значительная роль вклада, внесенного Нью-Йоркской фондовой биржей в развитие арбитража ценных бумаг как формы защиты прав инвесторов³⁷.

История наглядно показывает, что защита прав инвесторов являлась неотъемлемой частью арбитража ценных бумаг, что и предопределило его дальнейший практический успех, который наблюдается и сегодня.

³⁵ New York Stock Exchange Constitution, Article XI // HathiTrust. URL.: <https://catalog.hathitrust.org/Record/100336125> (Дата обращения: 05.09.2020).

³⁶ Coenen v. R. W. Pressprich & Co., 453 F.2d 1209, 1215 (2d Cir. 1972) // Casetext Inc. URL: <https://casetext.com/case/coenen-v-r-w-pressprich-co-2> (Дата обращения: 05.09.2020).

³⁷ Clews H. (1888). Twenty-eight years in Wall street. P. 561. // HathiTrust. URL.: <https://catalog.hathitrust.org/Record/005329861> (Дата обращения: 05.09.2020).

*Анастасия Юрьевна Касаткина,
помощник адвоката КА «Юков и партнеры»,
кандидат юридических наук*

ЦИФРОВЫЕ КОНСТРУКЦИИ В ГРАЖДАНСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РФ И РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

В статье исследуются цифровые конструкции в ГК РФ и ГК Республики Беларусь.

Автор, проанализировав законодательство, пришла к выводу о том, что оба Кодекса содержат общее и различное в регламентации цифровых технологий. ГК Республики Беларусь более детально регламентирует форму сделок с использованием цифровых конструкций. Вместе с тем ГК обоих государств не в полной мере готовы обеспечить всестороннее регулирование цифровых технологий. Обоснован вывод о необходимости совершенствования и ГК РФ, и ГК Республики Беларусь с целью эффективного сопровождения гражданско-правовыми механизмами цифровых конструкций, в том числе в творческой сфере.

Ключевые слова: цифровые конструкции; сделки; услуги; общее; различное, недостатки.

Одним из актуальных вопросов наук гражданского права России и Республики Беларусь является вопрос о цифровых механизмах в гражданском законодательстве обоих государств, решение которого имеет как теоретическое, так и практическое значение.

Оба государства являются участниками многих соглашений, в том числе Конвенции СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Заключена в г. Минске 22.01.1993)¹; Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Заключена в г. Кишиневе 07.10.2002)².

Такое положение требует унификации законодательства обоих стран.

¹ «Бюллетень международных договоров», N 2, 1995.

² Содружество. Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав правительств СНГ. N 2(41). С. 82–130.

В научной литературе вопросы гражданско-правового регулирования цифровых конструкций представлены в трудах некоторых российских и белорусских ученых³.

Ученые в целом исследуют понятие цифровых прав, цифровой контент, мультимедийные блага, блага виртуальной и дополненной реальностей, искусственный интеллект, проблемы гражданского оборота в условиях цифровизации.

В.Д. Зорькин определил цифровые права в качестве прав на доступ и использование цифровых произведений, компьютеров, коммуникационных сетей⁴.

Е.С. Гринь (Котенко), исследуя мультимедийные блага, понимает их как выраженные в цифровой форме объекты авторских прав, включающие в себя несколько охраняемых результатов интеллектуальной деятельности, которые с помощью компьютерных устройств функционируют в процессе взаимодействия с пользователем⁵.

А.А. Карцхия представил в докторской диссертации гражданско-правовую модель регулирования цифровых технологий⁶.

П.М. Морхат в своей диссертации «Правосубъектность искусственного интеллекта в сфере права интеллектуальной собствен-

³ Конобеевская И. М. Цифровые права как новый объект гражданских прав // Изв. Саратов. ун-та. Нов. сер. Сер. Экономика. Управление. Право. 2019. Т. 19, вып. 3. С. 330–334; Новоселова Л., Габова А., Савельев А., Генкин А., Сарбаш С., Асосков А., Семенов А., Янковский Р., Журавлев А., Толкачев А., Камелькова А., Успенский М., Крупенин Р., Кислый В., Жужалов М., Попов В., Аграновская М. Цифровые права как новый объект гражданского права // Закон. 2019. № 5. С. 31–54; Энтин В.Л. Авторское право в виртуальной реальности: (новые возможности и вызовы цифровой эпохи) / Москва: Статут, 2017. – 215 с.; Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. 2-е изд. М.: Статут, 2016. 640 с.; Котенко Е. С. Мультимедийный продукт как объект авторских прав: автореферат дис. ... кандидата юридических наук // Моск. гос. юрид. акад. им. О.Е. Кутафина – Москва, 2012. – 26 с. и другие.

⁴ Зорькин В.Д. Право в цифровом мире. Размышления на полях Петербургского международного юридического форума. // Российская газета, 2018, № 115.

⁵ Котенко Е. С. Мультимедийный продукт как объект авторских прав: автореферат дис. ... кандидата юридических наук // Моск. гос. юрид. акад. им. О.Е. Кутафина – Москва, 2012. – С. 9.

⁶ Карцхия А.А. Гражданско-правовая модель регулирования цифровых технологий: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2019.

ности: гражданско-правовые проблемы» рассмотрел проблемы искусственного интеллекта⁷.

Телюкина М.В. исследовала цифровые произведения как объекты авторских прав⁸.

Обзор научных позиций названных и иных авторов позволяет заключить, что в настоящее время не сложилось устоявшихся научных подходов к понятию цифровых конструкций, которые признавались бы большинством ученых России и Белоруссии.

Вместе с тем мыслители помимо схожих условий охраноспособности выделяют и дополнительные условия в зависимости от объекта авторских и иных интеллектуальных прав.

Анализ гражданского законодательства РФ позволяет сделать вывод о том, что лишь некоторые положения гражданско-правовых механизмов регулируют цифровые технологии: сделки (ст.ст. 160, 434 ГК РФ); объекты прав в виде цифровых прав (Ст. 141.1 ГК РФ); информационные услуги (Ст. 783.1 ГК РФ); программы для ЭВМ и базы данных (ст.ст. 1260, 1262 ГК РФ); технические средства защиты авторских прав (Ст. 1299 ГК РФ); отчуждение оригинала произведения (Ст. 1291 ГК РФ); мультимедийные блага, театрально-зрелищные представления (Ст. 1240 ГК РФ).

Таким образом, ГК РФ содержит некоторые общие и специальные положения о цифровых конструкциях.

Анализ положений ГК Республики Беларусь позволяет заключить следующее.

Статья 128 ГК Республики Беларусь не содержит указаний на цифровые права как объекты прав. Вместе с тем, к объектам прав отнесена нераскрытая информация. В Ст. 140 ГК Республики Беларусь дается понятие нераскрытой информации, согласно которой информация (сведения о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях и процессах) охраняется в качестве нераскрытой информации, если она составляет служебную тайну или коммерческую тайну⁹.

⁷ Морхат П.М. Правосубъектность искусственного интеллекта в сфере права интеллектуальной собственности: гражданско-правовые проблемы: дис. ... доктора юридических наук // Москва, 2018. – 420 с.

⁸ Телюкина М.В. Цифровое произведение как объект гражданских прав // Право будущего: Интеллектуальная собственность, инновации, Интернет, 2018, № 1, С. 70–76.

⁹ https://kodeksy-by.com/grazhdanskij_kodeks_rb/140.htm.

Статья 161 ГК Республики Беларусь предусматривает, заключение сделки путем составления текстового документа, включая документ в электронном виде (в том числе электронный документ), который может быть подписан с использованием средств связи и иных технических средств, компьютерных программ, информационных систем или информационных сетей (факсимильное воспроизведение собственноручной подписи с помощью средств механического или другого копирования, электронная цифровая подпись или другой аналог собственноручной подписи, обеспечивающий идентификацию соответствующих лица или лиц), и не противоречит законодательству и соглашению сторон¹⁰.

Пункт 2 ст. 404 ГК Республики Беларусь устанавливает, что договор в письменной форме может быть заключен и в электронном виде (в том числе электронный документ) с использованием средств связи и иных технических средств, компьютерных программ, информационных систем или информационных сетей¹¹.

Статья 733 ГК Республики Беларусь к возмездным услугам относит в том числе информационные услуги.

Анализ ГК РФ и ГК Республики Беларусь свидетельствует о том, что оба Кодекса предусматривают заключение сделок (договоров) с использованием технических средств, в том числе с помощью электронных средств и оказание возмездных информационных услуг.

Вместе с тем ГК Республики Беларусь более подробно раскрывает использование цифровых технологий при совершении сделок, а ГК РФ к объектам прав относит цифровые права.

Изложенное свидетельствует о том, что ГК РФ и ГК Республики Беларусь имеют как общее, так и различное в регламентации цифровых конструкций в гражданском обороте.

Однако, многие действующие в настоящее время цифровые конструкции не нашли полного урегулирования.

Создание и использование цифровых произведений (произведений в цифровой форме и их копий), объектов виртуальной собственности, онлайн-игр; произведений при помощи искусственного интеллекта; сложных цифровых объектов (мультимедийные блага);

¹⁰ https://kodeksy-by.com/grazhdanskij_kodeks_rb/161.htm.

¹¹ https://kodeksy-by.com/grazhdanskij_kodeks_rb/404.htm.

веб-сайтов; предоставление электронной информации провайдерами на основании различных лицензий; права издательств на цифровые произведения; права публикаторов цифровых произведений; права онлайн-сервисов на предоставление удаленного доступа к информации; использование электронных платежей и иных цифровых конструкций требует надлежащей регламентации уже по причине придания таким благам правовой охраны как объектам интеллектуальных прав.

В настоящее время остро стоит вопрос о персонажах онлайн-игр и других внутриигровых объектах и т.д.¹²

Неопределенность касается и позиции судов РФ, например, относительно правовой квалификации отношений, возникающих по поводу онлайн-игр и других отношений, связанных с цифровизацией.

Применяя Ст. 434 ГК РФ, Шестой кассационный суд общей юрисдикции в определении от 28.04.2020 по делу N 88-11930/2020 указал: «материалами дела подтверждается, что 11.07.2019 между ПАО Сбербанк России и Я. заключен кредитный договор на сумму 205 000 руб. на срок 60 месяцев под 19,90% годовых путем подписания в электронном виде со стороны заемщика посредством использования систем «Сбербанк Онлайн» и «Мобильный банк», в связи с чем, исходя из Условий использования банковских карт ОАО «Сбербанк России», суды правомерно указали, что полученное банком сообщение клиента с цифровым кодом явилось основанием для осуществления перевода кредитных средств на карту клиента»¹³.

В постановлении Президиума Московского городского суда от 24.05.2013 по делу N 44г-45 указано: «по информации ответчика блокирование аккаунта истца администратором игры производилось по причине нарушения П. правил игры. По утверждению истца каких-либо нарушений игрового процесса он не допускал.

Анализ возникших между сторонами правоотношений, приведенных выше требований Закона, условий Пользовательского соглашения позволяет сделать вывод о том, что наличие либо отсутствие в действиях пользователя нарушения правил игры относится

¹² Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. 2-е изд. М.: Статут, 2016. 640 с.

¹³ Определение Шестого кассационного суда общей юрисдикции от 28.04.2020 по делу N 88-11930/2020// СПС «Консультант Плюс»

к организации игрового процесса, а поэтому заявленные П. требования, как связанные с участием в игре, в силу п. 1 ст. 1062 ГК РФ судебной защите не подлежат.

В данной связи необходимо также отметить, что в заключенном между сторонами Пользовательском соглашении отсутствует условие о выплате пользователю игры вознаграждения, участие в игре определенным периодом не ограничено и является бесплатным.

Вместе с тем, при рассмотрении дела суду надлежало исследовать вопрос о том, наступили ли для истца в результате блокирования ответчиком игрового аккаунта *** какие-либо неблагоприятные последствия»¹⁴.

Правоприменитель свое усмотрение раскрыл лишь в отношении некоторых правил ГК РФ о цифровых механизмах.

Надо полагать, что ГК РФ и ГК Республики Беларусь «не успевают» урегулировать глобальное распространение цифровых технологий в социально-экономической сфере РФ и Республики Беларусь, и подлежат дополнению отдельными положениями о цифровых конструкциях как объектах прав; о цифровых правах как элементе право-и дееспособности граждан РФ и Республики Беларусь; о применении цифровых технологий при совершении сделок; об ответственности за нарушения, связанные с цифровыми технологиями.

Следовало бы также детально урегулировать все существующие цифровые контенты в интеллектуальном праве обоих государств с учетом больших перспектив.

¹⁴ Постановление Президиума Московского городского суда от 24.05.2013 по делу N 44г-45 // СПС «Консультант Плюс»

Олег Александрович Ковтонюк,
*соискатель кафедры гражданского права и процесса
и международного частного права Юридического
института РУДН; эл. почта: kovtonyuk-oa@rudn.ru*

КВАЛИФИКАЦИЯ ГОСУДАРСТВЕННОГО КОНТРАКТА В КАЧЕСТВЕ ДОГОВОРА ПРИСОЕДИНЕНИЯ

Целью настоящей статьи является рассмотрение квалификации государственного контракта в качестве договора присоединения. Законодательство о контрактной системе предусматривает особенности заключения государственного контракта, которые могут быть ошибочно приняты за признаки, которыми наделен договор присоединения. В статье сделан вывод о том, что государственный контракт содержит лишь общие черты договора присоединения.

Ключевые слова: государственный контракт, типовой контракт, проект государственного контракта, договор присоединения.

Понятие государственного контракта закреплено пункте 8 части 1 статьи 3 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (Закон о контрактной системе), согласно которому государственный контракт – гражданско-правовой договор, предметом которого являются поставка товара, выполнение работы, оказание услуги (в том числе приобретение недвижимого имущества или аренда имущества) и который заключен от имени Российской Федерации, субъекта Российской Федерации для обеспечения государственных нужд.

Государственный контракт является гражданско-правовым договором, который имеет свои разновидности в зависимости от предмета (поставка, оказание услуг, подряд, приобретение недвижимого имущества или аренда имущества), но не является универсальной договорной формой¹.

Государственный контракт имеет специальный правовой режим, который определен Законом о контрактной системе, что связано с рядом обстоятельств, а именно: а) присутствием специаль-

¹ Тасалов Ф.А. Отношения по размещению и исполнению государственного заказа: особенности гражданско-правового регулирования (на примере Российской Федерации и Соединенных Штатов Америки). С. 166–167.

ных субъектов права – участников, выигравших закупочную процедуру, и заказчиков, выступающих главными распорядителями и получателями бюджетных средств; б) наличием особой природы складывающихся в процессе заключения и исполнения государственного контракта правоотношений; в) наличием особой цели заключения – удовлетворения государственных нужд².

В связи с указанными обстоятельствами, Закон о контрактной системе устанавливает специальные требования, применяемые к государственному контракту, в частности, к его существенным условиям (ст. 34), а также к порядку и способам его заключения. В соответствии с ч. 1 ст. 35 Закона о контрактной системе контракт заключается на условиях, предусмотренных извещением об осуществлении закупки или приглашением принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя), документацией о закупке. Проект государственного контракта является неотъемлемой частью закупочной документации. Заказчик формирует проект государственного контракта (стандартную форму) заранее, руководствуясь специальными правилами, установленным Законом о контрактной системе. Такие правила являются неизменяемыми, то есть предполагается присоединение победителя процедуры определения поставщика (подрядчика, исполнителя) (далее – процедура закупки) к проекту государственного контракта. Помимо специальных требований к государственному контракту, Закон о контрактной системе предусматривает возможность формирования библиотеки типовых государственных контрактов. Такие контракты разрабатываются специально обозначенными в ч. 11 ст. 34 Закона о контрактной системе субъектами и утверждаются нормативными правовыми актами. В случае наличия утвержденного типового контракта по определенному заказчиком предмету закупки³ он подлежит обязательному применению заказчиками за исключением случаев, установленных Правительством Российской Федерации⁴. Такие контракты имеют стан-

² Шмелева М.В. Гражданско-правовое регулирование контрактных отношений при государственных и муниципальных закупках в Российской Федерации. С. 12.

³ Определение наличия утвержденного типового контракта определяется заказчиком через код ОКПД 2 утвержденного предмета закупки.

⁴ Постановление Правительства РФ от 02.07.2014 N 606 «О порядке разработки типовых контрактов, типовых условий контрактов, а также о случаях и условиях их применения» (вместе с «Правилами разработки типовых контрактов, типовых условий контрактов»).

дартную форму и также предполагают присоединение к его условиям победителя процедуры закупки.

Таким образом, можно предположить, что государственный контракт содержит условия, закрепленные в стандартных формах (проектах договоров и типовых контрактах), в связи с чем возникает вопрос: можно ли его квалифицировать как договор присоединения, который обладает подобными признаками? Даже Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в Постановлении от 28 января 2014 г. N 11535/13 по делу N А40-148581/12, А40-160147/12, отвергая третейскую юрисдикцию по спорам, возникающим по государственным (муниципальным) контрактам, признает алгоритм заключения государственного (муниципального) контракта тождественным договору присоединения, не определяя критерии, устанавливающие их тождественность. Чтобы выяснить насколько такая позиция является обоснованной следует уточнить особенности заключения договора присоединения и государственного контракта.

Согласно п. 1 ст. 428 ГК РФ, договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом. Формулировка «в целом» составляет основной признак такого рода договоров. Это означает: «либо соглашаешься со всем, что я предлагаю, либо договора не будет»⁵.

Итак, исходя из закрепленных ГК РФ положений можно выделить следующие основные признаки договора присоединения: 1) все без исключения условия договора должны быть определены одной из сторон в формулярах или стандартных формах; 2) все без исключения условия договора могут быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к этим условиям. Указанные признаки исключают для сторон возможность в договоре присоединения формулировать условия, отличные от выраженных в стандартной форме или формуляре, по их соглашению, а для присоединившейся стороны – также и саму возможность заявлять при заключении договора о разногласиях по его отдельным условиям.

⁵ Договорное право. Общие положения (книга 1) (3-е издание, стереотипное) М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. («Статут, 2001»). (С. 147). СПС «КонсультантПлюс».

Согласно положениям Закона о контрактной системе заказчик направляет победителю закупки проект контракта, который составляется путем включения в проект контракта, прилагаемый к закупочной документации, цены контракта, предложенной победителем процедуры закупки, а также включения представленной победителем закупки информации о предлагаемом к поставке товаре (товарном знаке и (или) конкретных показателях товара, стране происхождения товара). Законом о контрактной системе предусмотрена возможность направления победителем процедуры закупки протокола разногласий по государственному контракту, заключаемому по результатам электронной процедуры закупки (ст. 83.2). Указанный протокол может быть направлен заказчику в отношении соответствующего контракта не более чем один раз. Победитель электронной процедуры, с которым заключается контракт, указывает в протоколе разногласий замечания к положениям проекта контракта, не соответствующим положениям закупочной документации и своей заявке на участие в электронной процедуре, с указанием соответствующих положений данных документов. Направлять протокол разногласий по иным основаниям запрещено. В свою очередь заказчик рассматривает протокол разногласий и направляет победителю электронной процедуры закупки доработанный проект контракта либо повторно направляет проект контракта с указанием в отдельном документе причин отказа учесть полностью или частично содержащиеся в протоколе разногласий замечания победителя электронной процедуры. Добавим, что в отношении некоторых процедур, которые проводятся заказчиками не в электронной форме, Законом о контрактной системе прямо не предусмотрена возможность формирования протоколов разногласий по заключаемым контрактам. При этом, если Законом о контрактной системе не предусмотрены правила формирования протоколов разногласий по государственным контрактам, заключаемым по результатам процедур закупок, не предусматривающим электронную форму проведения, следует обратиться к положениям статьи 528 ГК РФ, которая такие правила предусматривает. Соответственно, при заключении государственного контракта стороны имеют право заявлять о разногласиях. Договор присоединения исключает возможность формирования протоколов разногласий.

Государственный контракт заключается путем присоединения к нему не полностью, а лишь в отношении части договорных условий, установленных заказчиком в проекте государственного контракта или типовом контракте, который является неотъемлемой частью закупочной документации. Это объясняется тем, что государственный контракт заключается не только на условиях, заявленных заказчиком в проекте государственного контракта или типовом контракте, но и в заявке победителя процедуры закупки. В основном участник делает предложение в отношении цены государственного контракта и спецификации предлагаемого к поставке товара. В данном случае победитель процедуры присоединяется ко всем условиям государственного контракта, за исключением предложенной им цены договора и/или спецификации товара, то есть не «в целом». Таким образом, ввиду того, что возможна встречная оферта победителя процедуры закупки с одним из указных условий, государственный контракт не может быть квалифицирован в качестве договора присоединения.

Необходимо признать, что при заключении государственного контракта с теми, кто занимает монопольное положение в области продажи определенных товаров, выполнения определенных работ или оказания определенных услуг, иногда применяется алгоритм заключения договора присоединения. Имея в качестве контрагента монополиста, участник оборота (заказчик-присоединяющаяся сторона) вынужден этим обстоятельством – отсутствием конкуренции – согласиться на содержащиеся в формуляре условия. Такие государственные контракты больше исключение чем правило.

Подводя итог изложенному, полагаем, что государственный контракт содержит общие черты договора присоединения, но не более. Победитель процедуры полностью присоединяется к условиям государственного контракта, заранее изложенным заказчиком в закупочной документации (проекте государственного контракта или типовом контракте), за исключением предложенных им условий, указанных в заявке на участие в соответствующей процедуре осуществления закупки, и имеет возможность направлять протоколы разногласий по заключаемым контрактам. Из чего следует, что признание допустимости согласования условий соглашения с контрагентом автоматически исключает государственные контракты из списка договоров присоединения.

*Антон Кошелев,
аспирант кафедры гражданского права и процесса
и международного частного права
Юридического института
Российского университета дружбы народов (РУДН)*

*Научный руководитель –
к.ю.н. Екатерина Петровна Русакова*

ПРЕДСТАВЛЕНИЕ И ИСТРЕБОВАНИЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В ГРАЖДАНСКОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ РФ

Объектом анализа и исследования в данной статье является институт представления и истребования доказательств в гражданском судопроизводстве РФ. Автор проанализировал процессуальные порядок и правила при представлении и истребовании доказательств, установленные в Ст. 57 ГПК РФ, исследовал практику применения рассматриваемого института доказательственного права, определил сильные и слабые стороны инструмента истребования доказательств сторонами дела при практическом применении. В статье дана оценка роли сторон при представлении и истребовании доказательств, представлена судебная практика, рассмотрена ответственность третьих лиц при отказе или уклонении от представления истребуемых доказательств, разработаны потенциальные процессуальные действия сторон гражданского судопроизводства для надлежащего сбора и представления доказательств.

Ключевые слова: Представление и истребование доказательств, гражданское судопроизводство РФ, статья 57 ГПК РФ, относимость и допустимость доказательств, приобщение к материалам дела, исковое заявление, судебный штраф, дополнительные доказательства, ходатайство об истребовании, запрос суда.

Информация о финансировании. Работа выполнена при финансовой поддержке Гранта Президента РФ № НШ-2668-2020.6 «Национально-культурные и цифровые тренды социально-экономического и политико-правового развития Российской Федерации в XXI веке»

Рассмотрение любого гражданского дела судом включает в себя соблюдение обязательного процессуального порядка для представления и истребования доказательств лицами, участвующими в деле. Статья 57 ГПК РФ в полной мере регламентирует данный процессуальный порядок и предусматривает разрешение за-

труднительных вопросов, возникающих при истребовании доказательств¹.

В соответствии с действующим законодательством все стороны гражданского судебного процесса вправе представлять доказательства и ходатайствовать об истребовании доказательств, касающихся предмета и/или объекта спора. При этом представлять доказательства стороны могут в любой форме (письменные и вещественные доказательства, объяснения и показания лиц, видео- и аудиозаписи и т.д.) исходя из своего понимания относимости представленных доказательств для подтверждения или опровержения определенных требований, либо возражений. После представления доказательств Суд вправе принять или отказать в приобщении и исследовании определенных доказательств, в зависимости от их значения для рассмотрения и разрешения дела по своему усмотрению.

Представление доказательств в гражданском судопроизводстве начинается с подачи искового заявления в Суд, к которому истец прикладывает свою доказательственную базу, подкрепляющую его требования. Копии искового заявления и доказательственной базы истец обязан отправить для ознакомления ответчику или ответчикам, а также третьим сторонам, если таковые привлекаются к участию в судебном процессе².

В своем отзыве на исковые требования ответчик представляет свои доказательства Суду и истцу вместе с возражениями в письменной форме относительно предъявленных исковых требований. Дальнейшее представление доказательств сторонами дела возможно на любом этапе судебных слушаний до вынесения решения Судом.

В ходе рассмотрения дела по существу Суд может предложить представить сторонам дополнительные доказательства для подтверждения определенных фактов, значимых для рассмотрения

¹ Ермакова Е.П., Артемьева Ю.А., Кончева В.А., Русакова Е.П. Актуальные проблемы гражданского процесса: процессуальная реформа РФ 2018 г. // уч.-метод. пособие, РУДН, Москва, 2019.

² Деринг К., Русакова Е.П. Особенности процессуальной формы искового заявления и новых требований к нему // В сборнике: Сравнительно-правовые аспекты правоотношений гражданского оборота в современном мире. сборник статей Международного научного юридического форума памяти профессора В.К. Пучинского. 2019. С. 296–302.

и разрешения дела³. Например, предоставить банковскую выписку с расчетного счета с целью подтверждения осуществления финансовой транзакции.

Право суда предлагать сторонам представить дополнительные доказательства играет ключевую роль в гражданском судопроизводстве. Именно Суд определяет предмет доказывания несмотря на то, что стороны изначально сами формируют тактику своего поведения в области доказывания.

Распространенной практикой является предложение Суда представить дополнительные доказательства фактов или обстоятельств, которые даже не упоминались сторонами в исковом заявлении и отзыве на него. Делается это Судом с целью установления и изучения всей цепочки обстоятельств, ведущих к правильному разрешению дела. В противном случае судебный акт может быть отменен в апелляционном порядке на основании неправильного определения обстоятельств, имеющих значение для дела (п. 1 ч. 1 ст. 330 ГПК РФ), ибо Суд первой инстанции не выяснил обстоятельства дела⁴.

Право Суда запрашивать дополнительные доказательства вовсе не означает обязательность исполнения сторонами представления этих доказательств. В таких случаях сторона, не представившая дополнительные доказательства, существенно снижает свои шансы на положительное для нее решение или определение Суда, поскольку несет риски неблагоприятных последствий в соответствии с ч. 3 ст. 79 ГПК РФ.

Отказ лица, участвующего в деле, представить дополнительные доказательства без уважительной причины в зависимости от степени важности для уклоняющейся стороны запрашиваемого доказательства может быть рассмотрен Судом как подтверждение установления или опровержения определенного факта. При этом судебный штраф в соответствии с ч. 3 ст. 57 ГПК РФ на лиц, участвующих в судебном процессе, не накладывается.

При невозможности или затруднительности представления доказательств стороны дела вправе обратиться к Суду об оказании

³ Русакова Е.П. Рассмотрение частноправовых споров в странах БРИКС. Монография. М. Изд. РУДН, 2018.

⁴ Решетникова И.В. Размышляя о судопроизводстве: Избранное. М.: Статут, 2019. 510 с.

содействия в собирании и истребовании определенных доказательств⁵. Данное обращение к Суду подается в форме ходатайства на любой стадии рассмотрения дела. При чем ходатайство об истребовании доказательства может быть включено в исковое заявление истцом при его подаче, а также содержаться в отзыве ответчика на исковое заявление.

К истребованию доказательств с помощью Суда участники гражданского судопроизводства прибегают в случаях, когда сами неспособны получить определенное доказательство вследствие каких-либо причин или препятствий. Например, в случаях, когда определенная информация или документы, имеющие значение для рассмотрения и разрешения дела, находятся в ведении или собственности определенного государственного органа или института и отсутствует возможность получения или ознакомления с ними из открытых источников.

При подаче ходатайства об истребовании доказательств сторона дела должна предоставить максимально возможную информацию об истребуемом доказательстве. В ходатайстве должны быть указаны:

- вид и форма доказательства;
- обстоятельства, подтверждаемые или опровергаемые истребуемым доказательством;
- место нахождения доказательства;
- причины, препятствующие получению истребуемого доказательства.

При получении ходатайства об истребовании доказательства Суд может сам напрямую обратиться с запросом о предоставлении доказательства, либо выдать лицу, заявившему ходатайство, обязательный к исполнению запрос на получение истребуемого доказательства. Должностные лица, граждане и полномочные представители юридических лиц, обладающие истребуемым доказательством и получившие соответствующий запрос о предоставлении данного доказательства, обязаны направить его в Суд или выдать подателю запроса в установленный Судом срок.

⁵ Ермакова Е.П., Русакова Е.П., Мендоса-Молина С.В. Актуальные проблемы гражданского процесса: 2017 год // Учебное пособие, Издательство: Российский университет дружбы народов (РУДН), Москва, 2017.

В большинстве случаев при истребовании доказательств срок на предоставление доказательств определяется Судом исходя из предписания ч. 1 Ст. 107 ГПК РФ, т.е. с учетом принципа разумности. Отсутствие в действующем законодательстве процессуальных сроков на предоставление запрашиваемых доказательств обязывает Суд предоставлять получателю запроса необходимое время для изъятия, изготовления, оформления, заверения и направления соответствующего доказательства Суду, что на практике может занимать довольно продолжительное время – от недели до нескольких месяцев в зависимости от вида и формы доказательства⁶.

При отсутствии или невозможности предоставления запрашиваемого доказательства лицо, получившее запрос, обязано известить о причинах невыполнения требования Суда в течение пяти календарных дней с момента получения запроса. В случае игнорирования требования Суда, а также неизвещения Суда о причинах невозможности передачи доказательств, на должностных лиц, граждан или полномочных представителей юридических лиц налагается судебный штраф. Размер судебного штрафа определяется судом и составляет до пяти тысяч рублей для граждан и до тридцати тысяч рублей для должностных лиц.

Полномочные представители юридических лиц при наложении судебного штрафа в связи с истребованием доказательств рассматриваются Судом как должностные лица. Таким образом, судебный штраф в соответствии с главой 8 ГПК РФ накладывается не на организацию, а только на ответственных должностных лиц.

Суд вправе также отказать сторонам в выдаче или направлении запроса на истребование доказательств, руководствуясь принципами относимости и допустимости доказательств в соответствии со статьями 59 и 60 ГПК РФ. При этом стороны не лишены права повторно обращаться с ходатайством об истребовании данного доказательства.

Другим основанием для отказа Судом в удовлетворении ходатайства об истребовании доказательств может служить достаточность уже представленных и имеющихся в материалах дела дока-

⁶ Русакова Е.П., Кончева В.А., Гроник И. Особенности формирования апелляционной инстанции в российских гражданском и административном процессах // Арбитражный и гражданский процесс. 2020. № 4. С. 33–37.

зательств. Суды отказывают в истребовании доказательств для того, чтобы не перегружать дело объективно излишними доказательствами и материалами, а также не затягивать рассмотрение дела по существу. На практике подобные отказы Суда очень часто становятся поводом для отмены или изменения принятого судебного акта в следующей судебной инстанции.

Несмотря на то, что представление и истребование доказательств исходят от сторон гражданского судопроизводства, ключевая роль в определении необходимых доказательств для представления и истребования остается за Судом. Суд не может оставаться пассивным наблюдателем хода состязания сторон и для всестороннего рассмотрения обстоятельств дела обязан запросить стороны представить дополнительные доказательства, а также содействовать в истребовании необходимых доказательств. Таким образом, Суд содействует сторонам в реализации их законных прав.

Данное мнение автора статьи подтверждается в Обзоре судебной практики Верховного Суда Российской Федерации, где сказано, что «выявление и собирание доказательств по делу является деятельностью не только лиц, участвующих в деле, но и суда, в обязанность которого входит установление того, какие доказательства могут подтвердить или опровергнуть факты, входящие в предмет доказывания»⁷.

В то же самое время Суд имеет право истребовать доказательства по собственной инициативе по делам об усыновлении (удочерении) ребенка (ч. 1 ст. 272 ГПК РФ), при подготовке дел к разбирательству о признании гражданина безвестно отсутствующим или об объявлении гражданина умершим (ч. 1 ст. 278 ГПК РФ) и подготовке дел к разбирательству о признании вещи бесхозяйной или о признании права собственности на бесхозяйную недвижимую вещь (ч. 1 ст. 292 ГПК РФ). Других оснований для истребования доказательств Судом по своей инициативе в действующем гражданском процессуальном праве не предусмотрено.

На практике же получается иногда обратная картина, когда Суд по собственной инициативе в процессе рассмотрения дела начинает сбор доказательственной базы. В подобных случаях

⁷ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2015), утв. Президиумом Верховного Суда РФ 25.11.2015 г. (ред. от 28.03.2018).

получается следующая ситуация: имеется доказательство, соответствующее требованиям для исследования в установленном законодательством порядке, но полученное за счет инициативного вмешательства Суда, не предусмотренного действующими нормами гражданского права.

Нарушение правил определения субъекта собирания и истребования доказательств нельзя считать несущественным, поскольку в этом случае Суд нарушает основополагающие права сторон гражданского судопроизводства о процессуальном равенстве сторон и состязательности судебного процесса. При наличии данного процессуального нарушения стороне спора следует заявлять ходатайство о недопустимости подобных доказательств или обжаловать принятый судебный акт в вышестоящих инстанциях по тому же основанию.

Заключение

Институт представления и истребования доказательств играет ключевую роль в гражданском судопроизводстве РФ. Диспозитивность и лояльность законодательства относительно представления доказательств сторонами являются сильной стороной доказательственного права в гражданском судебном процессе. Императивность норм гражданского права о представлении доказательств на основании судьейского запроса также является оправданным и эффективным законодательным подходом для всестороннего сбора, исследования и анализа Судом доказательственной базы для рассмотрения дела.

Представление доказательств сторонами в сравнении с истребованием сторонами доказательств является простым и понятным в части законодательного регулирования и по мнению автора не требует введения дополнительных ограничений. В то же время истребование доказательств сторонами может служить инструментом злоупотребления процессуальными правами для недобросовестных лиц.

Истребование доказательств в гражданском судебном производстве является одним из самых эффективных инструментов доказательственного права РФ. В связи с этим данный инструмент очень часто становится предметом злоупотребления со стороны лиц, желающих легально через Суд получить информацию или

документы об определенном лице, его активах или действиях⁸. Злоумышленники инициируют исковое производство по надуманным причинам и в качестве подтверждения своих требований ходатайствуют перед Судом о выдаче запроса на истребование определенных доказательств.

Другой слабой стороной инструмента истребования доказательств является возможность недобросовестными лицами с его помощью затягивать производство по делу. Даже при необоснованности ходатайства другая сторона или стороны и Суд должны обнаружить это, и тот же Суд должен мотивированно отказать в удовлетворении заявленного ходатайства.

В целом истребование доказательств сторонами гражданского судопроизводства с помощью принудительной силы Суда у любых лиц и организаций стало ключевым инструментом сторон гражданских правоотношений для всеобъемлющего и объективного рассмотрения дела. В свою очередь, законодательное регулирование и практика представления доказательств соответствуют запросам времени и общества.

⁸ Артемьева Ю.А., Ермакова Е.П., Ковыршина Н.А., Русакова Е.П. Способы разрешения споров в разносистемных правовых порядках. Инфотропик Медиа, Москва, 2017.

*Mikhail N. Kuznetsov,
Peoples' Friendship University of Russia
(RUDN University), Doctor of Law, Professor,
Professor of the Department of civil law and procedure
and international private law,
6 Miklukho-Maklaya st., 117198, Moscow, Russia*

THE SUBSTANTIATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW AS AN EXISTED LEGAL REALITY

Информация о финансировании. «Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-011-00450».

Exploring the phenomenon of private international law [hereinafter IPL], in the space of different legal systems, and in the world, it is useful to remember and preserve as a guide that penetrating assessment which at the beginning of the 20th century was given to it by the outstanding Russian scientist M.I. Brun: “With its content, this science represents several challenges for those who deals in it ..., but those who complain about it, proclaim their ardent love for it. In addition to that this science replete with perplexing questions; in addition to that, the process of searching for the truth is more valuable than the achieved stage of knowledge, which is always the only relative; but also because the ultimate goal of this science is the recognition and protection of subjective rights throughout the globe, regardless of the random local conditions of claims to them... the torch of this science is humanity, understanding above national divisions – for these reasons it attracts and binds itself to everyone who met it”.

In the foreign literature on the PIL that we studied, we did not find fragments devoted to the social and legal justification of private law. However, there are sections that substantiate the rationality, expediency and rationality of the conflict rules. About this, see bring tings of professor of Law at Leicester University, C.M.V. Clarkson and Professor of law at University, Bristol Jonathan Hill, they wrote.

According to sciences of the law and the state it is well known that the connection and relations arising every day [real life relations] are normalized by the relevant civil legal order, each of which has its own territory. Most often it is the territory of the relevant state, but sometimes it is also of a subject, state, canton or region within a given state.

However, not all real life relationships can be mediated [normalized] exclusively by the law of a particular country nor by the subject entering into it.

The community of nations, which represents an international civil society, is much wider than separate legally organized nations, and this phenomenon has an objective basis for the emergence, existence and further development of the PIL – its social and legal justification. For a long time, but especially in the modern era, in this supranational society is noticeable a constant and increasing exchange of material benefits, property objects and cultural and spiritual values. This exchange and its corresponding relations arise from the social life and inner need of people, which is not considered and often does not recognize any territorial partitions.

It is sufficient to remember about the emigration waves that bring in foreign countries hundreds, thousands, and sometimes millions of new settlers, about the mass of foreigners who live temporarily or permanently in each country, about the seasonal workers, about the relations, which foreigners tie up with local citizens and among themselves, about the legal transactions that are daily concluded thousands by people and companies, and sometimes by the states themselves, in the framework of world trade, investment processes, scientific, cultural and sports events. It is quite natural that along with the legal relations that are closed and gravitate to the territory of one state, there are many such that are in their separate elements in contact with the rule of law established within other states : the subjects of the legal relationship can be foreigners in relation to each other, the object of law, about which the relationship arose, may be located abroad, i.e. within the limits of another legal system, a subjective right could arise in one territory, but its implementation may be required another, etc. In the Anglo-American legal literature this is associated with the presence of a “foreign element”. “The foreign element in the case,” notes Professor S.M.V. Clarkson [University of Leicester] and Jo. Hill [University of Bristol] – may be an event that took place in a foreign country or countries, or it may represent a foreign residence, location or the place in which countries engage in business activities”. For example, a case may be related to a contract that was concluded by correspondence between a person residing in England and a French company that must be executed partly in England and partly in France or a third country. Or, on the contrary, a civil tort case is being heard in

an English court [tort case] [tort] in which the behavior of the defendant, in New York, caused damage to a Mexican there.

Another example is the case in which an English court must decide on the validity of a marriage between an Englishwoman and an Egyptian in France. "In short," summarizing the mentioned authors, "then any case in which a foreign element is present can lead to a conflict of laws".

The legal regulation of such situations suggests the need for a preliminary choice between the civil legal orders of all those states with which the legal relationship in question is connected with one or another of its elements. And this objective phenomenon also contains the rationale of the existence of private international law. Outstanding Russian scientist Brun M.I. directly indicates in this regard, that "the court will not take simply the rule in the territorial legislation, but it will certainly make a preliminary choice between different legal orders".

Most often, such a choice has to be made by the court or arbitration, when the resulting relationship has been challenged by one of the parties. However, not only the court is involved in this conflict case. This may be some kind of official, justice authority, notary, private or state bank, trading or construction company, employer and foreign worker, finally, people involved in family relations with a foreign element.

Since the choice of law should be made by the above-mentioned persons and bodies in the way, that the court would have done, if the participants in the conflict situation failed or did not want to figure it out themselves, it would be expedient to talk only about the court in our further reasoning.

Let us ask ourselves, why the court is forced to make a choice between different civil legal order? After all, this choice is connected with the need to overcome a whole series of procedural and material and legal difficulties and the search for arguments. Isn't it easier to give up the choice at all, like something that degrades national dignity and does not have the corresponding duty of a judge to obey strictly his own legislative power.

However, it is not difficult to notice that this kind of temptation can influence the direction in which the choice is made: in one's own or in another's direction, but they do not exempt from the objective necessity to make this choice itself. Let us imagine that a dispute arising from a transaction between firms from different countries is considered in the court of a state of one of the participants, for instance, in state "A".

The judicial authority applies its law to the disputed transaction, because it is more convenient for it, although the other party believes that it is necessary to apply its law to the transaction, – state law “B”. In all subsequent cases, the court of state “A” will invariably apply its own law and will ignore the law of state “B”.

The question arises: “How long will apply the law of only one party to the relations of the two parties? The answer is clear. When the equality of the parties in a civil legal relationship with a foreign element is violated in one or several cases, this does not substantially affect the interests of the state. However, a systematic violation of the equality of the parties in the international civilian traffic, undoubtedly, will cause a reaction from the state of the disadvantaged side (in our case, the state “B”). It is obvious that, ultimately, neither one nor the other party is interested in such an outcome. Therefore, objectively, both parties and both states are interested in the fact that the law of one or the other is more or less equally applied to the set of their private legal relations, in whatever court the dispute is considered”.

Constantly ignoring the law of foreign countries would be tantamount to the fact that, at our whim, all states should redo their entire civil system in our own way.

However, such a claim is contrary to the modern sense of justice and common sense. It prompts not only the judge, but also to every participant in a disputed situation that the laws of others are in essence and law to exist and apply exactly the same as those that come from the power structures of our state”. Subjective right that has once arisen on the territory of one state, cannot be a priori recognized as non-existent on another.

This does not mean that the court hearing the case should, in all cases, apply a foreign rule. But this means that he must ask itself whether it should make a choice between its own and someone else’s rule of law, to which the controversial attitude is concerned.

How the court will be determined, and what its choice will be – depends on what the private international law tells it, but the court cannot completely deviate from the process of choice itself, and this impossibility also contains the legal and social justification and guarantee of the existence of private international law.

In some cases, the court is simply obliged to apply a foreign law. This is primarily due to the very appointment of a civil court: its main function consists of creating law, but to find out whether there are subjective rights, on which the disputing parties base their claims, and if “yes”, then help them in their implementation. Subjective law arises and

is influenced by the objective order in the given country. It is on his norms that the simple life relation becomes legal. And if the court ignores this circumstance and these norms and will resort to the norms of another state, including its own, the objective search for the place, time and circumstances of the emergence of subjective rights will be lost, and any subsequent court decision will be recognized as unfair.

Here another objective conclusion that is very important for private international law objectively arises: the court should not proceed from the fact that it usually applies its rules of law and rules of foreign origin as an exception.

Perhaps it applies its own norms more often, but foreign rules ones less often, but it applies those and others because in this particular case such is the prescription of international private law itself. For the application of a foreign law, the court has no less grounds and obligations than for the application of the law of its own country. These grounds and obligations are hidden in the prescriptions of international private law, in its conflict of laws rules and are an indispensable condition for the fair administration of justice. They are another social and legal justification for the existence of private international law.

In the literature on private international law is not the first century, there are disputes regarding its name and the meaning of each of the three words included in this name. Let us turn ourselves to their annalist.

* * *

It is known that the cooperation of States finds its expression in the multifarious relations among States and its expressed greater extent than the relationship between individuals and organizations (legal entities). The increase in the intensity of these relations clearly shows the patterns of economic, scientific and cultural rapprochement of countries and peoples, now called not by convergence and integration, and the total globalization of all social processes taking place in the world.

In this process huge and ever-increasing role played by law, which is intended to mediate the various phenomena and aspects of international life and international cooperation. But we should not think that this problem can be solved by some well-known branch of law, international, public, administrative, financial or national, civil. The diversity of social relations in the international arena is so great that to address them only in an integrated manner.

For example, the field of international economic cooperation. Treaties of international public law entered into by governments would

have been dead if for their realization tens and hundreds of specific foreign trade transactions of a different legal nature than intergovernmental agreements were not signed and implemented. Agreements on scientific-technical and cultural cooperation are aimed at the exchange of people and ideas, joint development of scientific and production problems by teams of scientists and specialists of different countries and the organization of meetings, exhibitions, concerts and tours of citizens of one country on the territory of another legal regulation with is completely different than an intergovernmental or interstate agreements.

A similar pattern is observed in the field of international tourism, and sports relations, education and in particular in the areas covered by the modern integration processes. We can say that national laws are not intended as public international law and not able to mediate, settle all these phenomena of the modern world it need to be aided by different set of rules, called international private law (PIL).

As you can see, private international law has its own specific scope, which differs from other integral sets of norms. In my opinion, the scope of the PIL is a life environment in which diverse relationships arise, which other sets of norms of a sectoral or even systemic nature cannot regulate. The scope of PIL may affect as internal aspects of life of the society, and external, which if necessary can be detailed.

In Russian literature on international private law, the issue of the scope of the PIL has not yet been given due scientific attention, its definition has not been given, and the wording of the concept of it is usually found only in certain sections of educational courses or monographic studies.

Foreign positive law and doctrine, especially Anglo-American, in this respect have the advantage. English jurists George Cheshire and P. North, in this regard, in the first Chapter of his training course "International private law" write: "private International law... sets its (substantive law – M. K.) the spatial parameters, i.e. its scope, for the sovereign power, if it so wishes, be free to provide that the spatial scope of the substantive law, whether domestic or foreign, wider than the territorial jurisdiction within which it arose".

It is important to emphasize that the lack of clarity in the understanding of the specific scope of private international law is the original cause of many misunderstandings and disputes among lawyers on fundamental issues of modern development of the law and evaluate it as objectively existent internally consistent integrity. That's why in most developed codifications of private international law, such as the Law on

international private law of Switzerland 1978, the scope of the PIL is determined at the very beginning of the legal act. The same law includes a special article defining the scope of a foreign arbitration (article 171).

Above I talked about the possibility of detailing the scope of private international law. I have found that in practice such a need arises, at least in two cases. First, for training purposes in order to delimit the notion of scope from the actual social relations which are the subject of international private law. Second, norm-setting activities in the development of specific Institute of private international law.

If the first is found not so often, the second is typical, which assures familiarity with the legislation on protection of results of creative activity of the world. For example, section 2 of the Japanese Law No. 48 copyright law of May 6, 1970 with amendments in 1985 and 1986, and later refinements devoted entirely to defining the scope of copyright, and contains the title "Scope of application", and Chapter 1 of the Act 1976 copyright law of the United States, in turn, named "Subject matter and scope of copyright" and is devoted to solving the same problems.

* * *

Due to the peculiarities of the living environment in which diverse international private-law relations arise, these relations themselves are in many ways unique, and before starting to study and use them, it is necessary to clearly define the purpose pursued by private international law and clearly formulate the tasks (functions) which must be resolved by using its norms. Both of them are practically absent today in educational and scientific literature, which leads to the amorphous and contradictory results of many studies. It is noteworthy, however, that some foreign codifications begin precisely with the definition of the purpose of the PIL, for example, the Hungarian law "On Private International Law" of 1979. At the same time, the very specific requirement of the theory of law in this regard cannot be ignored. "Only a clear and precise idea of what tasks can be accomplished and what goals can be achieved using the norms of a particular branch of law, gives grounds to decide on the most appropriate and effective use of the norms of a particular branch of law to regulate a certain type of social relationship".

Experience shows that the objectives of private international law can be summarised to the following functions:

- to promote sustainable international civil circulation, in which diverse relationships outside of its legal system act natural and legal

persons, and States and international organizations in their relations with individuals and legal entities;

- to reflect the objective reality the existence of different legal systems, based on different socio-economic types of States;
- to guarantee the protection and observance of civil, family, labor and civil procedural rights of foreign citizens and individuals without citizenship in any foreign country or any question about those rights;
- to achieve harmony judicial and arbitral decisions in cases aggravated by a foreign element, regardless of the venue contentious relationship.

Confirmation of the correctness of such an approach to defining the function of PIL can be found in the English legal literature, where a number of scientists argue that «one of the tasks of the modern and harmonized system of PIL is the need to study a lot of possible legal procedures, which is convenient Until a comfortable court is found in space, forum shopping is most likely to get a successful result that does not contribute to the confident introduction of international business

Modern Dutch academic O. Kan – Freund, thought about the tasks of the PIL, which so-called Garyonshaw court and arbitration decisions «the main task of PIL”

* * *

In the process fulfill the tasks of achieving the goal of private international law – mediation and registration of objectively occurring process of economic, scientific, cultural and humanitarian rapprochement of countries and peoples and its transformation into a real force of world development. This definition takes into account the requirement of legal theory, that the purpose of law is not only a reflection and consolidation of existing relations, but also a peculiar form of «future in the present».

It is not difficult to see that by mediating international communication at the level of citizens and legal entities, and in some cases at the level of states and international organizations in their relations, in particular, with individuals and legal entities, private international law can become a powerful tool for influencing all social and economic processes occurring in the modern world. It should also be borne in mind that this effect, as a rule, is more camouflaged, more flexible and less politicized in form than the direct legal intervention that was carried out in very recent times by former metropolises to dependent countries of Asia, Africa and Latin America.

*Елена Васильевна Кудрявцева,
доктор юридических наук, профессор,
профессор кафедры гражданского процесса
юридического факультета
МГУ имени М.В. Ломоносова;
e-mail: evkud@yandex.ru*

ЗАОЧНОЕ ПРОИЗВОДСТВО: ПРОШЛОЕ, НАСТОЯЩЕЕ, БУДУЩЕЕ

Статья посвящена заочному производству, т.к. профессор В.К. Пучинский причастен к разработке регламентации этого института в России. В статье рассматривается регулирование заочного производства. Предлагается краткое описание заочного производства в дореволюционный период, после 1917 г. и на современном этапе.

Ключевые слова: заочное производство, заочное решение, профессор Василий Клементьевич Пучинский.

Сфера интересов доктора юридических наук, профессора Василия Клементьевича Пучинского очень разнообразна, поэтому для участников конференции, носящей имя Профессора, организуемой кафедрой гражданского права и процесса и международного частного права, и ежегодно проводимой осенью в Российском университете дружбы народов, не составляет большого труда найти тему выступления, так или иначе, связанную с интересами и затрагиваемую в работах известного ученого. Вот и тема заочного производства рассматривалась Василием Клементьевичем, причем не только в российском процессе, но и в зарубежном. Это дает возможность в представленной статье осветить прошлое, настоящее и немного порассуждать о будущем российского заочного производства.

Прошлое

С древних времен в мировой практике существовало заочное производство. Вопрос о том, как поступить, если ответчик не является на судебный процесс, решался неодинаково в разные периоды истории отечественной судебной системы, и не всегда можно было говорить именно о заочном производстве в современном понимании этого производства, ведь часто речь шла о вынесении решения в отсутствие стороны.

Считается, что исторические корни появления заочного производства в российском гражданском процессе прослеживаются еще с XV века, когда в Псковской и Новгородской судных грамотах была предусмотрена возможность выдачи бессудных грамот в случае неявки ответчика в суд¹. Такие грамоты означали победу истца в деле на том основании, что ответчик не явился в суд по вызову суда. При этом если в заседание не являлся истец, то ему предоставлялась неделя для явки и в случае неявки в течение недели, истец лишался права на защиту по данному иску, а ответчик навсегда от него освобождался².

Возможность вынести решение в отсутствие ответчика предусматривалась и в Судебнике 1497 г.³, и в Судебнике 1550 г.⁴, и в Соборном Уложении 1649 г.⁵

Впервые в российском праве институт заочного производства в его более современном виде был введен в Уставе гражданского судопроизводства 1864 года и был закреплен в главе XII второго отделения Устава гражданского судопроизводства (*далее* – УГС) (Ст. 718–735). Так в Ст. 718 УГС (в ред. 1914 г.) предусмотрено, что «...если не явится ответчик, то истец может просить о допущении его к представлению словесных объяснений и о постановлении заочного решения, или же о новом вызове ответчика...»⁶. Для того чтобы суд мог вынести заочное решение, необходимы были три условия: 1) вызов ответчика, 2) неявка его на заседание для слушания дела и 3) просьба истца о постановлении заочного решения⁷.

¹ См.: Папулова З. А. Ускоренные формы рассмотрения дел в гражданском судопроизводстве: Монография. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 29.

² Там же.

³ Судебник 1497 г. [Электронный ресурс] // История России до 1917 года. URL: http://russiahistory.ru/download/library/istochniki/1073675_17929_sudebnik_1497_goda.pdf.

⁴ Судебник 1550 г. [Электронный ресурс] // История России до 1917 года. URL: http://russiahistory.ru/download/library/istochniki/1073676_96334_sudebnik_1550_goda.pdf.

⁵ Соборное Уложение 1649 г. [Электронный ресурс] // Исторический факультет Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова. URL: <http://www.hist.msu.ru/ER/Text/1649/10.htm>.

⁶ Устав гражданского судопроизводства, для местностей, в которых введен закон о преобразовании местного суда в неполном объеме / Составил К.П. Змиров. СПб. 1914..

⁷ См.: Нефедьев Е.А. Учебник русского гражданского судопроизводства. Краснодар, 2005. С. 331.

Е.В. Васьковский, рассматривая различные варианты последствий неявки сторон в заседание, писал, что «заочным решением в тесном смысле слова называется решение, постановляемое судом, по просьбе истца, без словесных объяснений ответчика, вызванного надлежащим порядком в заседание и не принимавшего никакого участия в производстве дела»⁸. Во всех известных учебниках дореволюционных ученых, посвященных гражданскому процессу, достаточно подробно анализируется этот институт⁹.

Ответчику направлялась выписка из заочного решения (Ст. 725 УГС), после получения которой ответчик мог подать апелляцию на общих основаниях (Ст. 734 УГС) либо отзыв (Ст. 728 УГС). Отзыв должен был содержать просьбу о признании решения недействительным и ответ по существу искового прошения, или указание на такой ответ, если он уже был подан (Ст. 729 ГС). Как видно в УГС прослеживается много общих черт с современным регулированием заочного производства.

Смена политического строя в 1917 году не могла не привести к изменению законодательства. Как отмечал В.К. Пучинский: «нельзя было механически заимствовать старые процессуальные формы...»¹⁰. Правда, В.К. Пучинский это мнение высказал по поводу кассации, но думается, что можно эту фразу применить и к характеристике всего возникшего после Великой Октябрьской социалистической революции законодательства. Заочное производство вообще на несколько десятилетий исчезает из процессуальных кодексов и появляется только в 1995 г., когда произошли масштабные изменения ГПК РСФСР 1964 г.

И здесь снова необходимо вспомнить о Василии Клементьевиче Пучинском, так как он был сопредседателем рабочей группы по разработке Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации. Работа над проектом этого кодекса началась еще в начале 90-х годов XX века, и именно глава из проекта вошла в ГПК РСФСР в 1995 г. Конечно, в связи с тем, что рабочая группа продолжала трудиться над созданием ГПК РФ вплоть до 2002 года, глава, посвященная заочному производству в проекте создаваемого кодекса, была под-

⁸ Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М., 2003. С. 302.

⁹ См., например, Нефедьев Е.А. Указ. соч. С. 331–337.

¹⁰ Пучинский В.К. Кассационное производство в советском гражданском процессе. М., 1973. С. 6.

вергнута дальнейшему совершенствованию. Это свидетельствует о том, что сейчас в ГПК РФ гл. 22 несколько отличается от гл. 16.1 ГПК РСФСР, но преемственность и основные правила остались прежними.

Настоящее

Сложившееся в настоящее время заочное производство кратко можно определить, как разбирательство и разрешение гражданского дела при согласии истца и в отсутствие ответчика, надлежащим образом извещенного о времени и месте судебного заседания, не сообщившего об уважительных причинах неявки и не просившего о рассмотрении дела в его отсутствие. Некоторые ученые пишут о заочном производстве как об ускоренном и упрощенном производстве. Представляется, что упрощенный вариант заочного производства сводится лишь к последствиям неявки в заседание ответчика и тем ограничениям, которые установлены для истца. Других изъятий из обычной схемы рассмотрения дела в ГПК РФ не предусмотрено¹¹.

Суд может вынести заочное решение, если соблюдены условия, предусмотренные в ст. 233 ГПК РФ. Речь идет о следующих условиях: 1) неявка ответчика; 2) надлежащее его извещение о времени и месте судебного заседания; 3) согласие истца на рассмотрение дела в порядке заочного производства; 4) отсутствие уважительных причин неявки; 5) отсутствие просьбы ответчика о рассмотрении дела в его отсутствие. Перечень условий, при наличии которых только в совокупности суд может принять решение о рассмотрении дела в порядке заочного производства, позволяет прийти к выводу, что у ответчика есть возможность избежать рассмотрения дела в порядке заочного производства. Данный подход законодателя представляется логичным и соответствует общим принципам гражданского судопроизводства.

Ученые, исследуя действия принципов гражданского процессуального права, пишут о том, что в заочном производстве действуют все принципы процесса, правда, некоторые принципы, например, диспозитивность и состязательность в усеченном виде¹². Безусловно, можно констатировать, что имеются некоторые ограничения прав истца, связанные с принципом диспозитивности. Истец, согласившийся

¹¹ См.: Гражданский процесс. Учебник / под ред. М.К. Треушникова. М., 2020. С. 504.

¹² См.: Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Особенная часть. М., 2007. С. 320.

на заочное рассмотрение дела, не может без уведомления ответчика изменить предмет или основание иска, увеличить размер исковых требований (ч. 4 ст. 233 ГПК РФ). Причины очевидны: подобного рода изменения создали бы угрозу интересам ответчика, который осведомлен только о первоначально сформулированных элементах требования и намерен именно по поводу этого требования не присутствовать на судебном заседании.

Запретительные предписания ч. 4 ст. 233 ГПК РФ следует толковать расширительно, а именно применять их также к случаям расширения элементов иска путем включения новых фактов и притязаний, что обычно изменениями в смысле ч. 1 ст. 39 ГПК РФ не считаются¹³. Но истец, согласившийся на вынесение заочного решения, не вообще лишен права изменить элементы иска, увеличить размер исковых требований, он может это сделать, но в такой ситуации обязательно суд отложит судебное заседание, начавшееся с соблюдением всех условий заочного производства. Однако следующее заседание по делу вновь может быть проведено в рамках заочного производства, конечно, при наличии для него необходимых условий.

В связи с принципом состязательности не стоит забывать, что у ответчика существовала возможность представить в суд до начала судебного заседания письменную позицию по доводам искового заявления и доказательства в подтверждение своей позиции. В таком случае суд при вынесении заочного решения будет руководствоваться доказательствами, представленными не только истцом, но и ответчиком. Единственное преимущество истца будет состоять в возможности в силу присутствия в судебном заседании также устно изложить свои доводы.

Предоставляя суду возможность вынесения заочного решения при наличии совокупности условий, законодатель абсолютно не лишает ответчика права на подачу заявления об отмене заочного решения (хотя и в достаточно короткий срок – 7 дней с момента получения копии заочного решения ответчиком) и права на обжалование решения в апелляционном порядке. Правом на апелляционное обжалование с 1 октября 2019 г. ответчик может воспользоваться только, если он реализовал право на отмену заочного решения, а суд отказал в удовлетворении заявления ответчика об отмене этого решения суда (Ст. 237 ГПК РФ).

¹³ См.: Гражданский процесс. Учебник / под ред. М.К. Треушникова. С. 508.

Будущее

У любого института есть три пути развития – упразднение, сохранение или модернизация. Упразднение – не думаю, вопрос этот обсуждался при разработке ГПК РФ уже после введения главы 16.1 в ГПК РСФСР. Но институт сохранился, немного модернизировался, правда, это никак не сказалось на количестве выносимых заочных решений.

Представляется, что речь может идти о сохранении этого института и дальнейшей его модернизации. В настоящее время можно отметить тенденцию на унификацию законодательства в области гражданского, арбитражного и административного судопроизводства. Но несмотря на это представляется, что в административном судопроизводстве не должно появиться заочное производство. Заочное производство возможно только в рамках классического искового производства и до 2015 г. в ГПК РФ это особо прослеживалось. Думается, что и в АПК РФ вряд ли появится заочное производство. Пока в арбитражном процессуальном законодательстве есть возможность вынести обычное состязательное решение (ч. 3 Ст. 156 АПК РФ) в отсутствие ответчика на заседании, вряд ли будет изменено законодательство в пользу заочного решения.

На сегодня единственный процессуальный кодекс, который предусматривает регламентацию заочного производства с возможностью вынесения заочного решения – это ГПК РФ. Можно лишь предположить, что пока в ГПК РФ будет сохраняться возможность вынесения обычного состязательного решения при отсутствии ответчика на заседании (ч. 4 Ст. 167 ГПК РФ), процент заочных решений не изменится. В литературе высказываются разные предложения по поводу усовершенствования заочного производства: это и необходимость усовершенствовать механизм извещения лиц, участвующих в деле, и исчисление срока на подачу заявления об отмене заочного решения, и критерии для перехода к заочному производству.

Причины, которые в свое время привели к появлению заочного производства остались. Все это свидетельствует, что нет основания отказываться вообще от регулирования заочного производства. Пусть ГПК РФ пока так и остается единственным процессуальным кодексом, в котором предусмотрена возможность провести заочное производство и вынести заочное решение.

*Ольга Михайловна Куницкая,
кандидат юридических наук, доцент, кафедра
финансового права и правового регулирования
хозяйственной деятельности, Белорусский
государственный университет, Республика Беларусь,
г. Минск; volhakun@mail.ru*

ПЕРВИЧНОЕ РАЗМЕЩЕНИЕ ТОКЕНОВ КАК САМОСТОЯТЕЛЬНЫЙ МЕХАНИЗМ ИНВЕСТИРОВАНИЯ

В статье освещены отдельные аспекты отнесения ICO (Initial Coin Offering) к способам осуществления инвестиций по законодательству Республики Беларусь.

Такой способ инвестирования может быть признан законодательными актами об инвестициях. Указанное предполагает распространение на инвесторов, осуществляющих инвестиции таким способом, действия норм законодательства о гарантиях прав инвесторов, а также их равной защиты.

Ключевые слова: токен, имущественное право, размещение токенов, ICO, инвестиции, гарантии прав инвестора.

Повышение качества правовой регламентации обращения цифрового имущества и связанных с ними отношений по осуществлению инвестиций становится одной из важнейших задач права. Следует указать, что в некоторых вопросах законодатель несколько опережает правовую доктрину, перед которой стоит, в том числе задача спрогнозировать, какие новые направления в развитии системы права будут появляться, какие отрасли и правовые институты способны к трансформации в складывающихся условиях, а какие требуют разработки.

Становится актуальной задача устранения правовых проблем при активизации привлечения инвестиций в цифровой экономике и обеспечении гарантий, прав и законных интересов инвесторов, а также их равной защиты.

Для уяснения юридической сущности такого действия как «размещение токенов», получившее обозначение ICO, представляется необходимым понимать значение понятия «цифровой знак (токен)» и его правовую природу.

Декрет Президента Республики Беларусь от 21.12.2017 № 8 «О цифровой экономике»¹ (далее – Декрет № 8) закрепляет ряд понятий. В Приложении № 1 к Декрету № 8 приводится следующее определение: «цифровой знак (токен) – запись в реестре блоков транзакций (блокчейне), иной распределенной информационной системе, которая удостоверяет наличие у владельца цифрового знака (токена) прав на объекты гражданских прав и (или) является криптовалютой». Сразу обращает на себя внимание многофункциональность токена, возможность использовать его как токены, обеспеченные обязательством, и как криптовалюту. Также согласно данному определению токен прямо не называется объектом гражданских прав, а как «запись в реестре блоков транзакций (блокчейне)» удостоверяет наличие у лица – владельца цифрового знака (токена) прав на объекты гражданских прав.

В научных работах белорусских авторов осуществляется попытка отнести токены к одному из видов объектов гражданских прав, и токены рассматриваются как вещь или иное имущество, деньги, ценная бумага, имущественное право, исключительное право на результаты интеллектуальной деятельности². Аналогичные проблемы как научную задачу ставят также российские исследователи³. В целом большинство авторов с определенными оговорками и долей условности признают токен в качестве объекта гражданских прав. Вместе с тем не исключается вероятность трансформации отдельных видов токенов.

В настоящем исследовании правовая сущность токенов анализируется в контексте их первичного размещения (ICO), соответ-

¹ Декрет Президента Республики Беларусь от 21.12.2017 № 8 «О цифровой экономике». URL: <http://pravo.by/document/?guid=12551&p0=Pd1700008&p1=1&p5=0> (дата обращения: 26.09.2020).

² Минько Н. Правовой статус цифровых знаков (токенов) // Юстиция Беларуси. 2018. № 2. С. 42–46; Витушко В.А. Понятие и особенности правового режима криптовалюты в гражданских правоотношениях Беларуси // Актуальные проблемы гражданского права. 2019. № 1–2. С. 7–27; Хиллута В.В. Криптовалюта и токен – новые объекты гражданских прав? // Пром.-торговое право. 2018. № 3. С. 21–23.

³ Василевская Л.Ю. Токен как новый объект гражданских прав: проблемы юридической квалификации цифрового права // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 5 (102). С. 111–119; Конобеевская И.М. Цифровые права как новый объект гражданских прав // Изв. Саратов. ун-та. Нов. сер. Сер. Экономика. Управление. Право. 2019. Т. 19, Вып. 3. С. 330–334; Овчинников А.И., Фахти В.И. Цифровые права как объекты гражданских прав // Философия права. 2019. № 3 (90). С. 104–112.

ственно определяется возможность отнесения их к инвестициям и осуществления инвестирования.

П.п. 2.1 п. 2 Декрета № 8 разрешает размещение токенов (ICO), означающее совершение гражданско-правовых сделок либо иных юридически значимых действий, направленных на передачу цифровых знаков (токенов) их первым владельцам на условиях, определенных лицом, создавшим через резидента ПВТ такие цифровые знаки (токены), в том числе в целях привлечения от первых владельцев белорусских рублей, иностранной валюты, электронных денег, цифровых знаков (токенов) другого вида (Приложение 1 к Декрету № 8). Как видим, передача токенов их первым владельцам на условиях, определенных создателем токенов, может преследовать цель привлечения инвестиций в виде фиатных денег, электронных денег или токенов иного вида (сбор токенов, уже имеющих какую-то ценность, в обмен на новые токены).

Цифровой знак (токен) как «иное имущество, в т.ч. имущественное право» получает место в системе объектов гражданских прав, закрепленных в ст. 128 Гражданского кодекса Республики Беларусь⁴.

Примечательно, что в Российской Федерации Федеральный закон от 18.03.2019 № 34-ФЗ «О внесении изменений в отдельные статьи Гражданского кодекса Российской Федерации» добавил в главу 6 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации статью 141¹ «Цифровые права», которая признает цифровыми правами «названные в таком качестве в законе обязательственные и иные права, содержание и условия осуществления которых определяются в соответствии с правилами информационной системы, отвечающей установленным законом признакам. Осуществление, распоряжение, в том числе передача, залог, обременение цифрового права другими способами или ограничение распоряжения цифровым правом возможны только в информационной системе без обращения к третьему лицу»⁵. Таким образом, цифровые права признаны имущественными правами наряду с безналичными денежными средствами и бездокументарными ценными бумагами.

⁴ Гражданский кодекс Республики Беларусь от 07.12.1998 № 218-З // URL: <http://pravo.by/document/?guid=3871&p0=hk9800218> (дата обращения: 26.09.2020).

⁵ Федеральный закон от 18.03.2019 № 34-ФЗ «О внесении изменений в отдельные статьи Гражданского кодекса Российской Федерации» // URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 26.09.2020).

В Российской Федерации отношения, возникающие в связи с привлечением инвестиций с использованием инвестиционных платформ, регулирует Федеральный закон от 02.08.2019 № 259-ФЗ. В соответствии со ст. 8 данного Закона в инвестиционной платформе, могут приобретаться, отчуждаться и осуществляться следующие цифровые права (утилитарные цифровые права): 1) право требовать передачи вещи (вещей); 2) право требовать передачи исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и (или) прав использования результатов интеллектуальной деятельности; 3) право требовать выполнения работ и (или) оказания услуг.

После издания Указа Президента Республики Беларусь от 18.07.2018 № 239 «О мерах по реализации Декрета Президента Республики Беларусь»⁷ в рамках реализации Декрета № 8 Наблюдательный совет ПВТ своим решением от 23.10.2018 (протокол № 08/НС-5пр) в локальных нормативных правовых актах урегулировал осуществление видов деятельности, заявляемых резидентами ПВТ, в том числе оказание услуг, связанных с созданием и размещением токенов с использованием Интернета (деятельность организатора ICO); а также деятельность оператора криптоплатформы; деятельность оператора обмена криптовалютой; иную деятельность с использованием токенов⁸.

Пункты 1 и 2 Правил оказания услуг, связанных с созданием и размещением цифровых знаков (токенов), и осуществления операций по созданию и размещению собственных цифровых знаков (токенов) (далее – Правила) несколько уточняют п.п. 2.1 п. 2 Декрета № 8, определяя, что: 1) резидент ПВТ может осуществлять операции по созданию и размещению собственных токенов (далее – резидент ПВТ, создающий и размещающий собственные токены); 2) резидент ПВТ может оказывать услуги, связанные с созданием и размещением токенов (далее – организатор ICO). Один и тот же

⁶ Федеральный закон от 02.08.2019 № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 26.09.2020).

⁷ Указ Президента Республики Беларусь от 18.07.2018 № 239 «О мерах по реализации Декрета Президента Республики Беларусь» // URL: <http://pravo.by/document/?guid=3961&p0=P31800239> (дата обращения: 26.09.2020).

⁸ Регламенты в отношении деятельности с цифровыми знаками (токенами) // URL: <http://park.by/post-2225/> (дата обращения: 26.09.2020).

резидент ПБТ может создавать и размещать собственные токены, а также организовывать ICO.

В соответствии с п. 3 Правил организатор ICO оказывает услуги, связанные с созданием и размещением токенов с использованием сети Интернет, только юридическим лицам (как резидентам Республики Беларусь, в том числе резидентам ПБТ, так и нерезидентам Республики Беларусь) и индивидуальным предпринимателям – резидентам ПБТ (далее – заказчики), соответствующим определенным требованиям (перечислены в п. 4 Правил).

Полный перечень услуг, которые может оказывать организатор ICO, указаны в Правилах (п. 6 Правил).

Анализ показал, что в локальных нормативных правовых актах Наблюдательного совета ПБТ достаточно детально определен порядок оказания услуг, связанных с созданием и размещением токенов, и осуществления операций по созданию и размещению собственных токенов. Основу гарантий прав инвесторов содержат требования о White paper.

В целом Правила, подробно описывая процедуру проведения ICO, ориентированы на меры, принятые в мировой практике для защиты рынков и граждан от мошенничества, легализации преступных доходов и рисков, сопутствующих инвестициям в цифровые активы. В правовое поле Республики Беларусь включены положения по предотвращению финансовых преступлений в криптосфере, а именно международные стандарты по борьбе с отмыванием денег AML (Anti-Money-Laundering); KYC (Know Your Customer); CFT (борьба с финансированием терроризма); рекомендации FATF «О риск-ориентированном подходе при использовании виртуальных валют».

Можно утверждать, что в Республике Беларусь защита интересов инвесторов в ходе ICO обеспечивается за счет разрешительного порядка его осуществления. Многочисленные требования и законодательные ограничения служат своего рода гарантией реализации имущественных прав инвестора.

Свою деятельность, связанную с проведением ICO, организаторы ICO регламентируют в своих локальных нормативных правовых актах. К мерам защиты прав инвесторов можно отнести нормы внутренних правил, касающиеся описания порядка реализации stable coins; принадлежность организатору ICO информационной системы (онлайн-площадки); условие об обеспеченности объема денежных средств, соответствующих номинальной стоимости всех stable coins, которые на-

ходятся в виртуальных кошельках клиентов, на своих текущих (расчетных) счетах в соответствующей валюте; и наконец, принятие мер для недопущения нарушения прав и законных интересов своих клиентов (ежедневный мониторинг соответствия денежных средств на своих текущих (расчетных) счетах, полученных от клиентов в оплату stable coins, и номинальной стоимости stable coins в виртуальных кошельках клиентов; совершенных клиентами сделок (операций) с токенами и подготовка соответствующей отчетности; поступивших, исполненных и отклоненных заявок клиентов на приобретение токенов; поступивших от клиентов через личный кабинет клиента и на бумажном носителе сообщений, претензий, жалоб, предложений и их исполнение.

Например, согласно выпущенной ОАО «МАЗ» в 2019 году Декларации «White paper» о создании и размещении цифровых знаков (токенов) MAZ (USD_6) (выпуск ICO № 6 в долларах США) (размещена на www.finstore.by) основной целью привлечения ресурсов в рамках ICO является частичное финансирование модернизации инструментально-штампового завода ОАО «МАЗ» на имеющихся производственных площадях в территориальных границах основной производственной площадки ОАО «МАЗ».

Способом размещения токенов является размещение токенов Организатором ICO (ООО «ДФС») через www.finstore.by путем открытой продажи от имени и по поручению заказчика ОАО «МАЗ» инвесторам, зарегистрированным в установленном порядке на www.finstore.by.

ICO поможет ОАО «МАЗ» профинансировать существующие производственные мощности, а также заниматься инновационными проектами. ОАО «МАЗ», разместивший токены, отвечает по своим обязательствам перед владельцами токенов – инвесторами. Надо полагать токен должен предоставлять инвестору права или преимущества в использовании продукта, который будет разработан с использованием привлеченных в процессе ICO средств, либо возможность участвовать в деятельности и развитии проекта. В случае с ОАО «МАЗ» инвестор будет иметь доход в размере 5,5% годовых от вложенных средств в течение периода с 30.11.2020 – 30.11.2022. Исходя из данных условий перед нами некий новый вид долгового обязательства, очень схожий с облигациями, являющимися ценной бумагой. Но в силу прямого запрета применять законодательство о ценных бумагах не совсем ясным становится механизм обеспечения исполнения обязательств. В новом законодательстве

о цифровой экономике он не определен. Закрепленные в ГК способы обеспечения исполнения обязательств не в полной мере учитывают особенности отношений ИСО. Прямое указание на неприменимость законодательства по ценным бумагам к токенам может приводить к достаточно слабой защите прав инвесторов государством.

Поскольку в ст. 4 Закона Республики Беларусь от 12 июля 2013 г. № 53-З «Об инвестициях»⁹ (далее – Закон об инвестициях) такой способ как приобретение токенов, выпущенных посредством ИСО, прямо не предусмотрен, полагаем, что за счет их открытого перечня данный способ может быть «иным способом, кроме запрещенных законодательными актами Республики Беларусь» (ст. 4 Закона об инвестициях).

Так возникают основания для признания токенов инвестициями поскольку они: 1) принадлежали инвестору на законном основании; 2) вкладываются им на территории Республики Беларусь; 3) вкладываются способами, предусмотренными Законом об инвестициях; 4) вкладывались в целях получения прибыли (доходов) и (или) достижения иного значимого результата либо в иных целях, не связанных с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием.

Определяя токены в качестве инвестиций, а их размещение посредством ИСО – в качестве способа осуществления инвестиций, можно говорить о распространении на инвесторов, осуществляющих инвестиции таким способом, действия инвестиционного законодательства, в т.ч. в вопросе обеспечения гарантий, прав и законных интересов инвесторов, а также их равной защиты. Различного рода гарантии занимают важное место, ставя задачу обеспечить стабильность инвестиций, их неприкосновенность, свободное распоряжение капиталом, а также эффективную защиту прав инвесторов.

Представляется, что применительно к инвестициям, осуществляемым посредством ИСО на инвестиционных интернет-площадках, также следует четко в Декрете № 8, а впоследствии – Законе об инвестициях, определить особый состав гарантий прав инвестора со стороны государства и дополнительные меры обеспечения прав инвесторов, включающие установление обязанностей по выполнению определенных требований заказчиком ИСО и участниками торгов токенами, а также мер ответственности за нарушение отдельных предписаний.

⁹ Закон Республики Беларусь от 12 июля 2013 г. № 53-З «Об инвестициях» // URL: <http://pravo.by/document/?guid=3871&p0=H11300053> (дата обращения: 26.09.2020).

Е.В. Купчина,
*старший преподаватель кафедры гражданского права
и процесса и международного частного права
Российского университета дружбы народов, улица
Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198*

ОБЗОР ПРОВЕДЕНИЯ РЕФОРМЫ ПО ВНЕДРЕНИЮ ИНФОРМАЦИОННЫХ ТЕХНОЛОГИЙ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ ЯПОНИИ

Информация о финансировании. Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-011-00276

Сфера гражданского правосудия традиционно рассматривается как «только частные споры» или «споры о частных интересах». Зачастую судебные процессы существенно затягиваются, что неминуемо влечет за собой высокие судебные издержки. Однако право на суд является одним из основных прав человека, гарантируемых статьей 32 Конституции Японии¹. В этой связи государство должно незамедлительно реагировать на современные тенденции и мировую практику в отправлении гражданского правосудия.

Информационные технологии охватывают все больше и больше сфер человеческой жизнедеятельности. Современные технические достижения направлены на повышение качества и удобства жизни людей. Потребность в применении цифровых технологий в гражданском процессе прежде всего обуславливается ускоряющимися темпами цифровизации современного общества². Использование информационных технологий в судебных процедурах имеет важное значение для проведения надлежащих и быстрых судебных процессов, которые, в свою очередь, обеспечивают широкий доступ общественности к судебной защите. Следовательно, внедрение информационных технологий в судебных процедурах должно поощряться с точки зрения комплексной перспективы повышения международ-

¹ См. The Constitution of Japan. Электронный ресурс / http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_annai.nsf/html/statics/shiryo/dl-constitution.htm Дата обращения 18.07.2020.

² Русакова Е. П. Интегрирование современных цифровых технологий в судопроизводство Китайской Народной Республики и Сингапура // Государство и право. 2020. Номер 9. С. 102–109.

ной конкурентоспособности инфраструктуры разрешения споров, оптимизации административного бремени, связанного с судебными процессами, и экономической эффективности³.

Преобразование текущих процедур гражданского судопроизводства в цифровой формат, который в настоящее время осуществляется в Японии, означает замену некоторых процессов гражданского судопроизводства на информационные технологии. Однако для полноценной реализации поставленной задачи по цифровизации судебных процессов недостаточно простого перехода к обмену информацией с использованием электронной почты.

Переход к использованию цифровых технологий в гражданском судопроизводстве в мировой практике начался уже давно и многие страны уже успешно внедрились в свои судебные процессы. Например, в Соединенных Штатах Америки процесс перехода от применения бумажных документов на цифровые начался еще с 1990-х годов. В Азии, с 1998 года лидирующие позиции по переходу на информационные технологии в гражданском процессе занимает Сингапур. Уже с 2013 года помимо подачи заявлений в суд в электронном формате, в гражданском судопроизводстве Сингапура осуществляется обмен электронными сообщениями между судами и адвокатами, проводятся видеоконференции. В Корее электронная подача заявок по гражданским делам производится с 2011 года⁴.

По сравнению с этими зарубежными странами использование информационных технологий в судебных процедурах в Японии практически не развивалось, за исключением системы онлайн-процедур уведомления сторон, которая была введена в 2006 году и применяется в более 90 000 случаев в год.

В настоящее время Японию трудно назвать прогрессивной страной в отношении применения информационных технологий в гражданском судопроизводстве. Полномасштабный процесс перехода от традиционных судебных процедур к цифровым был начат только в 2017 году с опубликования 9 июня Правительством Японии

³ См. Rusakova E.P., Frolova E.E., Gorbacheva A.I. Digital rights as a new object of civil rights: Issues of substantive and procedural law. *Advances in Intelligent Systems and Computing*. 2020. Т. 1100. С. 665–673.

⁴ См. Shigeru Takanashi, Deputy Secretary General, Civil Justice Reform Realization Headquarters, Report of mock trial by East Tokyo on district Hight court in place and East Tokyo of Sanben bar association, *LIBRA* Vol. 19 No. 4 2019/4.

Постановления Кабинета министров под названием: «Будущая инвестиционная стратегия»⁵. В целом, данный документ представляет собой план развития страны в рамках реализации проекта по переходу «от промышленности 4.0 к обществу 5.0»⁶. В отношении применения информационных технологий в гражданском процессе Японии в данном документе содержатся следующие положения: «Для того, чтобы провести быстрое и эффективное судебное разбирательство, учитывая ситуацию в разных странах, с комплексной точки зрения, включая безопасность процедуры в судебном процессе и информационную безопасность, предлагается незамедлительно рассмотреть меры по содействию внедрения информационных технологий, в том числе, процедуры судебного разбирательства, в сотрудничестве с пользователями и с точки зрения пользователя»⁷. В соответствии с этим было предложено разделить внедрение информационных технологий в гражданское судопроизводство Японии на три этапа.

На первом этапе предполагается реализовать такие процедуры, которые не требуют пересмотра действующего законодательства, путем обеспечения судов специальным оборудованием, а также создания соответствующей среды для эффективного его использования.

На втором этапе планируется пересмотр соответствующих законов и нормативных актов, который позволит ускорить темпы цифровизации гражданского судопроизводства, а также повысить безопасность применения информационных технологий.

В рамках третьего, заключительного этапа, будут пересмотрены законы и нормативные акты, призванные улучшить непосредственно саму среду для системы в целом и поддержки информационных технологий.

Исходя из опыта по цифровизации гражданского судопроизводства в большинстве стран представляется возможным выделить несколько наиболее распространенных судебных процедур, которые уже были успешно переведены в цифровой формат:

- создание электронного документооборота, под которым понимается само предъявление иска в электронном виде, докумен-

⁵ См. Там же

⁶ См. Inshakova Agnessa O., Frolova Evgenia E., Rusakova Ekaterina P., Kovalev Sergey I. The model of distribution of human and machine labor at intellectual production in industry 4.0 // Journal of Intellectual Capital. 2020. Vol. 21. № 4. p. 601–622.

⁷ См. Доклад Комитета по изучению информационных технологий для судебных разбирательств. «На пути к реализации «3-е». Электронный ресурс / <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/saiban/pdf/report.pdf> Дата обращения 15.07.2020.

тов по подготовке к судебному разбирательству, заявления защиты, предоставление доказательств;

- проведение судебного заседания посредством видеоконференции или веб-конференции;
- предоставление оперативного доступа участникам спора к электронной информации, такой как исковое заявление, встречное исковое заявление, отзыв, а также иным документам и доказательствам, имеющим непосредственное отношение к существу спора в режиме онлайн.

Исходя из всего вышесказанного, а также изучив текущие изменения действующего процессуального законодательства Японии и успешного применения отдельных процессов в гражданском судопроизводстве, автору настоящей статьи представляется возможным более подробно рассмотреть каждую группу.

Безусловно, включение цифровых технологий в судебный процесс является требованием времени. В большинстве случаев срок рассмотрения спора в гражданских судах Японии составляет от 9 месяцев до 2 лет. Требуется большое количество времени на подготовку всех документов, а также, в случае необходимости, организация явки свидетелей в суд⁸.

С целью сокращения сроков рассмотрения споров, на первом этапе по внедрению информационных технологий в гражданское судопроизводство была протестирована и успешно используется система веб-конференций. Первые заседания с использованием данной технологии были проведены в феврале 2020 года. Эффективная работа веб-конференции обеспечивается благодаря компании Microsoft Japan Inc., которая специально разработала инструмент для совместной работы под названием «Microsoft Teams». Благодаря использованию данной службы, лица, участвующие в судебном процессе, теперь могут загружать документы и просматривать материалы одновременно, независимо от местоположения и, что немало важно, без привязки к конкретному суду. Однако количество судов, использующих веб-конференции пока ограничено. В частности, только восемь районных судов, включая районный суд Токио,

⁸ См. Takehiko Kasahara «Introduction of ICT in Europe» / Электронный ресурс <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/saiban/dai2/siryou6.pdf/> Дата обращения 12.07.2020

Осаки, Иокोगамы, Сайтамы, Чиба и Высокий суд по интеллектуальной собственности (Токио) начали ее использование⁹.

Внедрению процедуры веб-конференции в гражданский процесс Японии предшествовало применение телефонных конференций и видеоконференций. Однако они были менее удобны, так как все равно требовали от участников судебного разбирательства обязательной явки в суд, расположенный в непосредственной близости от их местонахождения и имеющий специальное оборудование. Такая необходимость была обусловлена тем, что суд, организующий видеоконференцию, должен был подтвердить личность участника.

В соответствии с пунктом 3 статьи 170 Гражданского процессуального кодекса Японии¹⁰ для организации веб-конференции одна из сторон должна явиться в суд, непосредственно рассматривающий спор, а вторая сторона может подключиться к конференции практически из любого места, например из офиса адвоката. Обмен документами в данном случае осуществляется через облачные сервисы.

Также в рамках реализации первого этапа по внедрению цифровых технологий в гражданское судопроизводство Японии существует возможность предоставления доказательств в суд в электронном виде. Это предусмотрено действующим гражданским процессуальным кодексом. Статья 219 Гражданского процессуального кодекса Японии предусматривает возможность предоставления письменных, а также иных, приравненных к ним доказательств в рамках рассмотрения спора. Статья 231 Кодекса¹¹ уточняет и расширяет этот перечень в отношении цифровых доказательств.

Под электронными доказательствами в японском законодательстве понимается любое доказательство, полученное из данных, которые содержатся или были произведены любым устройством, функционирование которого зависит от программного обеспечения, а также программы или данные, хранящиеся или передаваемые через компьютерную систему или сеть. В соответствии с Гражданским процессуальным кодексом Японии цифровые доказательства

⁹ См. Официальный сайт Microsoft. Режим доступа: <https://news.microsoft.com/ja-jp/2020/01/09/200109-microsoft-teams-adopts-it-for-court-civil-procedure/> Дата обращения 17.07.2020.

¹⁰ См. Гражданско-процессуальный кодекс Японии (Редакция 2018 г.) Электронный ресурс / <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/?re=02> The Law Library. Code of Civil Procedure (Japan) (2018 Edition) Дата обращения 15.07.2020.

¹¹ См. Там же.

рассматриваются как «квазидокумент». Они могут принимать форму текста, видео или аудио записи, фотографий. Источниками данных могут быть совершенно разные носители информации, такие как мобильные телефоны и персональные компьютеры, а также интернет-ресурсы, например, веб-страницы или электронная почта. Электронная почта является типичным примером цифрового доказательства, так как источником электронных писем выступает электронное устройство (компьютер или компьютероподобное устройство), а также включает в себя соответствующие метаданные. В свою очередь, под понятием метаданные понимается «цифровой отпечаток» электронных доказательств. Данный «отпечаток» содержит в себе такие важные сведения как:

- дата и время создания или изменения файла или документа;
- сведения об авторе документа;
- дата и время отправки данных;

Активное внедрение информационных технологий с гражданское судопроизводство Японии означает также переход к системе электронного документооборота и подаче жалоб в электронном виде. Это предполагает доступ участников судебного процесса к сервисам суда 24 часа 365 дней в году. В соответствии со статьями 132-10 Гражданского процессуального кодекса Японии допускается отправка искового заявления, а также иных документов, связанных с судебным разбирательством, по электронным средствам связи. Однако в настоящее время данная процедура является несовершенной. Действующее законодательство все равно требует предоставления документов, которые ранее были направлены в суд в электронном виде, на бумажном носителе. Такое положение закона отнюдь не способствует сокращению сроков и финансовых затрат при рассмотрении споров.

Данное требование обусловлено несовершенством системы мер информационной безопасности в судах. В документах, отправляемых через электронные средства связи, содержится как личная, так и коммерческая информация. В случае кибератаки может произойти утечка информации, в результате которой могут пострадать не только участники процесса, но и подорвано доверие к судебной системе в целом¹².

¹² Rusakova E.P., Dudin M.N., Shakhov O.F., Shakhova M.S., Sizova Yu.S., Digital technologies as a driver of intellectual stratification of human resources: socio-economic inequality. International Journal of Recent Technology and Engineering. 2019. vol. 8. № 2. p. 4436–4440.

Все вышеназванные процедуры были реализованы в рамках первого этапа по внедрению информационных технологий в гражданский процесс Японии и разработаны с учетом действующего законодательства.

На переходе ко второй стадии внедрения информационных технологий в гражданский процесс Японии часть статей Гражданского процессуального кодекса уже претерпели существенные изменения. Пакет же основных поправок должен быть внесен в конце 2021– начале 2022 годов. Данные изменения должны сделать электронные судебные процессы более простыми и доступными для широкого круга населения¹³.

Кроме того, ожидается, что на этом этапе 3 в практику гражданского судопроизводства будут внесены серьезные изменения, такие как использование электронной информации в качестве судебного протокола и унифицированная подача заявок через Интернет. Следовательно, для достижения этой стадии требуется не только создание системы, но и достаточные меры поддержки, гласность и распространение судебных процессов.

С точки зрения участников судебных процессов, желательно, чтобы все три фазы были реализованы как можно скорее. С другой стороны, в дополнение к пересмотру законов и обеспечения судов необходимым оборудованием, необходимо подготовить различные условия, включая новые меры поддержки, поэтому в настоящее время быстро реализовать этот процесс весьма затруднительно.

Тем не менее, как было описано выше, первый этап цифровизации судебных процессов в Японии был весьма успешно реализован.

Основываясь на проведенном анализе реформы Гражданского судопроизводства и внедрения информационных технологий в судебные процессы можно сделать вывод, что при надлежащей поддержке государственных органов и постоянных усилий заинтересованных сторон полная цифровизация судебных процедур в Японии является лишь делом времени. Уже в недалеком будущем процедуры и практика гражданского судопроизводства станут по-настоящему доступными для общественности и будут продолжать развиваться.

¹³ См. Shinya Tago, Takuya Uenishi, Langry Guesdon. Litigation & Dispute Resolution 2019 | Japan. Электронный ресурс / <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/litigation-and-dispute-resolution-laws-and-regulations/japan> Дата обращения 18.07.2020.

*Дарья Дмитриевна Ландо,
кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры гражданского права
юридического факультета
Белорусского государственного университета;
lando@bsu.by*

ПРАВОВАЯ И ЦИФРОВАЯ ТРАНСФОРМАЦИИ В МЕДИЦИНЕ

В статье рассмотрены отдельные проявления правовой и цифровой трансформаций в медицине. Осуществлен анализ наиболее значимых с точки зрения автора изменений законодательства Республики Беларусь об обращении, особенностях патентования лекарственных средств и защите исключительных прав на изобретения, связанные с лекарственными средствами. Оценка значимости цифровой трансформации в медицине осуществлена на примере поступательного внедрения электронного здравоохранения и применения сквозных технологий цифровой экономики.

Ключевые слова: изобретение, исключительное право, лекарственные средства, лекарственные препараты, медицина, патентование, сквозные технологии, цифровая трансформация, цифровая экономика, эксклюзивность данных, электронный документ.

Информация о финансировании. Исследование выполнено при финансовой поддержке БРФФИ в рамках научного проекта № Г20Р-080.

На протяжении весьма продолжительного периода времени интересы разработчиков оригинальных лекарственных средств не были защищены должным образом в Республике Беларусь ввиду отсутствия норм об эксклюзивности данных¹. Ситуация изменилась в связи с изложением Закона Республики Беларусь «О лекарственных средствах» от 20 июля 2006 г. в новой редакции². В силу ч. 7 ст. 10 Закона Республики Беларусь «Об обращении лекарственных средств» не допускается использование в составе регистрационных досье воспроизведенных и биоаналогичных лекарственных препаратов данных о результатах доклинических (неклинических) исследо-

¹ Инновационные лекарственные средства и интеллектуальная собственность: вопросы охраны и защиты / Сост. А.Н. Сычев [и др.]. Минск: ДокторДизайн. 2011. С. 37–41.

² Закон Республики Беларусь от 13 мая 2020 г. № 13-З «Об изменении Закона Республики Беларусь «О лекарственных средствах» // ИПС «Эталон».

ваний и клинических исследований (испытаний) оригинальных лекарственных препаратов без письменного согласия владельцев таких данных в течение четырех лет с даты государственной регистрации в Республике Беларусь этих оригинальных лекарственных препаратов. В случае распространения (публикации) информации владельцем или от его имени иными лицами о результатах доклинических (неклинических) исследований и клинических исследований (испытаний) оригинальных лекарственных препаратов в общедоступных источниках информации до истечения указанного срока такое распространение (публикация) считается согласием владельца этой информации на ее раскрытие и коммерческое использование. 20 ноября 2020 г. указанная норма станет юридической гарантией прав разработчиков оригинальных лекарственных средств.

Ранее наиболее действенным инструментом защиты для указанной группы разработчиков признавалось патентование. Вместе с тем отсутствие норм об эксклюзивности данных блокировало возможность воспрепятствовать государственной регистрации генерических лекарственных средств, а сам факт такой государственной регистрации не признавался нарушением исключительного права на изобретение, поскольку не являлся использованием указанного объекта права промышленной собственности. Предлагаемые законодателем способы защиты исключительных прав на изобретения на стадии введения генерического лекарственного средства в гражданский оборот Республики Беларусь не позволяли оперативно влиять на ситуацию на рынке лекарственных средств.

Эксклюзивность данных может создать более благоприятный климат для патентования изобретений, относящихся к лекарственным средствам. В 2019 году в ГУ «Национальный центр интеллектуальной собственности» поступило 393 заявки на выдачу патентов Республики Беларусь на изобретения. Национальными заявителями подано 298 заявок. Количество заявок, поступивших от иностранных заявителей, составило 95. При этом, как и в предыдущие годы, заявители проявляли наибольшую активность в таких областях, как удовлетворение жизненных потребностей человека, химия, физика, различные технологические процессы, машиностроение³. Призна-

³ Годовой отчет Национального центра интеллектуальной собственности за 2019 год. URL: <https://www.ncip.by/upload/iblock/57b/57b335c9bb63b7d2db9f821628a49f5.pdf>.

вая существование проблемы «вечнозеленых патентов» фармацевтических компаний, считаем эксклюзивность данных о результатах доклинических (неклинических) исследований и клинических исследований (испытаний) оригинальных лекарственных препаратов необходимой дополнительной гарантией для потенциальных патентообладателей в свете намерения Республики Беларусь присоединиться к Всемирной торговой организации⁴.

Приобретение исключительного права на изобретение на территории Республики Беларусь возможно путем подачи национальной заявки, международной заявки (в соответствии с Договором Всемирной организации интеллектуальной собственности о патентной кооперации от 19 июня 1970 г.⁵) в ГУ «Национальный центр интеллектуальной собственности» либо евразийской заявки (в соответствии с Евразийской патентной конвенцией от 9 сентября 1994 г.⁶) в Евразийское патентное ведомство. К сожалению, 7 июля 2018 г. возник дисбаланс возможностей, предоставляемых в рамках национальной и евразийской патентных систем. В результате внесения изменений в ч. 2 п. 3 ст. 2 Закона Республики Беларусь «О патентах на изобретения, полезные модели, промышленные образцы» от 16 декабря 2002 г.⁷ не признаются патентоспособными методы оказания медицинской помощи (медицинской профилактики, диагностики, лечения, медицинской реабилитации и протезирования). При этом Патентная инструкция к Евразийской патентной конвенции⁸ не содержит таких ограничений. Согласно правилу 3 (4) Патентной ин-

⁴ О некоторых иных вопросах, возникающих в свете намерения Республики Беларусь присоединиться к ВТО, см. Ландо Д.Д. Обеспечение соблюдения прав на объекты интеллектуальной собственности в свете присоединения Республики Беларусь к Всемирной торговой организации // Республика Беларусь на пути в ВТО: экономико-правовые аспекты присоединения / Совместный проект Программы развития ООН в Республике Беларусь и Министерства иностранных дел Республики Беларусь «Содействие Правительству Республики Беларусь при вступлении в ВТО через усиление экспертного и институционального потенциала». Минск: Белсэнс. 2012. С. 35–42.

⁵ Договор Всемирной организации интеллектуальной собственности о патентной кооперации (Вашингтон, 19 июня 1970 г.) // ИПС «Эталон».

⁶ Евразийская патентная конвенция (Москва, 9 сентября 1994 г.) // ИПС «Эталон».

⁷ Закон Республики Беларусь от 18 декабря 2017 г. № 88-З «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Беларусь «О патентах на изобретения, полезные модели, промышленные образцы» // ИПС «Эталон».

⁸ Патентная инструкция к Евразийской патентной конвенции. URL: <https://www.eapo.org/ru/documents/norm/instr2019.html>.

струкции евразийские патенты не выдаются на изобретения, коммерческое использование которых необходимо предотвратить в целях охраны общественного порядка или морали, включая охрану жизни и здоровья людей. При этом такое использование не может рассматриваться как таковое в силу только того, что оно запрещено законодательством одного или нескольких Договаривающихся государств. При характеристике евразийской патентной системы на сайте Евразийской патентной организации подчеркивается, что «условия патентоспособности изобретения по евразийскому законодательству соответствуют положениям РСТ, Европейской патентной конвенции (ЕПК) и законодательств развитых стран мира»⁹. Сложившаяся ситуация является ярким примером, когда, присоединяясь к тому или иному международному договору, Республике Беларусь следует заранее оценивать риски изменения подходов национального законодателя к решению того или иного вопроса. В описанной выше ситуации сегодня национальная система патентования является неконкурентоспособной по сравнению с евразийской патентной системой для заявителей, ставящих цель получить патент на способы медицинской профилактики, диагностики, лечения, медицинской реабилитации и протезирования.

На современном этапе развития существуют предпосылки для повышения уровня проведения экспертизы изобретений благодаря все более активному внедрению сквозных технологий цифровой экономики. В частности, Всемирная организация интеллектуальной собственности использовала технологию нейронных сетей при создании IPCCAT-neural (инструмента распределения по категориям в системе Международной патентной классификации, предназначенного главным образом для оказания помощи в классификации патентов по классам, подклассам, основным группам и подгруппам)¹⁰.

Одной из задач формирования в Республике Беларусь цифровой экономики признано развитие электронного здравоохранения (глава 9 постановления Совета Министров Республики Беларусь от

⁹ Особенности Евразийской патентной процедуры. URL: <https://www.eapo.org/ru/feature.html>.

¹⁰ IPC Automatic Text Categorization Now available for Subgroups. URL: https://www.wipo.int/classifications/en/news/ipc/2018/news_0004.html; IPCCAT-neural at IPC subgroup level is now cross lingual in 10 languages. URL: https://www.wipo.int/classifications/en/news/ipc/2019/news_0006.html.

23 марта 2016 г. № 235 «Об утверждении государственной программы развития цифровой экономики и информационного общества на 2016 – 2020 годы»¹¹). Приказом Министерства здравоохранения Республики Беларусь от 20 марта 2018 г. № 244 утверждена концепции развития электронного здравоохранения Республики Беларусь¹² Закон Республики Беларусь «Об обращении лекарственных средств» (ч. 7 ст. 25) способствует такому развитию, поскольку предусматривает возможность врача выписывать рецепт на лекарственные препараты в форме электронного документа.

Разработка лекарственных средств, в частности, доклинические (неклинические) исследования лекарственных средств и клинические исследования (испытания) лекарственных препаратов требует значительных временных и финансовых затрат. Повышению эффективности такой разработки могут способствовать сквозные технологии цифровой экономики (например, большие данные, нейротехнологии, искусственный интеллект).

Использование сквозных технологий может изменить процесс создания лекарственного средства, оценку новых методов лечения и саму систему медицинских инноваций. По прогнозам треть всех инвестиций в искусственный интеллект в здравоохранении будет направлена на создание лекарственных средств, в частности, на использование компьютерного моделирования для более быстрого поиска лучших молекул. Искусственный интеллект и большие данные смогут дополнить арсенал врача и обеспечат расширенный доступ к высококачественным медицинским услугам¹³.

За технологиями машинного обучения признается огромный потенциал во всей системе здравоохранения, в том числе при прогнозировании, диагностике, анализе изображений, распределении ресурсов и выработке рекомендаций по лечению. Вместе с тем следует

¹¹ Постановление Совета Министров Республики Беларусь от 23 марта 2016 г. № 235 «Об утверждении государственной программы развития цифровой экономики и информационного общества на 2016 – 2020 годы» // ИПС «Эталон».

¹² Приказ Министерства здравоохранения Республики Беларусь от 20 марта 2018 г. № 244 «Об утверждении концепции развития электронного здравоохранения Республики Беларусь» // ИПС «Эталон».

¹³ Cornell University, INSEAD, and WIPO (2019); The Global Innovation Index 2019: Creating Healthy Lives—The Future of Medical Innovation, Ithaca, Fontainebleau, and Geneva. P. 83, 89, 103.

согласиться с выводом о необходимости правовой оценки рисков, связанных с применением сквозных технологий в здравоохранении¹⁴.

Ответ на вопрос о целесообразности правовой охраны результатов, получаемых с использованием технологии искусственного интеллекта, и оптимальной форме такой охраны не является очевидным для специалистов в области интеллектуальной собственности¹⁵. В главе 3 проекта Стратегии Республики Беларусь в сфере интеллектуальной собственности на 2021–2030 годы, посвященной совершенствованию законодательства, фактически признается охраноспособность таких результатов в качестве объектов интеллектуальной собственности и ставится задача определить их правовую природу. По мнению разработчиков дополнительно возникнет необходимость пересмотра законодательно закрепленных понятий, таких как «автор», «композитор», «изобретатель», «права на объекты интеллектуальной собственности». На наш взгляд, проблема определения природы потенциально охраноспособных результатов интеллектуальной деятельности в медицине требует отдельного исследования. На данном этапе исследования выскажем предположение о том, что с точки зрения правового регулирования наиболее важным является установление лица, ответственного за применение созданных искусственным интеллектом результатов, и перечня прав, которыми законодатель готов наделить такого субъекта.

Заключение

На данном этапе развития наиболее яркие проявления правовой трансформации в медицине отражают постоянный поиск законодателем баланса интересов разработчиков оригинальных лекарственных препаратов и генериков, становление права Евразийского экономического союза в сфере обращения лекарственных средств, работу по присоединению Республики Беларусь к Всемирной торговой организации. Показателем чувствительности к указанным про-

¹⁴ Price, W. Nicholson, II. “Artificial Intelligence in Health Care: Applications and Legal Implications.” *The SciTech Lawyer* 14, no. 1 (2017). P. 10.

¹⁵ Там же. Р. 12; Морхат П.М. Правосубъектность искусственного интеллекта в сфере права интеллектуальной собственности: гражданско-правовые проблемы: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2018. 420 с.; Сесицкий Е.П. Проблемы правовой охраны результатов, создаваемых системами искусственного интеллекта: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2018. 218 с.

цессам национальной системы патентования и практики применения норм о защите данных о результатах доклинических (неклинических) исследований и клинических исследований (испытаний) оригинальных лекарственных препаратов, а также исключительных прав, в частности, на изобретения, связанные с лекарственными средствами, станет возможным изменение формирования рынка лекарственных средств, развитие конкуренции на указанном рынке.

Цифровая трансформация в медицине обусловлена существованием сквозных технологий и легализацией на уровне государственных программ развития цифровой экономики, в частности, электронного здравоохранения. Очевидные преимущества по снижению затрат на разработку лекарственных средств при использовании больших данных, машинного обучения, искусственного интеллекта подлежат оценке в свете рисков, которые могут возникнуть в результате такого использования (например, вследствие не-транспарентности и изменчивости алгоритмов), и влияния на социально-экономические отношения.

Изъятие национальным законодателем ряда методов оказания медицинской помощи из состава патентоспособных ставит вопрос о тенденциях ограничения монополии, обеспечиваемой правом интеллектуальной собственности, в здравоохранении. В этой связи вызывает сомнения готовность на уровне Стратегии Республики Беларусь в сфере интеллектуальной собственности на 2021–2030 годы признавать охраноспособность результатов, получаемых с использованием технологии искусственного интеллекта, в качестве объектов интеллектуальной собственности. Применительно к некоторым таким результатам целесообразно оценить правовые последствия их перехода в общественное достояние.

**COMPUTER PROGRAMS AND HUMAN RIGHTS:
THE SOCIAL FUNCTION OF COPYRIGHT LAW
AND LICENSING MODELS IN THE EUROPEAN UNION****

This article shortly describes two legal strategies being enforced in Europe to democratise the rights management over software. The first, the social function of copyright law, is the judicial applicable resource to relativise copyrights with competition law issues and human rights principles. The second relates to licensing models in which the rights of the end-users are balanced with copyright holders' interests. For instance, copyleft has been enforced as a successful licensing model to promote free use, modification, and software distribution. Both mechanisms have shaped economic and social relations around computer programs according to specific social objectives.

Keywords: copyright, contract law, human rights, software, license.

Software, as a set of instructions directed to computer hardware, is the communication channel between humans and digital machines¹. It is the fundamental building block of digital electronics, which revolutionized modern technology and enabled the emergence of the "information society."² In the last decades, due to the nature of the economic costs involved in software development, computer programs have been negotiated and commercialised through licensing agreements models instead of sales contracts³. By making software subject to a license, the

*Associate Researcher at the Humboldt University of Berlin.

**As a proud alumnus of the RUDN, the author thanks the Chair of Civil, Procedural and Private International Law, as well Prof. Dr. Vitaly Bezbach, for the kind invitation to the conference.

¹ The Software Directive (2009/24/EC) Recital 7 determines that "*the term 'computer program' shall include programs in any form, including those which are incorporated into hardware*". For a historical approach of the terms in the Directive, see: (Alan Palmer and Vinje, 1992).

² Information society is the sociological term designed to describe human relations in a society where the usage, creation, distribution, manipulation and integration of information is a significant activity through digital technologies, affecting all aspects of social organisation. For an in-deph analysis of the term, see: (Feather, 2017).

³ As recognised by the Software Directive (2009/24/EC), Recital 4: "*The development of computer programs requires the investment of considerable human, technical and financial resources while computer programs can be copied at a fraction of the cost needed to develop them independently*". See also: (Anand, 2005).

copyright holders dispose of more control over the permissions granted to downstream licensees, setting terms and conditions for its use, copy, modification and distribution.

In the European Union, software licensing agreements are subject to the harmonized norms of the EU copyright law⁴. National copyright and contract law of the member states are also applicable⁵. Since software licenses are also contracts, non-compliant practices with the license terms may constitute a breach of contract and copyright infringement⁶. The combined operation of copyright law and restrictive licensing terms may enable right holders to extend their monopoly in ways contrary to the law's social objectives.

The digitalisation process of the entire private and social life sectors has exposed the tension between the existential interests of people depending on digital technologies and the economic interests of the right holders. While policymakers have considered copyright law as a key to protecting and fostering human creativity, the legitimacy of the copyright system's objectives and functions has been the object of intense questioning⁷. The arguments are diverse in scope and extent, involving philosophical, economic and legal claims in contexts of broader social reforms.

⁴ For this article, *copyright law* refers to the rights granted to creators of original works. Notwithstanding the doctrinal differences between the anglo-saxon copyright law and the continental author's rights systems, the EU has referred to this particular field of law as "copyright law" in its main publications. For example, see: (European Commission, 2015; European Union, 2018).

⁵ Copyright and contract law in the European Union are primarily territorial and national in scope. However, to the extent an issue is covered by an existing Directive, it is to be regarded as an autonomous concept of European Union law. Software protection is covered primarily by the Directive 2001/29/EC: Information Society; Directive 2009/24/EC: Software Directive; Directive 2019/790 EC: Copyright and Related Rights in the Digital Single Market. For an in-depth analysis of contractual aspects of software licensing, see: (Pagenberg, 2008).

⁶ Art. 8 Regulation (EC) 864/2007 determines that "*the law applicable to a non-contractual obligation arising from an infringement of an intellectual property right shall be the law of the country for which protection is claimed*". In this sense, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has recently held that "*there are two separate sets of rules relating to liability in intellectual property matters, one [...] determined by law (statutory copyright infringement) and the other being contractual liability in the event of infringement of a copyright reserved by contract*". See: (Case C-666/18, 2019).

⁷ For a historical perspective, see: (Geiger, 2006; Geiger and Izyumenko, 2020).

The rationale of using the current copyright law to promote determined ethical goals has been extremely successful worldwide, fostering more democratic ways of managing rights over computer programs⁸. This article will briefly describe two of them:

a. The social function of copyright law, as a judicial interpretation theory to relativize copyright norms in favour of competition law and human rights principles.

b. The copyleft licensing model as a private strategy to balance the rights of end-users and the copyright holders.

1. Social function of copyright law and human rights

Licensing agreements are the main instrument for managing rights over software. As part of the information society's essential technologies, computer programs can be put under very restrictive contractual terms on how they can be used, distributed, and accessed. The combination of restrictive contract and copyright terms has provoked discussions over the limits a right can be exercised in relation to the legal system's underlying policies and principles. The social function of copyright law is one way to mitigate extrapolations outside the scope of such rights.

The social function of law is a well-known theory that has been in development in Europe since the beginning of the twentieth century⁹. The rationale is that the exercise of a given right must be done according to its social interests. The theory has its boundaries determined by the jurisprudence of national courts and the CJEU¹⁰.

In principle, the social function of rights could be used to delimitate the licensing terms, serving as a defense in case of copyright infringement. However, the Software Directive and the Information Society Directive are silent over any limitation based on the social function¹¹.

⁸ Frolova E.E., Polyakova T.A., Dudin M.N., Rusakova E.P., Kucherenko P.A. Information security of Russia in the digital economy: the economic and legal aspects // *Journal of Advanced Research in Law and Economics*. 2018. vol. 9. № 1. p. 89–95.

⁹ The social function applies theoretically to any right, but it has been mostly developed in the field of property and contract law. In the particular context of copyright, see: (Geiger, 2014).

¹⁰ As early as the 1970s, EU courts have placed limits on the exercise of intellectual property rights by referring to the functions and, in particular, the essential function of the right in question. For an in-depth analysis, see: (Shemtov, 2017).

¹¹ Shakhov O.F., Shakhova M.S., Rusakova E.P., Sizova Yu.S., Ziyadullaev U.S. Development of entrepreneurship during the NEP years: innovation, forms, technologies // *International Journal of Recent Technology and Engineering*. 2019. Vol. 8. № 3. p. 7401–7405.

The CJEU has developed jurisprudence restricting copyrights being limited by their function in competition law¹². In one opportunity, the court has ruled that the free movement of goods is allowed only so far as the exercise of copyright is compatible with its specific subject matter and its essential function (C-78/70, 1971). More recently, the court has manifested that the social function of copyright is protecting moral rights and ensuring a reward for the author's creative effort. Therefore, any exercise outside the ambit of what the court considered the social function of copyright would violate EU competition rules¹³.

Another way European courts have implemented the social function is by considering human rights elements when applying copyright-related norms¹⁴. The «horizontal effect» of human rights in private relations is because the state and private actors can directly harm fundamental rights. The CJEU has tried to balance different rights and the purpose of the law. In a recent decision, fundamental rights were used to moderate copyrights' scope and limitations concerning freedom of expression (C-469/17, 2019; C-476/17, 2019; C-516/17, 2019). Nevertheless, the court has also flagged up that external flexibility on the copyright system could be harmful to copyright harmonization and legal certainty. In this sense, an equilibrium between judicial interpretation and new legislative activity is necessary to incorporate copyright norms in consonance with human rights principles.

2. Copyleft: making copyright law more democratic through licensing models

Another completely different way to face private monopolies over software using copyright law was developing a licensing model that could ensure users' fundamental rights to access software, keeping the license terms available for others to re-use the software.

“Digital rights” are considered human rights of individuals to access, use, create, and publish digital media or to access and use computers, other electronic devices, and telecommunications networks¹⁵.

¹² See: (C-78/70, 1971; Case C-62/79, 1980; Case T-69/89, 1991; Case C-242/91, 1995) and also (Petit, 2017; Shemtov, 2017, p. 149).

¹³ (Case C-242/91, 1995) and (Case T-201/04, 2007).

¹⁴ See for example: (Geiger, 2004, 2014; EDRi, 2014; Spina Ali, 2020).

¹⁵ For the definition of digital rights as human rights, see: (Peacock, 2019).

Copyleft¹⁶ is a licensing model which uses the copyright framework to guarantee software users the right to use, study, modify and distribute the source code of computer programs¹⁷. In practical terms, having a copyleft license would generally mean that the derivative and/or combined work has to be licensed under the same license as the original work. As a result, this ensures that a copylefted software can remain free¹⁸, and cannot be transformed into proprietary software¹⁹.

Copyleft licenses embody the norms of the communities that use them, in such a way that the reciprocity of these norms is to be expected. Reciprocity in this case means that consistent licensing must be maintained²⁰. The copyleft licensing model has been widely adopted globally, revolutionizing the economic, legal and social ways software can be used and distributed²¹. The copyleft licensing model has grown globally and became the standard model in several society segments, ranging from small communities to large corporations and governments.

Although license stewardship can be oriented to satisfy the particular legal needs of a corporation or individuals, copyleft licenses have become public documents. The most popular copyleft licenses²², as the

¹⁶ For the definition of the term, see (Stallman, 2018).

¹⁷ The freedoms of software are determined by the definition of Free Software and Open Source, maintained respectively by the Free Software Foundation and the Open Source Initiative. See: (Open Source Initiative, 2007; Free Software Foundation, 2019).

¹⁸ Free in this context relates to the term “Free Software” (also called Open Source Software), which are regulated expressions about the “freedom of software”. See: (Free Software Foundation, 2019).

¹⁹ If a software is under a proprietary license, only a few rights are granted; for example, the right to use the program but not to distribute copies of it. If the license grants the four essential freedoms to use, study, share and improve the software, it is considered a Free Software license (Free Software Foundation, 2019).

²⁰ Copyleft can be classified as strong and weak based on the scope of conditions, and set the expected reciprocity. In its strongest form, copyleft can place conditions on the licensing of all the other code compiled together to make the eventual binary executable program, and require that all modifications of a program (i.e. any derivative work) have to be licensed under the original license. Weaker copyleft licenses have a more defined scope of conditions, and set the scope of the expected reciprocity to the individual source files within the project, rather than the whole project collectively. (Ku Wei Bin and Lasota, 2020, p. 18).

²¹ For the legal aspects of copyleft in Europe, see: (Brandt, Coughlan and Jaeger, 2011; Metzger and Jaeger, 2020).

²² For the report on the most used Free and Open Source licenses, see: (Synopsys, 2019).

GPL²³, are adopted by entire sectors of the industry and have founded a entire legal tradition on their compliance and enforcement. European courts have built a solid understanding of the copyleft licenses and the enforcement in their jurisdiction

A typical software license consists of permissions and restrictions on the use, modification and distribution of the computer program. The comprehensive control over rights has made the licensing model prevail over the sales agreement, involving contract and copyright law dispositions. The extensive monopolistic power granted by this combination led to claims that have been trying to adapt the current framework to more democratic ends. The social function theory has served European courts, including the CJEU to relativise copyright norms in the face of competition law and fundamental rights principles. In parallel, copyleft has served as one of the most important instrument of contract and copyright law to democratise copyrights over software. The restrictive terms of the copyleft licenses have been used to promote the rights to use, modify and distribute software in balance with the copyright holders' interests.

²³ The GNU General Public License (GPL) is a series of widely used copyleft licenses maintained by the Free Software Foundation. The licenses are adopted without changing in their texts, serving as “constitutions” for the communities employing their terms. The other licenses present in the ecosystem are subject to compatibility issues. The list of compatible licenses with the GPL is available at: (Free Software Foundation, 2020).

*Анастасия Евгеньевна Морозова,
Российский университет дружбы народов (РУДН),
Юридический институт, аспирант кафедры
гражданского права и процесса и международного
частного права, Москва, ул. Миклухо-Маклая, 6;
тел.: 8 (495) 645-68-89; почта: Steysha333@yandex.ru*

РАЗВИТИЕ КОРПОРАТИВНОЙ ОРГАНИЗАЦИИ В ПЕРИОД ДО XVI–XVII ВВ.

Цель исследования – раскрыть особенности развития корпоративной организации в определенный временной период. Изучаются предпосылки возникновения корпораций как профессиональных союзов и частных владений, указываются характерные признаки корпораций, анализируются их особенности. В результате исследования выделены и охарактеризованы несколько этапов развития корпоративных организаций.

Ключевые слова: корпоративные объединения; корпорация; юридическое лицо.

Совместные объединения людей существуют уже долгое время и прошли многовековой путь развития. Принимая во внимание бурное течение рыночных отношений, выражающееся в формировании новых способов объединений, а также отношений между людьми, объединенных общностью целей и интересов, требуют внесения определенной ясности в процессы, связанные с правовым регулированием отношений внутри объединения, а также в отношении такого объединения.

Корпорация является разновидностью юридического лица, но до сих пор в разных правовых системах определяется по-разному. Доктрина английского права определяет корпорацию как юридическое лицо и использует термин в отношении любых юридических лиц, вне зависимости от формы участия в них, а также вне зависимости от целей создания¹.

Возникновение корпоративных образований или зачатков корпорации разные авторы-исследователи относят к разным историческим периодам. Одни отмечают зачатки корпорации в древне-

¹ Зайцева В.В. Юридические лица // Гражданское и торговое право капиталистических государств/ Отв. ред. Е.А. Васильев. 3-е изд., перераб. и доп. М. 1993. С. 80–82.

греческих городах-государствах (полисах)², другие связывают начало корпорации с римской цивилистической мыслью³. Также имеется мнение, что истоки зарождения корпоративных форм является Средневековье, где объединениям были присущи отдельные черты, которые в будущем отразились в акционерных компаниях⁴. Помимо изложенного, исследователи возникновения корпоративных образований указывают, что до возникновения Римской республики, и становления в ней системы муниципального управления, корпоративные образования (возникшие в античные времена) не могли быть подлинными предшественниками корпорации, так как право частной собственности до указанного момента не существовало⁵.

По мнению ряда ученых «корпорация» происходит от латинского слова *corpus*, обозначающее «тело» или «тела людей»⁶, а термин «корпорация» от выражения «*corpus habere*», обозначающего «права юридической личности»⁷.

Г.Д. Бергман полагает, что во времена Юстиниана римское право признавало термин «корпорация» или *universitas, corpus, collegium*. В число корпораций входило и само государство (*Populus Romanus*), муниципалитеты, а также частные ассоциации, которые выступали спонсорами религиозного культа, погребальных обществ, политических групп, гильдий ремесленников или торговцев⁸. Такие образования, как правило, имели право владеть имуществом, заключать договоры, вступать в наследство, предъявлять иски и в целом осуществлять правовые действия через представителей. И.С. Шиткина, отмечает, что вышеуказанные термины применялись не только для обозначения союза лиц, но также и для других собирательных понятий, например корабля, дома, табуна лоша-

² См.: Ломакин Д.В. Очерки теории акционерного права и практика применения акционерного законодательства. М. Статут, 2005.

³ См.: Ельяшевич В.Б. «Юридическое лицо, его происхождение и функции в римском частном праве», СПб, 1910.

⁴ Каминка А.И. Указ. соч. С. 107–111.

⁵ Магданов П.В. История возникновения корпораций до начала XX в. // *ARS ADMINISTRANDI* 2012 № 4, С. 16.

⁶ См. Harold Joseph Berman, *Law and Revolution* (vol. 1): The Formation of the Western Legal Tradition, Cambridge: Harvard University Press, 1983; pp. 215–216.

⁷ Хвостов В.М. Система римского права. М. 1996, С. 114.

⁸ Dudin M.N., Smirnov V.V., Rusakova E.P. The Formation of Entrepreneurship in Russia: Historical Background and Modernity // *Bylye Gody*, 2017 vol. 46 Is. 4. (9) 1174–1183.

дей⁹. Однако даже с учетом того, что права юридической личности имели место быть – окончательного признания корпоративных образований как субъектов права так и не произошло.

Герваген Л.Л. в своей работе¹⁰, посвященной развитию юридических лиц указывает, что римские субъекты права разделялись на две группы: вся публичная власть римского государства (*jus publicum*) и гражданская личность отдельного человека (*jus privatum*). Понятие «союз» (союз лиц) встречается в *jus publicum*, где существовал один субъект права – римское государство, которое хотя и являлось союзом, соединяющим всех граждан – не рассматривалось как «лицо» и регулировалось публичным правом. Римская корпорация и римская община являлись частью государства, а значит их происхождение также относилось к публичному праву. Ввиду того, что союзы имели имущественную правоспособность, в гражданском праве имелаась необходимость сопоставлять их с физическими лицами, что и выступило прямым следствием того, что они назывались «лицами» (*personae vice fungitur*). Таким образом, корпорация в публичном праве была единицей, но не лицом, а в гражданском праве (приватном праве) лицом, но не действительной единицей.

Встречая отдаленные, разбросанные упоминания в римском праве о корпоративных образованиях, соединить их в одну систему не представляется возможным, но несмотря на это римское право дало основу для дальнейшей разработки и формирования института юридического лица.

В течение длительного времени после заката Римской империи описания «корпорации» отсутствовали. Наступившая эпоха рецепции римского права известна существованием двух течений: светское (гlossаторы и постгlossаторы) и каноническое (канонисты). Легисты следовали источникам римского права, так, все субъекты гражданского права, не являющиеся физическими лицами, отождествлялись с понятием корпорации (даже такие учреждения как церковные объединения, рыцарские ордена, различные благотворительные институты)¹¹. Термин имел широкое и неопределен-

⁹ Корпоративное право: учебный курс: учебник/ отв. ред. И.С. Шиткина. М.: КНО-РУС, 2011. С. 3.

¹⁰ Герваген Л.Л. Развитие учения о юридическом лице. СПб. 1888, стр. 16–20.

¹¹ Стукалова Ю.В. Античная и средневековая правовая мысль как этапы развития теории юридического лица. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/antichnaya-i-srednevekovaya-pravovaya-mysl-kak-etapy-razvitiya-teorii-yuridicheskogo-litsa> (Дата обращения: 15.09.2020 г.).

ное значение: союз, признанный государством как субъекта права¹². Различные организации играли важную роль, значимость человека воспринималась не индивидуально, а через принадлежность к определенной социальной группе, например военный отряд или деревня воспринимались как групповая личность, где собственность была общей и все члены несли ответственность по ее обязательствам¹³.

В средние века церковная власть противопоставляется государственной, следовательно церковь должна была выйти из субъектов публичного права. Канонисты используют другие понятия о корпоративных образованиях для выстраивания новой системы права применительно к церкви. В целом опираясь на легистское определение корпорации они обращают внимание на момент единства. Церковь рассматривается как корпорация (*corpus*), которая разделяется на: прелат (глава), членов (капитул), духовных лиц¹⁴. Г.Д. Бергман указывает, что как только происходит отделение церкви от государства (церковь объявила себя корпоративным правовым образованием (*universitas*)) возникает ряд практических проблем и вопросов по поводу собственности, а также управления. К примеру, в судебных процессах возникали вопросы о том, что может ли корпорация совершать преступления, или, отвечает ли церковь за преступления или гражданские правонарушения должностных лиц и другие.

Идея обособления церкви выразилась в том, что все имущество рассматривалось как принадлежащее Богу, а церковные организации осуществляли контроль за таким имуществом.

Частная сфера развивалась несколько медленнее, упадок торговли и коммерции в средневековье был очевиден¹⁵. По мере прогресса экономики, связанного с общественным разделением труда, а также формированием и расцветом профессиональной деятельности происходит расширение внутренней, а затем и внешней торговли. Появляются оседлые купцы, которые формируют купеческое сословие. В целях защиты своих интересов купцы объединяются

¹² Герваген Л.Л. Развитие учения о юридическом лице. СПб. 1888, стр. 16–20.

¹³ Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. – 2-е изд. – М.: Изд-во МГУ: Издательская группа ИНФРА-М-НОРМА, 1998. С 211.

¹⁴ См. там же.

¹⁵ См.: Безбах В.В., Герреро Перес Б.А., Ермакова Е.П., Залесский В.В., и др.; Под общ. ред.: Безбах В.В., Пучинский В.К. Гражданское и торговое право зарубежных стран. Учебное пособие – М.: МЦФЭР, 2004. – 896 с.

в гильдии, где формируются уставы, закрепляющие поведение участников рынка. Однако купцы осуществляли торговлю по отдельности, обособления гильдии не происходило.

Предшествующий опыт и обращение к истории помог объединениям лиц эволюционировать в новые организационные формы. В результате следующим этапом объединений стало появление в Италии организационных союзов, получивших название «комменда» (*commenda*). Комменда, предшественник товарищества или товарищества на вере, стали еще одним шагом к появлению ограниченной ответственности (*limited liability*) ввиду того, что в данной форме товарищества участвовало две группы лиц: деятели (*tractator*), которые осуществляли ведение дел и поручатели (*commendator*), снабжающие коммendu капиталом. Поручатели претендовали на право участия в прибыли от деятельности, в случае неудач несли ответственность, ограниченную размером своего вклада¹⁶. Описанное выше позволяет рассуждать о возникновении элемента корпоративного управления как ограниченная ответственность собственников¹⁷.

За указанный период простой союз лиц эволюционировал до почти полноценного объединения с ограниченной ответственностью, имеющего свои интересы, вне зависимости от интересов публично правовых образований. Историческое развитие наглядно показывает, как вместе с обществом менялись механизмы взаимодействия людей, создавались объединения с некоторой структурной организацией, а научные взгляды стремились отражать развитие корпораций как субъектов права.

¹⁶ Цветков В. А. Корпоративный бизнес: теория и практика. СПб.: Нестор-История, 2011. С. 118.

¹⁷ Ермаков С.Л., Фролова Е.Е. Комплексное антикризисное управление российским банковским сектором как важнейший инструмент экономического регулирования развития страны. Монография // Иркутск, Репроцентр, 2010, 495 с.

Ulvi Ocaqli,

PhD. student

Scientific advisor –

PhD in Law, E.P. Rusakova

RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS IN REPUBLIC OF TURKEY

Arbitration as a method and way of dispute resolution is getting popularity year by year in Republic of Turkey. There are number of reasons for this issue from the point of view the location of Turkey between Europe and Asia, so far State is eligible to involve various types of external business projects from the both sides of continent. On the other hand, strong regional cooperation with Republic Azerbaijan brings more key partnerships to the state. As visual from the legal nature of arbitration procedure, there should be dispute between parties which led to solution by third party as arbitration institutes. Especially when there is one of the parties attends as foreign element then the factor of application to the international arbitration institutions becomes undeniable because solution making target. Author initiates deeply analyze the current challenges of recognition and enforcement procedure in Republic of Turkey from the perspective of questioning of legal framework, competent courts, adversarial or ex parte, documentation and etc.

Republic of Turkey is one of signatures of New York Convention of Recognition and Enforcement of Foreign arbitral awards 1958. State became a party to the convention in 2th of July 1992. Turkey adopted the convention the under the two reservations principles such as reciprocity and commercial¹. Making clear for both principles as Turkey is obliged to recognize and enforce the awards which rendered the states which are the parties of NY Convention under the presumptions of the principle of reciprocity. Secondly, the rendered award or dispute which is ended with final award should be subject of commercial nature under the requirements of NY Convention.

¹ Gokhan Cindemir, Enforcement and Recognition of Foreign arbitral awards in Turkey, February 25, 2015, <https://www.cindemirlaw.com/enforcement-and-recognition-of-foreign-arbitral-awards-in-turkey/>.

It is especially important to understand the legal base of current issue since apart of from the external law, Turkey designed domestic law very soft and sufficient for the application the recognition and enforcement procedure. As mentioned before, New York Convention is the pivotal and pioneer source for the application procedure. If we approach the procedure as mechanism, then the award should meet the requirements of NY Convention from the point of first requirement for enforceability, afterwards award is coming to the inside of borders of State and here domestic law starts to mechanize and operate².

In case of NY Convention is not capable to operate such in situations awards are rendered in the non party states, then directly domestic law of Turkey is fully eligible to start to push the button for recognition and enforcement procedure. There are three main regulatory legal provisions for identify the possibility of recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Turkey:

- Article 60 and article 63 of International Private and Procedural Law No. 5718 of Republic of Turkey (IPPL). (1) Final and executable or binding upon the parties foreign arbitral awards may be subject to enforcement. (2) The enforcement of a foreign arbitral award shall be requested by a petition from the Court of First Instance mutually designated by the parties in writing. In the absence of such agreement, the competent court shall be the court at the domicile of the person in Turkey against whom the award is rendered, or in the absence of domicile, the person's place of habitual residence, and in the absence thereof, the court at the location of the property that may be subject to execution. Here there is one more eye catching factor is about unlimited power of law since the law can govern not only for the foreign awards but also foreign court judgments.

- Republic of Turkey applies to the UNCITRAL Model Law 1985 in the example of Section 11 of Civil Procedural Law No. 6100 (CPL). State applied to the Model law directly namely without changings.

- The last but strong source of arbitration related affairs is counted International Arbitration Law No. 4686 which is also organized

² Adnan Deyenekli, Problems in Recognition and Enforcement of Foreign arbitral awards in Turkey, January 2013, International Conference on Euroasian Economies, https://www.researchgate.net/publication/337880426_Problems_in_Recognition_and_Enforcement_of_Foreign_Arbitral_Awards_in_Turkey.

and laid to the Model Law principles, however there is a issue of choosing or applying this specific law by parties. So far, this law operates in two cases, the first in situation of existence of foreign element in the ongoing dispute, the second party voluntarily principle namely if parties decide to choose this law as operative law.

After analyzing the legal framework and mechanisms for recognition and enforcement of foreign arbitral awards, it is crucial to understand to comprehend the place mainly court that is competent to give final award on enforceability in Republic of Turkey. Regarding to the article 60 of International Private and Procedural Law No. 5718 of Republic of Turkey (IPPL), parties are charged to apply to the Civil Courts of First Instance (asliye hukuk mahkemeleri). Civil Courts only start to operate after receiving the written application by parties. As mentioned before, winning party is obliged to apply to the Civil Courts for starting the recognition and enforcement procedure. There is no any requirement by Turkish law on representation of parties by lawyers, so far parties are free to apply themselves to Civil courts by presenting demanded documents³.

There are number of documents for initiating the recognition and enforcement procedure on the basis of article 61 of International Private and Procedural Law No. 5718 of Republic of Turkey (IPPL) as:

- an original or duly certified copy of arbitration agreement;
- an original or duly certified copy of finalized arbitration award;
- all certified Turkish translations of stipulated documents above. Translations should be made by either sworn translator or diplomatic, consular agent.

The other vital issue on recognition and enforcement procedure is about fees and costs. Parties are enjoying the right of demanding the cover the costs of fees of arbitration alongside the requirement for recognition and enforcement right. Hereby, Turkish Republic is following different way in the contrary of another states' practices. Regarding to the article 3 of Code of Fees No.492, matters are connected to the foreign arbitral or local arbitral awards are proportionally divided in the example of 6,831% of total amount of dispute demand. Practically, the claimant is subjected to fulfill the obligation in one fourth amount for starting the

³ Dudin M.N., Zasko V.N., Pavlova N.G., Rusakova E.P., Frolova E.E. Mitigation of cyber risks in the field of electronic payments: organizational and legal measures // Journal of Advanced Research in Law and Economics. 2018. T. 9. № 1. C. 78–88.

proceeding that can be recovered from the respondent in case of realization of recognition and enforcement. The losing party is charged to pay remain three fourth of court required fees.

The duration and timing is another pivotal matter from the perspective of recognition and enforcement procedure. There is no any estimated data on length of proceeding but statistics shows on average timing between 6 to 18 months. The appealing stage is also takes 6 to 18 months, so far a year minimum length is counted for stipulated proceeding⁴.

Furthermore, the proceeding is not limited with actual issues about recognition and enforcement but also negative part which is demonstrated itself in refusal and unenforceability of foreign arbitral awards. There are two main legal sources that Turkish jurisdiction is laid on. The first is article V New York Convention and the second is International Private and Procedural Law No. 5718 of Republic of Turkey (IPPL). The law is adopted in fully harmonization with Convention from the point of view of grounds of refusal as following:

- a) An arbitration agreement is not executed or arbitration clause does not exist in the main agreement;
- b) The arbitral award is contrary to public morality or public order;
- c) It is not possible to settle the dispute subject to the arbitral award by way of arbitration under Turkish law;
- i) One of the parties has not been duly represented before the arbitrators and has not expressly accepted the acts concluded thereafter;
- d) The party against whom the enforcement of the arbitral award is requested has not been duly notified of the appointment of arbitrators or has been deprived of his/her right to make claim and defense;
- e) The arbitration agreement or clause is invalid pursuant to the governing law designated by the parties, or in the absence thereof, pursuant to the law of the place where the arbitral award is rendered;
- f) The appointment of the arbitrators or the procedure applied by the arbitrators violates the agreement of the parties, or in the absence thereof, the law of state where the arbitral award is rendered;
- g) The arbitral award has been rendered on an issue that is not included in the arbitration agreement or arbitration clause or exceeds the limits of the agreement or the clause (only the exceeding part);

⁴ Selcuk Esenyel, Turkey: Enforcement of Foreign judgments laws and regulations 2020, 08 April 2020, <https://iclg.com/practice-areas/enforcement-of-foreign-judgments-laws-and-regulations/turkey>

h) The arbitral award is not final, enforceable, or binding under the governing law or the governing procedure or the law of state where it was rendered or it is annulled by the competent authority in the place where the award is rendered.

The main issue for all arbitral awards which is rendered in different state is about the similarity or matching the main subject of award to public policy of the state where party initiates to recognize or enforce and second issue that parties should take into consideration is about the formation of award for non violation of state public policy since there is broad understanding on refusal procedure for refusing the initiator party's award⁵. Turkey has been criticized by well known lawyers for number of refusal judgments especially the cases where state legal entities were involved⁶.

Interim awards in also subject for application until upon the agreement between the dispute parties⁷. On the other saying, interim award should be in final character that courts can have the right for apply the recognition and enforcement procedure, however there is a key point that IPPL does not recognize the character of recognizability and enforceability of foreign awards in example of provisional attachment or provisional injunction because of being open for amendments.

There is contra argumentative matter from the point of view of regulation the enforceability of partial awards by IPPL, but there is other necessary glossary which can assist is the article 14/a of International Arbitration Law of Turkey. Regarding to the enumerated law, parties are free to apply for recognition and enforcement of partial arbitral awards until there is a common consent by dispute parties.⁸

Referring to the procedure of appeal, parties are enjoying to apply to appeal in case of misunderstanding or misleading matter on first

⁵ Rusakova E.P., Frolova E.E., Kupchina E.V., Ocaqli U. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards in the Federative Republic of Brazil // В сборнике: 7th International Conference on Education and Social Sciences. Abstracts & Proceedings. 2020. p. 166–170.

⁶ Arda Ermut, Legal guide investing in Turkey, 01 July 2019, <https://www.invest.gov.tr/en/library/publications/lists/investpublications/legal-guide-to-investing-in-turkey.pdf>

⁷ Русакова Е.П. Рассмотрение частноправовых споров в странах БРИКС. Монография. М. Изд. РУДН, 2018.

⁸ Status: Convention of Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral awards (New York Convention). https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2

instance to the higher instance as Second Instance Court (istinaf mahkemeleri) which are obliged to review and give exact decision on the awards of first instances. There is defined amount for appealing range on courts because of hierarchy of courts, so far, whether the dispute amount is higher than 40 000 TL (10 000 Euro), parties are mandatorily applied to the regional second instances then they have a right to apply higher instances such as Court of Appeal (Yargıtay).

The last chain of stipulated range is finished by the rewarding the final decision of courts for execution of rendered award in another State's territory. There is bureaucratic range of court allegation in manner of presentation of awards to the competent bodies. Initially the winning party is supposed to apply to the debt collection office (icra müdürlüğü) with the request of execution the rendered award. Party is also represents the validity of award and judgment (icra takibi) made by court which was competent to realize it. These whole procedures are costed and annually calculated by body of Debt collection office as 50 TL (5,23 Euro)⁹.

In the addition and in the end of analysis, it is especially pivotal to resume the whole procedure as following phrases: « Not so easy and not so cheap», since there is lack of legal mechanism in the state because of public policy issue. Constitution and public policy matter are not stable and it can effect the recognition and enforcement procedure as well. On the other hand, Turkish Court of Appeal does not identify and clarify the necessity of translation of document into Turkish in order to be accounted as valid yet. It is mandatory to analyze three decisions of Appeal Court that two of them were refused because of formation of language nevertheless the applicable law was Swiss law. All these factors are leading us to the idea of the need to the drafting or renewing the arbitration tendency or rules, regulations, laws in Turkish Republic.

⁹ Nurettin Emre Bilginoglu, Enforcement of Foreign arbitral awards in Turkey, Archive № 2 2019. <https://civpro.org/archive/118/2865/>.

Дарья Анатольевна Петрова,
канд. полит. наук, доцент кафедры теории и истории
государства и права Юридической школы Дальневосточного
федерального университета; Petrova.dan@dvfu.ru;

Никита Русланович Мартьянов,
студент 3 курса Юридической школы Дальневосточного
федерального университета; martianov.nr@mail.ru

ЭЛЕКТРОННЫЕ СИСТЕМЫ УЧЕТА СВЕДЕНИЙ О НАСЕЛЕНИИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Настоящая работа посвящена обзору электронных систем учета сведений о населении России, действующих на федеральном уровне. В статье рассмотрены принципы действия индивидуального (персонифицированного) учета, единого информационного регистра сведений о населении, Единой биометрической системы, а также Единой систему идентификации и аутентификации (ЕСИА) как систему предоставления доступа на государственные порталы информации.

Ключевые слова: цифровизация, система индивидуального (персонифицированного) учета, Единый информационный регистр сведений о населении, Единая биометрическая система, Единая система идентификации и аутентификации (ЕСИА)

Информация о финансировании. Работа выполнена при финансовой поддержке Гранта Президента РФ № НШ-2668-2020.6 «Национально-культурные и цифровые тренды социально-экономического и политико-правового развития Российской Федерации в XXI веке»

В настоящий момент в России функционируют следующие федеральные электронные системы учета, содержащие персональные данные россиян:

- Индивидуальный (персонифицированный) учет на территории Российской Федерации – присваивает индивидуальный лицевой счет, имеющий постоянный страховой номер (СНИЛС);
- Федеральный регистр сведений о населении Российской Федерации – содержит основные сведения о россиянах;
- Единая биометрическая система – содержит биометрические сведения граждан России.

Отдельно необходимо иметь в виду Единую систему идентификации и аутентификации (ЕСИА) – информационную систему, которая обеспечивает доступ участников информационного взаимодействия (граждан-заявителей и должностных лиц органов исполнительной власти) к информации, содержащейся в государственных информационных системах учета. Через эту систему гражданин получает доступ к большинству электронных государственных платформ – Госуслуги, Российская общественная инициатива, автоматизированная система «Правосудие», а также в будущем через ЕСИА гражданам будет предоставляться доступ к единому федеральному регистру сведений о населении и единой биометрической системе.

Рассмотрим подробнее указанные выше системы учета.

Индивидуальный (персонифицированный) учет на территории Российской Федерации можно назвать базовой системой учета для граждан. Так присваиваемый системой СНИЛС (номер индивидуального лицевого счета) используется не только для работы в системе, но также служит идентификатором и аутентификатором сведений о физическом лице при предоставлении государственных и муниципальных услуг, а также при исполнении государственных и муниципальных функций. Без предоставления СНИЛС гражданин не сможет в полном объеме пользоваться государственными порталами, авторизация на которых происходит через ЕСИА, то есть практически ко всем ключевым порталам.

Также стоит отметить, что СНИЛС необходимо предоставить при обращении в государственные органы для назначений всех пособий, льгот, выплат, официального устройства на работу, учебу, государственную и муниципальную службы. Непредоставление СНИЛС рассматривается как основание для отказа в запрашиваемой услуге.

Федеральный регистр сведений о населении является нововведением в сфере электронного учета. В соответствии с недавно изданным Федеральным законом от 8 июня 2020 г. № 168-ФЗ представляет собой совокупность сведений о населении Российской Федерации, сформированных на основе сведений о гражданах Российской Федерации. В регистр также заносятся сведения об иностранных гражданах

и лицах без гражданства¹. Вступление Закона в силу в полном его объеме произойдет постепенно – с 1 января 2022 года, 2023 года, 2024 года и 2026 года.

Федеральный закон № 152-ФЗ «О персональных данных» от 27 июля 2006 года прямо прописывает возможность создания регистра с особым правовым статусом.

Прежде всего, особый правовой статус регистра проявляется в обработке персональных данных без согласия граждан. Обработка персональных данных без согласия владельца возможна в ряде случаев, подробный перечень которых указан в Ст. 6 ФЗ о персональных данных. Среди всех случаев упоминается и случай, предусмотренный законом «для осуществления и выполнения возложенных законодательством Российской Федерации на оператора функций, полномочий и обязанностей». С принятием закона о государственном регистре населения указанная норма освобождает оператора – ФНС – и государственные органы, предоставляющие сведения оператору, от получения согласия граждан на обработку персональных данных. Таким образом, государственные органы, упомянутые в Законе, выводятся из-под действия федерального закона о персональных данных в части получения согласия на обработку.

Предполагается, что государственные органы и учреждения будут запрашивать информацию в рамках своей компетенции у оператора регистра по официальному запросу в традиционном виде, либо посредством использования единой системы межведомственного электронного взаимодействия.

Однако право использовать федеральный регистр будет иметь не только ФНС, так согласно п. 15 Ст. 8 Закона органы государственной безопасности будут иметь доступ к единому регистру с полномочием вносить изменения в базу данных.

Федеральный регистр сведений о населении формируется на основании сведений, содержащихся в различных государственных информационных системах органов государственной и муниципальной власти Российской Федерации, органов управления государственными внебюджетными фондами.

¹ Федеральный закон от 8 июня 2020 г. № 168-ФЗ «О едином федеральном информационном регистре, содержащем сведения о населении Российской Федерации» URL: <https://rg.ru/2020/06/11/registr-dok.html> (дата обращения: 07.09.2020).

Сведения регистра о гражданах подлежат ежемесячной проверке уполномоченным органом (ФНС России) на предмет их качества и непротиворечивости². Отсюда следует, что федеральный регистр сведений о населении формируется из сведений, существующих на данный момент в государственных информационных системах органов государственной и муниципальной власти, органов управления государственными внебюджетными фондами.

Из этого факта следует, что, во-первых, при передаче данных уполномоченными органами для включения в федеральный регистр возможно искажение действительной информации, на выявление неточностей которых направлена ежемесячная проверка. Во-вторых, ни о какой оперативности получения данных из регистра речь не идет, поскольку на обновление сведений, из первоисточников (государственных информационных системах органов государственной власти, органов управления внебюджетными фондами) уйдет определенное время.

Единая биометрическая система создается параллельно персоналифицированному учету и единому регистру сведений о населении.

В п. 1 ст. 11 ФЗ от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных» закреплено законодательное определение биометрических персональных данных, под которыми понимаются сведения, которые характеризуют физиологические и биологические особенности человека, на основании которых можно установить его личность³.

Исходя из данного определения к биометрическим персональным данным относятся физиологические данные (дактилоскопические данные, радужная оболочка глаз, анализы ДНК, рост, вес и другие), а также иные физиологические или биологические характеристики человека, в том числе изображение человека (фотография или видеозапись), которые позволяют установить его личность и используются оператором для установления личности субъекта.

В соответствии с п. 1 ст. 11 ФЗ от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных» биометрические персональные данные могут

² Проект Постановления Правительства Российской Федерации «Об утверждении порядка формирования записей единого федерального информационного регистра, содержащего сведения о населении Российской Федерации» URL: <https://regulation.gov.ru/projects#nra=106405> (дата обращения: 07.09.2020).

³ Федеральный закон от 27 июля 2006г. № 152-ФЗ «О персональных данных» Доступ из Консультант-плюс.

обрабатываться только при наличии согласия в письменной форме субъекта персональных данных, за исключением следующего:

- в связи с реализацией международных договоров РФ о реадмиссии;
- в связи с осуществлением правосудия и исполнением судебных актов;
- в связи с проведением обязательной государственной дактилоскопической регистрации;
- в случаях, предусмотренных законодательством РФ об обороне, о безопасности, о противодействии терроризму, о транспортной безопасности, о противодействии коррупции, об оперативно-розыскной деятельности, о государственной службе, уголовно-исполнительном законодательстве РФ, законодательством РФ о порядке выезда из РФ и въезда в РФ, о гражданстве РФ.

Единая биометрическая система – цифровая платформа, которая является одним из ключевых элементов механизма удаленной идентификации человека по его биометрическим характеристикам. Указанная система создается по инициативе Министерства связи и массовых коммуникаций Российской Федерации и Центрального банка Российской Федерации.

Целью внедрения Единой биометрической системы является повышение доступности услуг, требующих юридически значимого подтверждения личности. Это возможность заменить личное посещение получением удаленной услуги через Интернет. Внедрение Единой биометрической системы сделает сначала финансовые услуги, а затем и другие цифровые сервисы, более доступными для граждан из отдаленных регионов, а также для маломобильных граждан «Ростелеком»⁴.

При разработке данной системы используются два типа биометрии: голос и лицо совместно. По заявлению оператора «Ростелеком» именно также использование является самым эффективным и удобным на данный момент. Также такое использование должно точно различать, в том числе и близнецов, так как биометрические алгоритмы, заложенные в системе, обладают высокой точностью.

⁴ О единой биометрической системе. URL: <https://bio.rt.ru/faq/project/> (дата обращения: 08.09.2020).

Старт Единой биометрической системе придали изменения в Федеральный закон от 31 декабря 2017 № 482-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», в которых банки могут оказывать услуги без личного участия граждан при условии прохождения идентификации через ЕСИА и единую биометрическую базу данных.

Распоряжением Правительства от 22 февраля 2018 года № 293-р оператором единой информационной системы персональных данных определен ПАО междугородной и международной электрической связи «Ростелеком»⁵. «Ростелеком» обеспечит сбор, обработку и хранение биометрических персональных данных, а также проверку их соответствия первично сданным биометрическим образцом. Результаты проверки будут передаваться банкам для удаленной идентификации граждан при открытии счетов.

Большое значение в Единой биометрической системе уделено безопасности. Порог точности распознавания системы определен Приказом Министерства цифрового развития, связи и массовых коммуникаций РФ № 321 от 25 июня 2018 г.⁶ (Единая биометрическая система имеет точность распознавания 10^{-7} , т. е. она пропустит 1 человека на 10 млн). При этом в системе используется дополнительная связка с логином и паролем от Госуслуг, поэтому, по заявлению ПАО «Ростелеком», обмануть систему практически невозможно. Также для обеспечения информационной безопасности биометрических данных пользователей системы реализовано распределенное хранение данных: биометрический шаблон хранится в обезличенной форме отдельно от персональных данных – ФИО, паспортных данных, СНИЛС и др., включенных в базы ЕСИА.

Итак, системы электронного учета сведений о гражданах на федеральном уровне включают в себя практически все виды

⁵ Распоряжение Правительства Российской Федерации от 22.02.2018 № 293-р Официальный сайт Правительства Российской Федерации. URL: <http://static.government.ru/media/files/MbjDAmTYHiwx9JXVvJfNITUGVEA4ThJs.pdf> (дата обращения 06.09.2020г.)

⁶ Приказ Министерства цифрового развития, связи и массовых коммуникаций РФ от 25.06.2018 № 321 «Об утверждении порядка обработки, включая сбор и хранение, параметров биометрических персональных данных в целях идентификации...» Информационно-правовое обеспечение Гарант.ру. URL: <http://base.garant.ru/71985302/> (дата обращения: 08.09.2020).

информации, кроме специальной – касающейся расовой, национальной принадлежности, политических взглядов, религиозных или философских убеждений, состояния здоровья, интимной жизни субъектов персональных данных и т.д.

Стремительно растущие в количестве системы электронного учета сведений о гражданах требуют пристального внимания и особой защиты. После создания Федерального регистра сведений о населении произойдет дублирование данных, то есть они будут храниться и в Федеральном регистре, и в ведомственных системах электронного учета. Отсюда следует, что если впредь было необходимо обеспечить безопасность только ведомственных систем учета с узким перечнем сведений о населении, то теперь также необходимо создать такую систему безопасности для Федерального регистра, которая сможет устоять против современных кибер-угроз.

Что же касается Единой биометрической системы, то тут вопрос безопасности стоит превыше всего. Во-первых, многие из биометрических характеристик человека могут быть фальсифицированы злоумышленником, а скопировать оцифрованные биометрические данные может быть даже проще, чем физические. Во-вторых, однажды скомпрометированные биометрические данные скомпрометированы навсегда – пользователь не сможет поменять украденные отпечатки пальцев, как меняет пароль в случае его кражи; потенциально человек может страдать от этой проблемы на протяжении всей оставшейся жизни.

Таким образом, хочется обратить внимание на то, что при создании и использовании систем электронного учета сведений о гражданах особое внимание необходимо уделять системе безопасности, иначе персональные данные миллионов россиян и иностранцев могут оказаться в открытом доступе.

*Александр Анатольевич Пилипенко,
заведующий кафедрой финансового права и правового
регулирования хозяйственной деятельности
Белорусского государственного университета,
кандидат юридических наук, доцент;
pilipenko_bsu@mail.ru*

ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНЫЕ АСПЕКТЫ УСМОТРЕНИЯ В НАЛОГОВЫХ ОТНОШЕНИЯХ

В статье рассматриваются теоретические и прикладные вопросы усмотрения в налоговых отношениях. Автором обосновывается необходимость учета принципа разумной сдержанности при принятии правоприменительных решений в налоговой сфере.

Ключевые слова: усмотрение, налоговое правоприменение, оценочные понятия, пределы усмотрения, разумность.

Введение

Сложившийся спектр нормативных правовых актов не в состоянии регламентировать все вопросы общественной жизни, не могут предложить решение для каждой возникающей жизненной ситуации, что предполагает необходимость внедрения соответствующих механизмов гибкого реагирования на постоянно возникающие вопросы и проблемы. Одним из правовых инструментов такого реагирования является усмотрение, которое предполагает предоставление определенному субъекту свободы самому определять условия своей деятельности, а также конкретные меры, которые ему следует предпринимать. Как справедливо отмечает Ю.А. Тихомиров, усмотрение «своего рода юридико-психологическая пружина всего правового механизма, приводящая в движение все составные части. Ведь практически нарушения законности и вмешательство в дела субъектов права, ограничение законных интересов граждан и юридических лиц и произвол служат иллюстрациями деформации усмотрения»¹. Следует также согласиться с О.В. Кораблиной, которая полагает, что «усмотрение – это неотъемлемый элемент правоприменительной деятельности, объективно существующее и соци-

¹ Тихомиров, Ю.А. Усмотрение в фокусе права / Ю.А. Тихомиров // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2011. – № 4. – С. 72–75.

ально оправданное правом явление, в котором выражается динамизм права, его приспособленность к изменяющимся историческим условиям и конкретным ситуациям»².

В последние годы отмечается повышенный интерес к исследованию проблемы усмотрения в налоговом праве. В то же время, данный интерес пока еще не получил должного и всестороннего доктринального форматирования, ограничившись, в большей степени, анализом отдельных прикладных конструкций.

Основная часть

Изначальной методологической предпосылкой анализа термина «усмотрение» является обращение к его словарному значению. Толковый словарь русского языка С.И. Ожегова определяет усмотрение как «решение, заключение, мнение»³. Данное терминологическое обозначение детерминирует статический аспект усмотрения в контексте достигнутого определенного результата. В Большом толковом словаре русского языка Д.Н. Ушакова наблюдается динамическое терминологическое конструирование слова «усмотрения», под которым понимается «действие, решение или склонность действовать, решать по собственному желанию, а не по закону, произвол»⁴. Следует отметить, что данный словарный источник, давая, в свое время, толкование слову «усмотрение», обозначил важную современную проблему соотношения усмотрения и произвола. Т.Е. Ефремова в современном толковом словаре русского языка, приводит более категорическое толкование рассматриваемому феномену: «Усмотрение – единоличное решение должностного лица, имеющего власть (имеющего собственное мнение, а не по закону)»⁵.

² Кораблина, О.В. Усмотрение в правоприменительной деятельности: общетеоретический и нравственно-правовой аспекты: автореферат дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / О.В. Кораблина; Саратов. юрид. ин-т МВД РФ. – Саратов, 2009. – 22 с

³ Ожегов, С.И. Толковый словарь русского языка: ок. 100 000 слов, терминов и фразеологических выражений / С.И. Ожегов; под ред. Л.И. Скворцова. – 26-е изд., испр. и доп. – М.: Оникс, 2009. – 1260 с

⁴ Ушаков, Д.Н. Большой толковый словарь русского языка: современная редакция / Д.Н. Ушаков. – М.: Дом славян. Книги, 2011. – 959 с

⁵ Ефремова, Т.Ф. Современный толковый словарь русского языка. В 3 т.: около 160 000 слов / Т.Ф. Ефремова. – М.: АСТ: Астрель, 2006. – Т. 3: Р–Я. – 973 с

Современная правовая наука предложила достаточно обширную палитру дефиниций усмотрения. Изначально следует отметить ряд ученых, которые связывают понятие усмотрения с вариативностью действий соответствующего субъекта, которое в их понимании формализуется системной взаимосвязью с рассматриваемой категорией словом «выбор». Так, по мнению А.А. Малиновского, «усмотрение в праве можно определять как выбор субъектом определенной цели и способов ее достижения или как возможность выражать свою позицию и принимать решения независимо от воли других лиц»⁶. С точки зрения Ю.А. Тихомирова «усмотрение в аспекте права есть гарантированный законом выбор уполномоченным субъектом вариантов решений и действий в пределах его компетенции»⁷. А.А. Березин, проведя комплексное общетеоретическое исследование пределов правоприменительного усмотрения, под ним понимает «осуществляемую на основе и в рамках закона деятельность уполномоченных субъектов права, предполагающую возможность выбора наиболее оптимального решения по конкретному юридическому делу»⁸. Е.А. Чабан презюмирует вариативность (выбор) не только в предложенной дефиниции усмотрения, но и в выбранных для анализа категориях «усмотрение в праве» и «правовое усмотрение», отдавая предпочтение последней: «Правовое усмотрение следует понимать как свободный выбор субъектом возможного в будущем правомерного поведения, фактическим основанием которого являются объективные факторы окружающей действительности, основанный на интеллектуально-волевых, морально-нравственных и иных субъективных качествах лица и происходящий в рамках правового регулирования общественных отношений (действия права) на всех стадиях данного регулирования»⁹. Д.В. Бойко детерминирует двойную вариативную конструкцию сквозь призму возможности выбо-

⁶ Малиновский, А.А. Усмотрение в праве / А.А. Малиновский // Государство и право. – 2006. – № 4. – С. 102–104.

⁷ Тихомиров, Ю.А. Усмотрение в фокусе права / Ю.А. Тихомиров // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2011. – № 4. – С. 72–75.

⁸ Березин, А.А. Пределы правоприменительного усмотрения: автореферат дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.14 / А.А. Березин; Нижегород. акад. МВД России. – Н. Новгород, 2007. – 25 с.

⁹ Чабан, Е.А. Понятие, сущность и стадии осуществления правового усмотрения / Е.А. Чабан // Вестн. Евразийской акад. админ. наук. – 2012. – № 4. – С. 23–31

ра, рассматривая в институциональном смысле усмотрение в правоприменительной деятельности как «правовую возможность правоприменительного органа или должностного лица, руководствуясь предусмотренной законом свободой выбора, выносить правоприменительное решение по делу, регулирование которого возможно в оговоренных законом рамках или не предусмотрено нормой права вообще, основываясь на своем внутреннем убеждении»¹⁰.

У отдельных авторов в основу дефинирования усмотрения в праве положены интеллектуалистские и нравственные притязания при принятии решения, имеющем определенное юридическое значение. А.А. Никитин, критикуя научные изыскания за отсутствие интеллектуальных начал в изучении усмотрения в праве, предлагает следующее определение рассматриваемой категории: «Усмотрение в праве – это результат интеллектуальной деятельности, субъекта, выбранное на основе предписаний правовых норм решение по вопросу, имеющему юридическое значение, и выраженное в определенном правовом поведении данного субъекта»¹¹. А.С. Скурданов рассматривает усмотрение в праве как «осуществляемая посредством дополнительных нормативно-регулятивных средств творческая, разумная, волевая, правомерная деятельность право-дееспособного лица, направленная на наиболее полное и эффективное осуществление прав и свобод».¹² Белорусский исследователь Д.А. Воропаев ведет речь о принятии соответствующего решения на основании внутреннего убеждения, которое, естественно, должно иметь интеллектуальную основу: «Усмотрение в правоприменительной деятельности – это ситуативный элемент правоприменения, представляющий собой субъектно детерминированный и осуществляемый на основании внутреннего убеждения правоприменителя выбор оптимального правоприменительного решения по конкретному юридическому делу, который направлен на защиту прав и законных интересов личности, общества и государства, достижение социальной

¹⁰ Бойко, Д.В. Законность и усмотрение в правоприменительной деятельности: автореферат дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Д.В. Бойко; Волгогр. гос. ун-т. – Волгоград, 2011. – 34 с.

¹¹ Никитин, А.А. Усмотрение в праве и его признаки / А.А. Никитин // Вестн. Саратов. гос. юрид. академии. – 2012. – № 6. – С. 34–41.

¹² Скурданов, А.С. К вопросу об усмотрении в праве / А.С. Скурданов // Сибирский юридический вестник – 2012. – № 3. – С. 27–33.

и юридической эффективности права и осуществляется в пределах, установленных законом»¹³.

Следует отметить, что вопросы усмотрения в налоговых отношениях, в настоящее время, проблематизируются или получают новую интерпретацию в большей степени в прикладном, а не научном плане. Научная осмысленность прослеживается лишь у Ю.В. Старых, которая рассматривает усмотрение как «определенную рамками законодательства о налогах и сборах свободу выбора уполномоченного правоприменительного органа при принятии субъективно-объективного решения, соответствующего конкретным обстоятельствам рассматриваемого дела, которая обусловлена поставленными перед ним задачами, соответствует интересам государства и общества и основана на познании объективной действительности»¹⁴.

Исходя из властного характера налоговых отношений, атрибутивность которого предопределена положениями п. 1 ст. 1 Налогового кодекса Республики Беларусь от 19 декабря 2002 г. (далее – НК)¹⁵, необходимо, в первую очередь, вести речь о дискреционном усмотрении должностных лиц налоговых органов. При этом законодатель в силу объективных причин сознательно допускает некоторую свободу действий должностного лица в четко установленных рамках. Например, часть вторая п. 36 Положения о порядке организации и проведения проверок, утв. Указом Президента Республики Беларусь от 16 октября 2009 г. № 510 «О совершенствовании контрольной (надзорной) деятельности в Республике Беларусь»¹⁶, предусматривает, что при проведении проверки проверяющий самостоятельно определяет методы и способы ее осуществления. Несмотря на то, что процессуализация данных методов и способов имеет достаточно четкое нормативное форматирование, усмотрение в налоговом правоприменении способно вызвать и отрицательный эффект.

¹³ Воропаев, Д.А. Усмотрение в правоприменительной деятельности: понятие, юридическая природа, признаки / Д.А. Воропаев // Право.by. – 2014. – № 5. – С. 17–22.

¹⁴ Старых, Ю.В. Усмотрение в налоговом правоприменении / Ю.В. Старых; под ред. М.В. Карасевой. – М.: ИД «Юриспруденция», 2007. – 176 с.

¹⁵ Налоговый кодекс Республики Беларусь: Кодекс Респ. Беларусь, 19 дек. 2002 г., № 166-З // ЭТАЛОН. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой инфор. Респ. Беларусь. – Минск, 2020.

¹⁶ О совершенствовании контрольной (надзорной) деятельности в Республике Беларусь: Указ Президента Республики Беларусь, 16 окт. 2009 г., № 510 // ЭТАЛОН. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой инфор. Республики Беларусь. – Минск, 2020.

Необходимо отметить, что усмотрение в налоговом праве является неотъемлемым элементом правоприменительной деятельности. В то же время, довольно часто требования должностных лиц налоговых органов, в основе которых лежит усмотрительное начало, являются дополнительными затратами для субъектов предпринимательской деятельности, которые не только сказываются на их финансовых результатах, но и значительно дестабилизируют управленческий процесс. Одновременно, налоговое законодательство содержит ряд оценочных понятий, которые позволяют субъекту усмотрения определять их содержание с учетом конкретной ситуации. Например, положения абзаца первого п. 2 ст. 130 НК связывают затраты по производству и реализации товаров (работ, услуг), учитываемые при определении налоговой базы по налогу на прибыль, с их экономической обоснованностью. Прикладное понимание экономической обоснованности затрат должностными лицами налоговых органов, в контексте бюджетной целесообразности, зачастую дистанцируется от отраженных в бухгалтерских документах налогоплательщика результатах хозяйственной деятельности. С финансовой точки зрения, результаты такого усмотрения для субъекта предпринимательской деятельности могут быть отрицательными.

Соответственно, совокупность разновариативных форм усмотрения в налоговых отношениях может привести к ситуации экономической пассивности, которая может трансформироваться в экономический скептицизм, когда субъектами предпринимательской деятельности крайне критически оцениваются хозяйственные перспективы и выгоды, что подвигает их либо к территориальному перемещению своего бизнеса в другие страны, либо к его ликвидации, что, в свою очередь, ведет к отрицательным последствиям для государства в контексте недополученных налоговых платежей, а также возможности разрешения многочисленных социально-экономических проблем (например, занятость населения). В этой связи, видится абсолютно правильной правовая позиция Конституционного Суда Российской Федерации, согласно которой, «законодатель, обладая достаточной свободой усмотрения в определении конкретных видов государственного контроля (надзора), оснований, форм, способов, методов, процедур, сроков его проведения, состава мер государственного принуждения, применяемых по итогам контрольных мероприятий, а также конкретного порядка финансового обеспечения, вместе с тем связан общими конститу-

ционными принципами организации системы органов государственной власти, а осуществляемое им регулирование должно соответствовать юридической природе и характеру общественных отношений, складывающихся в сфере государственного контроля (надзора), вводимые же ограничения прав и свобод граждан, занимающихся предпринимательской деятельностью, – быть соразмерными конституционно значимым целям и, во всяком случае, не создавать препятствий их экономической самостоятельности и инициативе»¹⁷. Исходя из вышеуказанной сентенции, можно сделать вывод, что государство не свободно при установлении форм и методов контроля, оно должно руководствоваться разумными соображениями и не создавать препятствий реализации прав и свобод человека, в первую очередь, в экономической сфере.

В этой связи важным представляется вопрос о пределах усмотрения в налоговом правоприменении. Закрепляя право на усмотрение, правотворческий орган устанавливает свободу выбора одного из нескольких решений на конкретном участке правоприменительной деятельности. В данном случае пределы усмотрения представляют собой варианты доступных субъекту правоприменения решения до начал его осуществления. Например, в соответствии с п. 2 ст. 88 НК итогом рассмотрения жалобы на решение налогового органа со стороны вышестоящего налогового органа может быть одно из четырех предписанных законодательством решений. Научное моделирование таких пределов усмотрения в праве наблюдается, в частности, у А.Г. Фастова и Д.В. Бойко: «Правовыми пределами правоприменительного усмотрения являются официально закрепленные положения, определяющие границы, в рамках которых принимается решение в ситуации усмотрения»¹⁸. Однако более предпочтительным представляется научная ориентация на определение пределов усмотрения

¹⁷ По делу о проверке конституционности положений абзаца четырнадцатого статьи 3 и пункта 3 статьи 10 Федерального закона «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)» в связи с жалобой гражданина В.В. Михайлова»: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации, 18 июля 2008 г., № 10-П // Консультант Плюс: Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ЗАО «Консультант Плюс». – М., 2020

¹⁸ Фастов, А.Г. Специальные юридические гарантии обеспечения законности в дискреционном правоприменении / А.Г. Фастов, Д.В. Бойко. – Вестн. Волгоград. академии МВД России. – 2013. – № 2. – С. 15–22

в правоприменении сквозь призму более широкого круга детерминант. Например, А.А. Березин отмечает, что «пределы правоприменительного усмотрения представляют собой установленные посредством особого правового инструментария границы, в рамках которых субъект правоприменения на основе комплексного анализа обстоятельств юридического дела уполномочен вынести оптимальное решение с точки зрения принципов законности, справедливости и целесообразности»¹⁹.

По нашему мнению, определение и адекватное применение пределов правового усмотрения в налоговой сфере – это основа взаимоотношения государства и налогоплательщиков. Такие пределы могут определяться как законодателем (например, предусмотренная ст. 3 НК презумпция правоты налогоплательщика), так и сложившейся практикой применения налогово-правовых норм. Учитывая огромный потенциал дискреционных полномочий должностных лиц налоговых органов, представляется, что важным дополнительным пределом усмотрения в налоговой сфере является разумная сдержанность в их применении.

Разумность, являясь формой мыслительно-интеллектуальной деятельности соответствующего субъекта, является внутренним пределом усмотрения правоприменителя. При этом важным представляется вопрос нормативно-прикладного наполнения разумности в публичной (в нашем случае – налоговой) сфере. Как отмечает, Н.А. Власенко «разумность не существует сама по себе, она должна наполняться содержанием от реальности, например, это может быть оптимальность, заботливость, лояльность, соотношение или сбалансированность интересов и др. Иначе говоря, в праве заложено здравое мышление, основанное на рациональности, профессиональном понимании и ответственности за систему собственных действий и поступков»²⁰. С общетеоретических позиций такое наполнение мы наблюдаем у Д.Н. Рогачева, который полагает, что «разумность – законодательно закреплённая характеристика правомерной коррекции уполномоченными субъектами условий действия и (или)

¹⁹ Березин, А.А. Пределы правоприменительного усмотрения: автореферат дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.14 / А.А. Березин; Нижегород. акад. МВД России. – Н. Новгород, 2007. – 25 с.

²⁰ Власенко, Н.А. Разумность, право, правотворчество / Н.А. Власенко // Юрид. техника. – 2012. – № 6. – С. 121–125

содержания норм права, основанная на сознательном сопоставлении имеющихся у них возможностей (материальных, интеллектуальных) и эмпирической действительности (ситуационной обстановки) с целью обеспечения наибольшей эффективности осуществления социально полезной деятельности»²¹. А К.Е. Коваленко высказывает довольно категорическое мнение о том, что «решение, выходящее за рамки разумности, т.е. «неразумное решение» с формальной точки зрения, неправомерно и подлежит отмене»²².

Заключение

При усмотрении в налоговом правоприменении важным представляется направленность разумности, которая, по нашему мнению, должна быть формализована соответствующими субъектами в определенное самоограничение применяемых дискреционных полномочий, основанное на экономической рациональности и взвешенности предполагаемых действий и принимаемых решений. Истоком разумной сдержанности при реализации дискреционных полномочий должно стать понимание соблюдения баланса фискальных интересов государства при формировании бюджета и прав и законных интересов налогоплательщиков.

Усмотрение в налоговом правоприменении представляет собой предусмотренную налоговым законодательством вариативность принимаемых решений соответствующего субъекта, основанная на его внутреннем убеждении, в основе которого лежит интеллектуальная деятельность и понимание объективной экономической реальности.

В контексте широкого спектра дискреционных полномочий налоговых органов и их должностных лиц, реализация которых может иметь негативные последствия для налогоплательщиков, правоприменительные решения должны быть основаны на принципе разумной сдержанности с учетом здравого смысла и соблюдения баланса интересов частных и публичных субъектов.

²¹ Рогачев, Д.Н. Разумность как общеправовая категория: проблемы теории, техники, практики: автореферат дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Д.Н. Рогачев; Нижегород. акад. МВД России. – Н. Новгород, 2010. – 35 с.

²² Коваленко, К.Е. Разумность в праве: основные формы проявления: автореферат дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / К.Е. Коваленко; Ур. гос. юрид. ун-т. – Екатеринбург, 2015. – 29 с.

*Ольга Владимировна Протопопова,
кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры
гражданского права и процесса и международного
частного права Юридического института
Российского университета дружбы народов (РУДН);
oprotoporova@yandex.ru*

ИСКУССТВЕННЫЙ ИНТЕЛЛЕКТ В ЮРИСПРУДЕНЦИИ: МОЖЕТ ЛИ РОБОТ ЗАМЕНИТЬ ЮРИСТА-ЧЕЛОВЕКА ПРИ СОСТАВЛЕНИИ ИСКОВОГО ЗАЯВЛЕНИЯ ИЛИ АПЕЛЛЯЦИОННОЙ ЖАЛОБЫ?

В статье отмечается, что исследователи подразделяют искусственный интеллект (ИИ) на «слабый» и «сильный». Машины уже проводят юридические исследования, готовят юридические документы, ведут переговоры и даже готовят патентные заявки. Автор приводит примеры использования ИИ в юридической деятельности. Компания DoNotPay создала успешный чат-бот ИИ, который опрашивает пользователей об их юридических проблемах, а затем использует их ответы для составления документов от их имени. Автор отмечает, что юридические службы ИИ, такие как «DoNotPay», в конечном итоге не смогут полностью заменить людей.

Ключевые слова: искусственный интеллект, робот-медиатор, робот-юрист, чат-бот, DoNotPay, RiskOver, исковое заявление.

Информация о финансировании. Работа выполнена при финансовой поддержке Гранта Президента РФ № НШ-2668-2020.6 «Национально-культурные и цифровые тренды социально-экономического и политико-правового развития Российской Федерации в XXI веке»

Введение

Тревожные заголовки и прогнозы о замене юристов искусственным интеллектом (далее – ИИ), без сомнения, создали дискомфорт для многих адвокатов, уже обеспокоенных будущим своей профессии.¹ Глобальный рынок юридических услуг, который приближается к 1 трлн долл. США, является одним из крупнейших

¹ Marchant G. (2019). Artificial Intelligence and The Future of Legal Practice // – Document CrunchTM. URL: <https://www.documentcrunch.com/ai-news-artificial-intelligence-and-the-future-of-legal-practice.html> Дата обращения 12.07.2020.

в мире². При этом правовая сфера всегда была ограничена бесчисленными традициями, и медленно внедряла новые технологии и инструменты. Согласно публикациям специалистов, все это должно измениться в ближайшие годы. Многие зарубежные авторы (например, Лорд Сэйлс, судья Верховного суда Великобритании;³ Д. Фаггелла, эксперт ООН по проблемам ИИ, и др.) полагают, что именно 2020 г. будет судьбоносным для разрешения этой проблемы⁴. Подчеркнем, что ИИ больше, чем любая другая технология, преобразует юридическую практику самым драматическим образом. Эксперт «Forbes» Р. Тьюс справедливо отмечал, что закон во многих отношениях особенно способствует применению ИИ и машинного обучения. Машинное обучение и право действуют в соответствии с поразительно схожими принципами: они оба обращаются к историческим примерам, чтобы вывести правила, применимые к новым ситуациям⁵.

Машины уже проводят юридические исследования, готовят юридические документы, ведут переговоры по таким спорам, как развод, и даже готовят патентные заявки. Машины учатся у своих создателей, и друг у друга расширять возможности адвокатов представлять клиентов, и даже полностью заменять их. Хотя это угрожает работе юристов, экспоненциальное увеличение возможностей машин передавать, хранить и систематизировать данные процесса предоставляют адвокатам возможность использовать эти услуги для обеспечения лучшего, более дешевого или более быстрого юридического представительства клиентов⁶.

² Frolova E.E., Polyakova T.A., Dudin M.N., Rusakova E.P., Kucherenko P.A. Information security of Russia in the digital economy: the economic and legal aspects // Journal of Advanced Research in Law and Economics. 2018. vol. 9. № 1. p. 89–95.

³ Sales Ph. (2019). Algorithms, Artificial Intelligence and the Law. The Sir Henry Brooke Lecture for BAILII Freshfields Bruckhaus Deringer, London Lord Sales, Justice of the UK Supreme Court / 12 November 2019. URL: <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-191112.pdf> (дата обращения 18.06.2020).

⁴ См., напр., – Faggella D. (2020). AI in Law and Legal Practice – A Comprehensive View of 35 Current Applications// Emerj – Artificial Intelligence Research and Insight. March 14, 2020. URL: <https://emerj.com/ai-sector-overviews/ai-in-law-legal-practice-current-applications/> Дата обращения 10.06.2020.

⁵ Toews R. (2019). AI Will Transform the Field of Law//Forbes. Dec 19, 2019. URL: <https://www.forbes.com/sites/robtoews/2019/12/19/ai-will-transform-the-field-of-law/#3069931a7f01> Дата обращения 11.06.2020.

⁶ Hricik D. et al (2018). Ethics of Using Artificial Intelligence to Augment Drafting Legal Documents // 4 Tex. A&M J. Prop. L. 465 (2018). Available at: <https://doi.org/10.37419/JPL.V4.I5.3> Дата обращения 20.07.2020.

О термине «искусственный интеллект»

Мы разделяем мнение английских ученых Ч. Морган и Р. Рид, что термин искусственный интеллект (ИИ) используется очень свободно, и часто говорят, что он относится к системам, которые могут *«мыслить»*⁷. Иными словами, *ИИ – это применение передовых аналитических и логических команд для интерпретации событий и автоматизации решений и действий*. Будь то машинное обучение, обработка языка, расширенная аналитика или технология блокчейн, новые технологии революционизируют способ ведения бизнеса в каждой отрасли, в том числе правовой.

Исследователи подразделяют ИИ на «слабый» и «сильный». Слабый ИИ – это возможность запрограммировать машины на выполнение определенных задач. Умные личные помощники, такие как «Siri», «Google Now», «Алиса» (Россия), автоматическая категоризация электронной почты и функции озвучивания текста – все это примеры слабого искусственного интеллекта. Сильный ИИ относится к более высокому стремлению дать машинам возможность выполнять когнитивные функции, подобные человеческому разуму. Сильный ИИ способен выполнять несколько задач и принимать решения самостоятельно. Примером сильного ИИ могут служить роботы-медиаторы⁸.

О составлении юридических документов

Может ли робот заменить юриста-человека при написании искового заявления или апелляционной жалобы? Мы полагаем, что такая замена может быть частичной. Составление любого юридического документа (искового заявления, апелляционной жалобы, судебного решения) или речи для выступления в суде – это творческий процесс. Адвокат – это одна из творческих профессий, для успешного выполнения которой необходим талант.

Напомним, что мы понимаем под творчеством. «Творчество – это сложный процесс создания нового. Творческая деятельность

⁷ Morgan C., Reed R. (2019). Dispute resolution in the Era of Big Data and AI// Herbert Smith Freehills. 18 September 2019. URL: <https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/dispute-resolution-in-the-era-of-big-data-and-ai> Дата обращения 09.06.2020.

⁸ О применении первого робота-медиатора см.: Hilborne N. (2019). Robot mediator settles first ever court case// Legal Futures. February 19, 2019. URL: <https://www.legalfutures.co.uk/latest-news/robot-mediator-settles-first-ever-court-case> Дата обращения 15.06.2020.

может существовать лишь как синтез познавательной, эмоциональной и волевой сфер человеческого сознания, как высший уровень познания человека. Особое место в творческой работе занимает воображение, оно как бы центр (фокус), вокруг которого концентрируются остальные качества творческого человека. Полет фантазии обеспечивается знаниями, мышлением, подкрепляется целеустремленностью, эмоциями. В общем виде творческий процесс состоит из нескольких этапов. Основные этапы творческого процесса: а) зарождение идеи, реализация которой осуществляется в творческом акте; б) концентрация знаний, прямо или косвенно относящихся к данной проблеме, добывание недостающих сведений; в) сознательная и бессознательная работа над материалом, разложение и соединение, перебор вариантов, озарение; г) проверка и доработка»⁹. С нашей точки зрения, некоторые этапы творческого процесса – зарождение идеи, озарение, воображение и полет фантазии – вряд ли могут быть созданы ИИ.

Но творческий труд включает в себя, кроме создания текста произведения, также концентрацию и добывание недостающих сведений (поиск материалов, отбор материалов и пр.). Может ли этот этап творчества быть передан ИИ? Опыт зарубежных и российских систем ИИ в юридической деятельности положительно отвечает на этот вопрос¹⁰. Приведем примеры.

Использование ИИ при составлении юридических документов

1) Компания «DoNotPay»¹¹. Компания рекламирует свое приложение как «первого в мире робота-юриста». «Сражайтесь с корпорациями, побеждайте бюрократию и судитесь с кем-либо одним нажатием кнопки», – говорится на сайте «DoNotPay». Компания создала чат-бот ИИ,¹² который опрашивает пользователей об их юридических проблемах, а затем использует их ответы для заполнения и представления документов от их имени.

⁹ Творческий труд. Особенности творческой деятельности. URL: <http://www.medicfactory.ru/arttrud.htm> Дата обращения 14.07.2020.

¹⁰ Inshakova A.O., Frolova E.E., Rusakova E.P., Kovalev S.I. The model of distribution of human and machine labor at intellectual production in industry 4.0 // Journal of Intellectual Capital. 2020. Vol. 21. № 4. p. 601–622.

¹¹ DoNotPay (2020). URL: <https://donotpay.com/> Дата обращения 12.07.2020

¹² Чат-бот (англ. chatbot) – это программа, которая имитирует реальный разговор с пользователем. Чат-боты позволяют общаться с помощью текстовых или аудио сообщений на сайтах, в мессенджерах, мобильных приложениях или по телефону.

DoNotPay – это чат-служба юридических услуг, основанная британско-американским предпринимателем Дж. Броудером. Чатбот был изначально создан для оспаривания парковочных билетов, но теперь он включает и другие сервисы¹³. Как «робот-юрист», DoNotPay – это загружаемое мобильное приложение, которое использует искусственный интеллект для предоставления юридических услуг всем пользователям бесплатно. В настоящее время он доступен в Великобритании и США (во всех 50 штатах). DoNotPay был представлен BBC, NPR, NBC, Bloomberg, Washington Times и многими другими крупными новостными агентствами.

Об этой компании дискутировали и российские юристы. Так, В. Писарев сообщил, что «18-летний студент Стэнфордского университета по имени Д. Броудер создал сервис для водителей, зарегистрированный под доменным именем DoNotPay.co.uk, позволяющий путем общения с чат-ботом составить в полностью автоматизированном режиме *апелляционную жалобу* на полученную квитанцию о штрафе. Таким образом, сервис DoNotPay.co.uk сэкономил своим доверителям, коих за полгода собралось порядка 86 тысяч человек, более 2 миллионов фунтов стерлингов. В 40% случаев апелляция заканчивалась успехом»¹⁴. В 2016 г. успех этого начинания показался российским специалистам сомнительным, хотя и был высоко оценен в английской прессе. Устинин Д. в качестве более успешной альтернативы привел пример российского сервера – «RiskOver», который оказывает автоматизированные юридические консультации и готовит документы для частных лиц и бизнеса¹⁵. Как отмечено на сайте, система предназначена для оперативного выявления и оценки юридических рисков, существующих при приобретении и/или залоге движимого и недвижимого имущества. Система проводит юридическую экспертизу, помогает обеспечить полную проверку всех необходимых документов и фактов в отношении заключаемой сделки. Но прогнозы российских юристов в отношении DoNotPay не подтвердились.

¹³ DoNotPay – Wikipedia URL: <https://en.wikipedia.org/wiki/DoNotPay> Дата обращения 15.07.2020.

¹⁴ Писарев В. (2016). Концепция сервиса DoNotPay.co.uk в российских реалиях // ООО «Издательская группа «Закон». 13.03.2016. URL: https://zakon.ru/discussion/2016/3/13/koncepciya_servisa_donotpaycouk_v_rossijskij_realijah Дата обращения 15.07.2020.

¹⁵ RiskOver. URL: <https://riskover.ru/about> Дата обращения 15.07.2020.

В 2017 г. сервис DoNotPay расширился и теперь включает функции, которые помогают пользователям получать возмещение за авиабилеты и бронирование гостиниц. Хотя по состоянию на октябрь 2018 года приложение DoNotPay позволяло подавать только сравнительно небольшие иски с максимальным лимитом в 25 000 долл. США, Д. Броудэр планировал дальнейшее расширение приложения. В 2019 году он получил финансирование в размере 4,6 млн долл. США от инвесторов из Силиконовой долины, таких как Andreessen Horowitz и Founders Fund, которые раньше финансировали Facebook. Таким образом, деятельность DoNotPay можно считать вполне успешной.

2) Компания «DISCO»¹⁶ была создана в 2012 году в Хьюстоне (США) небольшой юридической фирмой. Это было вызвано разочарованием фирмы в традиционных инструментах поиска доказательств, которые были медленными и трудными для использования юристами. Вместо того, чтобы приспособить свои методы работы к существующим технологиям, фирма стремилась изобрести технологию, которая работает так, как работают юристы. Программное обеспечение «DISCO» стало результатом этой работы, и сегодня компания «DISCO» является самым быстрорастущим решением для e-discovery (электронных доказательств) в Северной Америке¹⁷. «E-Discovery» – поиск электронной информации – это процесс обнаружения, сбора и представления сведений, хранящихся на цифровых носителях: электронных писем, презентаций, баз данных и любых других документов, *способных выступить доказательствами в судебном разбирательстве*¹⁸.

Являясь ведущим поставщиком программного обеспечения как сервисного решения, разработанного юристами для юристов,

¹⁶ DISCO (2020). URL: <https://www.csdisco.com/> Дата обращения 15.07.2020.

¹⁷ Kendrick A. (2019). What does AI mean for lawyers? // DRD Partnership. 26 November 2019. URL: <https://www.drpartnership.com/what-does-ai-mean-for-lawyers/> Дата обращения 10.06.2020.

¹⁸ Службы поиска электронной информации (eDiscovery): защита бизнеса // Microsoft 365 Team. февраля 8, 2019. URL: <https://www.microsoft.com/ru-ru/microsoft-365/business-insights-ideas/resources/see-how-ediscovery-services-protect-you-and-your-business> Дата обращения 02/07/2020. См. также: Ермакова Е.П. (2018). Реформы гражданского судопроизводства, арбитража и медиации в зарубежных странах 2014–2018 гг. (Австралия, Англия, Германия, Канада, США, Франция). – М. Изд. Инфотропик, 2018. С. 19.

«DISCO» изобретает юридические технологии для автоматизации и упрощения сложных и подверженных ошибкам задач, отвлекающих от юридической практики. Программное обеспечение «DISCO» используется более чем 400-ми юридическими фирмами, в том числе 75-ю фирмами из «top Am Law 200», как их первый выбор инновационных технологий, которые улучшают практику юридической деятельности, чтобы помочь обеспечить справедливость и выиграть дела. Компания «DISCO» заявила, что обеспечивает более быстрые результаты, используя свою облачную технологию для поиска документов на больших объемах данных подобно «Everlaw». Компания также использует технологию прогнозирования, позволяющую предположить, какие документы наиболее вероятно будут релевантными или не относящимися к пользователю. ИИ работает, присваивая баллы тегам (по шкале от -100 до +100), чтобы улучшить свои результаты прогнозирования. Программное обеспечение отображает результаты поиска с оценкой каждого документа и предлагает, какой материал, скорее всего, полезен для читателя.

3) Компания «Catalyst»,¹⁹ базирующаяся в Денвере (США), продает свой продукт Automated Redaction, чтобы помочь юристам и юридическим рецензентам удалить конфиденциальную информацию из документов. «Ручное редактирование», как утверждает компания, является обременительным, учитывая количество времени, которое рецензент тратит на поиск содержимого в цифровом документе, а затем применяет черные ящики к этим заявлениям. Их инструмент позволяет пользователям конвертировать документ в цифровой формат, а затем выполнять несколько наборов изменений для одного документа путем поиска слова или фразы. Пользователи также могут устанавливать шаблоны, такие как номера социального страхования, в программном обеспечении для редактирования. Обзор из функции Automated Redaction для электронного обнаружения вводит его использование.

4) Компания «Exterro Inc.»²⁰ – ведущий поставщик решений по правовому управлению, управлению рисками и соответствию нормативным требованиям. Среди своих основных клиентов компания

¹⁹ Catalyst. (2020). URL: <https://catalystsecure.com/> Дата обращения 15.07.2020.

²⁰ Ron J. (2011). Exterro revolutionizes e-discovery market with robotic e-discovery, Fusion WhatSun // Exterro. URL: <https://www.exterro.com/about/news-events/exterro-revolutionizes-e-discovery-market-with-robotic-e-discovery-fusion-whatsum/> Дата обращения 13.07.2020.

называет такие гиганты как «AOL Inc.»²¹, «Microsoft» и «Target»²². В 2011 году компания объявила о доступности «*Fusion WhatSun*», пакета роботизированных решений, основанного на рабочей платформе Fusion для искусственного интеллекта. «*Fusion WhatSun*» состоит из RoboHold, RoboConceptSearch, RoboGrabber, RoboCrawler, RoboCuller, RoboReview и RoboReporter. В совокупности пакет решений «*Fusion WhatSun*» позволит заменить любое корпоративное программное обеспечение для e-discovery (электронных доказательств), устраняя до 99,9 процента всех неэффективных функций мозга, которые в настоящее время выполняются высокооплачиваемыми адвокатами, юристами и технологами. Как отметил Б. Балачандран, президент и исполнительный директор Exterros, – «до сих пор только крупнейшие корпорации имели в своем распоряжении армии дорогих адвокатов, IT-специалистов и руководителей проектов по e-discovery (электронным доказательствам). С «*Exterro WhatSun*» любая компания или юридическая фирма может иметь защищенный роботизированный метод для получения контроля над e-discovery, включая способность WhatSuns сканировать два зетабайта информации в своем мозге менее чем за 172 миллисекунды».

На сайте «Exterro Inc.» приводится заявление Д. Доу, главного юрисконсульта фирмы «EweTaupeEya, Inc.»: «до использования «*Exterro WhatSun*» нам приходилось платить более чем 100 сотрудникам за действительно сложную юридическую и технологическую работу. Но теперь, с «*Exterro WhatSun*», мы смогли сократить количество сотрудников и счастливо работаем с командой из пяти адвокатов, оснащенных «*WhatSon BioPorts*» (первоначальная экономия эксплуатационных расходов – 95 процентов). Фирма задумывается о сокращении еще четырех человек»²³.

5) Компания «*Brainspace Discovery*»²⁴ кластеризует и сортирует документы в соответствии с запросом пользователя. При поиске

²¹ AOL Inc. – американский медийный конгломерат, поставщик онлайн-служб и электронных досок объявлений, интернет-пейджера AIM. AOL изначально являлся крупнейшим в США интернет-провайдером, во время своего расцвета в начале 2000-х годов приобретённым медиаконгломератом Time Warner.

²² Target – американская компания, управляющая сетью магазинов розничной торговли, работающих под марками Target и SuperTarget. Является шестым крупнейшим ретейлером в США, следуя за Wal-Mart, Home Depot, Kroger, Sears и Costco, и занимает 39-е место в списке крупнейших компаний 2018 года Fortune 500.

²³ Ron J. (2011). Op. cit.

²⁴ Brainspace Discovery <https://www.brainspace.com/> Дата обращения 19.07.2020.

документов ИИ использует концептуальный поиск (*поиск документов, похожих по концепции, но не обязательно по словам или фразам*), расширение термина или фразы (*указание программному обеспечению удалить термины, неправильно связанные с результатами*), и классификацию (*указание другой категории для уточнения поиска*). Компания утверждает, что, комбинируя эти три функции, программное обеспечение может предоставлять результаты поиска документов, более близкие к потребностям пользователя.

В заключение, можно согласиться с мнением обозревателя журнала «Observer» Л. Хармером о том, что некоторые могут подумать, что юридические службы ИИ, такие как «DoNotPay», в конечном итоге заменят людей. Это не так. Рост использования ИИ в юридической деятельности сравним с первоначальным ростом банкоматов: количество банковских касс фактически увеличилось, и стало легче открывать небольшие банковские отделения в большем количестве мест. «ИИ – это инструмент. Наличие лучшего инструмента не означает, что у нас будет меньше людей, выполняющих постоянно растущий объем работы», – заявил Л. Хармер.²⁵ Благодаря новым технологиям работа юриста стала более продуктивной, что позволяет представлять больше юридических фирм по всему миру. ИИ постоянно меняет профессию юриста, требуя, чтобы юристы обладали растущим количеством навыков, чтобы использовать такие технологии, чтобы оставаться конкурентоспособными на рынке. Эта волна технологий также потребует создания новых рабочих мест для анализа данных, которые могут использовать правовые и бизнес-наборы данных и генерировать действенные идеи для улучшения юридической практики. Можно также поддержать точку зрения Н. Мендосы, которая подчеркнула, что «технология ИИ позволяет юристам быть более эффективными и креативными, но сама технология никогда не заменит юристов, потому что человеческий элемент заботы, сострадания и защиты не может быть воплощен в компьютерную программу; отношения между адвокатом и клиентом, между адвокатом и адвокатом, а также между адвокатом и судьей, сложны и не могут быть упрощены до двоичного кода»²⁶.

²⁵ Harmon L. (2019). Artificial Intelligence and The Future of Legal Practice // Observer. URL: <https://observer.com/2019/10/artificial-intelligence-legal-profession/> Дата обращения 12.07.2020.

²⁶ Mendoza N. (2019) Lawyers of the world: Robots aren't replacing you--yet // TechRepublic. URL: <https://www.techrepublic.com/article/lawyers-of-the-world-robots-arent-replacing-you-yet/> Дата обращения 12.07.2020.

*Наталья Васильевна Путило,
кандидат юридических наук, зав. отделом социального
законодательства Института законодательства
и сравнительного правоведения при Правительстве
Российской Федерации; social2@izak.ru*

ОСОБЕННОСТИ ОБОРОТА ЛЕКАРСТВЕННЫХ ПРЕПАРАТОВ: РОССИЙСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО И ПРАВО ЕАЭС

Одна из актуальных задач сегодняшнего дня – обеспечение полноценной гармонизации законодательства Российской Федерации об обращении лекарственных средств с правом Евразийского экономического союза. В настоящее время проблема несогласованности национальных режимов обращения лекарственных средств, установленных в законодательстве государств – членов ЕАЭМ, и норм права ЕАЭС, устанавливающих общие правила функционирования единого рынка лекарственных средств, становится все более очевидным в связи с тем, что правовая база единого рынка лекарственных средств практически полностью сформирована. Вместо двух действующих одновременно систем регуляции (национальное законодательство и право ЕАЭС) должна быть создана единая правовая база, в которой общие нормы права ЕАЭС дополнялось бы и конкретизировались на национальном уровне. Это также позволило бы устранить имеющиеся пробелы и противоречия (как терминологические, так и связанные с содержанием прав и обязанностей субъектов обращения лекарственных средств) между законодательством Российской Федерации в сфере обращения лекарственных средств и правом ЕАЭС в аналогичной сфере.

Ключевые слова: единый рынок, лекарственные препараты, обращение лекарственных средств, евразийский экономический союз, правила надлежащей практики, ввод в гражданский оборот.

Обращение лекарственных средств – комплексная сфера общественных отношений, регламентация которых осуществляется нормами нескольких отраслей: собственно законодательства об обращении лекарственных средств, административного законодательства и гражданского законодательства. Значительность «нормативного вклада» последнего предопределяет и то обстоятельство, что законодательство об обращении лекарственных препаратов не предусматривает возможность регулирования на уровне актов субъектов Российской Федерации и тем более актов местного само-

управления¹. Однако помимо федерального уровня регулирования отношения в сфере обращения лекарственных средств в последние годы стали объектом пристального внимания со стороны международного права.

Договор о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года закрепил основные сроки и принципы формирования общего рынка, включая рынок лекарственных средств. Затем в соответствии с Договором 23 декабря 2014 г. в г. Москве Республикой Беларусь, Республикой Казахстан и Российской Федерацией было подписано Соглашение о единых принципах и правилах обращения лекарственных средств. В настоящее время 5 государств подписали данный договор (Кыргызская Республика к данному документу присоединилась в декабре 2014 г., а Республика Армения – в декабре 2015 г.). В настоящее время 5 государств подписали данный договор, а для Российской Федерации его нормы являются обязательными в силу норм Федерального закона от 31.01.2016 г. № 5-ФЗ «О ратификации Соглашения о единых принципах и правилах обращения лекарственных средств в рамках Евразийского экономического союза».

Создание единого рынка лекарственных средств должно повысить вероятность обеспечения доступности безопасных, эффективных и качественных лекарств для граждан государств – членов ЕАЭС, ведь общий рынок лекарственных средств означает, что лекарственные препараты будут свободно перемещаться в рамках Евразийского экономического союза. Это также позволит увеличить конкурентоспособность продукции фармацевтической промышленности государств – членов ЕАЭС на внутренних и на мировом рынке. Этот важный экономический и социальный эффект будет достигнут за счет того, что ведущим производителям этих стран придется сталкиваться с меньшим числом административных барьеров для выхода на общий рынок фармацевтической продукции ЕАЭС.

Функционирование единого рынка лекарственных средств в Евразийском экономическом союзе (далее – ЕАЭС) осуществляется в соответствии с Соглашением о единых принципах и правилах обращения лекарственных средств в рамках Евразийского экономи-

¹ Ч. 1 ст. 3 Федерального закона 12.04.2010 г. № 61–ФЗ «Об обращении лекарственных средств» гласит: «Законодательство об обращении лекарственных средств состоит из настоящего Федерального закона, других федеральных законов и иных нормативных правовых актов Российской Федерации».

ческого союза (далее – Соглашение), которое предусматривает, что регулирование обращения лекарственных средств в рамках Союза осуществляется в соответствии с:

- Договором о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года;
- Соглашением о единых принципах и правилах обращения лекарственных средств в рамках Евразийского экономического союза;
- другими международными договорами, составляющими право Союза;
- решениями Евразийской Экономической Комиссии;
- решениями Высшего Евразийского экономического совета (например, № 108 от 23 декабря 2014 г. «О реализации Соглашения о единых принципах и правилах обращения лекарственных средств в рамках Евразийского экономического союза»);
- законодательством государств-членов.

При этом должны быть обеспечены, во-первых, соответствие национального законодательства государств-членов наднациональным актам в сфере обращения лекарственных средств, во-вторых, должна быть произведена гармонизация законодательства государств-членов Союза.

Декларация о дальнейшем развитии интеграционных процессов в рамках Евразийского экономического союза (принята в г. Санкт-Петербурге 06.12.2018 г.) признает, что дальнейшее совершенствование функционирования ЕАЭС требуют принятия амбициозных решений по развитию интеграции, а также совершенствование институтов ЕАЭС.

Обеспечение максимально действенной институциональной системы ЕАЭС по тем направлениям, где создается единый рынок, означает потребность в оценке эффективности действующих институтов и разработку предложений по их совершенствованию.

Единый рынок лекарственных средств в настоящее время предусматривает функционирование нескольких институциональных структур, которые можно рассматривать вместе с актами, составляющими право ЕАЭС в качестве единых регуляторных инструментов:

- единый реестр фармацевтических инспекторов;
- общий справочник понятий и определений в сфере обращения лекарственных средств;

- Фармакопея Союза;
- общая номенклатура лекарственных форм;
- единый реестр зарегистрированных лекарственных средств Евразийского экономического союза;
- реестр уполномоченных лиц производителей лекарственных средств Евразийского экономического союза;
- реестр фармацевтических инспекторов Евразийского экономического союза;
- единая информационная база данных лекарственных средств, не соответствующих требованиям по качеству, а также фальсифицированных и (или) контрафактных лекарственных средств, выявленных на территориях государств-членов;
- единая информационная база данных по выявленным нежелательным реакциям (действиям) на лекарственные средства, включающая сообщения о неэффективности лекарственных средств;
- единая информационная база данных по приостановленным, отозванным и запрещенным к медицинскому применению лекарственным средствам;
- информационная система Союза в сфере обращения лекарственных средств.

Однако органов, созданных на наднациональном уровне и осуществляющих управление в сфере единого рынка лекарственных препаратов, значительно меньше. Это:

1) Евразийская экономическая комиссия (согласно п. 4 ст. 4 Соглашения о единых принципах и правилах обращения лекарственных средств в рамках Евразийского экономического союза осуществляет координацию деятельности, направленной на гармонизацию законодательства государств-членов в сфере обращения лекарственных средств;

2) Фармакопейный комитет Союза (ст. 5 Соглашения);

3) Экспертный комитет по лекарственным средствам при Евразийской экономической комиссии (ЕЭК) – п. 8 ст. 7 Соглашения.

Практически все моменты функционирования фармацевтического рынка, его основные попадают под регулирующее действие Соглашения. По-прежнему будут в сфере национального законодательства государств такие аспекты, как регулирование получения лицензий на производство лекарственных средств, деятельность

аптек, реклама лекарственных средств, формирование перечней и регулирование цен для лекарств из перечня жизненно необходимых и важнейших лекарственных препаратов. Без изменений остался принцип: лекарственные препараты на рынок допускаются лишь при соответствии их правилам ЕЭС; автоматическое признание документов о соответствии требованиям GMP не предполагается.

Заметим, что лишь со вступлением в силу Федерального закона от 28.11.2018 г. № 449-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросу ввода в гражданский оборот лекарственных препаратов для медицинского применения» законодательство Российской Федерации об обращении лекарственных средств было дополнено таким институтом как «ввод в гражданский оборот». К сожалению, межведомственная разобщенность привела к появлению половинчатого решения, поскольку ввода в гражданский оборот лекарственных препаратов для ветеринарного применения не было предусмотрено, как и ввода в гражданский оборот фармацевтических субстанций.

Ввод лекарственных препаратов в гражданский оборот согласно действующим нормам – это выпуск произведенного (ввезенного) препарата в обращение после получения специального разрешения.

Важным не только с позиций терминологии, но и правовых последствий является вопрос о соотношении понятий «обращение» и «оборот». Эти понятия смешиваются как в научной литературе, так и в судебной практике, хотя, по мнению специалистов² понятие «оборот» чаще всего употребляется, когда речь идет о гражданском обороте лекарственных средств, под которым подразумевается отчуждение объектов гражданских прав и их переход от одного лица к другому способами иными, чем отчуждение, а понятие же «обращение» является более широким и предполагает не только непосредственно передачу титула на лекарственные средства от одного субъекта к другому, но и охватывает все действия, необходимые для создания лекарственных средств как специального объекта правоотношений.

² Право граждан на лекарственное обеспечение: монография / Н.В. Путило, Н.С. Волкова, Ф.В. Цомартова и др.; отв. ред. Н.В. Путило. М.: ИЗиСП, КОН-ТРАКТ, 2017. (автор – Шадрин А.Д). С. 52–53.

Заметим, что в настоящее время сложилась ситуация, при которой институт гражданского оборота действует лишь в отношении лекарственных препаратов для медицинского применения, а в отношении лекарственных препаратов термин «гражданский оборот» не применяется. Эта недопустимая с точки зрения логики (обе разновидности лекарственных препаратов не имеют различий как объекты гражданских правоотношений, их специфика проявляется в сфере публичного регулирования: регистрация, ввоз и вывоз, контроль и т.д.) ситуация может быть разрешена с принятием подготовленного в настоящее время проекта федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «Об обращении лекарственных средств» в части ввода в гражданский оборот лекарственных препаратов для ветеринарного применения»³.

Заключение

В наибольшей степени гармонизация российского законодательства и права ЕАЭС в части обращения лекарственных средств будет обеспечена лишь в том случае, если вместо двух разрозненно разрабатываемых проектов (проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «Об обращении лекарственных средств» в части приведения в соответствие с правом Евразийского экономического союза, регулирующим обращение лекарственных средств для медицинского применения», разрабатываемый Минздравом России и проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О лицензировании отдельных видов деятельности» и Федеральный закон «Об обращении лекарственных средств», разрабатываемый Минпромторгом России) сможет быть создан единый акт – проект Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части приведения правового регулирования обращения лекарственных средств в соответствие с правом Евразийского экономического союза».

³ Проект разработан Минсельхозом России, и по официальным данным в настоящее время находится на рассмотрении в Правительстве Российской Федерации (URL: <https://regulation.gov.ru/projects#kinds=6&npa=90427>. Дата обращения: 13.11.2020 г.).

А.А. Пухарт,
*кандидат юридических наук, доцент кафедры
гражданского права и процесса и международного
частного права Юридического института
Российского университета дружбы народов,
ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198;
e-mail: Pukhart_aa@pfur.ru*

АДАПТАЦИЯ ПРАВОСУДИЯ К ПОТРЕБНОСТЯМ ДЕТЕЙ В ОТДЕЛЬНЫХ СТРАНАХ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

В статье отмечается, что основные принципы правосудия, доброжелательного к ребенку (child-friendly justice) были разработаны Советом Европы в 2010 г. На них была основана Программа действий ЕС по правам ребенка 2011 г. Подчеркивается, что хотя Комиссия ЕС прилагает значительные усилия по продвижению принципов правосудия, доброжелательного к ребенку, в отдельных странах ЕС остается еще очень много нерешенных проблем. Участие ребенка в судебном разбирательстве и высказывание им собственного мнения не урегулировано на уровне нормативных актов. На практике медиаторы и судьи в странах ЕС, как правило, не учитывают мнение самого ребенка при выборе «наилучшего» пути его дальнейшей жизни¹.

Ключевые слова: право Европейского Союза, детские суды; доброжелательное к ребенку правосудие (child-friendly justice); право Финляндии; право Норвегии

Введение

Ежегодно в Европейском Союзе в гражданском, административном, уголовном судопроизводстве участвуют около 2,5 млн детей. Участие в судебном разбирательстве может быть стрессом для детей, которые рискуют получить моральные травмы, если судебные процедуры не адаптированы к их потребностям и не являются «дружественными для детей» (child-friendly). Но эффективное уча-

¹ Miroshnichenko O.I., Samusenko T.M., Gaivoronskaya Ya.V, Frolova E.E. Doctrine in the modern world: legal traditions and modern potential // The Social Sciences (Pakistan). 2018. vol. 13. № 2. p. 235–240.

ствие детей в судебном разбирательстве имеет жизненно важное значение для улучшения функционирования правосудия².

Конвенция ООН о правах ребенка 1989 г. (Ст. 12) и другие международные и европейские стандарты в области прав человека признают важность участия детей в судопроизводстве. Эти документы обязывают государства-члены Европейского Союза обеспечить, чтобы интересы детей были главным фактором в любых действиях судебных процедурах с участием детей. В «Программе действий ЕС по правам ребенка» 2011 г. (EU Agenda for the Rights of the Child) Европейская комиссия отдает приоритет правосудию, доброжелательному к ребенку (child-friendly justice)³.

Руководящие принципы Совета Европы по правосудию, доброжелательному к детям

На веб-сайте Совета Европы указано, что дети вступают в контакт с системой правосудия по-разному. Это может касаться семейных вопросов, таких как развод или усыновление, административного правосудия по вопросам гражданства или иммиграции или уголовного правосудия (где дети – жертвы, свидетели или исполнители преступлений). Столкнувшись с системой правосудия, дети попадают во взрослый мир, который они не могут понять. Поэтому необходимо адаптировать систему судопроизводства к их потребностям. Совет Европы разработал различные Стандарты и Руководящие принципы в области правосудия, доброжелательного к ребенку. Эти стандарты направлены на улучшение системы правосудия и ее адаптацию к конкретным потребностям детей. Это влечет за собой необходимость создания такой системы правосудия, которая гарантирует уважение и эффективное осуществление всех прав детей. Наиболее обширный набор стандартов в отношении

² FRA (2017). Child-friendly justice. Perspectives and experiences of children involved in judicial proceedings as victims, witnesses or parties in nine EU Member States // FRA – European Union Agency for Fundamental Rights. URL https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/fra-2017-child-friendly-justice-children-s-perspective_en.pdf Дата обращения 14.07.2020.

³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions An EU Agenda for the Rights of the Child /COM/2011/0060 final//EUR-Lex. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52011DC0060> Дата обращения 12.07.2020.

правосудия, доброжелательного к ребенку, содержится в «Руководящих принципах Комитета министров Совета Европы по правосудию, доброжелательному к детям 2010 г.»⁴ (Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice)⁵. Такое правосудие должно быть: а) доступным; б) соответствующий возраст; в) быстрым; г) деликатным; д) адаптированным и ориентированным на потребности ребенка; е) уважающим права ребенка на надлежащее судебное разбирательство; ж) уважающим права ребенка на участие в судебной процедуре и понимание процесса; з) уважающим права ребенка на частную и семейную жизнь; и) уважающим права ребенка на неприкосновенность и достоинство. Достаточно подробно эти принципы были исследованы в диссертации Кабанова В.Л. и трудах других российских ученых⁶.

Шаги, предпринятые Комиссией ЕС

Для адаптации судебных систем стран-членов ЕС к потребностям детей Европейская комиссия предприняла ряд действий, основанных на указанных выше Руководящих принципах Совета Европы 2010 г. и соответствующих Программе действий ЕС по правам ребенка 2011 г.:

1) В 2013–2015 гг. по поручению Комиссии ЕС учеными было проведено исследование об участии детей в гражданских, административных и уголовных делах в 28 странах ЕС;⁷ основная цель исследования заключалась в сборе и аналитике данных.

2) В 2012 году была принята Директива 2012/29, устанавливающая минимальные стандарты в отношении прав, поддержки и за-

⁴ Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice (Adopted by the Committee of Ministers on 17 November 2010 at the 1098th meeting of the Ministers' Deputies)// CM-Public. CM/Del/Dec(2010)1098/10.2abc-app6 17/11/2010. URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804b2cf3 Дата обращения 10.07.2020.

⁵ Child-friendly justice // Council of Europe. URL: <https://www.coe.int/en/web/children/child-friendly-justice> Дата обращения 10.07.2020.

⁶ См. Кабанов В.Л. Реализация принципа наилучшего обеспечения интересов ребенка в международном праве. Автореф. дис. на соиск. уч. степ. д.ю.н. М., РУДН, 2019. С. 4.

⁷ Study on Children's involvement in judicial proceedings in the 28 Member States of the EU // URL: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/20180822_child_friendly_justice_study.pdf Дата обращения 18.07.2020.

щиты жертв преступлений;⁸ (в ст. 2 Директивы закреплялось, что ребенок – это лицо, моложе 18 лет; ст. 10 – право ребенка быть услышанным и быть услышанным, и др.).

3) В 2016 году была принята Директива 2016/800 о специальных гарантиях для детей, подозреваемых или обвиняемых в уголовном судопроизводстве⁹.

4) С 2011 года по 2019 год Комиссия ЕС спонсировала 29 проектов, направленных на продвижение руководящих принципов Совета Европы 2010 года по правосудию, доброжелательному к детям¹⁰.

Комиссия ЕС также указывала на важность прецедентного права Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ) в Страсбурге¹¹. Наибольшее внимание было обращено на два недавних прецедента. В решении ЕСПЧ 2015 года по делу «M. and M. v. Croatia»¹² было установлено нарушение прав 13-летнего ребенка в деле об ответственности родителей. Суд особо отметил, что ребенку, которому было 9 лет, когда началось судебное разбирательство, не было предоставлено возможности быть услышанным в ходе разбирательства. В решении по другому делу 2016 г. «N.TS. and others v. Georgia»¹³ ЕСПЧ раскритиковал национальные суды за то, что они не рассмат-

⁸ Directive (EU) 2012/29 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA // Official Journal of the European Union. 14.11.2012. URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:315:0057:0073:EN:PDF> Дата обращения 27.07.2020.

⁹ Directive (EU) 2016/800 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0800> Дата обращения 27.07.2020.

¹⁰ Study. Op. cit.

¹¹ Dudin M.N., Frolova E.E., Kucherenko P.A., Samusenko T.M., Voikova N.A. Creating an effective system of education to prepare future human resources within the context provided by the global shift toward a «green economy» // International Journal of Environmental and Science Education. 2016. vol. 11. № 15. p. 8706–8717

¹² M. and M. v. Croatia // HUDOC – Council of Europe (application no. 10161/13). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=003-5160387-6379484&filename=Judgment%20M.%20and%20M.%20v.%20Croatia%20-%20custody%20dispute%20and%20allegations%20of%20child%20abuse.pdf> Дата обращения 23.07.2020.

¹³ Case N.TS. and others v. Georgia (Application No. 71776/12) // International Association of Youth and Family Judges and Magistrates (IAYFJM). URL: http://www.aimjf.org/storage/www.aimjf.org/Jurisprudence_EN/European_Court_of_Human_Rights/CASE_OF_N.TS._AND_OTHERS_v._GEORGIA.pdf Дата обращения 23.07.2020.

ривали возможность непосредственного вовлечения старшего ребенка в судопроизводство и не привели причин, по которым он не был услышан. Процесс начался, когда ребенку было около 7 лет, и длился около двух лет.

Процедуры участия детей в судопроизводстве отдельных стран ЕС исследовали Х. Толонен (Финляндия)¹⁴ и А. Найлунд (Норвегия)¹⁵ в книге «Конституционные права детей в странах Северной Европы» 2019 г. (на англ. яз.).

Финляндия

Возможность участия детей в судебных и административных процедурах, определенные в ст. 12 Конвенции ООН о правах ребенка, была закреплена в законодательстве Финляндии с 1991 г. В последние годы этот вопрос широко обсуждался в Финляндии в связи с принятием Закона о молодежи 1285/2016 (Youth Act 1285/2016). Один из основных спорных вопросов заключался в том, получит ли ребенок пользу от участия в судебном процессе, или оно будет вредным, например, в случае осложнения отношений внутри семьи. С другой стороны, Комитет ООН по правам ребенка раскритиковал Финляндию за недостаточное обеспечение процедуры заслушивания детей в судебных делах.

В области семейного права детям уже давно предоставлено право вето в определенных вопросах. Со времени принятия первого Закона об усыновлении 1925 года (Laki ottolapsista 208/1925) зрелые дети имели право отказаться от усыновления. Согласно ст. 10 Закона об усыновлении 2012 года, для усыновления требуется согласие детей старше 12 лет, если они могут выразить свое мнение. Дети младше 12 лет могут отказаться от усыновления, если они считаются достаточно зрелыми¹⁶. Согласие и отказ детей после определенного возраста также

¹⁴ Tolonen H. (2019). Children's Right to Participate and Their Developing Role in Finnish Proceedings// Children's Constitutional Rights in the Nordic Countries. 19 Nov 2019. URL: <https://brill.com/view/book/edcoll/9789004382817/BP000016.xml> Дата обращения 18.07.2020.

¹⁵ Nylund A. (2019). Children's Right to Participate in Decision-Making in Norway: Paternalism and Autonomy// Children's Constitutional Rights in the Nordic Countries. 19 Nov 2019. URL: <https://brill.com/view/book/edcoll/9789004382817/BP000015.xml> Дата обращения 18.07.2020.

¹⁶ Adoption Act 12/2012 (adoptiolaki). URL: <https://finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2012/en20120022.pdf> Дата обращения 28.07.2020.

имеют значение в некоторых других личных вопросах. Имя ребенка может быть изменено только с его согласия, если ребенок достиг 12-летнего возраста. Имена детей младше 12 лет не могут быть изменены против их мнения, если ребенок считается достаточно зрелым.

Дети могут самостоятельно осуществлять процессуальное право быть заслушанным (*puhevalta, talerätt*) в ходе судебных и административных разбирательств, касающихся их личности. В Финляндии есть возрастные ограничения для этих прав. В гражданском, административном или уголовном судопроизводстве дети, которым исполнилось 15 лет, имеют право быть официально заслушанными судами, когда они являются сторонами в разбирательстве. В делах о защите детей право быть заслушанным начинается с 12 лет. В случаях, которые не касаются личности детей, например, в вопросах, касающихся их собственности, право на самостоятельное участие в судопроизводстве начинается, как правило, в возрасте 18 лет. Важно отметить, что эти возрастные ограничения касаются формального, «процедурного» аспекта участия. В разбирательствах, касающихся ответственности родителей, дети не считаются имеющими право выступать в качестве стороны.

Х. Толонен отмечала, что важным аспектом процессуального участия детей является вопрос о заслушивании их лично. В финской системе судопроизводства личные слушания детей могут проходить в нескольких разных контекстах. **Во-первых**, ребенок может выступать стороной в процессе (если он достаточно взрослый). Как правило, это возможно в уголовном и гражданском судопроизводстве. **Во-вторых**, дети могут лично участвовать в устных слушаниях, давая показания по делу в качестве свидетелей. Согласно общим процессуальным нормам ограничения распространяются на детей в возрасте до 15 лет, заслушивание показаний которых остается на усмотрение суда. В административном судопроизводстве установлено более низкое возрастное ограничение – 12 лет¹⁷.

В дополнение к этим прямым способам участия, личное слушание детей в некоторых разбирательствах может проводиться косвенно в других органах, таких как социальные органы или полиция, которые затем представляют эти материалы в суд. Материалы могут быть представлены в письменной форме – как правило, при рассмотрении дел об ответственности родителей – или с помощью

¹⁷ Tolonen H. (2019). Op. cit.

аудиовизуальных средств, что в настоящее время является общим правилом в уголовном расследовании в Финляндии при заслушивании детей в возрасте до 15 лет.

Как правило, законы Финляндии устанавливают ограничения на прямое заслушивание детей в судебных разбирательствах, касающихся семейных отношений. В Законе об охране детства № 417/2007 закреплялось, что, когда ребенку меньше 12 лет, суд может воздержаться от личного слушания из-за возможных негативных последствий для ребенка. Слушание ребенка возможно за пределами зала суда и с ограниченной аудиторией. Но в последние годы эта ситуация постепенно изменяется.

Норвегия

Норвежский Закон о детях 1981 г. (Children Act) был серьезно реформирован в 2013 г. в связи с принятием Директивы ЕС 2012/29. Закон закрепляет, что в случае развода бывшие супруги, имеющие детей в возрасте до 16 лет, обязаны посещать медиацию в течение как минимум одного часа в неделю при специальном государственном учреждении – Консультации по семейным вопросам (Familievernkontor)¹⁸. Закон о детях не регулирует процедуру медиации или участия детей в ней. До недавнего времени дети были заслушаны менее чем в 5% случаев обязательной медиации. В 2017 году этот показатель составил 21%. Основная причина, по которой дети не допускаются к участию в медиации, заключается в том, что, не участвуя в споре родителей, дети якобы защищены от вовлечения в потенциальный родительский конфликт. Не позволяя детям участвовать, норвежский медиатор избегал излишних проблем. В последние годы в Норвегии дети все чаще включаются в процесс медиации в рамках экспериментального проекта (bim model pilot project)¹⁹. В этом проекте медиатор перед беседой с родителями предварительно разговаривает с ребенком, чтобы узнать его точку зрения. Указанная модель была разработана норвежским врачом-терапевтом. Хотя модель не позволяет детям выбирать форму участия в медиации, она представляет собой гигантский скачок вперед. В настоящее время эта модель используется во многих семейных консультациях страны.

¹⁸ Nylund A. (2019). Op. cit.

¹⁹ Thörnblad R. and Strandbu A. (2018). The Involvement of Children in the Process of Mandatory Family Mediation//Nordic Mediation Research. Springer 2018.

При рассмотрении дел об ответственности родителей в судах Норвегии обычным методом разрешения спора является **судебная медиация** (ст. 61 Закона о детях). Суд назначает эксперта для проведения процедуры медиации и наставничества родителей. Если родители не соглашаются, эксперт становится оценщиком, оценивая и продвигая интересы ребенка. Эксперт заслушивает детей от имени суда вместе с судьей в целях судебной экспертизы или любой комбинации этих целей. Таким образом, эксперт играет двойную роль как в представлении мнения ребенка, так и в оценке наилучших интересов ребенка. По мнению норвежских специалистов, эти две роли могут противоречить друг другу, что снижает право ребенка участвовать в принятии решений. Ребенок имеет право на специального представителя только в исключительных случаях, как правило, когда ребенок подвергается насилию. Представитель является юристом, и, в первую очередь, является юрисконсультантом и опекуном по интересам (*guardian ad litem*). Многочисленные, частично противоречащие роли эксперта и акцент на урегулировании спора могут противоречить правам ребенка²⁰.

Эксперт может встретиться с детьми или судья может заслушать детей, но дети не присутствуют на судебном заседании. До недавнего времени в Норвегии не было конкретных указаний о том, как включать детей в медиацию и судебные разбирательства. Однако новые Руководящие принципы для судей 2017 года (*Guidelines for judges*)²¹ подчеркивают необходимость услышать мнение ребенка в широком смысле, чтобы дать возможность суду и родителям учитывать точку зрения ребенка в процессе принятия решений.

В заключение, необходимо отметить, что хотя Комиссия ЕС прилагает значительные усилия по продвижению принципов правосудия, доброжелательного к ребенку (*child-friendly justice*), в отдельных странах ЕС остается еще очень много нерешенных проблем. Участие ребенка в судебном разбирательстве и высказывание им собственного мнения не урегулировано на уровне нормативных актов. На практике медиаторы и судьи в странах ЕС, как правило, не учитывают мнение самого ребенка при выборе «наилучшего» пути его дальнейшей жизни.

²⁰ Nylund A. (2019). Op. cit.

²¹ Domstolsadministrasjonen, Den gode barnesamtalen i foreldretvistar (Domstolsadministrasjonen 2017). URL: <https://www.domstol.no/no/domstoladministrasjonen/publikasjoner/veiledere/den-gode-barnesamtalen-i-foreldretvistar/> Дата обращения 28.07.2020.

Рафаэл Диас Мартинс,
к.ю.н., адвокат *Штата Риу-Гранди-ду-Норти,*
Бразилия (OAB/RN 15.923);
эл. почта: *rafael@rdmartins.adv.br*

О ПРОЕКТЕ РЕФОРМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ АВТОРСКИХ ПРАВАХ В БРАЗИЛИИ

В статье описываются главные характеристики проекта закона, изменяющего Закон об авторском праве в Бразилии; дается оценка достигнутых целей, предложенных законодателем для этого законопроекта, и соответствует ли такое регулирование условиям цифровой экономики.

Ключевые слова: авторское право, Бразилия, бразильское частное право.

Действующий бразильский закон авторском праве (далее – *Закон*) был принят в 19/02/1998 и с тех пор существенно не изменился в своей редакции. Собственно говоря, Закон 9.610/98 (об авторском праве) изменили два другие закона: 1) 12.091/09; 2) 12.853/13. Президент Жаир Болсонару пытался провести небольшое изменение в Закон об авторском праве через принятие Временной меры № 907/19¹, которая в части, касающейся авторского права, истекла срок действия, утрачивая свою силу.

Итак, по большому счету, были только два изменения в законе об авторском праве Бразилии. Одно из них весьма мелкое, Закон 12.091/09 всего лишь добавил имена дублеров в списке тех, кто должен быть в авторском составе. В свою очередь, закон 12.853/13 добавил 8 статей и изменил 6 статей, и одну статью отменил. В целом, указанный закон урегулировал коллективное управление авторским правом и смежными правами.

Следует сказать, что были разные проекты для реформы закона об авторском праве (Законопроект 2370/2019 – далее *Проект*²), однако, ни один из них стал законом. Перейдем к *Проекту*.

Согласно депутату (Жандира Фегали, Коммунистическая партия Бразилии), представившему проект закона, реформа нацелена на

¹ Временные мера – инструмент Президента, предусмотренный в Конституции ФРБ, со силой закона, который действует максимум 120 дней, и Конгресс должен голосовать и принять или отказать от временной меры.

² BRASIL. PL 2370/2019. URL: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2198534> (дата обращения: 06/10/2020).

следующие цели: 1) исправление концептуальных ошибок и законодательной техники некоторых статей, которые причиняли правовую неопределенность; 2) включение в закон регулирования вопросов, ранее отсутствующих, такие как произведения, созданные в течение отношений по трудовому договору; 3) конкретизация в законе современной законодательной техники Бразилии, отраженной в Конституции и в Гражданском кодексе Бразилии. Последний работает с «родовыми положениями» (*cláusulas gerais*)³ и более открытыми нормами для более гибкого применения судьями, в целях предотвращения преждевременного анахронизма. В этой статье мы уделим внимание главным, по нашему мнению, изменениям.

Третья цель реформы отражена сразу в начале проекта закона с добавлением некоторых вводных положений. Первая статья будет дополняться двумя пунктами и одним параграфом⁴. В действующей редакции *Закона* статья первая гласит о том, что *Закон* относится к авторским и смежным правам. Теперь же *Проект* добавляет параграф с двумя пунктами, устанавливающими принципы толкования и применения *Закона*. В целом первый пункт устанавливает, что толкование и применение закона должны стимулировать культурные разновидности и гарантировать свободу слова. Второй пункт устанавливает

³ Нормы, которые с высоким уровнем простора, чтобы судья с учетом обстоятельств дела мог принять более справедливую решения. Примеры: Примеры: «согласно требованиям обстоятельств» (ст. 690); «согласно обстоятельствам события или согласно обычаям», (о товарах и вещах) «непригодность для использования или цели, для которой они предназначены» (пункт I ст. 566, ст. 567); «обычное или ожидаемое использование» (пункт III, ст. 596); «регулярный обычай» (пункт III, ст. 596); «обычай местности» (параграф 1º ст. 1297); среди многих других. Для всеобъемлющий список родовых положений ГК Бразилии: См. Диас Мартинс, Рафаэл. Принцип социальной функции интеллектуальной собственности в праве Бразилии. М.: РУДН, 2016. См. еще: Reale, Miguel. A Engenharia Jurídica. [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/engjur.htm>. Дата обращения: 07/10/2020. – Reale, Miguel. Visão geral do novo Código Civil // Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. URL: <http://jus.com.br/artigos/2718> (дата обращения: 07/10/2020).

⁴ *Parágrafo único. A interpretação e a aplicação desta Lei deverão: I – atender às finalidades de estimular a criação intelectual e a diversidade cultural e de garantir a liberdade de expressão; e II – ser orientadas pelos ditames constitucionais de proteção aos direitos autorais em equilíbrio com os demais direitos fundamentais e sociais.*” (NR)
Единственный параграф. Толкование этого Закона должно: I – принимать во внимание цель стимула интеллектуального творчества и культурной диверсификации и гарантировать свободу слова; II – ориентироваться конституционными норм защиты авторских прав в равновесии с другими основными и социальными правами.

ливают, что толкование и применение закона должны ориентироваться конституционными нормами о защите авторских прав в равновесии с другими конституционными правами в т. ч. социального характера.

Единственное, формулировка второго пункта весьма неудачна. Дело в том, что в Конституции нет «норм», защищающих авторские права, а всего лишь упоминание о гарантии защиты этих прав. Такие «права», по-видимому, – ссылка на конституционные принципы. Мы приходим к такому выводу, так как кроме принципов нет конституционных норм, которые сыграли бы значительную роль в регулировании вопросов авторского права. Если это – «норма», то нельзя было уподоблять их принципам. Есть, конечно, теория норм «правил» и «принципов»⁵ на которые мы не будем обращать внимание в этой статье, в том числе, что и сам законодатель, по-видимому, не ссылается на эту теорию.

Сразу в начале *Проекта* ясно видно, что он, хотя и может исправить некоторые нормы, причиняющие правовую неопределенность, сам приносит путаницу. Кстати, «современная законодательная техника» Бразилии – ничто иное, чем нормы, позволяющие судье большое пространство для произвола, так как такие законодательные акты часто не предлагают четкие решения. В итоге закон позволяют судье решать по собственному убеждению⁶.

Статья 4-я *Закона* устанавливает, что правовые сделки по авторскому праву должны толковаться ограничительно. Другими словами, нельзя сделать предположения обо всех возможных толкованиях, а правоприменительные органы должны сделать акцент именно на то, что вытекает из самого договора в буквальном смысле. В редакции *Проекта* добавляется к статье 4-й *Закона*, что толкование договоров должно учитывать «цели», для которых он заключен. Само по себе такое дополнение кажется противоположным первой части статьи *Проекта*, который соответствует также редакции действующего *Закона*. Нужно еще учесть, что *Проект* не устанавливает, что учет «цели» осуществляется субсидиарным образом в случае, если невозможно определить буквальный смысл договора, а следует толковать данную норму именно, как устанавли-

⁵ Silva, V. A. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção // Revista latino-americana de estudos constitucionais. – 2003. – Т. 1. – С. 607–630.

⁶ Bobbio, N. O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

вающую одновременное правило толкование⁷. Итак, не только судья должен принимать во внимание буквальный смысл слов и выражений, содержащихся в сделках по авторскому праву, а также «цели» такого договора. В итоге, ограничительного толкования нет, так как всегда есть усложняющий и объективно не определяемый элемент – «цели» такого договора. Это точно не поможет решить вопрос правовой неопределенности, которую целится решить *Проект*.

Более того, статья 4-я дополняется пятью параграфами, которые не устанавливают новшества, так как эти правила являются не более, чем воспроизведением норм Гражданского кодекса Бразилии, которые уже были применимы к правоотношениям, связанными с авторским правом. Однако, такие параграфы неизбежно вызывают впечатление, что все они дают судьям большой простор в толковании правовых сделок по вопросам авторского права. Эти параграфы устанавливают добросовестность и социальной функции договора, изменение или расторжение договора в силу чрезмерного обременения, и другие основания изменения или расторжения договора. Самое интересное (для теории права) заключается в том, что это все, кажется, причиняет правовую неопределенность. Это принесет обратный результат.

Статья 17-я *Закона* устанавливает самостоятельную защиту индивидуальным участиям в коллективных произведениях. *Проект* дополняет эту статью одним параграфом, определяя, что такая защита есть гарантия авторам «участия» использовать свой результат интеллектуальной деятельности, как самостоятельное произведение, т. е. независимо от коллективного произведения. Однако, такой параграф также устанавливает, что такую возможность можно осуществлять лишь в том случае, если это не мешает использованию коллективного произведения.

Такое пополнение статьи может казаться интересным, так как, вроде бы, индивидуальным авторам теперь есть более четкое законное основание использовать свою часть произведения, как самостоятельный объект охраны отдельно от коллективного. Однако, с одной стороны это всегда так было на практике, а с другой, вместе с законодательным закреплением этого права индивидуальных авторов, идет

⁷ Ст. 431 ГК РФ показывает очень хорошую редакцию, устанавливая главный метод толкования (буквальный) и субсидиарное.

вместе закрепление нормы о том, что такое использование не может представлять собой вред эксплуатации коллективного произведения. Это логично, но *Проект* закрепляет явное ограничение права индивидуальных авторов по отношению к их участию в коллективных произведениях. Итак, нельзя предвидеть, что выйдет из судебной практики. Что такое «не может представлять собой вред эксплуатации»? Это пространство для произвола судьи. Таким образом, это является ударом по такому праву из-за правовой неопределенности.

В *Проекте*, авторам «участий» в коллективных произведениях также предоставляется право авторства и право на имя, а также право доступа касательно их «участий», согласно дополнению ст. 17-й, в параграфе ст. 25 *Проекта*.

Ст. 24 *Закона* определяет список принадлежащих автору прав, а также в своем первом параграфе определяются какие права передаются по наследству и какие не передаются. По редакции *Закона* не передаются следующие права: 1) право доступа; 2) право снять произведение из обращения; 3) право менять произведение до или после использования. *Проект* включает право доступа в перечень передаваемых по наследству авторских прав, но исключает от такого перечня право снять произведение из обращения или отложить любое уже разрешенное использование, когда обращение или использование влекут за собой вред репутации автора. Причины исключения такого права из перечня передаваемых по наследству авторских прав совсем не очевидны.

Ст. 28 *Закона*, которая устанавливает исключительное право в пользу автора, дополняется одним параграфом. Последний, в свою очередь, закрепляет, что такое право, с экономической точки зрения – гарантия получения финансовой выгоды от использования произведения в соответствии с конституционными экономическими принципами.

Ст. 29 *Закона* устанавливает виды использования произведений. Такая статья дополняется двумя параграфами. Самым главным, по нашему мнению, является второй параграф. В нем закрепляется ответственность провайдеров (посредников информации) в случае нарушения авторских прав. Провайдеры будут привлечены к гражданско-правовой ответственности при предоставлении/размещении охраняемых авторским правом материалов, даже если такое размещение сделано третьим лицом. Однако, в *Проекте* не предусматриваются исключения о такой ответственности в случае,

если провайдер развивает деятельность с намерением извлечения прибыли (ст. 88-А, II *Проекта*). В таких случаях провайдер будет привлечен к гражданско-правовой ответственности, чтобы выплачивать вознаграждение авторам.

В ст. 88-А *Проекта* и далее устанавливается система уведомления и «контр-уведомления» о нарушении авторских прав провайдерами (информационными посредниками). После уведомления правообладателя, если провайдер не принимает соответствующие меры по удалению незаконно выложенный результат интеллектуальной деятельности, его будет привлечен к гражданско-правовой ответственности солидарно с лицом, вложившим такой результат. Провайдер должен идентифицировать лицо, выложившее материал в доступ, которое должно отвечать в течение 48 часов (§ 3°, ст. 88-В *Проекта*). Лицо, вложивший объект авторского права, может предъявить «контр-уведомление» провайдеру при принятии таким лицом на себя ответственности за все возможные причинённые правообладателю материальный вред (§ 8°, ст. 88-В *Проекта*).

В этом случае провайдер может не принимать меры по снятия охраняемые авторским правом объекты (§ 6°, ст. 88-В *Проекта*). Любые другие заинтересованные лица могут предъявить указанное «контр-уведомление» в § 6°, ст. 88-В *Проекта* (§ 7°, ст. 88-В *Проекта*). Ст. 88-С регулирует вопрос о порядке просьбы правообладателя о получении вознаграждения.

В ст. 30 *Проект* влагает на лицо ответственное за воспроизведение, обязанность контроля количества копии в независимо от средства или процесса воспроизведения.

По такой расширенной редакции, кажется, законодатель включает в эту статью цифровые копии по образу покупки книги на Литресе или Amazon. В эпохе цифровой экономики вроде нет другого возможного вывода.

Среди других изменений один из важных аспектов *Проекта* – изменение статьи, ограничивающей авторские права. В *Проекте* закреплена долгожданная возможность копии целого произведения без выплаты вознаграждения автору или его разрешения, если без намерения прибыли, только для личных целей. В действующей редакции Закона копия целого произведения запрещена. Также устанавливается возможность перевести произведения на доступные инвалидам форматы (слепые и другие), без разрешения автора и выплаты ему вознаграждения. Также *Проект* более ясно определяет

какие случаи использования не являются нарушением авторских прав. Обычно такие случаи относятся к использованию в учебных целях, в домашних условиях и т.п.

Однако, ясное определение случаев, не являющихся нарушением авторских прав, также кажется представлять собой, на самом деле, ограничение праву обществу свободно использовать произведения. Самый очевидный пример – использование цифровых произведений в рамках библиотек. В таких случаях библиотеке только можно допустить столько пользователей столько лицензий такого произведения у библиотеки есть (ст. 46, а *Проекта*). Закон также закрепляет возможность использовать произведения без выплаты вознаграждений на религиозных служениях исключительно внутри зданий литургического назначения (ст. 46, XVII *Проекта*).

Кроме этого, *Проект* еще устанавливает порядок принудительного лицензирования произведений без известного автора, когда можно предположить, что такое произведение еще не попало в общественное достояние (ст. 52-Е *Проекта*).

Проект не устанавливает возможность свободного использования произведений как «творческий ресурс», как делал прежний законопроект, не ставший законом⁸. Не было в этом законопроекте раскрытия понятия «творческого ресурса», но это относится к производным произведениям, на примере *tash-up* и *sampling*. Это конечно, только примеры, так как смешение произведения в рамках Youtube точно бы увеличилось. Критика против такого понятия появилась в юридической литературе⁹.

По нашему мнению, несомненно, в случае принятия *Проекта*, станет первым шагом к построению системы авторского права, приспособленной к новой цифровой эпохи. Однако, кажется, что авторское право шаг за шагом отделяется от интересов общества, что не желательно. Кроме этого, несмотря на то что правовое регулирование (текст) значительно расширится, он не достигнет свою цель касательно решать вопрос правовой неопределённости, а наоборот ее усложнить.

⁸ BRASIL. PL 3133/2012. URL: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534039> (дата обращения: 06/10/2020).

⁹ MORATO, A. C. As obras derivadas na sociedade da informação: crítica ao termo “recurso criativo” e ao risco de sua utilização na obra audiovisual privada // Propriedade Intelectual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

*Екатерина Петровна Русакова,
Кандидат юридических наук, доцент кафедры
гражданского права и процесса и международного
частного права, Российский университет дружбы
народов (РУДН), Юридический институт, 117198,
Россия, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, б.*

ЦИФРОВАЯ ПОВЕСТКА ГРАЖДАНСКОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА В ИНДИИ

В статье изложен взгляд автора на происходящие изменения в гражданском судопроизводстве, связанными с цифровой повесткой Индии. Прежде всего это активное внедрение инновационных информационно-телекоммуникационных технологий в процесс разрешения споров¹. Автор дает оценку результатов поэтапного внедрения системы электронных судов в Индии. Выделяя главные особенности данного процесса, автор полагает, что выбранная политика государства в направлении цифровизации судопроизводства, состоит из нескольких этапов, в рамках которых первые два этапа уже закончены и начинается новый третий этап, который ставит новые задачи: 1) внедрение облачных технологий и искусственного интеллекта в судопроизводство²; 2) обеспечение доступного и быстрого правосудия.

Ключевые слова: судопроизводство, цифровые технологии, искусственный интеллект, электронные суды, платформа, виртуальный суд, электронный комитет, национальная политика.

Информация о финансировании. Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-011-00276 "а".

В 2005 году правительством Индии была принята программа «Национальная политика и план действий для внедрения информа-

¹ Rusakova E.P., Frolova E.E., Zankovsky S.S., Kupchina E.V. Problems of Implementation of Leadership in Dispute Resolution of the Brics Countries (on the Examples of The Russian Federation, China, India). В книге: 6th International Conference on Education, Social Sciences and Humanities. 2019. С. 754–759., Фролова Е.Е. Понятие финансовых споров в Индии. В сборнике: Сравнительно-правовые аспекты правоотношений гражданского оборота в современном мире. сборник статей Международной научно-практической конференции памяти профессора В. К. Пучинского. Российский университет дружбы народов. 2018. С. 388–395.

² Dudin M.N., Shakhov O.F., Shakhova M.S., Rusakova E.P., Sizova Y.S. Digital Technologies as a Driver of Intellectual Stratification of Human Resources: Socio-Economic Inequality, International Journal of Recent Technology and Engineering (IJRTE) ISSN: 2277-3878, 2019, Volume-8 Issue-2, Retrieval Number, 4436–4440

ционных и телекоммуникационных технологий в судебную систему Индии». Необходимо отметить, что область IT высоких технологий является одной из лидирующих, огромные средства бюджета вкладываются в данную сферу, например: в 2020 году правительство Индии выделило порядка 1,12 млрд долларов США на развитие квантовых компьютеров, что будет еще одним этапом реализации «новой экономики», основанной на технологиях: искусственного интеллекта, интернет вещей, 3D-печати, беспилотников, хранение данных ДНК, а также квантовых вычислений.

Судебная система Индии остро нуждается в изменении процедуры рассмотрения споров³. Единственно верным путем решения данной задачи является активное внедрение информационно-телекоммуникационных технологий в судопроизводство. Главными целями является создание доступной, рентабельной, прозрачной и эффективной судебной формы защиты прав и законных интересов.

Первые процессы модернизации судебной системы были реализованы в 1990 году, когда суды были впервые оснащены компьютерами и проведена сеть Интернет.

Для реализации цифрового судопроизводства необходимо создание специальной инфраструктуры, предполагающей: 1) оснащение судов интернет – сетью на базе, которой может происходить взаимодействие судов; 2) подготовка помещений судов для подключения информационно-телекоммуникационного оборудования, предполагающее создание «компьютерного зала»; 3) создание условий для бесперебойной работы судебной системы, гарантирующую безопасность и хранение информации; 4) создание единого программного обеспечения, с последующей синхронизацией данных всех звеньев судебной системы; 5) создание инфраструктуры для Электронного комитета, который будет высшим органом, контролирующим выполнение цифровой повестки в судопроизводстве.

В 2005 году Электронный комитет при Верховном суде Индии принял план действий по интегрированию информационно-телекоммуникационных технологий в судопроизводство.

В функционал Электронного комитета входит общий мониторинг и формирование политики реализации данного плана.

³ Артемьева Ю.А., Ермакова Е.П., Ивановская Н.В., Протопопова О.В., Русакова Е.П., Ситкарева Е.В., Фролова Е.Е. (2019). Разрешение финансовых споров в странах АТР (Австралия, Гонконг, Индия, Индонезия, Китай, Малайзия, Новая Зеландия, Сингапур, США, Таиланд, Япония). Монография. М. Изд. Инфотропик Медиа, 2019. 407 с.

Электронный комитет выступил с инициативой создания веб-портала с названием indianjudiciary.in и два доменных имени indianjudiciary.in и еще indiancourts.in, который будет содержать ссылки на информацию о Верховном Суде, государственной судебной системе, судебной академии.

Главной задачей электронной повестки являлось создание системы электронных судов в Индии. Проект электронных судов был разработан на основе Национальной политики и плана действий по внедрению информационно-коммуникационных технологий (ИКТ) в судебную систему Индии – 2005 г., представленный электронным комитетом (Верховного суда Индии) с целью преобразования индийской судебной системы посредством использования ИКТ в судах. Другими словами, проект электронных судов был направлен на обеспечение судов возможностями ИКТ, чтобы сделать систему отправления правосудия доступной и эффективной. Интегрированный режим работы электронных судов (Этап I) является одним из национальных проектов электронного управления, реализуемых в высоких судах и окружных, а также нижестоящих судах страны⁴. Правительство одобрило компьютеризацию 14 249 районных и нижестоящих судов в рамках проекта к марту 2014 года на что был выделен внушительный бюджет.

Целью проекта «Электронные суды» является предоставление определенных электронных услуг сторонам, юристам и судебным органам путем всеобщей компьютеризации окружных и нижестоящих судов в стране, а также повышение эффективности использования ИКТ в системе правосудия. По состоянию на 30 ноября 2015 г. было выполнено более 93% запланированных мероприятий Этапа I Проекта. Этап II проекта был одобрен электронным комитетом Верховного суда Индии в январе 2014 года для дальнейшего расширения возможностей судов в сфере ИКТ с целью реализации компьютеризации более 8000 новых судов, офисов органов юридической службы и других организаций, вовлеченных в данный процесс с упором на оснащение современным оборудованием. Подключение всех судов страны к национальной судебной системе должно упростить процесс обмена данными в режиме онлайн.

Приоритетной задачей является оснащение судов современными технологиями, например: наличие централизованных спра-

⁴ Русакова Е.П. рассмотрение частноправовых споров в странах БРИКС. Мон. РУДН, Москва, 2018.

вочных в виде сенсорных панелей в каждом суде. Создание надежной системы функционирования судов посредством оцифровки данных, управления судебными делами и иной информацией. Повышение эффективности работы судов за счет реинжиниринга судебных процессов, а также возможностью доступа к электронным судебным услугам через портативные устройства, с возможностью заполнения форм, осуществления платежей и использования мобильных приложений.

По состоянию на 2019 год проект по созданию электронных судов в Индии был признан самым успешным на то, есть причины: во-первых: использование бесплатного программного обеспечения, что позволило сэкономить серьезные финансовые вложения; во-вторых: при разработке программного обеспечения была использована модель «ядро-периферия», так ядро содержит данные, касающиеся национальной политики и принятия решений национального уровня, что входит в компетенцию Верховного суда, парламента и центрального правительства, а периферийные модели могут быть разработаны каждым высоким судом, предназначенные для использования на уровне штата: высокий суд и окружные суды, законодательное собрание штата и правительство штата; в-третьих: проект был ориентирован на граждан с учетом их процессуального положения в судебном процессе, такой подход позволил обеспечить высокий уровень координации и взаимодействие всех лиц задействованных в судебном процессе.

Немаловажную роль в этом процессе сыграло взаимодействие Министерства юстиции, Национального центра информатики и других учреждений центрального правительства, а также экспертов электронного комитета, что позволило обеспечить работу: информационной системы судебных дел, электронной подачи документов, электронных платежей, национальной службы по отслеживанию электронных судебных процессов, видеоконференцсвязи, виртуального суда, национальной сети судебных данных, различных мобильных приложений.

Создание первого виртуального суда в г. Дели позволило серьезно повлиять на снижение загруженности судей. Теперь наиболее простые дела могут быть рассмотрены без вызова сторон в суд, а сам судья может находиться за пределами не только суда, но и штата. Для виртуального судьи создан интерфейс виртуального суда. Наиболее распространенными делами, которые могут быть предметом рассмотрения виртуального суда, связаны с нарушением правил дорожного движения, трудового законодательства и другие.

Мобильное приложение электронных судов доступно на всех электронных платформах и для удобства пользователей доступен поиск дела по QR-коду, они же доступны на всех процессуальных документах. Таким образом, просто отсканировав документ можно получить информацию о текущем статусе дела. Такая система облегчает поиск и доступ к нужным документам.

Еще одной удобным сервисом является услуга «Мои дела», это возможность сохранения на устройстве пользователя нужных дел. Пользователю не потребуется искать новые документы, связанные с данным делом, так как при открытии вся информация будет обновляться.

Кроме того, предусмотрена услуга календарь, при открытии которой будут отображаться все даты, связанные с делом, а также выбрав дело можно будет полностью с ним ознакомиться, такая услуга удобна для юристов, которым будет гораздо проще планировать свою деятельность, а также ускорит процесс подготовки к судебному разбирательству. Единое мобильное приложение для высоких и окружных судов в стране, позволило отслеживать статус любого дела.

Нужно отметить, что запланированные работы на Этапе II были полностью достигнуты. Однако, данный процесс осуществлялся с серьезными задержками, так как все во влеченные в данный процесс лица не смогли исполнить свои обязательства в срок⁵.

По мнению Шалини Ситарам и Сумати Чандрашекран, несмотря на то, что еще 1997 году в первые была озвучена идея цифровизации судопроизводства спустя два десятилетия не все суды оснащены ИКТ до сих пор. Говоря, о национальной политике в области цифрового судопроизводства: первый этап почти завершен, второй завершается, но с задержкой, а третий только в фазе обсуждения.

В настоящее время на Этапе III планируется консолидировать и повысить внедрение технологических достижений, речь идет о внедрении облачных технологий и искусственного интеллекта, которые позволят обрабатывать большие данные. Однако, в центре внимания останется доступное и быстрое отправление правосудия⁶.

⁵ Shalini Seetharam, Sumathi Chandrashekara. Ecourts in India. From Policy Formulation to Implementation. 2016. www.vidhilegalpolicy.in.

⁶ Артемьева Ю.А., Ивановская Н.В., Протопопова О.В., Русакова Е.П., Ситкарева Е.В., Фролова Е.Е., Ермакова Е.П. Разрешение финансовых споров в странах АТР. Учебное пособие. Индия, РУДН, Москва, 2018.

*Кристина Викторовна Синкевич,
преподаватель кафедры гражданского права
юридического факультета
Белорусского государственного университета;
sinkevich_kv@mail.ru*

К ВОПРОСУ О КВАЛИФИКАЦИИ И ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ СПОСОБАХ ЗАЩИТЫ ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ В УСЛОВИЯХ ЦИФРОВОЙ ТРАНСФОРМАЦИИ НАЦИОНАЛЬНЫХ ЭКОНОМИК БЕЛАРУСИ И РОССИИ

В статье ведется речь о защите персональных данных в цифровую эпоху. В контексте вопроса о гражданско-правовых аспектах защиты персональных данных, автор акцентирует внимание на существующей дискуссии относительно возможности отнесения персональных данных к числу нематериальных благ.

Ключевые слова: цифровая трансформация, неприкосновенность частной жизни, персональные данные, нематериальные блага, гражданско-правовые способы защиты персональных данных.

Информация о финансировании. Исследование выполнено при финансовой поддержке БРФФИ в рамках научного проекта № Г20Р-080.

В современных условиях формирование цифровой экономики признается в большинстве стран мира в качестве важнейшего фактора, способствующего развитию конкурентоспособности национальной экономики.

Экономистами цифровая экономика рассматривается в качестве системы экономических, социальных и культурных отношений, основанных на использовании информационно-коммуникационных технологий¹. Тенденциями развития цифровой экономики являются широкое и интенсивное использование цифровых технологий, массовый перенос документов и знаний в цифровое пространство, всепроникающее распространение информационных технологий в разные отрасли национальной экономики².

¹ Ковалев, М. М. Цифровая экономика – шанс для Беларуси: монография / М.М. Ковалев, Г. Г. Головенчик. Минск: Изд. центр БГУ. 2018. С. 8.

² Головенчик, Г.Г. Цифровизация белорусской экономики в современных условиях глобализации: монография / Г.Г. Головенчик. Минск: Изд. центр БГУ. 2019. С. 18–20.

Анализ ключевых технологий, лежащих в основе цифровой экономики, позволяют выявить следующие положительные экономические и социальные эффекты: автоматизация и интенсификация экономических и технологических процессов, создание новых отраслей экономики; улучшение делового и инвестиционного климата; повышение для населения доступности и удобства получения различных услуг и т.д.³

Цифровая трансформация экономики является одним из важнейших приоритетов развития Беларуси и России⁴, о чем свидетельствуют активно предпринимаемые в этом направлении меры как на законодательном, так и на исполнительном уровнях⁵. Отметим, что эффективное формирование цифровой экономики невозможно без организации надежного взаимодействия в цифровом пространстве между всеми его участниками, что в свою очередь актуализирует вопрос об обеспечении информационной безопасности как одного из ключевых факторов успешного построения цифровой экономики.

В юридической литературе подчеркивается, что цифровизация обуславливает актуализацию новых (нетипичных) угроз, посягающих на частные и публичные интересы, среди которых особое внимание обращают на себя киберугрозы, представляющие совокупность факторов и условий, создающих опасность нарушения информационной безопасности⁶.

³ Там же. С. 57.

⁴ В настоящее время важнейшими стратегическими документами, определяющими государственную политику Республики Беларусь в указанной сфере, являются Государственная программа развития цифровой экономики и информационного общества на 2016–2020 годы и Стратегия развития информатизации в Республике Беларусь на 2016–2022 годы. В Российской Федерации среди основных программных документов, определяющих вектор построения цифровой экономики, следует назвать Стратегию развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы и Программу «Цифровая экономика Российской Федерации».

⁵ Применительно к Республике Беларусь следует прежде всего отметить принятие Декрета Президента Республики Беларусь от 21 декабря 2017 г. № 8 «О развитии цифровой экономики», а также создание в 2018 году в Беларуси Совета по развитию цифровой экономики.

⁶ Лобач Д.В., Смирнова Е.А. Состояние кибербезопасности в России на современном этапе цифровой трансформации общества и становление национальной системы противодействия киберугрозам // Территория новых возможностей. Вестник Владивостокского государственного университета экономики и сервиса. 2019. Т. 11, № 4. С. 25.

Глава Рабочей группы Программы «Цифровая экономика Российской Федерации» по направлению «Информационная безопасность» Н. Касперская к числу рисков внедрения цифровых технологий относит утечку персональных данных, потерю тайны личной жизни, исчезновение приватности⁷.

Таким образом, комплексное построение цифровой экосистемы, сопряженное с широкомасштабным внедрением и использованием современных цифровых технологий во всех сферах деятельности, неизбежно влечет возникновение рисков, среди которых особое место занимает вопрос надлежащей защиты персональных данных в цифровом пространстве. Сформулированный вывод послужил основанием для более детального анализа в настоящей статье состояния и проблем защиты персональных данных в обозначенной сфере.

Особую актуальность указанный вопрос приобретает в контексте происходящих интеграционных процессов⁸. В 2017 году утверждены основные направления реализации цифровой повестки Евразийского экономического Союза до 2025 г.⁹ В документе отмечается, что глобальная цифровая трансформация создает широкий спектр вызовов для государств-членов, их хозяйствующих субъектов и граждан, в том числе, возникает необходимость более надежной институциональной формы защиты персональных данных, с соблюдением баланса защиты в условиях их трансграничного обмена. Обеспечение защищенности цифровых процессов, в соответствии с указанным документом, относится к числу важнейших направлений развития цифровой экономики.

Проблема надлежащей защиты персональных данных является предметом внимания ведущих международных организаций.

⁷ Цифровая экономика и риски цифровой колонизации. Н. Касперская, развернутые тезисы выступления на Парламентских слушаниях в Госдуме. URL: https://ivan4.ru/news/traditsionnye_semeinye_tsennosti/the_digital_economy_and_the_risks_of_digital_colonization_n_kasperskaya_developed_theses_of_the_spee/.

⁸ Республика Беларусь и Российская Федерация являются участниками региональных интеграционных проектов, реализуемых в рамках Евразийского экономического Сообщества (с 30 мая 2001 г. по 31 декабря 2014 г.) и Евразийского экономического Союза (с 1 января 2015 г.).

⁹ Решение Высшего Евразийского экономического Совета от 11 октября 2017 г. № 12 «Об Основных направлениях реализации цифровой повестки Евразийского экономического союза до 2025 года». URL: <http://www.pravo.by/document/?guid=3871&p0=F91700293>.

Отметим принятие Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН от 17 декабря 2018 г. «Право на неприкосновенность частной жизни в цифровую эпоху»¹⁰, в которой подчеркивается, что значительно возросли масштабы противоправного и произвольного сбора, обработки, хранения или использования персональных данных в цифровую эпоху. В документе акцентируется внимание на необходимости разработки и совершенствования законодательства, предусматривающего эффективные средства правовой защиты от нарушений права на неприкосновенность частной жизни.

Вопросам защиты персональных данных посвящены источники правового регулирования различного уровня: международные договоры (например, Конвенция о защите частных лиц в отношении автоматизированной обработки данных личного характера (г. Страсбург, 1981 г.)¹¹; наднациональные акты (например, Регламент (ЕС) № 2016/679 Европейского Парламента и Совета о защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных, а также об отмене Директивы 95/46/ЕС (General Data Protection Regulation))¹²; национальное законодательство (например, Закон Республики Армения от 13 июня 2015 г. № 3Р-49 «О защите персональных данных»¹³, Федеральный закон Российской Федерации от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных»¹⁴ (далее – Закон о персональных данных)).

В Республике Беларусь отсутствует комплексный нормативный правовой акт, регламентирующий вопросы сбора, обработки, распространения и предоставления персональных данных, что по-

¹⁰ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 17 декабря 2018 г. «Право на неприкосновенность частной жизни в цифровую эпоху». URL: <https://undocs.org/pdf?symbol=ru/A/RES/73/179>.

¹¹ Конвенция о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных (заключена в г. Страсбурге, 28 января 1981 г.) // СПС КонсультантПлюс. Республика Беларусь не является участницей.

¹² Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>.

¹³ Закон Республики Армения от 13 июня 2015 г. № 3Р-49. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=78183.

¹⁴ Федеральный закон Российской Федерации от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных» // СПС КонсультантПлюс.

рождает ряд проблем концептуального и прикладного характера. В частности, в законодательстве не сформирован единый подход к определению понятия «персональные данные»¹⁵, что, как подчеркивают исследователи, вызывает проблемы с пониманием этого правового явления и его сущности. Отмечается, что дефиниции, закрепленные в законодательных актах, имеют узкий характер и сформулированы для целей конкретной сферы деятельности. Белорусское законодательство определяет лишь общие вопросы защиты персональных данных без четкого механизма их реализации, а также точно регулирует отдельные сферы, в которых используются персональные данные¹⁶.

Следует отметить, что в Беларуси разработан проект Закона «О персональных данных»¹⁷, который, по мнению исследователей, позволит определить общие подходы к обработке персональных данных и устранить существующие пробелы в правовом регулировании в этой сфере¹⁸.

Проблематика защиты персональных данных в условиях цифровизации является предметом внимания научного сообщества. В русскоязычной научной литературе к вопросу о защите персональных данных в контексте цифровой трансформации национальной экономики обращались такие исследователи как А.И. Савельев¹⁹,

¹⁵ В Республике Беларусь понятие «персональные данные» содержится в следующих законодательных актах: Законе от 10 ноября 2008 г. № 455-З «Об информации, информатизации и защите информации», Законе от 21 июля 2008 г. № 418-З «О регистре населения», Законе 13 июля 2006 г. № 144-З «О переписи населения» // ИПС «Эталон».

¹⁶ Абламейко М.С. Правовое регулирование персональных данных с учетом введения ID-карт и биометрических паспортов // Журнал Белорусского государственного университета. Право. 2018. № 1. С. 16.

¹⁷ Проект Закона Республики Беларусь «О персональных данных». URL: <http://www.pravo.by/document/?guid=3941&p0=2019023001>.

¹⁸ Абламейко М.С. Указ. соч. С. 18.

¹⁹ Савельев А.И. Проблемы применения законодательства о персональных данных в эпоху «Больших данных» (Big Data) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 1. С. 43–66.

Э.В. Талапина²⁰, В.И. Солдатова²¹, Н.И. Платонова²², М.А. Соколова²³, А. Пазюк²⁴ и др.

В юридической литературе акцентируется внимание, что в настоящее время технический прогресс существенно опережает социальное, и в частности, правовое регулирование. Это приводит к тому, что, как отмечают исследователи, «в условиях кардинальных изменений существующих реалий, произошедших за последние 30 лет, встает вопрос о дифференциации правового регулирования, которое все еще рассчитано в большей степени на существовавшие в XX столетии общественные отношения»²⁵. При этом подчеркивается, что в большинстве случаев происходит «искусственный перенос» сложившихся нормативных моделей на принципиально новые отношения²⁶.

Таким образом, с одной стороны, в условиях цифровой экономики и информационного общества признается необходимость нового взгляда на правовые институты, в том числе и институты гражданского права, их последовательной адаптации к новым реалиям²⁷. С другой стороны, следует согласиться с тем, что гражданское законодательство не является механическим отражением состояния цифровой экономики. В тех случаях, когда объективно требуется изменение нормативных предписаний, недопустимо, чтобы

²⁰ Талапина Э.В. Защита персональных данных в цифровую эпоху: российское право в европейском контексте // Труды Института государства и права РАН. 2018. Т. 13. № 5. С. 117–150.

²¹ Солдатова В.И. Защита персональных данных в условиях применения цифровых технологий // Lex russica. 2020. Т. 73. № 2. С. 33–43.

²² Платонова Н.И. Современный подход к пониманию персональных данных // Право и современные государства. 2017. № 5. С. 9–16.

²³ Соколова М.А. Защита персональных данных – основа цифрового доверия. Материалы для обсуждения. URL: <https://www.academia.edu/11003879/>.

²⁴ Пазюк А., Соколова М. Защита персональных данных: введение в проблематику: учебное пособие / А. Пазюк, М. Соколова. Минск, 2015. 116 с.

²⁵ Мирошниченко О.И., Проскурина Д.С. Государственный суверенитет: дифференциация категории в условиях киберреалий // Азиатско-Тихоокеанский регион: экономика, политика и право. 2018. № 3. С. 9.

²⁶ Мамычев А.Ю. Моделируя будущее права: проблемы и противоречия правовой политики в сфере нормативного регулирования систем искусственного интеллекта и роботизированных технологий / А.Ю. Мамычев, О.И. Мирошниченко // Правовая политика и правовая жизнь. 2019. № 20. С. 130.

²⁷ Карцхия А.А. Цифровая трансформация права // Мониторинг правоприменения. 2019. № 1. С. 25–28.

подобные новеллы просто прибавлялись к существующим положениям без учета общей системы гражданского права²⁸.

Применительно к проблематике защиты персональных данных в юридической литературе отмечается, что существование конституционно-правовых, административно-правовых и уголовно-правовых средств недостаточно. Без применения гражданско-правовых средств достижение цели обеспечения защиты персональных данных невозможно²⁹. В контексте вопроса о гражданско-правовых аспектах защиты персональных данных дискуссионным является вопрос отнесения персональных данных к объектам гражданских прав, а именно – к нематериальным благам. В научной литературе обозначенная проблематика затрагивалась в работах таких исследователей как Н.И. Петрыкина³⁰, У.А. Меликов³¹, В.В. Архипов³², Ш.Х. Заман³³, К.А. Мефодьева³⁴ и др.

Представляется необходимым при ответе на вопрос о возможности отнесения персональных данных к числу нематериальных благ, проанализировать понятие и сущность указанного правового явления и определиться с тем, обладают ли персональные данные всеми существенными характеристиками нематериальных благ.

По мнению Н. В. Валюшко-Орса, с учетом международного опыта под персональными данными следует понимать зафиксированную на материальном носителе информацию о конкретном фи-

²⁸ Иншакова А.О. Гражданское право в условиях цифровой экономики: анализ доктринальных тенденций адаптации / О.А. Иншакова, А.Я. Рыженков // Сравнительно-правовые аспекты правоотношений гражданского оборота в современном мире: сб. ст. Международного научного юридического форума памяти профессора В.К. Пучинского. Москва: 18 октября 2019 г. / под ред. Е.Е. Фроловой, Е.П. Русаковой. М.: РУДН, 2019. С. 98–99.

²⁹ Меликов У.А. Гражданско-правовая защита персональных данных // Вестник УрФО. 2015. № 4 (18). С. 51.

³⁰ Петрыкина Н.И. Правовое регулирование оборота персональных данных. Теория и практика // («Статут», 2011) // СПС КонсультантПлюс.

³¹ Меликов У.А. Указ. соч. С. 49–53.

³² Архипов В.В. Проблема квалификации персональных данных как нематериальных благ в условиях цифровой экономики, или Нет ничего более практичного, чем хорошая теория. URL: <https://urfac.ru/?p=144>.

³³ Заман Ш.Х. Гражданско-правовой статус физических лиц в Германии, Италии, Франции и России: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2009. 204 с.

³⁴ Мефодьева К.А. Цифровые данные как объект гражданско-правового регулирования в Германии, США и России: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2019. 228 с.

зическом лице, которая идентифицирована или может быть идентифицирована с ним. Данная трактовка представляется автору наиболее приемлемой, «поскольку выделение института персональных данных как самостоятельного необходимо в первую очередь для идентификации конкретного человека»³⁵.

В Российской Федерации определение персональных данных содержится в ст. 3 Закона о персональных данных, согласно которой последние представляют собой любую информацию, относящуюся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу (субъекту персональных данных).

В юридической литературе указанное определение персональных данных подвергается критике. Так, Н.И. Платонова отмечает, что «такое определение характеризуется низким уровнем формальной определенности, что позволяет отнести практически любую информацию к персональным данным». В этой связи автор выделяет отличительные признаки соответствующего понятия: персональные данные являются информацией; информация относится прямо или косвенно к физическому лицу; цель использования персональных данных – возможность идентифицировать определенного субъекта; правовым статусом персональных данных обладает информация, зафиксированная на определенном носителе³⁶.

Н.И. Платонова классифицирует персональные данные исходя из критерия содержания на следующие виды: 1. общие данные, позволяющие с наибольшей степенью достоверности идентифицировать человека (ФИО, паспортные данные и т.д.). В указанную группу также включается информация о человеке, не позволяющая его идентифицировать сама по себе, однако при наличии совокупности данных вероятность ошибки при определении физического лица сводится к нулю (данные об образовании, семейном, социальном положении и т.д.); 2. специальные биометрические данные, исчерпывающий перечень которых содержится в Законе «О персональных данных» (раса, религиозные верования и философские суждения, судимость, национальность, политические взгляды, сос-

³⁵ Валушко-Орса Н.В. Сущностно-содержательные аспекты персональных данных в Республике Беларусь // Журнал Белорусского государственного университета. Право. 2017. № 2. С. 19.

³⁶ Платонова Н. И. Указ. соч. С. 10–12.

тояние здоровья, информация об интимной жизни); 3. биометрические персональные данные, которые Законом «О персональных данных» определены как сведения, характеризующие физиологические и биологические особенности человека, на основании которых можно установить его личность и которые используются оператором в указанных целях (геномная, дактилоскопическая информация, группа крови, строение сетчатки глаза и т.д.)³⁷.

Таким образом, несмотря на неисчерпывающий перечень информации, которая может быть отнесена к категории персональных данных, ее основной квалифицирующий признак заключается в возможности идентифицировать соответствующего субъекта.

В Гражданском кодексе Республики Беларусь от 7 декабря 1998 г. № 218-3 (далее – ГК Беларуси)³⁸, как и в Гражданском кодексе Российской Федерации от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ (далее – ГК РФ)³⁹ воспринята концепция множественности объектов гражданских правоотношений. Нематериальные блага, согласно ст. 128 ГК Беларуси (и ст. 128 ГК РФ), названы в числе объектов гражданских прав.

Неисчерпывающий перечень нематериальных благ содержится в п. 1 ст. 151 ГК Беларуси (п. 1 ст. 150 ГК РФ), согласно которому жизнь и здоровье, достоинство личности, личная неприкосновенность, честь и доброе имя, деловая репутация, неприкосновенность частной жизни, личная и семейная тайна, право свободного передвижения, выбора места пребывания и жительства, право на имя, право авторства, иные личные неимущественные права и другие нематериальные блага, принадлежащие гражданину от рождения или в силу акта законодательства, неотчуждаемы и непередаваемы иным способом.

В доктрине гражданского права отмечаются следующие существенные особенности нематериальных благ: во-первых, они лишены экономического содержания и являются неимущественными и, во-вторых, неразрывно связаны с личностью их носителя и неотделимы от нее. Их невозможно отчуждать, передавать другим лицам.

³⁷ Там же. С. 12–15.

³⁸ Гражданский кодекс Республики Беларусь от 7 декабря 1998 г. № 218-3 // ИПС «Эталон».

³⁹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ // СПС КонсультантПлюс.

Именно в этом качестве они являются объектами субъективных гражданских прав⁴⁰.

А.П. Сергеев отмечает присущее нематериальным благам свойство индивидуализации личности⁴¹.

Среди признаков нематериальных благ исследователи также называют их строго личный характер. Так, Л.О. Красавчикова считает, что данный признак проявляется в том, что «само существование этих благ невозможно вне связи с определенным лицом»⁴².

Т.В. Трофимова в кандидатской диссертации «Нематериальные блага как объект гражданско-правового регулирования» (2004 г.)⁴³ выделяет следующую совокупность признаков, присущих нематериальным благам: 1. для возникновения прав на нематериальные блага не требуется дополнительных юридических фактов, они возникают в силу определенных событий, основным из которых является факт рождения; 2. нематериальные блага не подлежат восстановлению в случае их нарушения; 3. неотчуждаемы и непередаваемы иным способом; 4. характеризуются отсутствием имущественного содержания; 5. принадлежат физическим лицам; 6. имеют личный характер. На основании указанных признаков Т.В. Трофимова предлагает следующее определение нематериальных благ: «нематериальное благо – не имеющий имущественного содержания, неотчуждаемый и непередаваемый иным способом объект гражданского права, принадлежащий, как правило, физическому лицу от рождения или в силу закона, имеющий строго личную направленность и характеризующийся невозможностью его восстановления в случае нарушения».

В.В. Архипов, основываясь на совокупности признаков нематериальных благ, выделенных Т.В. Трофимовой, полагает, что с учетом сопоставления признаков указанного объекта гражданских прав, как они известны цивилистике, «концепция персональных данных как вида нематериальных благ представляется заслуживающей если не немедленного признания, то по меньшей мере внимательного изучения». При этом такой подход, отмечает В.В. Архипов, приводит

⁴⁰ Гражданское право: учебник: в 3 т. / под ред. В.Ф. Чигира. Минск, 2007. Т. 1. С. 313.

⁴¹ Гражданское право: учебник / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. 6-е изд. М., 2002. Т. 1 С. 378.

⁴² Цит. по: Трофимова Т.В. Нематериальные блага как объект гражданско-правового регулирования: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Волгоград, 2004. С. 30.

⁴³ Трофимова Т.В. Указ соч. С. 9.

к следующему выводу: если персональные данные обладают всеми признаками нематериальных благ, то персональные данные – это объект гражданских прав согласно ст. 128 ГК РФ. Соответственно, отношения, в которых участвует субъект персональных данных следует рассматривать как гражданско-правовые и применению к данным отношениям подлежат положения ГК РФ⁴⁴.

Относит персональные данные к числу нематериальных благ Ш.Х. Заман, по мнению которого, «персональные данные, как особого рода информация, соответствуют критериям, позволяющим их отнести к числу нематериальных благ». Включение персональных данных в перечень нематериальных благ, полагает Ш.Х. Заман, будет способствовать их более эффективной защите. Автором также обосновывается необходимость закрепления в целях обеспечения всесторонней реализации права на защиту персональных данных отдельного гражданско-правового способа защиты данного права в гл. 8 ГК РФ «Нематериальные блага и их защита»⁴⁵.

Применительно к анализу белорусского законодательства, М.С. Абламейко полагает, что ГК Беларуси не содержит дефиницию понятия «персональные данные», однако в ст. 151 к нематериальным благам относит отдельные виды персональных данных (личная и семейная тайна)⁴⁶.

Данная позиция представляется спорной. Такие неотделимые от личности блага, как личная и семейная тайна, подлежат гражданско-правовой защите не в качестве разновидности персональных данных, а как самостоятельный объект определенной группы личных неимущественных прав. В соответствии с общепризнанным классификационным критерием – направленность личных неимущественных прав на соответствующую сферу, обеспечивающую интересы их носителей⁴⁷ – личная и семейная тайна являются объектом личных неимущественных прав, направленных на неприкосновенность частной жизни личности, его внутреннего мира.

Кроме того, информация, составляющая личную и семейную тайну, не всегда позволяет идентифицировать соответствующего

⁴⁴ Архипов В.В. Указ. соч.

⁴⁵ Заман Ш.Х. Указ соч. С. 9.

⁴⁶ Абламейко М.С. Указ. соч. С. 17.

⁴⁷ Гражданское право: учебник: в 3 т. / под ред. В. Ф. Чигира. Минск, 2007. Т. 1. С. 316.

субъекта, что является необходимой предпосылкой квалификации тех или иных сведений в качестве персональных данных. В этой связи видится спорной точка зрения, согласно которой существует объем сведений, которые составляют персональные данные, не позволяющие идентифицировать конкретное лицо (личная и семейная тайна, тайна корреспонденции, переписки и т.д.)⁴⁸.

Критически относится к возможности квалификации персональных данных в качестве нематериальных благ К.А. Мефодьева, поскольку последние прямо закреплены в ГК РФ как неотчуждаемые. Кроме того, подчеркивает автор, персональные данные фактически участвуют в экономическом обороте, передаются в качестве встречного предоставления в двусторонних и многосторонних обязательствах. Так, пользовательские соглашения (использование веб-сайта, мобильного приложения, онлайн сервиса) не позволяют пользоваться сервисами до тех пор, пока пользователь не даст согласие на обработку персональных данных⁴⁹.

Следует отметить, что с развитием цифровых технологий появляются новые разновидности персональных данных (например, IP-адрес). Так, А.К. Жарова отмечает, что деятельность человека в Интернете представлена набором цифровых данных, которые содержат его атрибуты, предпочтения и особые его черты, включающие, в том числе, и IP-адрес⁵⁰. Цифровая идентичность человека представлена набором признаков виртуального субъекта, зафиксированных в виде электронных записей. В связи с этим, А.К. Жарова полагает необходимым включить в понятие «персональные данные», определенное Законом «О персональных данных», идентификационной информации – IP-адрес и другой технологической информации, на основании которой возможно определить физическое лицо в сети Интернет⁵¹.

Следует отметить, что ранее российские суды придерживались подхода, в соответствии с которым IP-адрес не относится к персональным данным, так как не позволяет идентифицировать физическое лицо, а лишь информационную систему или устрой-

⁴⁸ Абламейко М. С. Указ. соч. С. 17.

⁴⁹ Мефодьева К. А. Указ. соч. С. 173–174.

⁵⁰ Платонова Н. И. Указ. соч. С. 13.

⁵¹ Жарова А. К. О соотношении персональных данных с IP-адресом. Российский и зарубежный опыт // Вестник УрФО. 2016. № 1 (19). С. 66.

ство, однако в настоящее время правоприменительные органы фактически признают IP-адрес в качестве разновидности персональных данных⁵². Подчеркнем, что подобный подход не является новым. Так, в соответствии с позицией Суда Европейского союза динамические IP-адреса относятся к персональным данным. Ранее данное решение было принято по отношению к статическим IP-адресам⁵³.

Учитывая неисчерпывающие перечень персональных данных и стремительное развитие информационных технологий, особая роль по толкованию норм законодательства о персональных данных (в частности, решение вопроса об отнесении той или иной информации к категории персональных данных), возлагается на правоприменительные органы. Как справедливо отмечается в юридической литературе, «безграничная природа технологий предполагает как адекватность законодательных мер, так и необходимый уровень судебного правотворчества, выражаемых в эволюционной интерпретации правовых норм, способных более мобильно и динамично реагировать на технологические новшества, чем это способен сделать законодатель»⁵⁴.

В этой связи интерес представляют выводы, изложенные в постановлении Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 1 июля 2016 г. по делу № А56-6698/2016⁵⁵. Правоприменительный орган квалифицировал в качестве информации, позволяющей прямо или косвенно идентифицировать пользователя как определенное физическое лицо (субъекта персональных данных), следующие сведения: Хэш-ID Пользователя (уникальный идентификатор Активного Пользователя); время просмотра web-страницы; URL (стандартизированный способ записи адреса web-страницы в сети Интернет); HTTP referer (один из заголовков запроса клиента протокола HTTP. Содержит URL источника запроса); User Agent (часть

⁵² Платонова Н.И. Указ соч. С. 13.

⁵³ Прецедент: ЕС приравнивает динамические IP-адреса к персональным данным. Информационно-аналитический портал Digital.Report. URL: <https://digital.report/es-priravnyaet-dinamicheskie-ip-adresa-k-personalnyim-dannyim/>.

⁵⁴ Гаджиев Х.И. Защита частной жизни в цифровую эпоху // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2019. № 6. С. 6.

⁵⁵ Постановлении Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 1 июля 2016 г. по делу № А56-6698/2016. URL: <https://sudact.ru/arbitral/doc/J8ihyq5cYyo1/>.

HTTP запроса, начинающаяся с «User-agent:» или «User-Agent.»); HTTP Cookie.

Кроме того, в настоящее время к персональным данным относятся и так называемые идентификаторы (например, номер пенсионного свидетельства, идентификационный номер налогоплательщика)⁵⁶. Так, А.Н. Платонова отмечает, что, если целью использования идентификационного номера налогоплательщика является идентификация человека, то такие данные очевидно следует рассматривать как персональные⁵⁷.

Таким образом, применительно к характеристике персональных данных полагаем, что с точки зрения неотъемлемости, неотчуждаемости – признаков, имманентно присущих нематериальным благам, – подход, согласно которому, «учитывая тесную связь персональных данных с личностью, их неовещественный характер, последние следует отнести к нематериальным благам»,⁵⁸ не является бесспорным. Полагаем, что отсутствуют достаточные основания для квалификации персональных данных в качестве самостоятельного личного нематериального блага.

Н.И. Петрыкина отмечает, что персональные данные следует считать объектом гражданско-правовой защиты, «так как они являются *элементом* права на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну и т.д.»⁵⁹.

Следует отметить, что в европейских странах сложился подход, согласно которому право на защиту персональных данных следует из права на защиту частной жизни⁶⁰. Так, согласно позиции Суда Европейского союза, а также Европейского Суда по правам человека, понятие частной жизни не может интерпретироваться узко, поэтому широко толкуемое понятие частной жизни включает и защиту данных⁶¹.

⁵⁶ Важарова М.А. Соотношение понятий «информация о частной жизни» и «персональные данные». Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2012. № 4 (87). С. 57.

⁵⁷ Платонова Н. И. Указ. соч. С. 14.

⁵⁸ Заман Ш. Х. Указ. соч. С. 9.

⁵⁹ Петрыкина Н. И. Указ. соч.

⁶⁰ Талапина Э. В. Указ. соч. С. 121.

⁶¹ Гаджиев Х. И. Указ. соч. С. 9.

Российская правоприменительная практика свидетельствует, что действия оператора персональных данных, совершенные без соблюдения норм законодательства о персональных данных, рассматриваются как посягающие на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну. Так, Таганский районный суд г. Москвы рассмотрел в открытом судебном заседании гражданское дело № 2-4261/2018 по исковому заявлению Федеральной службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций к Gandi SAS в защиту прав субъектов персональных данных⁶². Истец указал, что выявлено нарушение интернет-сайтом <https://2019.vote/> прав и законных интересов граждан как субъектов персональных данных, а именно: на интернет-ресурсе <https://2019.vote/> при проставлении знака «V» о согласии на обработку персональных данных, субъекту персональных данных не предоставляется информация относительно оператора, сроков хранения персональных данных, перечне обрабатываемых персональных данных, а также целях обработки. Кроме того, ответчик использовал сервисы Гугл Аналитикс и Яндекс Метрика, предназначенные для оценки посещаемости веб-сайтов и анализа поведения пользователей. Использование сервисов является действиями по сбору и обработке персональных данных, однако в Политике конфиденциальности интернет-ресурса <https://2019.vote/> не содержится сведений об использовании сервисов при обработке персональных данных. Оценив собранные по делу доказательства, суд признал деятельность интернет-ресурса <https://2019.vote/> незаконной и нарушающей права граждан на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну.

В Российской Федерации в результате реформы гражданского законодательства 2006 г. часть первая ГК РФ дополнена ст. 152.2, которая посвящена охране частной жизни гражданина. Так, в соответствии с п. 1 ст. 152.2 «если иное прямо не предусмотрено законом, не допускаются без согласия гражданина сбор, хранение, распространение и использование любой информации о его частной жизни, в частности сведений о его происхождении, о месте его пребывания или жительства, о личной и семейной жизни».

⁶² Решение Таганского районного суда г. Москвы от 19 декабря 2018 г. по делу № 02-4261/2018. URL: <https://www.mos-gorsud.ru/rs/taganskij/services/cases/civil/details/c5e2b24f-3000-4eb3-babb-27718caf62e4>.

Следует отметить, что во исполнение п. 11 плана подготовки законопроектов на 2018 год, утвержденного Указом Президента Республики Беларусь от 10 января 2018 г. № 9⁶³ подготовлен проект Закона Республики Беларусь «О внесении изменений в некоторые кодексы Республики Беларусь»⁶⁴.

Согласно проекту Закона, гл. 8 ГК РБ дополняется статьями, предусматривающими правовое регулирование охраны изображения гражданина и охраны частной жизни гражданина. В обосновании к проекту Закона отмечено, что «указанные дополнения позволят обеспечить надлежащую защиту нематериальных благ, принадлежащих гражданину, а также придадут определенность и ясность регулированию соответствующих отношений»⁶⁵.

Вопрос о соотношении понятий «информация о частной жизни» и «персональные данные» является в научной литературе дискуссионным. Так, Э.А. Цадыкова отмечает, что информация о частной жизни – понятие более широкое, чем персональные данные. По мнению автора, «персональные данные – это лишь информация, позволяющая идентифицировать личность ... распространение персональных данных не столько наносит ущерб личности, сколько создает возможность для причинения ущерба. Защита персональных данных подстраховывает от возможных нарушений неприкосновенности частной жизни»⁶⁶.

Согласно другой точке зрения, понятия «информация о частной жизни» и «персональные данные» не являются тождественными. Так, М.А. Вазарова отмечает, в частности, что правовая охрана информации о частной жизни начинается с момента рождения лица, что же касается персональных данных, то они подлежат охране и защите с момента передачи их оператору. Кроме того,

⁶³ Указ Президента Республики Беларусь от 10 января 2018 г. № 9 «Об утверждении плана подготовки законопроектов на 2018 год» // СПС «Эталон».

⁶⁴ Проект Закона Республики Беларусь «О внесении изменений в некоторые кодексы Республики Беларусь». URL: http://forumpravo.by/files/nczpi_zakon_proekt_izmenenija_v_kodeksi.pdf.

⁶⁵ Обоснование необходимости принятия Закона Республики Беларусь «О внесении изменений в некоторые кодексы Республики Беларусь». URL: http://forumpravo.by/files/nczpi_zakon_proekt_izmenenija_v_kodeksi_obosnovanie.pdf.

⁶⁶ Цадыкова Э.А. Гарантии охраны и защиты персональных данных человека и гражданина. URL: <https://center-bereg.ru/h1665.html>.

подчеркивает автор, сведения, относящиеся к персональным данным, должны быть зафиксированы на материальном носителе, тогда как информация, составляющая, например, тайну частной жизни лица, не требует подобной фиксации. Таким образом, М.А. Важарова приходит к выводу, что для повышения эффективности правового регулирования отношений, связанных с использованием информации о человеке, законодателю необходимо обращать внимание на то, о какой информации идет речь, т.е. подход законодателя к правовому регулированию использования информации о частной жизни и персональных данных должен быть различным⁶⁷.

Автор научно-практического комментария к Закону о персональных данных А.И. Савельев полагает, что «право на защиту персональных данных приобрело во многом самостоятельное значение». В качестве аргументов ученый отмечает следующее: во-первых, Закон о персональных данных не регулирует отношения, связанные с обработкой данных, которые могут составлять личную или семейную тайну, если такая обработка не осуществляется с использованием средств автоматизации; во-вторых, законодательство о персональных данных регулирует более широкий круг информационных отношений, включая отношения по поводу публичной и общедоступной информации, которая не может являться личной или семейной тайной в силу своей природы; в-третьих, право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну исходит из необходимости обеспечения максимальной конфиденциальности таких данных, тогда как одной из основных задач законодательства о защите персональных данных является обеспечение прозрачности осуществляемых процессов обработки персональных данных для субъекта персональных данных; в-четвертых, права субъекта, вытекающие из законодательства о защите персональных данных, имеют «относительный» характер и могут быть реализованы только в отношении специального субъекта – оператора персональных данных. Право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну по общему правилу имеет абсолютный характер и действует *erga omnes* (против всех). Таким образом, приходит к выводу А.И. Савельев, право на защиту персональных данных и право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну не

⁶⁷ Важарова М. А. Указ. соч. С. 57–59.

являются тождественными, они имеют отличия как в части объема и природы подпадающей под охрану информации, так и в части принципов, лежащих в основе регулирования. Как следствие, правовой режим защиты персональных данных, установленный Законом о персональных данных, и правовой режим защиты неприкосновенности частной жизни, установленный ГК РФ, носят параллельный характер. Однако, тот факт, что гражданин может не иметь возможности защитить свои права в рамках норм ст. 152.1 «Охрана изображения гражданина» или 152.2 ГК РФ «Охрана частной жизни гражданина», не означает, что он лишен такой возможности в рамках Закона о персональных данных, и наоборот. Автором также приводится правоприменительная практика, подтверждающая данный вывод⁶⁸.

Среди белорусских исследователей высказано мнение, что становление института персональных данных тесно связано с развитием конституционных прав и свобод человека, в частности, с правом на неприкосновенность личной (частной) жизни. Понятие «персональные данные» подразумевает информацию о личной (частной) жизни физического лица⁶⁹.

Н.В. Валюшко-Орса полагает, что своего рода продолжением ст. 28 Конституции Республики Беларусь является ч. 1 ст. 18 «Информация о частной жизни физического лица и персональные данные» Закона Республики Беларусь от 10 ноября 2008 г. № 455-З «Об информации, информатизации и защите информации»⁷⁰, согласно которой никто не вправе требовать от физического лица предоставления информации о его частной жизни и персональных данных.

Следует обратить внимание, что как содержание ст. 18 упомянутого закона, так и ее наименование, позволяет сделать вывод, что белорусский законодатель рассматривает понятия «информация о частной жизни» и «персональные данные» в качестве имеющих самостоятельное значение.

⁶⁸ Савельев А.В. Научно-практический постатейный комментарий к Федеральному закону «О персональных данных» / А.И. Савельев. Статут, 2017. С. 22–26.

⁶⁹ Валюшко-Орса Н. В. Указ. соч. С. 18.

⁷⁰ Закон Республики Беларусь от 10 ноября 2008 г. № 455-З «Об информации, информатизации и защите информации». URL: <https://www.pravo.by/document/?guid=3871&p0=h10800455>.

Вместе с тем, согласно позиции Конституционного суда Республики Беларусь «необходимость защиты персональных данных основывается также на международных обязательствах Республики Беларусь в сфере соблюдения одного из фундаментальных прав человека и гражданина – права на защиту частной жизни, закрепленного в ст. 12 Всеобщей декларации прав человека, ст. 17 Международного пакта о гражданских и политических правах»⁷¹. Таким образом, полагаем, согласно позиции Конституционного суда Республики Беларусь, право на защиту персональных данных следует из права на неприкосновенность частной жизни.

Конституционные нормы (в частности, ст. 28 Конституции Республики Беларусь⁷²) о гарантировании прав и свобод личности находят развитие в положениях ГК Беларуси. Согласно п. 2 ст. 1 ГК Беларуси, отношения, связанные с осуществлением и защитой неотчуждаемых прав и свобод человека и других нематериальных благ (личные неимущественные отношения, не связанные с имущественными), регулируются гражданским законодательством, поскольку иное не вытекает из существа этих отношений. Право каждого на неприкосновенность частной жизни относится к личным неимущественным правам согласно п. 1 ст. 151 ГК Беларуси.

В условиях существующего правового регулирования, представляется, что ст. 151 ГК Беларуси, содержащая общие положения о нематериальных благах, подлежащих гражданско-правовой защите (в том числе, неприкосновенность частной жизни), не исключает возможность обращения за судебной защитой и в случаях нарушения прав гражданина, обусловленных неправомерным использованием персональных данных. Нарушающими в данном случае можно рассматривать деяния (действия или бездействия) лиц, совершенные в нарушение требований законодательства о персональных данных и посягающие на сферу частной жизни гражданина.

⁷¹ Решение Конституционного суда Республики Беларусь от 21 ноября 2013 г. № Р-855/2013 «О соответствии Конституции Республики Беларусь Закона Республики Беларусь «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Беларусь «О регистре населения». URL: <http://www.kc.gov.by/document-32763>.

⁷² Конституция Республики Беларусь 1994 г. (с изм. и доп., принятыми на республиканских референдумах 24 ноября 1996 г. и 17 октября 2004 г.). URL: <https://www.pravo.by/pravovaya-informatsiya/normativnye-dokumenty/konstitutsiya-respubliki-belarus/>.

Заключение

Подводя итог проведенному в настоящей статье исследованию подчеркнем, что в условиях интенсивного развития и применения цифровых технологий возникает необходимость достижения баланса между свободным обменом и доступом к информации и соблюдением неприкосновенности цифровой сферы жизни граждан. В Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН от 17 декабря 2018 г. «Право на неприкосновенность частной жизни в цифровую эпоху» подчеркивается, что те права, которыми человек обладает за пределами Интернета, должны защищаться и в Интернете.

Особое место среди рисков цифровизации занимает вопрос надлежащей защиты персональных данных. В цифровую эпоху значительно возросли масштабы противоправного и произвольного сбора, обработки, хранения или использования персональных данных. Анализ правоприменительной практики позволяет сделать вывод, что наиболее распространенными вариантами нарушения прав на защиту персональных данных в цифровом пространстве являются: сбор персональных данных в отсутствие полученного в установленном законодательством порядке согласия субъекта персональных данных на их обработку (в частности, данное согласие может быть получено посредством простановки субъектом персональных данных соответствующих отметок на интернет-ресурсе); непредоставление оператором информации о целях сбора и обработки персональных данных, перечня действий с персональными данными, на совершение которых дается согласие (на интернет-ресурсах такая информация должна быть предоставлена до получения согласия на обработку персональных данных в электронной форме, соответствующей форме выражения такого согласия); несоблюдение требования об обеспечении конфиденциальности персональных данных.

В контексте исследования гражданско-правовых аспектов защиты персональных данных дискуссионным является вопрос отношения персональных данных к нематериальным благам. Учитывая, в частности, стремительное развитие информационных технологий, которое обуславливает появление новых разновидностей персональных данных (например, IP-адрес, файлы-cookie), позиция об отнесении последних к нематериальным благам не является бесспор-

ной. Полагаем, что с точки зрения таких сущностных признаков нематериальных благ как неотъемлемость и неотчуждаемость, отсутствуют достаточные основания для квалификации персональных данных в качестве самостоятельного личного нематериального блага.

Вместе с тем, на основании осмысления доктринальных подходов, источников правового регулирования, а также правоприменительной практики, представляется, что право на защиту персональных данных следует из права на неприкосновенность частной жизни.

Конституционные нормы о гарантировании прав и свобод личности находят развитие в положениях ГК Беларуси. Статья 151 ГК Беларуси, содержащая общие положения о нематериальных благах, подлежащих гражданско-правовой защите, предусматривает возможность обращения за судебной защитой в случаях нарушения права на неприкосновенность частной жизни. В качестве посягающих на неприкосновенность сферы частной жизни граждан можно рассматривать деяния (действия или бездействия) оператора персональных данных, совершенные в нарушение императивных требований законодательства, предъявляемых к процессам сбора, обработки, распространения и предоставления персональных данных.

Алексей Владимирович Тельнов,
*аспирант кафедры гражданского права и процесса
и международного частного права
Юридического института
ФГАОУ ВО «Российский университет дружбы
народов»; тел. + 7 (903) 227-38-69;
e-mail: at82@mail.ru*

**ЕЩЕ РАЗ К ВОПРОСУ О НЕОБХОДИМОСТИ
МАТЕРИАЛЬНО-ПРАВОВОГО РАЗГРАНИЧЕНИЯ
УТВЕРЖДЕНИЙ О ФАКТАХ И ОЦЕНОЧНЫХ СУЖДЕНИЙ
(МНЕНИЙ, УБЕЖДЕНИЙ) В ПРОЦЕССЕ
СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА ПРИ РАССМОТРЕНИИ
ДЕЛ О ДИФФАМАЦИИ**

Предметом настоящего исследования являются нормы законодательства России, а также положения судебной практики, касающиеся защиты нематериальных благ от диффамации. Объектом исследования являются общественные отношения, связанные с нарушениями прав субъектов гражданско-правовых отношений, возникающими в результате диффамации – распространения в отношении них не соответствующих действительности порочащих сведений. Методологическую основу исследования составляют теоретический, диалектический, сравнительно-правовой, анализа и синтеза и другие методы.

Научная новизна исследования состоит в том, что на базе имеющихся знаний в области науки гражданского права, положений судебной практики, обосновывается необходимость законодательного определения утверждений о фактах и оценочных суждений (мнений), выработки критериев разграничения данных понятий для целей обеспечения гарантий судебной защиты прав заинтересованного в такой защите субъекта. Такая необходимость вызвана тем, что, зачастую, утверждение о факте совсем не просто отличить от оценочного суждения, поскольку в основе и того, и другого явления лежит какой-либо факт.

Ключевые слова: диффамация, распространение несоответствующих действительности порочащих сведений, утверждения о фактах, оценочные суждения, мнения, нематериальные блага, честь, достоинство, деловая репутация, репутация.

Несмотря на то, что в определениях порочащих и не соответствующих действительности сведений, закрепленных в п. 7 Поста-

новления Пленума Верховного Суда от 24.02.2005 № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» (далее по тексту – «Постановление Пленума»), и характеризующих диффамацию, говорится, что такими сведениями являются утверждения о фактах или событиях, что именно понимается под такими утверждениями, не раскрывается.

При этом, в п. 9 Постановления Пленума указано, что судам при рассмотрении дел о защите чести, достоинства и деловой репутации следует различать имеющие место утверждения о фактах, соответствие действительности которых можно проверить, и оценочные суждения, мнения, убеждения, которые не являются предметом судебной защиты в порядке Ст. 152 Гражданского кодекса РФ, поскольку представляют собой выражение субъективного мнения и взглядов, и не могут быть проверены на предмет соответствия их действительности¹.

Необходимость проведения данных различий связана с наличием в законодательстве корреспондирующих праву на защиту чести, достоинства и деловой репутации других субъективных прав и свобод, а именно, свободы мысли и слова, свободы массовой информации, права свободно искать, получать, передавать, производить информацию любым законным способом, предусмотренных нормами ст. 29 Конституции РФ и ст. 1 и 3 Закона РФ от 27.12.1991 № 2124-1 «О средствах массовой информации». Перечисленное включает в себя возможность придерживаться своего мнения, получать и распространять информацию и идеи без какого-либо вмешательства со стороны. В этой связи, при рассмотрении дел о диффамации, важно обеспечить баланс между правом на защиту нематериального блага, с одной стороны, и свободой мысли и слова, массовой информации, с другой стороны².

Вместе с тем обеспечение такого равновесия невозможно без проведения четкого разграничения между утверждениями о фактах или событиях и оценочными суждениями, выражающими субъек-

¹ Miroshnichenko O.I., Samusenko T.M., Gaivoronskaya Ya.V., Frolova E.E. Doctrine in the Modern World: Legal Traditions and Modern Potential // The Social Sciences (Pakistan). 2018. vol. 13. № 2. p. 235–240.

² Русакова Е.П. Рассмотрение частноправовых споров в странах БРИКС. РУДН, Москва, 2018.

тивное мнение и взгляды автора. Такое разграничение считается для судов наиболее сложным, о чем говорится, в частности, в п. 6 Обзора практики рассмотрения судами дел по спорам о защите чести, достоинства и деловой репутации, утвержденном Президиумом Верховного Суда РФ 16.03.2016. Но, для того, чтобы провести данное разграничение, необходимо понимать, что представляют собой утверждения о фактах и что оценочные суждения (мнения). Однако, ни в законодательстве, ни в судебной практике, до настоящего времени не выработано понимание, когда распространенная информация является утверждением о факте, а когда носит оценочный, субъективный характер и выражается в виде мнения. Единственным признаком, позволяющим отличать утверждение о факте от мнения, является ссылка в п. 9 Постановлении Пленума на возможность проверки информации на предмет соответствия действительности. Но, такой признак не может быть положен в основу верификации утверждения о факте и оценочного суждения, поскольку в основе оценочного суждения, зачастую, также лежит какой-либо факт, и, как следствие, его также можно проверить на предмет обоснованности.

Терминологически «утверждение» представляет собой «положение, мысль, высказывание, которыми доказывают, утверждают что-либо»³. Также имеется и другое определение: «утверждение – особая форма предложения, которая в утвердительной форме выдвигает гипотезу относительно некоторого явления»⁴.

Слово «факт» означает «вполне реальное событие, явление; то, что действительно произошло»⁵.

Из изложенного, получается, что утверждение о факте – это высказывание, сделанное в утвердительной форме, о том реальном событии, которое действительно произошло, и которое однозначно можно проверить на соответствие его действительности.

Как правило, утверждения о факте являются описательными высказываниями, имеющими форму повествовательного предложения, которые констатируют положение дел или утверждают необходимую связь явлений. Утверждения о фактах могут распозна-

³ Ожегов С.И. Словарь русского языка: Ок. 57000 слов / под ред. докт. филол. наук проф. Н.Ю. Шведовой. – 14-е изд., стереотип. – М.: Рус. Яз., 1983, С. 749.

⁴ <https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A3%D1%82%D0%B2%D0%B5%D1%80%D0%B6%D0%B4%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D0%B5>.

⁵ Ожегов С.И. Указ. соч., С. 754.

ваться в тексте с помощью таких слов-маркеров, как «известно», «точно», «доподлинно», «без сомнения», «фактически» и т.п.). Пример описательного высказывания (утверждения о факте) – «Несомненно, что Иванов преступник».

Несколько иную природу имеет мнение, которое с точки зрения русского языка определяется как «суждение, выражающее оценку к кому-нибудь, оценку чего-нибудь; взгляд на что-нибудь»⁶. Во мнении выражается соответствие оцениваемого факта субъективным представлениям человека, который выражает мнение⁷. К оценочным высказываниям (мнениям) можно отнести оценки, аналитические высказывания, утверждения о целях, предположения, а также стандарты, нормы, идеалы. Мнение содержит информацию не о самом факте, а о том, какой образ факта есть у лица, выражающего мнение. Показателями оценочных высказываний могут быть следующие слова-маркеры: по-видимому, по-моему, впрочем, очевидно, таким образом, как видно и др. Пример оценочного суждения (мнения) – «Я считаю, что Иванов преступник».

Считается, что предметом судебной защиты от диффамации могут быть только утверждения о факте, а в случае выражения нарушителем своего субъективного отношения к факту, осуществить судебную защиту прав потерпевшего нельзя, поскольку нельзя проверить соответствие действительности выраженного мнения. Но, для отнесения выражения к утверждениям о фактах или к оценочным суждениям всегда важен контекст произнесенного или воспроизведенного выражения, а «вопрос о том, какие именно суждения являются порочащими, решается по усмотрению суда, который в их оценке подходит не с точки зрения истца – «человека потерпевшего», а с точки зрения моральных (этических) норм и требований, сложившихся в обществе»⁸.

В отечественной юридической литературе нет единого подхода к вопросу о том, может ли распространение лицом своего мнения о тех или иных событиях, явлениях, людях или организациях

⁶ Ожегов С.И. Указ. соч., С. 314

⁷ Фролова Е.Е. К вопросу правового обеспечения формирования гражданского общества // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2016. № 1. С. 36–40

⁸ Чернышева С.А. Охрана чести и достоинства гражданина // Советское государство и право, № 10, 1971, С. 129–130

быть основанием для иска о диффамации. Так, по мнению С.В. Потапенко, «статью 152 Гражданского кодекса РФ можно применять только в случае распространения о лице ложных сведений фактического характера»⁹. Противоположную точку зрения занимает группа других ученых, считающих, что «если несоответствие распространенного мнения действительности можно объективно доказать, вступив в полемику с распространителем сведений, то лицо, в отношении которого распространено такое мнение, имеет право требовать опровергнуть его через суд»¹⁰.

Мы считаем, что следует согласиться со второй позицией и полагаем, что лицо вправе требовать опровержения по суду распространенного о нем порочащего мнения, а суды – обязывать распространителя опровергнуть его в тех случаях, когда распространенное мнение является основанным на определенном факте, что может быть объективно доказано в процессе рассмотрения судом гражданского дела о диффамации и когда распространенное мнение порочит нематериальное благо истца, например, если мнение сделано в оскорбительной форме. Если ответчик в процессе рассмотрения дела не привел никаких доказательств в обоснование выраженного мнения, а лишь сослался на норму ст. 29 Конституции РФ о свободе выражения мнений, то его нельзя освобождать от ответственности. В связи с этим, истец должен иметь возможность требовать по суду опровержения не только ложных, порочащих сведений в виде утверждений о фактах, но и суждений, выраженных в виде мнения, если они основаны на каких-либо фактах и может быть доказан их порочащий для пострадавшего характер.

Если текст спорного сообщения таков, что позволяет трактовать его смысл по-разному, то суду необходимо назначить лингвистическую экспертизу, с учетом заключения которой должно быть вынесено судебное решение. В настоящее время судебная экспертиза по делам о диффамации, как правило, проводится в две стадии: «внешняя» (если в тексте присутствуют такие слова-маркеры, как, например, «я думаю», «я считаю», «я полагаю», или содержит эпите-

⁹ Потапенко С.В. Гражданско-правовая защита чести, достоинства и деловой репутации от диффамации в СМИ // Иркутск: Изд-во БГУ-ЭП, 2008, С. 52, 54.

¹⁰ Эрделевский А.М. Компенсация морального вреда: анализ и комментарий законодательства и судебной практики, М.: БЕК, 2000, С. 124; Грось Л. Еще раз о свободе мнения и защите чести // Российская юстиция, 1998, № 9, С. 19–20.

ты и т.п., то сведения, скорее всего, признаются мнениями) и «внутренняя» (если сведения можно проверить на предмет соответствия действительности, по признаку «правда-неправда», «было-небыло», то имеют место утверждения о фактах).

Но, зачастую, оценка эксперта касается только внешней стадии, без анализа информации на предмет возможности соответствия ее действительности. Вместе с тем, акцент оценки эксперта, и, как следствие, судебной оценки, с нашей точки зрения, не должен смещаться от выявления цели сделанного высказывания (выражение собственного мнения либо умышленно недостоверное изложение ситуации) к анализу используемых орфографических, синтаксических и пунктуационных правил русского языка и характеристике спорных предложений по виду высказывания. Разграничить оценочные суждения и утверждения о факте, равно как и возможность проверить достоверность или недостоверность сведений, положенных в основу спорного сообщения, на основании указанного нельзя. Если использовать приведенный подход, то исследование содержательного аспекта сделанного высказывания будет подменяться формальным аспектом, что не отвечает цели судебного разбирательства таких дел, которая состоит в охране достоинства личности (ч. 1 ст. 21 Конституции РФ), как необходимой предпосылке и основе других прав и свобод человека, условия их признания и соблюдения. Поскольку ничто не может быть основанием для умаления достоинства личности, постольку никто не может быть ограничен в защите своего достоинства, а также всех связанных с ним прав и свобод¹¹.

В большинстве случаев оценочные суждения (мнения) как раз основываются на утверждениях о фактах, которые должны требовать представления доказательств от ответчика на предмет соответствия их действительности. К примеру, в судебном деле по кассационной жалобе ОАО «Тольяттиазот» на решения нижестоящих судов, отказавших истцу в иске об опровержении не соответствующих действительности сведений, распространенных посредством передачи «Особо опасен» на канале НТВ, о компенсации причинен-

¹¹ Данные цели были изложены в правовых позициях Конституционного Суда РФ. См. например, Постановления от 03.05.1995 № 4-П, от 25.04.2001 № 6-П, или Определения от 15.02.2005 № 17-О, от 01.03.2010 № 323-О-О и др.

ного репутационного вреда и о восстановлении деловой репутации, ответчик ОАО «Телекомпания НТВ» подтвердил, что его мнение было основано на конкретных документально подтвержденных фактах, а именно, на отсутствии руководителя ОАО «Тольяттиазот» на момент выхода передачи в эфир (письмо Следственного комитета при МВД РФ от 13.08.2007 г.), признании ОАО «Тольяттиазот» виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного ст. 9.1 ч. 1 КоАП РФ, постановлением Федерального суда Комсомольского района г. Тольятти Самарской области от 15.01.2007 г., нарушении ОАО «Тольяттиазот» законодательства РФ в области промышленной безопасности, о чем свидетельствует письмо Управления Ростехнадзора по Самарской области от 20.08.2007 г. N 1-12/4379¹².

Если мнение основано на неподтвержденной информации, и этот факт можно установить в судебном разбирательстве, как и установить порочащий характер выраженного мнения, то такое мнение должно быть предметом оспаривания. Нельзя забывать о том, что если абсолютно любое утверждение (не соответствующее действительности, оскорбительное, порочащее) безнаказанно выражать, изложив его в виде мнения, то гарантии судебной защиты от нарушений прав лица будут являться декларативными и не реализуемыми. Как неоднократно указывал Конституционный Суд РФ, «в силу принципа недопустимости при осуществлении прав и свобод человека и гражданина нарушений прав и свобод других лиц как основополагающего условия соблюдения баланса общественных и честных интересов при реализации права свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом, обеспеченного свободой массовой информации и запретом цензуры (ч. 4 и 5 статьи 29 Конституции РФ), в любом случае должна быть обеспечена реальная защита прав и законных интересов лица, чья честь, достоинство и доброе имя потерпели ущерб в результате распространения не соответствующей действительности негативной информации»¹³.

¹² Постановление ФАС Московского округа от 25.07.2008 по делу № КГ – А 40/6393-08.

¹³ См.: Определения Конституционного суда Российской Федерации от 22.01.2014 № 12-О, от 01.03.2010 № 323-О-О, Постановление Конституционного суда Российской Федерации от 09.07.2013 № 18-П.

Европейский Суд по правам человека, признавая свободу слова, также допускает возможность защиты от негативного оценочного мнения, если оно не имело под собой никаких достаточных оснований (защиту от оскорбления): «Даже в случае, когда утверждение сводится к оценочному суждению, соразмерность вмешательства может зависеть от наличия достаточных фактических оснований для опровергаемого утверждения, поскольку даже оценочное суждение, не имеющее под собой никакой фактической основы, может быть чрезмерным»¹⁴.

В российской судебной практике присутствует схожая позиция: «... свобода мысли и слова не должна являться инструментом нарушения прав других лиц, из чего следует, что выражение другими лицами своего мнения по какому-либо вопросу не является основанием для освобождения от ответственности лица, распространившего эти сведения, в том случае, если при этом был неправомерно нанесен вред защищаемым Конституцией РФ и ГК РФ ценностям – чести, достоинству и деловой репутации гражданина»¹⁵.

Таким образом, для того, чтобы в процессе судебного разбирательства по делам о диффамации правильно разграничить утверждение о факте и оценочные суждения (мнения), необходимо их четко законодательно определить, с возможностью установления их различий и с решением вопроса о том, что именно может быть объектом судебной оценки при рассмотрении дела.

¹⁴ Постановление ЕСПЧ от 17.12.2004 «Дело «Педерсен и Баадсгаард против Дании» (жалоба № 49017/99).

¹⁵ Апелляционное определение Новосибирского областного суда от 15.07.2014 по делу № 33-5873/2014.

Олег Олегович Ядревский,
кандидат юридических наук, доцент кафедры
гражданского права юридического факультета
Белорусского государственного университета;
yadreus@bsu.by

ОСНОВНЫЕ ПОНЯТИЯ ЦИФРОВОЙ ЭКОНОМИКИ И НАПРАВЛЕНИЯ ЕЕ РАЗВИТИЯ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ И РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В статье рассматриваются основные понятия цифровой экономики в Республике Беларусь и Российской Федерации и их нормативные и научные определения, выявляются главные направления развития цифровой экономики, кратко анализируется степень их регулирования в правовых источниках, а также выявляются проблемные вопросы в данной сфере.

Ключевые слова: цифровая экономика, цифровые технологии, системы распределенного реестра, интернет вещей, искусственный интеллект.

Информация о финансировании. Исследование выполнено при финансовой поддержке Белорусского фонда фундаментальных исследований (БРФФИ) в рамках научного проекта № Г20Р-080.

Понятие «цифровая экономика» с каждым годом вводится во все большее количество нормативных актов и публикаций ученых и практических работников из различных областей знаний в Беларуси и в России.

Так, в настоящее время в Республике Беларусь можно указать, по крайней мере, два нормативных правовых акта, в названии которых встречается термин «цифровая экономика». Это, во-первых, Декрет Президента Республики Беларусь от 21.12.2017 № 8 «О развитии цифровой экономики» (далее – Декрет № 8); во-вторых, Государственная программа развития цифровой экономики и информационного общества на 2016–2020 годы, утвержденная постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 23.03.2016 № 235.

В то же время, в указанных документах отсутствует определение понятия «цифровая экономика».

В Российской Федерации понятие «цифровая экономика» определяется в Стратегии развития информационного общества Российской Федерации на 2017–2030 годы, утвержденной Указом Президента Российской Федерации от 09.05.2017 № 203. В соответствии

с данным определением цифровая экономика – это «хозяйственная деятельность, в которой ключевым фактором производства являются данные в цифровом виде, обработка больших объемов и использование результатов анализа которых по сравнению с традиционными формами хозяйствования позволяют существенно повысить эффективность различных видов производства, технологий, оборудования, хранения, продажи, доставки товаров и услуг».

Как видим, акцент в данном определении делается на данные в цифровом виде, которые являются ключевым фактором производства.

Что касается определений, которые вырабатываются специалистами на основе анализа различных составляющих цифровой экономики, то здесь нужно отметить следующее. Юридического определения данного термина белорусскими учеными не дается, в то же время исследователем в области экономики Г.Г. Головенчик дается определение указанного понятия как экономического термина. Так, под цифровой экономикой данный исследователь понимает «систему социальных, экономических и технологических отношений между государством, бизнес-сообществом и гражданами, функционирующую в глобальном информационном пространстве, посредством широкого использования сетевых цифровых технологий, генерирующую цифровые виды и формы производства и продвижения к потребителю продукции и услуг, которые приводят к непрерывным инновационным изменениям методов управления и технологий в целях повышения эффективности социально-экономических процессов»¹.

Вместе с тем, признавая серьезную исследовательскую работу для формулирования данного определения, отметим, что оно содержит в себе некоторые иные понятия, которым также необходимо дать определение для более четкого ограничения круга исследуемых общественных отношений – «глобальное информационное пространство», «сетевые цифровые технологии», «цифровые виды и формы производства». При этом центральным понятием в данном определении является термин «цифровые технологии», который будет рассмотрен далее.

¹ См. Головенчик Г.Г. Цифровизация белорусской экономики в современных условиях глобализации. Минск: Изд. центр БГУ, 2019. С. 30.

В Российской Федерации анализу терминов «цифровая экономика» и «цифровые технологии» был посвящен доклад НИУ «Высшая школа экономики» 2019 года под названием «Что такое цифровая экономика? Тренды, компетенции, измерение». На основании анализа различных определений указанного понятия для целей статистического измерения развития цифровой экономики в докладе предложены следующие взаимосвязанные определения: «цифровая экономика – деятельность по созданию, распространению и использованию цифровых технологий и связанных с ними продуктов и услуг; цифровые технологии – «технологии сбора, хранения, обработки, поиска, передачи и представления данных в электронном виде»².

Таким образом, как видим, имеющиеся в российском законодательстве и научных исследованиях определения понятия «цифровая экономика» акцентируют внимание прежде всего на определенной деятельности, тогда как определение, данное белорусским специалистом, говорит о системе общественных отношений, что представляется нам более предпочтительным в связи с возрастанием роли цифровой экономики и проникновением ее в самые различные сферы общественной и персональной жизни.

Как отмечалось выше, ключевой составляющей понятия «цифровая экономика» является термин «цифровые технологии». Данный термин также используется в нормативных правовых актах Республики Беларусь. Так, 18.04.2019 был принят Указ Президента Республики Беларусь от № 148 «О цифровых банковских технологиях».

В то же время определение данного термина отсутствует в белорусском законодательстве. По мнению Г.Г. Головенчик, термин «цифровые технологии» объединяет в себе глобальные коммуникационные сети, персональные компьютеры, электронные продукты и услуги³. Как было указано выше, в определении докладчиков НИУ «Высшая школа экономики» акцент сделан на технологии различных видов работы с данными в электронном виде.

Между тем, в связи с разнообразием таких технологий справедливым представляется выделение наиболее важных, охватывающих все сферы жизнедеятельности их направлений.

² См.: Что такое цифровая экономика? Тренды, компетенции, измерение. Доклад НИУ ВШЭ / Национальный исследовательский институт «Высшая школа экономики». М., 2019. С. 13.

³ Головенчик Г.Г. Указ.соч. С. 17.

Так, в Программе социально-экономического развития Республики Беларусь на 2016–2020 годы (далее – Программа), утвержденной Указом Президента Республики Беларусь от 15.12.2016 № 466, содержится глава 6 «Слагаемые роста конкурентоспособности отраслей экономики, основанного на инновациях». Раздел 6.1 «Цифровая трансформация экономики (информатизация)» данной главы предусматривает основные направления развития цифровых технологий. Такими направлениями являются:

- дальнейшее развитие мультисервисной системы электросвязи, широкополосного доступа в сеть Интернет, цифрового телевизионного вещания, сотовой связи следующего поколения;
- информатизация всех сфер социально-экономического развития;
- расширение внутреннего рынка путем стимулирования внедрения информационно-коммуникационных технологий в реальном секторе экономики, социальной сфере, государственном управлении, в том числе для предоставления государственных услуг и осуществления административных процедур в электронном виде.

В рамках указанных направлений Программой было поставлено двенадцать ключевых задач. Наиболее перспективными задачами в рамках рассматриваемой темы, по нашему мнению, являются следующие.

- Создание одной из самых эффективных инфраструктур в Восточной Европе, реализация программы «Оптоволокно в каждый дом».
- Создание полноценного электронного правительства (перевод 75 процентов административных процедур в электронный формат на основе использования Общегосударственной автоматизированной информационной системы).
- Максимальное внедрение во все отрасли экономики технологий сбора и обработки больших массивов данных, прежде всего в медицине, торговле и сельском хозяйстве.
- Изучение возможностей использования новейших технологий передачи и хранения информации в банковской сфере, государственном управлении, нотариате и других (в частности, ввод в эксплуатацию межбанковской системы идентификации).

В то же время в Российской Федерации протоколом заседания президиума Правительственной комиссии по цифровому развитию,

использованию информационных технологий для улучшения качества жизни и условий ведения предпринимательской деятельности от 28.05.2019 № 9 утвержден федеральный проект «Цифровые технологии». Указанный проект входит в состав национальной программы «Цифровая экономика Российской Федерации», утвержденной протоколом заседания президиума Совета при Президенте Российской Федерации по стратегическому развитию и национальным проектам от 04.06.2019 № 7. В данном документе использован такой термин как «сквозные цифровые технологии». Между тем его определение данным актом не дано.

В указанном нами выше докладе Высшей школы экономики сквозные цифровые технологии определяются как технологии, применяемые для сбора, хранения, обработки, поиска, передачи и представления данных в электронном виде, в основе функционирования которых лежат программные и аппаратные средства и системы, востребованные во всех секторах экономики, создающие новые рынки и изменяющие бизнес-процессы⁴. В другом исследовании под сквозными цифровыми технологиями понимаются «перспективные технологии, которые кардинально меняют ситуацию на существующих рынках или способствуют формированию новых рынков»⁵.

Таким образом, сквозные цифровые технологии – это наиболее перспективные направления развития цифровых технологий, охватывающие все сектора экономики.

В Российской Федерации указанным выше Федеральным проектом «Цифровые технологии» определен перечень сквозных цифровых технологий:

- большие данные;
- новые производственные технологии;
- промышленный интернет;
- искусственный интеллект;
- технологии беспроводной связи;
- компоненты робототехники и сенсорики;

⁴См.: Что такое цифровая экономика? Тренды, компетенции, измерение. Доклад НИУ ВШЭ. С. 14.

⁵См.: Стебихова, Н.А. Сквозные технологии цифровой экономики / Н.А. Стебихова. – Современная антимонопольная политика России: правоприменительная практика в Брянской области: сборник науч. работ Всероссийской научно-практической конференции. Брянск, 2019. – С. 193–196.

- квантовые технологии;
- системы распределенного реестра;
- технологии виртуальной и дополненной реальности.

Полагаем, что в целях скоординированной политики в сфере развития цифровых технологий в рамках Союзного государства Беларуси и России целесообразно унифицировать перечень сквозных цифровых технологий на уровне единого правового акта.

Данная унификация необходима еще и по той причине, что не все виды таких технологий и особенности их использования имеют должное нормативное регулирование.

Так, в Республике Беларусь был принят Декрет № 8 от 21.12.2017 «О развитии цифровой экономики», который многие называют революционным прежде всего благодаря введению в законодательный оборот таких понятий как «блокчейн», «токены», «криптовалюты», «майнинг», «смарт-контракт» и т.д., нормативному их определению, а также закреплению правового режима токенов и криптовалют, в частности, возможности совершения сделок с ними, закрепление возможности заключения сделок посредством смарт-контракта и так далее.

Благодаря законодательному развитию данного направления оно активно стало изучаться белорусскими специалистами-правоведами⁶.

Также следует отметить, что, несмотря на различия в правовом регулировании этого направления в России, данный вопрос там также активно исследуется учеными⁷.

⁶ См.: Шевченко А.П. Комментарий «О совершенствовании деятельности Парка высоких технологий и развитии цифровой экономики в Республике Беларусь (анализ Декрета Президента Республики Беларусь от 21.12.2017 № 8 «О развитии цифровой экономики»)» / КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2020.; Сафаревич, Д.З. Декрет № 8 сквозь призму валютного законодательства [Электронный ресурс] / КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2020.

⁷ См. Алексеенко А.П. Обеспечение правовых условий внедрения цифровых технологий на финансовом рынке в контексте реализации программы «Цифровая экономика Российской Федерации» // Территория новых возможностей. Вестник Владивостокского государственного университета экономики и сервиса. 2019. Т 11, № 4. С. 74–83. Алексеенко А.П., Лапшина Ю.В. Проблемные аспекты определения правового статуса криптовалюты в России // Территория новых возможностей. Вестник Владивостокского государственного университета экономики и сервиса. 2018. Т 10, № 2. С. 117–124.

Еще одним направлением развития сквозных цифровых технологий, для которого белорусским законодателем было закреплено правовое регулирование, является применение цифровых технологий в банковской сфере. В этой области были приняты такие нормативные правовые акты как Указ Президента Республики Беларусь от 01.12.2015 № 478 «О развитии цифровых банковских технологий» (предписано создать межбанковскую систему идентификации, предназначенную для проведения идентификации юридических лиц, физических лиц, в том числе индивидуальных предпринимателей, нотариусов, адвокатов и представителей клиентов без их личного присутствия); Указ Президента Республики Беларусь от 18.04.2019 № 148 «О цифровых банковских технологиях» (предусмотрены такие новации, как использование биометрических данных о клиентах, их представителей; возможность проведения удаленной идентификации с использованием информационных сетей (систем) и программно-аппаратных средств и технологий путем установления видеосвязи с клиентами; возможность совершения сделки при осуществлении банковских, финансовых операций и иной деятельности в электронном виде с применением программно-аппаратных средств и технологий без использования электронной цифровой подписи и так далее).

В то же время иные направления развития сквозных информационных технологий не получили столь стремительного развития на уровне нормативного правового регулирования. Сюда можно отнести такое понятие как «интернет вещей», правовое регулирование которого проблематично по ряду причин⁸. Кроме того, практически отсутствуют нормативные положения об искусственном интеллекте, в частности, об определении правового режима произведений и иных объектов интеллектуальной собственности, созданных искусственным интеллектом⁹.

Еще одним направлением, которое должно получить необходимое нормативное регулирование, является обращение с больши-

⁸ См. Бекиш, А.А. Правовые основы использования технологии интернета вещей в Республике Беларусь [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2020.

⁹ Интеллектуальная собственность: тенденции развития правового регулирования: по итогам международного семинара «Интеллектуальная собственность в современном мире: новые вызовы» // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2020.

ми данными. Полагаем, что важным шагом в развитии такого направления будет являться принятие проекта Закона Республики Беларусь «О защите персональных данных», который в настоящий момент находится на рассмотрении в Палате Представителей Национального собрания Республики Беларусь. Вместе с тем процесс разработки подобных актов является весьма трудоемким и требует учета множества различных факторов. В качестве примера можно привести сложность принятия поправок об обращении с большими данными в российский Федеральный Закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», связанную с разграничением понятий «персональные данные» и «большие данные»¹⁰.

Таким образом, представляется, что процесс закрепления правового регулирования в отношении различных направлений сквозных цифровых технологий является неоднородным, трудоемким и продолжительным по времени, что ещё раз подчеркивает необходимость выделения единого перечня направлений развития сквозных цифровых технологий и гармонизации их нормативного правового регулирования в Беларуси и России в рамках единой экономической политики Союзного государства.

Заключение

Таким образом, изложенное выше позволяет прийти к следующим выводам.

Понятие «цифровая экономика» не определено ни в законодательстве Республики Беларусь, ни в законодательстве Российской Федерации. Вместе с тем, на уровне исследований данного понятия выработаны его определения, сутью которых является базирование данной экономики на цифровых технологиях. Данный термин, несмотря на отсутствие его законодательного закрепления, в качестве основной составляющей включают работу с данными в электронном виде. Наиболее перспективные направления таких технологий, охватывающие все сферы экономики, получили название «сквозные цифровые технологии». В Российской Федерации перечень таких технологий закреплён отдельным Федеральным проектом. В Республике Беларусь круг таких технологий четко не определен,

¹⁰ См.: <https://www.forbes.ru/obshchestvo/377129-personalnye-no-bolshie-kak-novyy-zakon-izmenit-torgovlyu-dannymi>.

вместе с тем, отдельные их направления закреплены в Программе социально-экономического развития Республики Беларусь на 2016–2020 годы.

Отсутствие указанных определений ведет к сложности выделения круга данных технологий для их должного правового регулирования.

С целью гармонизации законодательства Беларуси и России в сфере развития сквозных цифровых технологий в рамках Союзного государства рекомендуется закрепить понятия «цифровая экономика» и «цифровые технологии», определить наиболее важные направления развития цифровых технологий и закрепить их в едином перечне с дальнейшей разработкой либо совершенствованием нормативного правового регулирования каждого из таких направлений.

*Екатерина Николаевна Горожанкина,
студент магистратуры II курса
Национального исследовательского университета
«Высшая школа экономики»;
gorozhankina.ekaterina.2018@mail.ru*

НОВЕЛЛЫ СТАТЬИ 86 СЕМЕЙНОГО КОДЕКСА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: ЧТО НАС ЖДЕТ?

В статье рассматривается проблема реализации требований ст. 86 Семейного Кодекса РФ, связанная с толкованием слов «пригодное для постоянного проживания жилое помещение» в связи с внесенными Федеральным законом от 06.02.2020 N 10-ФЗ изменениями в ст. 86 Семейного Кодекса РФ в части дополнения перечня исключительных обстоятельств, порождающих обязанность родителей в несении дополнительных расходов на детей таким обстоятельством как отсутствие пригодного для постоянного проживания жилого помещения.

Ключевые слова и фразы: дополнительные расходы, Семейный кодекс, пригодное для постоянного проживания жилое помещение, толкование, интересы детей.

Статья 86 Семейного Кодекса РФ¹ (далее – СК РФ) предусматривает, что при отсутствии соглашения и при наличии исключительных обстоятельств (тяжелая болезнь, увечье несовершеннолетних детей или нетрудоспособных совершеннолетних нуждающихся детей, необходимость оплаты постороннего ухода за ними, отсутствие пригодного для постоянного проживания жилого помещения и другие обстоятельства) каждый из родителей может быть привлечен судом к участию в несении дополнительных расходов, вызванных этими обстоятельствами. Причем суд вправе обязать родителей принять участие как в фактически понесенных дополнительных расходах, так и в дополнительных расходах, которые необходимо будет произвести в будущем. Федеральным законом от 06.02.2020 N 10-ФЗ² (далее – 10-ФЗ) были внесены изменения в абзац

¹ «Семейный кодекс Российской Федерации» от 29.12.1995 N 223-ФЗ (ред. от 06.02.2020) – URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_8982/ (дата обращения 25.02.2020).

² Федеральный закон от 06.02.2020 N 10-ФЗ «О внесении изменения в статью 86 Семейного кодекса Российской Федерации» – URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_344773/ (дата обращения 25.02.2020).

первый пункта 1 статьи 86 СК РФ, путем замены слов «(тяжелой болезнью, увечьем несовершеннолетних детей или нетрудоспособных совершеннолетних нуждающихся детей, необходимости оплаты постороннего ухода за ними и других обстоятельств)» словами «(тяжелая болезнь, увечьем несовершеннолетних детей или нетрудоспособных совершеннолетних нуждающихся детей, необходимость оплаты постороннего ухода за ними, отсутствие пригодного для постоянного проживания жилого помещения и другие обстоятельства)».

По сути, изменения, внесенные данным 10-ФЗ, заключаются в дополнении перечня исключительных обстоятельств, порождающих обязанность родителей в несении дополнительных расходов на детей таким обстоятельством как отсутствие пригодного для постоянного проживания жилого помещения. Суть дополнительных расходов заключается в том, что «родители, с которых взысканы алименты на несовершеннолетних детей или на нетрудоспособных совершеннолетних нуждающихся в помощи детей, могут быть привлечены судом к участию в несении дополнительных расходов на указанных детей»³. В качестве таких дополнительных расходов в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ указаны в частности расходы на оплату постороннего ухода за детьми, иные расходы, необходимые для излечения или поддержания здоровья детей, а также для их социальной адаптации и интеграции в общество (расходы на протезирование, на приобретение лекарств, специальных средств для ухода, передвижения или обучения и т.п.). А также Верховный Суд рассматривает данные расходы как разновидность алиментных платежей. Такие расходы подлежат определению в твердой денежной сумме, по общему правилу, взыскиваются ежемесячно (абзац второй пункта 1 статьи 86 Семейного Кодекса РФ). Но также дополнительные расходы могут быть и фактическими, то есть на момент рассмотрения дела уже понесенными, в таком случае, как отмечено в Постановлении Пленума, они могут быть взысканы однократно. Согласно Семейному Кодексу порядок участия родителей в несении дополнительных расходов и размер этих расходов определяются судом, исходя из материального и семейного

³ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26.12.2017 N 56 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел, связанных со взысканием алиментов» – URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_286361/ (дата обращения 25.02.2020).

положения родителей и детей и других заслуживающих внимания интересов сторон. Также в Постановлении Пленума указано, что суду, в частности, следует учитывать, какие доказательства представлены истцом в подтверждение необходимости несения данных расходов (например, назначение врача, программа реабилитации), а также являются ли эти расходы следствием обстоятельств, носящих исключительный характер.

Стоит заметить, что в связи с внесенными в статью изменениями назрела необходимость внесения изменений и в рассматриваемое Постановление Пленума, которое должно дать разъяснения относительно того, что следует понимать под пригодным для постоянного проживания жилым помещением. Также прослеживается необходимость толкования «других обстоятельств», которые могут быть отнесены к исключительным и другим заслуживающим внимания интересов сторон, определяющих порядок участия родителей в несении дополнительных расходов и размер этих расходов. Данные относительно абстрактные формулировки, являющиеся по своей сущности пробелами, и порождают ряд проблем по реализации ст. 86 СК РФ, точнее вынесенных по ней решений судов. Также стоит отметить, что до внесения в ст. 86 СК РФ последних изменений можно было сделать вывод о том, что данная статья была создана специально или по меньшей мере с целью покрыть расходы, связанные именно с болезнью, увечьями и нетрудоспособностью детей. Как указано в Пояснительной записке⁴ к рассматриваемому 10-ФЗ (далее – ПЗ) «перечень исключительных обстоятельств, указанный в статье 86 Семейного кодекса Российской Федерации, не является исчерпывающим. Однако указание в тексте статьи на события, связанные только с состоянием здоровья ребенка, приводит к тому, что в судебной практике она толкуется ограничительно как предполагающая необходимость возмещения расходов, связанных исключительно с лечением, восстановлением здоровья ребенка, реабилитацией». Данное изменение задает «новый вектор» институту дополнительных расходов. Возникает вопрос, связанный с тем, чем была обусловлена необходимость данного изменения. Например,

⁴ Пояснительная записка к проекту федерального закона «О внесении изменения в статью 86 Семейного кодекса Российской Федерации» – URL: https://sozd.duma.gov.ru/bill/809049-7#bh_note (дата обращения 25.02.2020).

Председатель Комитета по вопросам семьи, женщин, детей Плетнева Т.Г. отмечала: «Бесплатно не дают сейчас жильё, а оно ветшает: даже если какое-то жильё было, оно могло обветшать, а ребёнку нужны нормальные условия, а ведь государство не всегда даёт жильё – вот поэтому это предложение и внесено»⁵.

Согласно самой пояснительной записке данные изменения являются одним из этапов реализации пункта 23 плана мероприятий на 2015 – 2018 годы по реализации первого этапа Концепции государственной семейной политики в Российской Федерации на период до 2025 года⁶, утвержденного распоряжением Правительства Российской Федерации от 9 апреля 2015 г. № 607-р, которым предусмотрена подготовка предложений по защите жилищных прав несовершеннолетних детей при расторжении брака родителей. По мнению Комитета по вопросам семьи, женщин, детей как составителя ПЗ предусмотренное законопроектом изменение во взаимосвязи с действующим правовым регулированием жилищных прав детей позволит суду в каждом случае оценивать ситуацию с учетом всех сложившихся обстоятельств и принимать решение, основанное на балансе интересов ребенка и родителя, выплачивающего алименты. Поскольку данный законопроект связан не только с социальной, но и с жилищной политикой Комитет Государственной Думы РФ по жилищной политике и жилищно-коммунальному хозяйству (далее – Комитет ГД РФ по ЖП и ЖКХ) как соисполнитель проекта дал заключение⁷ на законопроект, в котором указал на то, что данное изменение позволит устранить ограничительное толкование судами. Так, Комитет ГД РФ по ЖП и ЖКХ заметил, что обозначенная в пояснительной записке проблема обсуждается уже более десяти

⁵ Там же.

⁶ Распоряжение Правительства РФ от 09.04.2015 N 607-р (ред. от 28.09.2018) <Об утверждении плана мероприятий на 2015 – 2018 годы по реализации первого этапа Концепции государственной семейной политики в Российской Федерации на период до 2025 года> – URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_178052/cf5dbbfe7335e8180db7bf9ae4b657bde429db4/ (дата обращения 26.02.2020)

⁷ Заключение Комитета Государственной Думы по жилищной политике и жилищно-коммунальному хозяйству Законопроекта № 809049-7 о внесении изменений в статью 86 Семейного кодекса Российской Федерации (в части привлечения родителя, проживающего отдельно от ребенка, к участию в несении им дополнительных обязательств, связанных с обеспечением несовершеннолетнего ребенка жилым помещением) – URL: https://sozd.duma.gov.ru/bill/809049-7#bh_histtras (дата обращения 26.02.2020)

лет и до настоящего момента не находила поддержки Правительства Российской Федерации. Основываясь на его позиции, Государственная Дума неоднократно отклоняла законопроекты по аналогичному вопросу (№ 514367-5, № 475269-4) как избыточные. Заключение Комитета ГД РФ по ЖП и ЖКХ представляет для нас интерес как раз с точки зрения проблематики реализации требований ст. 86 СК РФ. Комитет в своем заключении указал на следующий недостаток законопроекта: пояснительная записка не дает четкого понимания, каким образом несовершеннолетний ребенок или дети остались без жилого помещения. Если авторы законопроекта подразумевали случаи, когда собственник жилого помещения после расторжения брака выселяет из принадлежащего ему жилого помещения бывшего члена семьи, то прекращение семейных отношений между родителями несовершеннолетнего ребенка, проживающего в жилом помещении, находящемся в собственности одного из родителей, не влечет за собой утрату ребенком права пользования жилым помещением в контексте правил части четвертой статьи 31 Жилищного кодекса Российской Федерации (пункт 14 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 02.07.2009 №14 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при применении Жилищного кодекса Российской Федерации»)⁸. Отчасти ответ на этот вопрос был дан Плетневой Т.В. в ходе обсуждений законопроекта, которая в качестве возможных причин того, что несовершеннолетний ребенок или дети остались без жилого помещения, выделяла проживание в общежитии или ситуацию, когда жилье пришло в негодность. Возникает вопрос о юридическом значении причины, по которой несовершеннолетний ребенок или дети остались без жилого помещения. На первый взгляд может показаться, что данная причина юридически не значима, что суду нет смысла выяснять данное обстоятельство, и что Комитет по жилищной политике «смещает акцент» с проблемы толкования пригодного для постоянного проживания жилого помещения на обстоятельство, которое послужило причиной отсутствия такого жилья, но это только на первый взгляд. На самом деле данная причина имеет юридическое значение,

⁸ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 02.07.2009 N 14 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при применении Жилищного кодекса Российской Федерации» – URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_89120/ (дата обращения 26.02.2020).

поскольку суд должен устанавливать именно реальное отсутствие жилья, поскольку родитель, с которым по решению суда проживает ребенок может намеренно скрывать жилье, для того, чтобы улучшить свои жилищные условия, например, продать свое жилое помещение или заключить сделку, по которой право собственности перейдет лишь формально. Также законодателю, возможно, необходимо было закрепить в качестве исключительного обстоятельства не отсутствие пригодного для постоянного проживания жилого помещения, а отсутствие реальной возможности для обеспечения ребенку такого жилья, поскольку родитель может располагать такими средствами, но не расходуя их по определенным причинам на жилье.

В итоге Комитет концептуально поддержал законопроект, но указал на возможные проблемы при его реализации, которые, несомненно, возникнут в скором времени при применении данной нормы судами. Верховный суд по данному законопроекту замечаний и предложений не имел, что вызывает опасения относительно той судебной практики, которая нас ждет. Ведь у Верховного Суда должны были возникнуть как минимум предложения относительно уточнений, что понимается под пригодным для постоянного проживания жилым помещением, поскольку, скорее всего, именно ему и придется восполнять данный пробел. Плетнева Т.В. в ходе обсуждений, обращаясь к депутатам говорила: «Всё просто и доступно, очень простой законопроект». К сожалению, данный «простой и доступный» законопроект может обернуться порочной для стороны, несущей данные дополнительные расходы судебной практикой. Причем еще при обсуждении законопроекта, так или иначе, кто-то затрагивал вопрос: «Так ли проста данная поправка?». Помимо Комитета по ЖП и ЖКХ, указывавшего на недостатки законопроекта, например, депутаты Выборный А.Б. и Сухарев И.К. затрагивали проблему исполнения решений. Вострецов С.А. даже предлагал ввести уголовную ответственность за неисполнение решений судов. Плетнева Т.В. в этом проблемы не увидела и отметила, что существуют судебные приставы, которым депутаты дали много возможностей. Куринных А.В. затрагивал вопрос о том, должен ли будет родитель снять квартиру или купить ее. Безродная А.С. указала на то, что определения этих рамочных норм – задача суда, а не законодателя. Марченко Е. Е. призывал к тому, что вначале нужно принимать закон об отчёте о тратах алиментов.

Анализ стенограммы обсуждений, пояснительной записки, заключений комитетов приводит к выводу о том, что в рамках обсуждений законопроекта не раз затрагивались те вопросы, которыми сейчас задается юридическое сообщество, но Плетнева Т.В., педагог по образованию, «отклоняла» их без должного рассмотрения. В средствах массовой информации, в научных и общественных кругах не первый раз высказывалась точка зрения о том, что депутаты, не имеющие юридического образования, к сожалению, не могут понять специфику достаточно большого количества правовых вопросов, что мы и наблюдаем в данном случае: депутаты снимают с себя ответственность за дальнейшую «судьбу нормы», по сути, создавая пустой шаблон и перекладывая обязанность по его наполнению содержанием на суды, которые и без того загружены, сводя исполнение решений судов к слову «Надо!», абсолютно игнорируя реально существующие проблемы и наивно полагая, что абсолютно любая норма будет исполняться.

Подводя итог вышесказанному, выделим две основные проблемы реализации ст. 86 СК РФ. Первая из них лежит в плоскости толкования закона. Согласно ч. 1 ст. 86 СК РФ родители могут быть привлечены судом к несению дополнительных расходов при отсутствии пригодного для постоянного проживания жилого помещения. Возникает вопрос, что суды будут понимать под пригодным для постоянного проживания жилым помещением. Судам на данный вопрос придется отвечать дважды: первый раз при решении вопроса о наличии/отсутствии оснований для возложения на родителя дополнительных расходов, а второй раз при определении суммы данных расходов. То есть в обоих случаях суду надлежит установить критерии пригодности жилья: 1) на каком праве лицо должно владеть данным жилым помещением: на праве собственности, на праве, которое возникло в результате найма жилого помещения или же возможны иные варианты; 2) состояние жилого помещения, его площадь: в данном случае стороне, претендующей на дополнительные расходы, придется доказать непригодность жилого помещения. От решения первого вопроса зависит сумма тех дополнительных расходов, которые взыщет суд, которая может невероятно разниться в зависимости от того, какими критериями будет руководствоваться суд. Возможно, в каждом конкретном случае суд будет индивидуально подходить к данному вопросу в зависимости от материального положения лица, региона его проживания и иных факторов.

Стоит обратить внимание на то, что словосочетание «непригодность жилого помещения» упоминается в Постановлении Правительства РФ от 28.01.2006 N 47 (ред. от 29.11.2019) «Об утверждении Положения о признании помещения жилым помещением, жилого помещения непригодным для проживания, многоквартирного дома аварийным и подлежащим сносу или реконструкции»⁹. Пункт 33 данного постановления в качестве оснований для признания помещения непригодным для проживания выделяет, например, ухудшение в связи с физическим износом в процессе эксплуатации здания в целом или отдельными его частями эксплуатационных характеристик, приводящего к снижению до недопустимого уровня надежности здания, прочности и устойчивости строительных конструкций и оснований. Не стоит и исключать возможность того, что суды будут руководствоваться данным определением. Стоит отметить, что не только Семейный Кодекс использует понятие «пригодное для постоянного проживания жилое помещение», но при этом ни один нормативный правовой акт, который использует это понятие, не определяет его. К примеру, ч. 1 ст. 446 Гражданского процессуального Кодекса РФ закрепляет, что взыскание по исполнительным документам не может быть обращено на имущество, принадлежащее гражданину-должнику на праве собственности, в том числе на жилое помещение (его части), если для гражданина-должника и членов его семьи, совместно проживающих в принадлежащем помещении, оно является единственным пригодным для постоянного проживания помещением, за исключением указанного в настоящем абзаце имущества, если оно является предметом ипотеки и на него в соответствии с законодательством об ипотеке может быть обращено взыскание.

Еще в 2012 году Конституционный суд РФ в Постановлении¹⁰ обратил внимание федеральных законодателей на необходимость

⁹ Постановление Правительства РФ от 28.01.2006 N 47 (ред. от 29.11.2019) «Об утверждении Положения о признании помещения жилым помещением, жилого помещения непригодным для проживания, многоквартирного дома аварийным и подлежащим сносу или реконструкции» – URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_58136/ (дата обращения 27.02.2020).

¹⁰ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14 мая 2012 г. N 11-П город Санкт-Петербург «по делу о проверке конституционности положения абзаца второго части первой статьи 446 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Ф.Х. Гумеровой и Ю.А. Шикунова» – URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_129823/ (дата обращения 19.05.2020).

конкретизации положения абзаца второй части первой статьи 446 ГПК РФ в части, касающейся размеров жилого помещения, на которое может быть обращено взыскание по исполнительным документам, с тем чтобы в исполнительном производстве в полной мере соблюдался баланс интересов взыскателя и гражданина-должника. Аналогичные выводы содержатся в определениях Конституционного Суда Российской Федерации от 4 декабря 2003 года N 456-О, от 19 апреля 2007 года N 241-О-О, от 20 ноября 2008 года N 956-О-О. При этом стоит заметить, что данный пробел до сих пор не устранен при том, что впервые Конституционный Суд обратил внимание законодателя на него еще в 2003 году. Вероятнее всего, такая же «судьба» ждет и обсуждаемое в статье нововведение.

Вторая проблема лежит в плоскости исполнительного производства. Возникает вопрос, как будут исполняться решения суда по обеспечению детей жильем, пригодным для постоянного проживания с учетом негативной статистики исполнения решений судов по взысканию алиментов и того факта, что сумма дополнительных расходов на обеспечение жилья будет в разы превышать суммы алиментных обязательств, взыскиваемых судом. С целью решения вышеуказанных проблем, законодателю стоит определить, что судам надлежит понимать под пригодным для постоянного проживания жилым помещением с тем, чтобы в полной мере соблюдался баланс интересов истца и ответчика, чтобы, грубо говоря, истцы не претендовали на жилье класса люкс, а ответчики, в свою очередь, не пытались предоставить жилье, близкое к непригодному.

Заключение

Подводя итог вышесказанному, выделим две основные проблемы реализации ст. 86 СК РФ. Первая из них лежит в плоскости толкования закона. Согласно ч. 1 ст. 86 СК РФ родители могут быть привлечены судом к несению дополнительных расходов при отсутствии пригодного для постоянного проживания жилого помещения. Возникает вопрос, что суды будут понимать под пригодным для постоянного проживания жилым помещением. Вторая проблема лежит в плоскости исполнительного производства. Возникает вопрос, как будут исполняться решения суда данному вопросу с учетом негативной статистики исполнения решений судов по взысканию алиментов и того факта, что сумма дополнительных расходов на обеспечение жилья будет в разы превышать суммы алиментных обязательств, взыскиваемых судом.

*Кира Владимировна Деринг,
Магистрант кафедры гражданского права и процесса
и международного частного права
Юридического института
Российского университета дружбы народов*

*Научный руководитель –
к.ю.н. Екатерина Петровна Русакова*

НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ СДЕЛОК С ПОРОКОМ ВОЛИ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В статье описаны ситуации, связанные с недействительностью сделок с пороками воли. Дается подробное понятие и описание недействительных сделок. Рассмотрены сделки, заключенные под влиянием обмана, заблуждения, злонамеренного соглашения одной стороны с другой, насилия, угрозы. А также правовые последствия, возникающие при заключении недействительных сделок.

Ключевые слова: сделка, недействительность сделки, порок воли и порочность сделки, юридически значимые обстоятельства, условия сделки.

Согласно части 1 статьи 421 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) граждане и юридические лица свободны в заключении договора. Понуждение к заключению договора не допускается, за исключением случаев, когда обязанность заключить договор предусмотрена ГК РФ, законом или добровольно принятым обязательством.

Вместе с тем очевидно, что в практике встречаются случаи, когда участники гражданских правоотношений действуют при заключении сделок не свободно, а в силу различных обстоятельств, влияющих на их поведение, которое противоречит их истинному волеизъявлению¹. Следовательно, можно выделить в качестве общего признака этих сделок так называемый «порок воли».

Законодательство Российской Федерации не содержит легального понятия «порок воли», хотя фактически учитывает данное

¹ Frolova E.E., Inshakova A.O., Dolinskaya V.V. The concept and legal framework for judging corporate conflicts on the US financial market // В книге: «Conflict-Free» Socio-Economic Systems: Perspectives and Contradictions Bingley, West Yorkshire, 2019. p. 101–108.

обстоятельство в качестве основания для признания сделки недействительной².

Исходя из представлений психологии о воле человека, можно прийти к выводу о том, что порок воли возможен в двух проявлениях: это несоответствие воли волеизъявлению (когда лицо заблуждается относительно природы сделки и ее последствий или в силу психического состояния не понимает значения своих действий) и порочность формирования воли (обман, насилие, угрозы, тяжелое стечение обстоятельств).

Относительно порочности мнимых и притворных сделок мы не находим единого мнения об отнесении их именно к сделкам с порочной волей либо с порочным содержанием³.

В судебной практике выделяем следующие виды сделок с пороком воли: сделки с пороками воли делятся на совершенные без внутренней воли на совершение сделки и сделки, в которых внутренняя воля сформировалась неправильно. Без внутренней воли совершаются сделки под влиянием насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой стороной (ст. 179 ГК РФ), а также гражданином, не способным понимать значения своих действий или руководить ими (ст. 177 ГК РФ), и сделки, совершенные под влиянием заблуждения (ст. 178 ГК РФ). Для признания недействительной сделки в связи с неспособностью понимать значения своих действий или руководить ими правовое значение имеет момент, когда сделка считается совершенной. Данные сделки независимо от причин (это могут быть наркотики, нервное потрясение, алкогольное опьянение, травма, болезнь), приведших гражданина в такое состояние, являются оспоримыми. Иск в суд о признании их недействительными может предъявить сам этот гражданин либо лицо, чьи права и охраняемые законом интересы были нарушены (Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 24.09.2014 по делу N А56-43715/2012 (Постановлением Арбитражного суда Северо-Западного округа от 23.12.2014 по делу N А56-43715/2012 данное Постановление оставлено без изменения)⁴.

² Русакова Е.П., Зайцев В.В. Онлайн – судопроизводство в Российской Федерации // *Advances in Law Studies*. 2020. Т. 8. № 55. С. 49–54.

³ Акатов А.А., Баринев Н.А. – Гражданское право России. Статут, 2017 г. С. 128–147.

⁴ Ермакова Е.П., Артемьева Ю.А., Кончева В.А., Русакова Е.П. Актуальные проблемы гражданского процесса: процессуальная реформа РФ 2018 г. Учебно-методическое пособие, РУДН, Москва, 2019.

Статья 177 ГК РФ содержит норму о недействительности сделки, совершенной гражданином, не способным понимать значение своих действий или руководить ими.

При этом закон не требует наличия у такого гражданина статуса недееспособного, закрепляя, что сделка, совершенная гражданином, хотя и дееспособным, но находившимся в момент ее совершения в таком состоянии, когда он не был способен понимать значение своих действий или руководить ими, может быть признана судом недействительной по иску этого гражданина либо иных лиц, чьи права или охраняемые законом интересы нарушены в результате ее совершения (ч. 1 ст. 177 ГК РФ).

В ходе судебного разбирательства может быть установлено, что договор является недействительным, поскольку на момент его заключения гражданин не мог понимать содержание подписываемого им договора, то есть фактически его воля на распоряжение имуществом отсутствовала (Апелляционное определение Курганского областного суда от 14.03.2019 по делу N 33-714/2019, Апелляционное определение Московского городского суда от 14.03.2019 по делу N 33-10288/2019, Апелляционное определение Красноярского краевого суда от 12.11.2018 N 33-16943/2018, Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 03.04.2018 N 2-КГ18-1)⁵.

При этом суды указывают, что юридически значимыми обстоятельствами в таком случае являются наличие или отсутствие психического расстройства у гражданина в момент совершения сделки, степень его тяжести, степень имеющихся нарушений его интеллектуального и (или) волевого уровня.

Для правильного разрешения такого спора необходимо обладать специальными знаниями в области психиатрии, для чего судом в силу ч. 1 ст. 79 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее – ГПК РФ) назначается судебно-психиатрическая экспертиза⁶. Хотя заключение экспертизы не является для суда обязательным, оно не может оцениваться им произвольно и отвергаться

⁵ Апелляционное определение Курганского областного суда от 14.03.2019 по делу № 33-714/2019. <https://sudact.ru/> (Дата обращения 18.10.2020 г.). <https://sudact.ru/regular/>.

⁶ Dudin M.N., Sertakova O.V., Frolova E.E., Katsarskiy M.I., Voikova N.A. Methodological approaches to examination of public health based on the “National health quality indicator” model // Quality – Access to Success. 2017. vol. 18. № 159. p. 71–79.

(Постановление Президиума Санкт-Петербургского городского суда от 30.01.2019 N 44Г-14/2019 по делу N 2-1363/2017).

Часть 2 статьи 177 ГК РФ предусматривает возможность признания сделки недействительной в случае, если гражданин был впоследствии признан недееспособным по иску его опекуна, если доказано, что в момент совершения сделки гражданин не был способен понимать значение своих действий или руководить ими⁷.

К данным требованиям применяется институт исковой давности (Определение Конституционного Суда РФ от 24.12.2012 N 2231-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Магадиевой Луизы Загировны на нарушение конституционных прав ее подопечной Магадиевой Ляйсан Флоритовны пунктом 2 статьи 181 Гражданского кодекса Российской Федерации»; Определение Конституционного Суда РФ от 23.11.2017 N 2562-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Хайкары Валерия Викторовича на нарушение его конституционных прав пунктом 2 статьи 177, пунктом 2 статьи 181, пунктом 1 статьи 200, статьями 201 и 1110 Гражданского кодекса Российской Федерации»). Срок исковой давности составляет три года; течение срока исковой давности по указанному требованию начинается со дня, когда началось исполнение этой сделки (Определение Конституционного Суда РФ от 24.06.2008 N 364-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Николаевой Валентины Николаевны на нарушение ее конституционных прав пунктом 1 статьи 181 Гражданского кодекса Российской Федерации»).

Статья 178 ГК РФ содержит норму о недействительности сделки, совершенной под влиянием существенного заблуждения.

При этом сделка, совершенная под влиянием заблуждения, может быть признана судом недействительной по иску стороны, действовавшей под влиянием заблуждения, если заблуждение было настолько существенным, что эта сторона, разумно и объективно оценивая ситуацию, не совершила бы сделку, если бы знала о действительном положении дел (ч. 1 ст. 178 ГК РФ).

⁷ Гонгало Б.М.. Гражданское право: Учебник. В 2 т., Т. 1. 2-е изд. перераб. и доп. М.: Статут, 2017. С. 133–178. С. 180–196.

Очевидно, что значимым критерием для оценки заблуждения как основания для признания сделки порочной является «существенность заблуждения».

Закон в ч. 2 ст. 178 ГК РФ конкретно оговаривает обстоятельства, позволяющие считать заблуждение существенным. К таковым относятся:

1) сторона допустила очевидные оговорку, опisku, опечатку и т.п.;

2) сторона заблуждается в отношении предмета сделки, в частности таких его качеств, которые в обороте рассматриваются как существенные;

3) сторона заблуждается в отношении природы сделки;

4) сторона заблуждается в отношении лица, с которым она вступает в сделку, или лица, связанного со сделкой;

5) сторона заблуждается в отношении обстоятельства, которое она упоминает в своем волеизъявлении или из наличия которого она с очевидностью для другой стороны исходит, совершая сделку.

Опечатки в договорах, в том числе в указанных в них суммах, также могут явиться основанием для признания сделки недействительной на основании п. 1 ч. 2 ст. 178 ГК РФ (Апелляционное определение Челябинского областного суда от 22.11.2018 по делу N 11-14720/2018).

Необходимо отметить, что заблуждение относительно мотивов сделки не является достаточно существенным для признания сделки недействительной (ч. 3 ст. 178 ГК РФ).

Также суд может отказать в признании сделки недействительной, если заблуждение, под влиянием которого действовала сторона сделки, было таким, что его не могло бы распознать лицо, действующее с обычной осмотрительностью и с учетом содержания сделки, сопутствующих обстоятельств и особенностей сторон (ч. 5 ст. 178 ГК РФ).

Статья 179 ГК РФ содержит норму о недействительности сделки, совершенной под влиянием обмана, насилия, угрозы или неблагоприятных обстоятельств⁸.

⁸ Алексеева Е.Р. Аминов, М.В. Гражданское право: учебник: М.: Статут, 2018. Т. 2. С. 187–201.

Такая сделка может быть признана судом недействительной по иску потерпевшего (ч. ч. 1, 2 ст. 179 ГК РФ).

Обманом считается также намеренное умолчание об обстоятельствах, о которых лицо должно было сообщить при той добросовестности, какая от него требовалась по условиям оборота (абз. 2 ч. 2 ст. 179 ГК РФ).

Сделка, совершенная под влиянием обмана потерпевшего третьим лицом, может быть признана недействительной по иску потерпевшего при условии, что другая сторона либо лицо, к которому обращена односторонняя сделка, знали или должны были знать об обмане. Считается, в частности, что сторона знала об обмане, если виновное в обмане третье лицо являлось ее представителем или работником либо содействовало ей в совершении сделки (абз. 3 ч. 2 ст. 179 ГК РФ).

Сделка, совершенная под влиянием обмана, может быть признана недействительной, только если обстоятельства, относительно которых потерпевший был обманут, находятся в причинной связи с его решением о заключении сделки. При этом подлежит установлению умысел лица, совершившего обман.

Желательно, чтобы данный умысел был подтвержден вступившим в силу обвинительным приговором суда, поскольку в данном случае может иметь место состав преступления, а именно мошенничества, предусмотренного ст. 159 УК РФ (Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 10.10.2018 N 33-16073/2018, Апелляционное определение Волгоградского областного суда от 19.12.2018 по делу N 33-17643/2018)⁹.

Вместе с тем наличие приговора не обязательно, если суд в рамках гражданского судопроизводства придет к выводу о наличии очевидного обмана в действиях одной из сторон. Например, если договор заключен от имени давно ликвидированного юридического лица и содержит заведомо ложные реквизиты (Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 24.05.2018 N 33-10070/2018)¹⁰ или продавец намеренно скрывает от покупа-

⁹ Апелляционное определение Волгоградского областного суда от 19.12.2018 по делу N 33-17643/2018. <https://sudact.ru/> (Дата обращения 18.10.2020 г.) <https://sudact.ru/regular/>.

¹⁰ Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 10.10.2018 N 33-16073/2018. <https://sudact.ru/> (Дата обращения 18.10.2020 г.) <https://sudact.ru/regular/>.

теля наличие залоговых ограничений в отношении товара (Апелляционное определение Свердловского областного суда от 05.04.2018 по делу N 33-5255/2018)¹¹.

Относительно физического или психического принуждения закон не устанавливает, что насилие или угроза должны исходить исключительно от другой стороны сделки. Поэтому сделка может быть оспорена потерпевшим и в случае, когда насилие или угроза исходили от третьего лица, а другая сторона сделки знала об этом обстоятельстве.

Кроме того, угроза причинения личного или имущественного вреда близким лицам контрагента по сделке или применение насилия в отношении этих лиц также являются основанием для признания сделки недействительной (п. п. 98, 99 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.06.2015 «О применении судами некоторых положений раздела 1 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

В силу части 3 статьи 179 ГК РФ сделка на крайне невыгодных условиях, которую лицо было вынуждено совершить вследствие стечения тяжелых обстоятельств, чем другая сторона воспользовалась (кабальная сделка), может быть признана судом недействительной по иску потерпевшего.

При этом обязательства по доказыванию признаков кабальности сделки лежат на лице, обратившемся с требованием о признании сделки недействительной по указанному основанию.

При признании сделок кабальными в каждом случае суды исходят из конкретных обстоятельств дела. Вместе с тем существуют некоторые общие критерии. Так, в п. 11 информационного письма Президиума ВАС РФ от 10.12.2013 N 162 разъяснялось, что ГК РФ к элементам состава, установленного для признания сделки недействительной как кабальной, относится заключение сделки на крайне невыгодных условиях, о чем может свидетельствовать, в частности, чрезмерное превышение цены договора относительно иных договоров такого вида.

Для сделок, заключенных с пороком воли, по общему правилу законом предусмотрены одинаковые последствия. В случае призна-

¹¹ Апелляционное определение Свердловского областного суда от 05.04.2018 по делу N 33-5255/2018 <https://sudact.ru/> (Дата обращения 18.10.2020 г.) <https://sudact.ru/regular/>.

ния такой сделки недействительной применяются правила, предусмотренные абз. 2 и 3 п. 1 ст. 171 ГК РФ, а именно: каждая из сторон такой сделки обязана возвратить другой все полученное в натуре, а при невозможности возвратить полученное в натуре – возместить его стоимость; дееспособная сторона обязана, кроме того, возместить другой стороне понесенный ею реальный ущерб, если дееспособная сторона знала или должна была знать о недееспособности другой стороны.

Например, согласно ч. 4 ст. 178 ГК РФ сделка не может быть признана недействительной по основаниям, предусмотренным данной статьей, если другая сторона выразит согласие на сохранение силы сделки на тех условиях, из представления о которых исходила сторона, действовавшая под влиянием заблуждения. В таком случае суд, отказывая в признании сделки недействительной, указывает в своем решении эти условия сделки¹².

¹² Ермакова Е.П., Артемьева Ю.А., Кончева В.А., Русакова Е.П. Актуальные проблемы гражданского процесса: процессуальная реформа РФ 2018 г. Учебно-методическое пособие, РУДН, Москва, 2019.

*Азамат Муртазович Джалилов,
студент кафедры гражданского права
и процесса и международного частного права
Российского университета дружбы народов;*

*Научный руководитель –
к.ю.н. Екатерина Петровна Русакова*

ОСОБЕННОСТИ БРАЧНОГО ДОГОВОРА В ЕВРОПЕЙСКИХ СТРАНАХ

В данной научной статье рассмотрены исторические и теоретические аспекты, связанные с юридической природой брачного договора в странах Европы, дана общая характеристика брачного договора, описано правовое регулирование брачного договора, форма и порядок заключения брачного договора, в соответствии с законодательством отдельных стран, рассмотрены стороны в брачном договоре, а также признания его судом недействительным.

Цель – комплексное исследование и обобщение нормативной базы современного законодательства европейских стран о брачном договоре.

Ключевые слова: брачный контракт, Европа, имущество, консорциум, законодательство западных государств.

Введение

При проведении сравнительного анализа брачного договора в законодательстве различных стран, можно с уверенностью сказать, что в западных и европейских странах данный институт является более востребованным, чем в Российской Федерации¹. Что не удивительно, поскольку с точки зрения правового регулирования семейные отношения считаются наиболее комплексными, сложными, потому что здесь наблюдается тесные переплетения общественных интересов и личных интересов, а также морально-этические и правовые нормы поведения.

Прежде чем раскрыть исторически-правовой аспект, необходимо дать понятие «брачному контракту». Брачный контракт или Prenuptial agreement – это соглашение лиц, вступающих в брак, или соглашение супругов, которое регулирует имущественные (а иногда

¹ Протопопова О.В. Становление и развитие законодательства о браке и семье в Китае / О.В. Протопопова // Пробелы в российском законодательстве. 2016. № 6. С. 70.

и неимущественные) отношения между лицами как в течение самого брака, так и в случае прекращения брака².

Согласно информации, предоставленной в учебно-практическом пособии, брачный контракт имеет многовековую историю. Уже в Древнем Риме и Греции молодая семья подписывала соглашение по поводу совместного имущества и его последующего наследования³. Брачный контракт был известен этим двум древнейшим правовым системам, т.к. основные формы вступления в брак носили признаки гражданско-правовой сделки. Появление брачного договора в законодательстве зарубежных стран было обусловлено характером буржуазного общества, различные слои которого нуждались в решении своих имущественных проблем⁴.

Брачный договор в странах Европы и США имеет давнюю традицию. В странах, как общего, так и континентального права законная и договорная подсистемы правового регулирования имущественных отношений супругов являются базовыми. Сегодня сформировались три основные подсистемы законных режимов имущества супругов:

- раздельности имущества;
- общности имущества;
- отложенной общности имущества⁵.

Например, за судами Великобритании уже давно закрепились слава одних из самых скрупулезных и внимательных к обстоятельствам дела органов в бракоразводных процессах в мире. Поскольку Великобритания – это страна прецедентного права, то многое зависит от усмотрения суда. По мнению английских барристеров, это способствует заключению брачных договоров в Великобритании, во избежание непредсказуемого судебного решения.

Впрочем, для английских судов брачные контракты не всегда обязательны, что также является особенностью Великобритании. Чтобы брачный контракт был принят к рассмотрению и признан

² Ху Н., Русакова Е.П. Источники семейного права Китайской Народной Республики // Евразийский юридический журнал. 2019. № 6 (133). С. 81–84.

³ «Брачный договор в РФ, других государствах – участниках содружества независимых государств и Балтии» А.Н. Левушкин.

⁴ «Обзор истории русского права» М.Ф. Владимирский-Буданов.

⁵ Статья «Пять отличий между брачными договорами в России и в Европе» О. Сухов // 08.10.2015 г.

обязательным, он должен удовлетворить ряду требований. Например, потребности менее защищенной стороны должны быть полностью покрыты по условию контракта, не должно быть невыгодных для такой стороны условий, также очень многие суды оценивают с точки зрения справедливости и разумности⁶.

В странах общего права существует такая вещь, как консорциум, который представляет собой особую взаимность жизни супругов, своеобразное слияние личностей. К сожалению, в Англии и США всеобъемлющего, формального определения понятию «консорциум» нет. Тем не менее, по общему правилу под консорциумом имеется в виду единство очага, стола и ложа. Исключением является провинция Онтарио, Канада упразднила консорциум в 1978 г. В частности, в преамбуле Закона о реформе семейного права 1978 г. предусматривается равноправие мужа и жены в общей форме, а ст. 65 фиксирует, что «замужняя женщина обладает юридической личностью, независимой, отдельной и отличной от юридической личности ее мужа».

Как бы то ни было, по всему миру прослеживается направленность увеличения числа заключения брачных контрактов, что в свою очередь является вполне обоснованным и рациональным решением, поскольку процесс разделения имущества, к примеру, в случае развода супругов, весьма сложен и кропотлив, а брачный договор позволяет значительно упростить данный процесс. В США и Европе брачный договор заключают около 70% вступающих в брак пар. Это объясняется не только менталитетом государств, но и особенностями законодательства. Как уже говорилось ранее, в России и в странах СНГ, брачный договор сравнительно молодой, новый институт, находящийся на стадии формирования и становления.

Под содержанием любого договора, в частности брачного, следует понимать систему условий, на которых заключено соответствующее соглашение сторон⁷.

Что касается порядка заключения брачного договора, то в разных европейских странах существуют определённые отличия⁸.

⁶ Артемьева Ю.А., Ермакова Е.П., Ковырина Н.А., Русакова Е.П. Способы разрешения споров с разносистемных правовых порядках. Москва, Инфотропик Медиа, 2017.

⁷ «Брачный договор: актуальные проблемы формирования содержания» О.Н. Никитина.

⁸ Русакова Е.П. Рассмотрение частноправовых споров в странах БРИКС. Монография. М. Изд. РУДН, 2018.

К примеру, в Англии заключить брачный контракт можно как в письменной, так и в устной форме. По законодательству Швеции, наоборот, необходимым условием для заключения договора в письменной форме, является подписание его двумя свидетелями и уже после чего зарегистрирован в специальном реестре. В США прослеживается абсолютно та же тенденция, но одной из главных особенностей брачного договора в Соединенных Штатах является практика индивидуальных консультаций каждого из будущих супругов, представляющая собой детальное разъяснение условий, пунктов контракта адвокатом, для того чтобы гарантировать наибольшую защиту интересов каждой из сторон.

Во Франции брачный контракт (*Contrat de Mariage*) должен быть предварительно нотариально заверен и передан от нотариуса в мэрию до заключения брака. Сама процедура заключения брака во Франции также происходит в мэрии, после чего брак становится официально зарегистрированным.

Интересным фактом является и то, что французы редко заключают брачные договоры после официальной регистрации брака. Чаще всего брачные контракты заключаются именно до регистрации, меняя режим совместной собственности супругов (*la communauté réduite aux acquets*) на режим раздельного имущества (*la séparation des biens*), детали которого подробно оговариваются в брачном контракте.

Каждый супруг в таком случае сохраняет права на собственное имущество, которое было им нажито до вступления в брак. Данный режим также позволяет оставить все личные долги и обязательства за тем супругом, который за них отвечает. Необходимо подчеркнуть, что это основной аргумент в пользу заключения брачного контракта во Франции.

Брачный договор может быть изменен или расторгнут в любое время по требованию одного из супругов или по их обоюдному согласию. Брачный контракт также может быть изменен или расторгнут по решению суда, если суд сочтет содержащиеся в нем условия несправедливыми или невыгодными.

Аннулирование брачного контракта во Франции – процедура довольно сложная и дорогостоящая, а потому минимизировать риски некорректного составления контракта можно с помощью консультации юриста.

По моему мнению, главной отличительной чертой брачных контрактов во всех европейских странах является тот факт, что данные брачные договоры могут регулировать личные (неимущественные) права супругов, помимо имущественных. Отношения ответственности друг к друг, дружбы, уважения, любви не подлежат правовому регулированию, поэтому их правовое закрепление имеет воспитательное значение и определяет семейно-правовую политику каждой страны.

Заключение

Подводя итоги исследования института брачного контракта по законодательству стран Европы, следует подчеркнуть, что брачные контракты в США и Европе имеют как общие, так и специфические черты, которые необходимо учитывать в стране его заключения. Помимо этого, необходим более глубокий анализ того, негативно или позитивно сказывается на супруге, что брачные контракты в европейских странах устанавливается возможность контролировать личные права супругов. Можно ли назвать это гуманным? С одной стороны, при использовании данной особенности в позитивном русле, супруги могут делать друг друга лучше, мотивировать, беречь от совершения неосмотрительных поступков. С другой стороны, один из супругов, в корыстных целях, может воспользоваться этим и изменить традиции, обычаи, привычки, которые он, по тем или иным причинам, считает неприемлемым в другом супруге.

Также, что не мало важно, не стоит воспринимать брачный контракт как нечто, ставящее успешность брака под сомнение. Это лишь стереотип. В действительности, брачный договор – эффективный инструмент, с помощью которого появляется возможность снижения, а может даже и избежание негативных последствий расторжения браков регулируются имущественные (а иногда и неимущественные) отношения супругов, а также их личные права и интересы.

Виктор Васильевич Зайцев,
студент IV курса бакалавриата Юридического
института Российского университета дружбы
народов (РУДН); e-mail: vickt.zayczew2012@yandex.ru

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ИНСТИТУТА РЕМИССИИ В АРБИТРАЖЕ В РОССИИ

В статье рассматриваются вопросы института ремиссии в России. Автором анализируется законодательство Российской Федерации, а именно когда и какие вопросы ремиссии получили нормативное закрепление. Исследуются подходы российского законодателя по определенным вопросам, например, обоснование возможности применения ремиссии без нарушения принципа *functus officio*. Автором сделано уточнение о том, что в России законодатель придерживается модели ЮНСИТРАЛ, которая рассматривает ремиссию как промежуточную стадию до принятия акта государственным судом по вопросу отмены решения арбитража. В статье рассматриваются вопросы компетенции государственного суда на ремитирование решения арбитража, а также подробно исследованы условия (основания) ремиссии. Автор обращает внимание на определенные правила, характеризующие институт ремиссии. Среди таких правил: право на инициирование ремиссии имеет только сторона спора, суд не может ставить перед арбитрами вопрос о пересмотре арбитражного решения по существу и др. В статье рассматривается важная проблема, которая связана с тем, что ни российское законодательство, ни регламенты постоянно действующих арбитражных учреждений не регламентируют каким образом арбитраж может рассматривать ремитированные вопросы и исправлять ошибки и дефекты арбитражного решения. Институт ремиссии является сложной правовой конструкцией и требует уточнения множества вопросов, а также их дальнейшей правовой регламентации.

Ключевые слова: ремиссия, принцип *functus officio*, модели (виды) ремиссии, условия (основания) ремиссии, арбитраж.

Ремиссия получила свое изначальное развитие в англо-американской системе права, позже данный институт стал известен и континентальной системе права. В современной России вопросам ремиссии отводилось довольно-таки небольшое внимание как на доктринальном, так и на законодательном уровне¹. Однако о данном

¹ Ермакова Е.П., Артемьева Ю.А., Кончева В.А., Русакова Е.П. Актуальные проблемы гражданского процесса: процессуальная реформа РФ 2018 г. Учебно-методическое пособие, РУДН, Москва, 2019.

институте было известно с 1993 года из положений п. 4 ст. 34 Закона о МКА², при этом институт ремиссии на практике широко не применялся. Затем о ремиссии вспомнили только в ходе третейской реформы в 2016 году, с этого времени можно считать действительное развитие института ремиссии, а также наиболее активное применение его на практике.

Изменения коснулись Гражданского процессуального кодекса (далее – ГПК) и Арбитражного процессуального кодекса (далее – АПК), а именно были закреплены ч. 5 ст. 420 ГПК, ч. 8 ст. 425 ГПК, ч. 5 ст. 232 и ч. 8 ст. 238 АПК. Также институт ремиссии получил свое отражение в ч. 6 ст. 37 Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее – ФЗ об арбитраже)³. Исходя из анализа положений, закрепляющие ремиссию, под ремиссией следует понимать приостановление компетентным судом производства по делу, возобновление рассмотрения дела по ходатайству любой из сторон арбитражем и принятие им действий для устранения оснований для отмены или отказа в принудительном исполнении арбитражного решения. На сегодняшний день уже имеется судебная практика, использования данного института⁴, однако нельзя о её полном формировании. Ремиссия представляет собой важную правовую категорию, которая имеет множество вопросов как теоретического, так и практического значения.

Законодатель, Верховный Суд Российской Федерации (далее – ВС РФ) исходил из процессуальной экономии рассмотрения дела по спору, которое уже было разрешено арбитражем⁵. Основной замысел ремиссии заключался в существовании наиболее эффективного варианта среди оспаривания решения арбитража и получения ис-

² О международном коммерческом арбитраже: Закон РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 (ред. от 29.12.2015) // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993, № 32, ст. 1240.

³ Федеральный закон от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ Об арбитраже (Третейском разбирательстве) в Российской Федерации // Собрание законодательства РФ. – 2016, № 1 (ч. I), ст. 2.

⁴ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 12.03.2019 N Ф05-1689/2019 по делу N A40 203696/18, Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 20.02.2018 N Ф09-652/18 по делу N A07-1154/2017

⁵ Обзор судебной практики Верховного суда Российской Федерации № 3 (2017) (утв. Президиумом Верховного суда РФ 12.07.2017) // СПС Консультант-Плюс.

полнительного листа для его принудительного исполнения⁶. Ремиссия будет осуществлена только в том случае, если стороны ходатайствовали о приостановлении производства по делу⁷.

Однако следует отметить и отрицательные стороны ремиссии, влияющие на арбитраж. Как известно основным свойством арбитража является окончательность его решений, при этом существование ремиссии ставит под вопрос данное свойство. Также высказываются позиции в отношении установления подчинения арбитража государственному суду⁸. В связи с этим некоторые страны континентальной системы права, например Австрия, Франция, отказались вводить институт ремиссии как противоречащий принципу *functus officio*.

В России для обоснования существования института ремиссии используется подход, закрепленный в Типовом законе ЮНСИТРАЛ, а именно рассмотрение ремиссии как исключение из общего принципа *functus officio*: исправление ошибок и опечаток в подсчетах, опечатки⁹. Однако институт исправления ошибок характеризуется краткосрочным периодом, когда можно исправить неточности и внести изменения в решение арбитража, а институт ремиссии дает возможности внести изменения в долгосрочной перспективе, в связи с этим ремиссия представляется как возможность для увеличения срока для исправления ошибок и неточностей. Также позиция ВС РФ выглядит спорной в связи с тем, что исправление ошибок не является основанием для отмены или отказа в принудительном исполнении арбитражного решения. Напротив, ремиссия предполагает наличие существенных ошибок, которые могут стать основанием для отмены или отказа в принудительном исполнении арбитражного решения¹⁰.

⁶ Rusakova E.P., Frolova E.E., Kupchina E.V., Koshelev A. Comparative Legal Analysis of the Procedural Arrangements for Attachment of Earnings of a Debtor in the Law of the Russian Federation and China. В сборнике: 7th International Conference on Education and Social Sciences. Abstracts & Proceedings. 2020. С. 159–165.

⁷ Определение арбитражного суда Алтайского края от 22 мая 2017 г. по делу № А03-2295/2017.

⁸ Севастьянов Г. В. Теория частного процессуального права vs «судоизация и материализация арбитража» // Закон. 2017. № 9. С. 41–59.

⁹ Пункт 55 Постановления Пленума ВС РФ от 10 декабря 2019 г. № 53 «О выполнении судами Российской Федерации функций содействия и контроля в отношении третейского разбирательства, международного коммерческого арбитража».

¹⁰ Андреев Д. А. Теоретические и практические проблемы ремиссии в арбитраже // Новые горизонты международного арбитража. 2020. Выпуск 6. С. 224–249.

Учитывая противоречивость и слабые стороны подхода, рассмотренного выше, предлагается обратиться к другому подходу, который представляется более обоснованным. Суть заключается в том, что ремиссию не следует рассматривать как исключение из принципа *functus officio*. Не любое решение арбитража прекращает мандат арбитров, а только то, которое является окончательным (разрешены все вопросы, поставленные перед арбитрами) и исполнимым (соблюдены все требования применимого права, которые могут затронуть принудительное исполнение). В связи с этим предлагается следовать именно данному подходу как наиболее обоснованному¹¹.

Принято выделять три модели (виды) ремиссии: англосаксонская модель, германская модель и модель ЮНСИТРАЛ. В Российской Федерации законодатель придерживается модели ЮНСИТРАЛ, которая рассматривает ремиссию как промежуточную стадию до принятия акта государственным судом по вопросу отмены решения арбитража¹². Следует также отметить, что ремиссия невозможна, если государственный суд уже отменил решения арбитража¹³.

Правом на ремиссию арбитражного решения обладает только государственный суд, более того рассматривая компетенцию государственного суда в России, следует выделить некоторые особенности. Согласно подходу, изложенному в п. 4 ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ, право ремитировать решение арбитража есть у государственного суда по месту арбитража, то есть по месту принятия решения. Российский законодатель пошел дальше и предлагает более развернутую конструкцию – в этом и есть особенность. В России ремитировать решение арбитража возможно не только по месту арбитража (место принятия решения), но и по месту исполнения арбитражного решения (место нахождения должника или его имущества)¹⁴. Однако следует сделать оговорку о том, что данный

¹¹ Webster Th.H. *Functus Officio and Remand in International Arbitration* // ASA Bulletin. 2009. Vol. 27. Issue 3. P. 443.

¹² Rusakova E.P., Frolova E.E., Kupchina E.V., Ocaqli U. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards in the Federative Republic of Brazil // В сборнике: 7th International Conference on Education and Social Sciences. Abstracts & Proceedings. 2020. p. 166–170.

¹³ Определение Советского районного суда г. Новосибирска от 22 июня 2018 г. по делу № 2-600/2018 (СПС «КонсультантПлюс»).

¹⁴ Ч. 8 ст. 238 АПК РФ; ч. 8 ст. 425 ГПК РФ; п. 55 Постановления Пленума ВС РФ от 10 декабря 2019 г. № 53 «О выполнении судами Российской Федерации функций содействия и контроля в отношении третейского разбирательства, международного коммерческого арбитража».

подход имеет отрицательные черты, а именно длительные сроки (три года)¹⁵, допустимость ремитировать при принудительном исполнении иностранные арбитражные решения. Целесообразным будет применение данного подхода только в отношении внутренних арбитражных споров, а также при наличии более коротких сроков.

Для того, чтобы государственный суд ремитировал решение арбитража, необходимо соблюдение определенных условий, законодателем установлен исчерпывающий перечень таких условий¹⁶. Государственный суд должен выявить данные условия, однако он не обязан приостанавливать производство по делу, если посчитает, что ошибки, дефекты невозможно устранить¹⁷. Российский законодатель установил следующие условия (основания) для ремитирования решения арбитража:

- Сторона не была извещена о процессе или не смогла представить свои объяснения;
- Третейский суд вышел за пределы арбитражного соглашения;
- Была нарушена процедура арбитража или формирования третейского суда¹⁸.

Ремиссия невозможна в том случае, если государственным компетентным судом было обнаружено противоречие публичному порядку, неподведомственность спора арбитражу или недействительность арбитражной оговорки, а также утрата арбитражным учреждением права администрировать спор. В таких случаях выходом из ситуации является отмена решения арбитража, повторное обращение стороны с иском в правильное арбитражное учреждение, разрешение спора с помощью арбитража *ad hoc* или обращение в государственный суд¹⁹.

¹⁵ Пункт 62 Постановления Пленума ВС РФ от 10 декабря 2019 г. № 53 «О выполнении судами Российской Федерации функций содействия и контроля в отношении третейского разбирательства, международного коммерческого арбитража».

¹⁶ Катукова С.Ю. Ремиссия судебного разбирательства в гражданско-процессуальном законодательстве России // Научные труды Северо-западного института управления РАНХиГС. 2019. № 1 (38). С. 152–161.

¹⁷ Научно-практический постатейный комментарий к законодательству о третейских судах / М.Н. Акуев, М.А. Акчурина, Т.К. Андреева [и др.]; под общей ред. В.В. Хвалю. – М.: РАА, 2017. – 935 с. (авторы комментария – С.В. Гузей, А.Д. Зеленин).

¹⁸ Ч. 5 ст. 420 ГПК РФ, ч. 5 ст. 232 АПК РФ.

¹⁹ Русакова Е.П. Рассмотрение частноправовых споров в странах БРИКС. Монография. М. Изд. РУДН, 2018.

Следует учитывать определенные правила, характеризующие институт ремиссии. Первое, инициировать ремиссию имеет право только сторона спора. Суд такого права не имеет. Второе, для инициирования ремиссии достаточно заявления только одной стороны, например, Ответчика. При этом важно учитывать наличие существенных причин для проведения ремиссии, чтобы не возникло ситуации затягивания процесса. Третье, суд в судебном акте должен закрепить определенный список вопросов, которые подлежат ремитированию. Четвертое, следует учитывать, что суд не может ставить перед арбитрами вопрос о пересмотре арбитражного решения по существу (о необходимости изменения выводов, которые были сделаны при рассмотрении дела по существу)²⁰.

Для того, чтобы арбитры смогли устранить имеющиеся дефекты или ошибки, российским законодательством предусмотрен срок – три месяца²¹. Однако на практике встречаются случаи, когда судебное производство приостанавливалось на более долгий срок²². В доктрине существует мнение, что установление определенных сроков представляется не совсем правильной и верной позицией. Нет гарантии того, что арбитры в течение трех месяцев успеют устранить имеющиеся недостатки, в связи с этим представляется удачным установление наиболее гибких сроков. При этом необходимо учитывать, что арбитры могут исправить ошибки досрочно, в таком случае государственному суду надлежит возобновить производство²³.

Одной из важных проблем ремиссии является то, что ни российское законодательство, ни регламенты постоянно действующих арбитражных учреждений не регламентируют каким образом ар-

²⁰ UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration. UN, 2012. P. 165 (para. 162) URL: <https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>.

²¹ Ч. 5 ст. 420 ГПК РФ, ч. 5 ст. 232 АПК РФ.

²² В деле между обществом «Биодиво» и Крымским республиканским союзом потребителей обществ определением от 14 марта 2017 г. Арбитражный суд приостановил производство по делу на три месяца. Судебное производство возобновилось только 4 октября 2017 г. с назначением судебного заседания на 31 октября 2017 г., таким образом, срок составил – более чем семь месяцев.

В деле ВО «Союзхимэкспорт» против ЕАО «Фармахим хординг» Московский городской суд в течение трех лет не возобновлял производство по заявлению об отмене арбитражного решения, при этом арбитры не предпринимали никаких действий для того, чтобы устранить обозначенные судом дефекты.

²³ Poudret J.-F., Besson S. Op. cit. Para. 766.

битраж может рассматривать ремитированные вопросы и исправлять ошибки и дефекты арбитражного решения. Среди регламентов российских арбитражных учреждений данный вопрос получил упоминание лишь в ч. 1 ст. 60 Регламента Арбитражного центра при РСПП о возможности возобновления полномочий арбитра при ремиссии. Вызывают трудности следующие вопросы: применимые правила; состав арбитража для рассмотрения ремитированных вопросов; пределы мандата арбитров в рамках ремиссии; форма акта арбитража по результатам ремиссии; согласие или не согласие третейского суда с ремиссией. Данные вопросы получили свое закрепление на доктринальном уровне. Отсутствие регламентации данных вопросов в первую очередь в регламентах российских арбитражных учреждений создает определенные трудности для осуществления эффективной процедуры ремиссии.

Таким образом, ремиссия имеет ряд значительных преимуществ, а именно:

- Успешное взаимодействие государственных и третейских судов;
- Наибольшая автономность арбитражей (имеют возможность самостоятельно исправить допущенные дефекты);
- Эффективное урегулирование спора в отличие от радикальных способов – отмена решения в целом или отказ в его исполнении;
- Уменьшение нагрузки на государственные суды.

При этом институт ремиссии остается сложной правовой конструкцией и имеет множество нерешенных вопросов²⁴. В России скорее всего существует правовая база для развития данного института, нежели устоявшаяся и успешно действующая правовая конструкция. Законодатель предоставил возможность для развития института ремиссии, закрепив его в законодательных актах. Российским арбитражным учреждением рекомендуется как можно скорее обратить внимание на данный институт и дать правовую регламентацию в своих регламентах, так как ремиссия носит важное значение для третейского разбирательства в целом.

²⁴ Фролова Е.Е. Муждународные и внутренние финансовые споры: в чем отличие? // В сборнике: Сравнительно-правовые аспекты правоотношений гражданского оборота в современном мире сборник статей Международной научно-практической конференции памяти В.К. Пучинского. Российский университет дружбы народов. 2017. С. 94–104.

Олег Сергеевич Иванов,
Юридический факультет
МГУ имени М.В. Ломоносова, магистрант;
oleg.s.ivanov142@gmail.com

УСИЛЕНИЕ РОЛИ СУДА В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ ГЕРМАНИИ В XX–XXI ВЕКАХ: ПРОЦЕССУАЛЬНАЯ ЭКОНОМИЯ ИЛИ ПРИНЦИП ОБЪЕКТИВНОЙ ИСТИНЫ?

В статье рассматривается развитие активности суда в гражданском процессе Германии. Показано, как немецкий правопорядок прошел путь от чистой состязательности к ее ограничению. В качестве основной причины такого развития гражданского судопроизводства автор видит необходимость снижения нагрузки на судебную систему.

Ключевые слова: материальное руководство процессом, активность суда, процессуальная экономия, гражданский процесс Германии, снижение нагрузки на судебную систему.

Принято считать, что одним из наиболее значимых вопросов, касающихся организации гражданского судопроизводства, является вопрос о роли суда. Но как показывает российский и зарубежный опыт, сказать, что суд должен быть активным – значит, не сказать ничего. Заслуживает внимание само обоснование активности суда в процессе.

Для советского гражданского процесса такое обоснование обычно связывалось с принципом объективной истины. Но после политических событий 90-х гг. прошлого столетия и последовавших за ними изменений во всех сферах общественной жизни подобное объяснение активной роли суда кажется уже не столь убедительным.

В Гражданском процессуальном кодексе 2002 года сохранились многие обязанности суда, существовавшие в советском процессе, будь то определение предмета доказывания, проведение подготовки дела к судебному разбирательству, изменение правовой квалификации отношений между сторонами.

Как показывает судебная практика, не всегда эти обязанности выполняются надлежащим образом. Долгие рассуждения о причинах сложившейся ситуации и сравнение во многом аналогичных, но не тождественных обязанностей немецкого и российского суда, привели нас к выводу о том, что активность суда в современном россий-

ском гражданском процессе попросту не имеет четкого доктринального обоснования, понятного всем юристам. Есть та или иная норма закона, но для чего она нужна и почему ей нужно следовать, остается загадкой. Обычно обязанности суда проявлять ту или иную активность связывают с наиболее эффективной защитой прав, дополнительными гарантиями обеспечения принципов состязательности и диспозитивности и прочими абстрактными формулировками.

Правда, стоит отметить, что В.К. Пучинский указывал, что суд в стадии подготовки дела к судебному разбирательству, совершая подготовительные действия, должен преследовать цель (помимо поиска истины) собрать весь процессуальный материал полно и исчерпывающе, чтобы в дальнейшем не было затягивания судебного разбирательства.

Возможно, что обращение к зарубежному опыту позволит обогатить отечественную процессуальную науку и в развитие идей В.К. Пучинского даст объяснение необходимости активного суда.

Как правило, активность немецкого суда связывается с понятием материального руководства процессом, которое является, пожалуй, одним из ключевых в гражданском процессе Германии, Австрии и Швейцарии, хотя его содержание в этих странах несколько различно. Вместе с тем значимость материального руководства как правового явления имеет интерес для российской правовой науки, поскольку многие современные (и не только) авторы в своих трудах, посвящённых той или иной теме, так или иначе часто ссылаются на «зарубежный опыт». Знания о понятии руководства процессом позволят наметить верные ориентиры для российских исследователей и по случайности не прийти к ошибочным выводам. Особенно это важно по той причине, что материальное руководство оказывает влияние на основные институты гражданского процесса Германии: положение суда, принципы, доказывание, концентрация, проверочные инстанции. В связи с чем невозможно провести полноценное и достоверное сравнительно-правовое исследование немецкого судопроизводства без понимания значения руководства процессом.

В настоящее время в §139 ZPO за судом закреплена обязанность по осуществлению материального руководства процессом (инструкционная обязанность или обязанность давать разъяснения), распадающаяся на обязанности задавать сторонам вопросы по обстоятельствам дела, давать собственные разъяснения по вопро-

сам права и факта, способствовать тому, чтобы сторонами был наиболее полно представлен весь процессуальный материал. По всем указаниям суда стороны вправе высказать свои мнения (в случае необходимости для подготовки своих позиций им даже предоставляется определённое время) и заявить суду возражения.

В этом смысле материальное руководство процессом следует отличать от руководства формального, которое заключается в обязанности суда по ведению процесса, обеспечению соблюдения всех необходимых процедур. Такая обязанность возложена на председательствующего судью, который в соответствии с §136 ZPO открывает судебное заседание, предоставляет сторонам слово, а также может лишить их его, закрывает судебное разбирательство.

Изучение научных работ, посвящённых заявленной теме, позволяет сделать вывод о следующих функциях материального руководства:

1. Разгрузка судебной системы: ускорение судебного разбирательства и ограничения в проверочных инстанциях в части доступа к ним и совершения отдельных процессуальных действий.
2. Защита права не только в субъективном, но и в объективном смысле, т.е. не только участников спора, но и правопорядка в целом.
3. Защита сторон от вынесения неожиданного судебного решения, обеспечение предсказуемости действий участников процесса.

Стоит также отметить, что еще в 1989 году Н.Г. Елисеевым в учебном пособии «Гражданский процесс ФРГ» изложена общая идея о закреплении активности суда – *разгрузка судебной системы в ходе реализации механизма процессуальной экономии*¹.

Процессуальная экономия в Германии (а также в Австрии, Швейцарии и Лихтенштейне) имеет несколько иное содержание, чем в России. Её суть можно сформулировать следующей формулой: суд должен вынести такое решение, за которым не последует каких-либо новых процессов. Именно поэтому суд не может ограничиваться лишь доводами сторон, изложенными в иске и отзыве на него, – он должен выяснить подлинный интерес сторон и непосредственно предмет спора, при этом сохраняя независимость и беспристрастность.

¹ См., например, Елисеев Н.Г. «Гражданский процесс ФРГ: учебное пособие». Москва, 1989.

Разумеется, материальное руководство в существующем виде существовало не всегда. Не вдаваясь во все подробности (возможно, это предмет для отдельных научных исследований), постараемся в рамках настоящей статьи раскрыть лишь общую историю развития усиления роли суда в гражданском процессе Германии.

Как известно, в XIX веке – эпохе революционных потрясений – европейские процессуалисты вдохновлялись французскими воззрениями на то, как должно быть устроено гражданское судопроизводство. Этого не избежали и мы при подготовке как Устава гражданского судопроизводства 1864, так и более ранних проектов, о которых довольно подробно пишет Е.А. Борисова².

Подобная история характерна и для немцев. В период революций в Германии среди прочих требований значилось усовершенствование гражданского процесса по французскому образцу на основе принципов состязательности и диспозитивности, гласности, устности, независимости судей, коллегиального рассмотрения дела и т.д.

Помимо всего прочего необходимо отметить, что в германской цивилистике того времени развивались идеи частной автономии, теория субъективных прав, что стало плодотворной почвой для развития учения о так называемой либеральной модели процесса, которая в последствии нашла свое отражение в ГПУ 1877 года, которое действует и по сей день.

Здесь необходимо отметить одну важную деталь, связанную с историей разработки и принятия ГПУ. До объединения Германия представляла собой множество княжеств, герцогств и королевств, в которых уже сложились самостоятельные гражданские процессуальные системы, опиравшиеся на римское и каноническое право, и имевшие уже многовековую историю³. В одних системах продолжала существовать идея активного суда, в других же подобная активность отрицалась под влиянием обозначенных выше причин⁴.

² См., Великая реформа: К 150-летию Судебных Уставов: в 2 т. Т. I: Устав гражданского судопроизводства / Под ред. Е.А. Борисовой / Е.А. Борисова, В.В. Аргунов, Д.Я. Малешин и др. – Юстицинформ Москва, 2014. С. 13–35.

³ Goldschmidt J. Zivilprozessrecht. – Berlin: Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH, 1929. S. 8–15.

⁴ Scheifele A. Zivilprozessrecht in Baden 1803–1864. Entwicklung des Zivilprozessrechts und der Stellung des Zivilrichters im Verfahren – Darstellung und Erklärungsansätze. Diss. jur. Konstanz 2008. S. 86–116.

Но вот произошло объединение Германии, а первое, что необходимо обеспечить государству для централизации власти – создать единую систему отправления правосудия. Оставалось только определиться с тем, каким будет новый гражданский процесс. В ходе долгих дискуссий победила именно либеральная модель процесса с чистой состязательностью и минимальной активностью суда, хотя некоторые классические для немецкого процесса элементы активности (например, известный еще каноническому судопроизводству институт *das Fragerecht*) сохранялись, правда, в связи со сложившимся историческими и культурными традициями и менталитетом местных юристов (часть из которых были крайне консервативны) в разных землях толковались судами по-разному⁵.

Из обозначенных споров, которые велись как задолго до принятия ГПУ 1877 года, так и после, получило свое начало бурное развитие гражданская процессуальная наука Германии. Одни авторы, не соглашаясь с либеральной моделью и обосновывая активность суда, выводили принцип материальной истины в качестве основополагающего, другие – выстраивали свои процессуальные теории, руководствуясь принципом формальной истины, утверждая, что достижение истины материальной невозможно. Во многом эти дискуссии стали поводом и для развития множество ставших уже классическими теорий, например, теории иска, ведь ключевое его значение состоит в том, чтобы дать ответ на вопрос: «Что мы должны получить от суда, обращаясь за защитой?». Судебное решение? В таком случае мы обязываем суд быть активным. Или же иск – это не более чем просто обращение в суд? Тогда суду не обязательно отыскивать материальную истину и проявлять какую бы то ни было инициативу в вопросах права и факта: стороны сами несут ответственность за ведение процесса.

Так или иначе, либеральная модель со временем показала свою несостоятельность: стороны, которые являлись «хозяевами процесса», стали злоупотреблять своими правами с целью «запутать» суд или затянуть судебное разбирательство. Помимо этого, значительно возросла судебная нагрузка. Поражение Германии в Пер-

⁵ Peters B.C. *Der Gütegedanke im deutschen Zivilprozessrecht. Eine historisch-soziologische Untersuchung zum Gütegedanken im Zivilverfahrensrecht seit 1879*, Diss., Jena 2014. S. 122–125.

вой мировой войне и последовавший за ней финансовый кризис обострили названные проблемы, государство не справлялось с возложенной на него функцией отправления правосудия.

Новеллами 1924 года были внесены существенные изменения в законодательство, связанные с идеей концентрации процесса и усилением активности суда. Поправки эти вызвали критику среди ученых и практиков (заметим, что это уже было новое поколение юристов, «выросших» на началах либеральной модели), суть которой сводилась к недопущению ограничения принципов диспозитивности и состязательности⁶. Безусловно, что немецкий законодатель при проведении реформы ориентировался на опыт австрийского ГПУ 1895 года и идею социальной модели гражданского процесса Ф. Кляйна.

В последствии с приходом к власти национал-социалистов социальная модель была существенно искажена: был установлен новый подход во взаимоотношениях государства и личности, частные споры объявлялись делом всего общества. В связи с этим гражданский процесс вновь подвергся многочисленным изменениям, связанным с усилением концентрации и роли суда в процессе, а также ограничением сторон. В частности, был введен запрет сторонам лгать в процессе⁷.

Такая концепция просуществовала фактически до окончания Второй мировой войны, а в 1950 году была отменена на законодательном уровне в ходе очередной процессуальной реформы, однако были сохранены некоторые прежние положения, например, упомянутый запрет сторонам лгать в процессе. Разумеется, помня о недостатках либеральной модели, немецкий законодатель оставил обязанность суда задавать сторонам вопросы и концентрацию процесса.

Далее мы можем проследить важный поворот в парадигме германского гражданского процессуального права. Во второй половине XX века в доктрине вновь стали обсуждаться вопросы, связанные с характером взаимоотношений суда и сторон, социальной моделью процесса, принципом кооперации⁸.

⁶ Peters. Op. cit. S. 109–113.

⁷ Jung Hoo Oh. Der Prozeßstoff der zweiten Instanz im Zivilprozeß in der deutschen Gesetzgebungsgeschichte seit 1877. S. 150–155. Peters. Op. cit. S. 122–126.

⁸ Wassermann R. Der soziale Zivilprozess. zur Theorie u. Praxis d. Zivilprozess im sozialen Rechtsstaat/ – Orig. – Ausg. – Neydweg, Darmstadt: Lichterhand, 1978.

Осознавая всю значимость активности суда, учёные и практики уже не критиковали действующее законодательство, а пытались найти в нём рациональное зерно и установить баланс между интересами государства (сокращение судебной нагрузки) и частных лиц (сохранение принципов состязательности и диспозитивности). В условиях появлявшихся или продолжавшихся ограничений институтов апелляции и ревизии сильнее осознавалась необходимость усиления роли суда первой инстанции.

Обозначенные проблемы стали поводом для проведения новой масштабной реформы, которая нашла выражение в Законе об упрощении и ускорении гражданского процесса 1976 года.

Как и прежде, основными вопросами повестки дня значились длительность судебных разбирательств и высокая нагрузка на судебную систему. Было предложено усилить принцип концентрации, ужесточив сроки для предъявления новых «средств оспаривания и защиты» в суде первой инстанции, была разработана форма подготовки дела к судебному разбирательству.

В пояснительной записке к законопроекту отдельно подчеркивается важное для немецкой процессуальной науки и судебной практики понятие «die Prozessförderungspflicht» – обязанность сторон содействовать процессу.

Подобные меры, разумеется, не должны были приводить к снижению качества вынесения судебных решений. Однако было указано, что реформа 1976 года принятием этого закона не исчерпывается, поэтому в будущем должны быть приняты новые законодательные акты, предусматривающие механизмы обеспечения гарантий для сторон⁹.

С учетом прошедшей в 2001 году реформы можно утверждать, что в целом идеи, заложенные законодателем, учеными и практиками, увенчались успехом.

Теперь необходимо затронуть вопрос о значении истины в немецком гражданском процессе, её соотношении с материальным руководством.

⁹ URL: Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle) <https://dipbt.bundestag.de/doc/btd/07/027/0702729.pdf> (дата обращения: 24.10.2020). S. 32–33.

В немецкой доктрине основной точкой зрения является позиция, отстаивающая необходимость установления формальной истины¹⁰. Суд сам не собирает доказательств, однако, по всем фактическим вопросам даёт необходимые разъяснения, тем самым создавая условия для достижения истины. Далее обязанность по достижению истины «как бы» перекладывается на стороны, для которых существует обязанность давать правдивые показания под страхом привлечения к уголовной ответственности¹¹.

Важно, что основанием для привлечения к ответственности являются заведомо ложные показания: если одна сторона утверждает, что некое обстоятельство имело место, а другая утверждает обратное, то в случае, если выяснится, что такое обстоятельство действительно было, и отрицающая его сторона знала об этом, наступает ответственность¹².

Ни одна из сторон не может заявлять об обстоятельствах, о ложности которых она знает, и не может оспаривать утверждение противника, в истинности которого она убеждена. С другой стороны, каждая сторона может представлять факты, правильность которых им кажется сомнительной, а противник может отрицать факты, которые он считает лишь вероятными, если только он не убежден в их достоверности¹³.

Поскольку большинство гражданских дел в Германии рассматривается с обязательным участием адвокатов, то обязанность говорить правду также распространяется и на них. Более того, адвокаты должны дать клиенту все необходимые разъяснения по поводу указанной обязанности¹⁴.

Возложение обязанности по достижению истины на стороны связано с правовой природой истины в процессе, которая воспринимается не как цель судопроизводства, а как средство достижения

¹⁰ Pohlmann P. Zivilprozessrecht. – München: C.H. Beck, 2018. S. 24–25.

¹¹ См.: Materielle Wahrheit // *Contralegem*. URL: <https://www.contralegem.ch/2018-2-vs-materielle-wahrheit/#top> (дата обращения: 24.10.2020).

¹² См.: Lügen haben kurze Beine // GRAF-DETZER Rechtsanwälte. URL: <https://www.rechtsanwalts-kanzlei-wolfratshausen.de/luegen-haben-kurze-beine/> (дата обращения: 24.10.2020).

¹³ См.: Wahrheitspflicht im Zivilprozess // IWW. URL: <https://www.iww.de/ee/archiv/wahrheitspflicht-wahrheitspflicht-im-zivilprozess-f9219> (дата обращения: 30.04.2019).

¹⁴ См.: Wahrheitspflicht im Zivilprozess // IWW

справедливого судебного разбирательства¹⁵ или как дополнение принципа состязательности¹⁶. Суд, осуществляя руководство процессом, сам не вмешивается в собирание доказательств, а только создаёт условия для достижения истины, а будет ли она в итоге достигнута, зависит от самих сторон.

Таким образом, установление истины в гражданском процессе Германии обеспечивается другими процессуальными нормами, не связанными непосредственно с материальным руководством процессом, в связи с чем не следует отождествлять эти два явления.

В заключении следует отметить, что дальнейшие исследования активной роли суда в гражданском процессе, механизмов снижения судебной нагрузки и процессуальной экономии позволят российским ученым выработать единую концепцию отечественного гражданского судопроизводства, что обеспечит законодателю возможность проведения более последовательных реформ. Помимо этого и практикам (в частности, судьям и представителям) будет дано объяснение многих норм, которые были восприняты из советского процесса, но остаются без должного обоснования до настоящего времени.

¹⁵ См.: Möller J. Op. Cit. S. 18.

¹⁶ См.: Brinkmann M. Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht. – Köln: Carl Heymanns Verlag, 2005. S. 5.

*Елизавета Антоновна Лазарева,
магистр I курса, Юридический институт,
Российский университет дружбы народов;
Lazareva99EA@mail.ru*

НОВАЯ ЭРА ЦИФРОВОГО ПРАВА

В данной статье автор поднимает вопрос о необходимости более детального регулирования отдельных видов информации, обосновывает закрепление вещно-правового режима за виртуальными объектами в многопользовательских онлайн играх, а также предлагает по аналогии закрепить такой правовой режим за другими типами информации.

Ключевые слова: компьютерная игра, виртуальный объект, право интеллектуальной собственности, вещное право, единица материального пространства, информация, цифровизация.

Информация о финансировании. Работа выполнена при финансовой поддержке Гранта Президента РФ № НШ-2668-2020.6 «Национально-культурные и цифровые тренды социально-экономического и политико-правового развития Российской Федерации в XXI веке»

Современный мир, наполненный новыми технологиями, стремительно переходит в цифровую среду¹. В связи с чем появляется много информации и нынешние законы, к сожалению, не успевают в регулировании цифровой сферы общества.

Так, например, уже происходит фактическая «купля-продажа» виртуальных объектов в многопользовательских онлайн играх, что демонстрирует необходимость регулирования данного вопроса и показывает, что неприемлемо применять статью 1062 ГК РФ² (как это делают российские суды), в том числе по причине отсутствия алеаторного обязательства, как в играх и пари. Нормативно-правовое регулирование отсутствует, законодатель не определился, что в правовом смысле представляет собой виртуальный объект в компьютерной игре, все регулирование отдано разработчикам, правообладателям компьютерных игр. В лицензионных до-

¹ Мамычев А.Ю., Ким А.А., Фролова Е.Е. «Будущее» как аттрактор современных политико-правовых и социально-экономических трансформаций: обзор основных проблем и подходов // *Advances in Law Studies*. 2020. Т. 8. № S5. С. 3–17.

² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 N 14-ФЗ // Собрание законодательства РФ, 29.01.1996, N 5, ст. 410.

говорах предоставление виртуальных объектов происходит путем разблокировки ранее закрытых частей кода игры. Лицензиарам в смешанных лицензионных соглашениях виртуальные объекты позиционируются как оказание услуг. Однако существует ряд ограничений, препятствующих определять виртуальные объекты как услугу.

В соответствии со статьей 779 ГК РФ³, договор возмездного оказания услуг сводится к тому, что одна сторона выполняет по заказу другой стороны определенные действия, а сторона, делающая заказ, обязуется оплатить данные действия. Таким образом, услуга является индивидуальной, так как исходит из оговорённых критериев в заказе, а в виртуальном мире внутриигровые объекты изначально не обладают конкретными характеристиками под нужды определённого пользователя. Более того, в случае виртуальных объектов, они начинают своё существование до того, как игрок присоединится к лицензионному договору, что делает невозможным момент «заказа».

Также характерными чертами услуги являются её синхронность, то есть она существует исключительно в момент выполнения заказа, и, вытекающая из её предыдущей особенности, несохраняемость, то есть моментальная потребляемость, которая не дает услуге прожить дольше времени её выполнения⁴.

Данные черты услуги противоречат свойствам виртуальных объектов, которые существуют на серверах правообладателя игры после их создания⁵.

Целью установления правового режима виртуальных объектов служит защита игроков, которые тратят свои реальные денежные средства на игровые предметы, оставаясь фактически без должной правовой защиты. Признание виртуальных объектов услугой не решает данный вопрос, так как услуга считается выполненной в мо-

³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 N 14-ФЗ // Собрание законодательства РФ, 29.01.1996, N 5, ст. 410.

⁴ Дроздова А.В. Понятие и содержание услуги как объекта гражданских прав [Электронный ресурс]: Юридическая Россия: Федеральный правовой портал. Сибирский Юридический Вестник. 2003. № 1. – Режим доступа: <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1125002> (дата обращения: 10.10.2020).

⁵ Rusakova E.P., Frolova E.E., Gorbacheva A., Kupchina E.V. Implementation of the smart-contract construction in the legal system of Russia. В сборнике: 6th International Conference on Education, Social Sciences and Humanities 2019. p. 748–753.

мент её оказания, так продолжающие своё существования виртуальные объекты опять остаются без правового регулирования. Более того, можно предположить, что исходя из такой ситуации, правообладателю компьютерной игры даже выгодно, чтобы игрок утратил недавно приобретённые игровые предметы, ведь в таком случае, ему придётся снова за них платить.

Ещё одним способом правового регулирования новой сферы служит признание виртуальных объектов имуществом, то есть включение их в состав объектов гражданских прав, и распространения на них норм о вещном праве. Такой подход, с первого взгляда, кажется немыслимым, ведь виртуальные объекты как бы существуют в виртуальном мире и представляют собой графические объекты со звуковыми эффектами, они находятся по ту сторону экрана и никак не взаимодействуют с реальным миром.

Как известно, перечень объектов гражданского права является открытым, поэтому рассуждения российских ученых строятся на понятии «блага», которое закреплено в статье 128 ГК РФ⁶ и относится к нематериальному, что весьма подходит к таким же не физическим виртуальным объектам. Однако данная концепция не дает достаточного обоснования для распространения на такие объекты вещного права, поскольку оно распространяется на материальные объекты, что оставляет вопрос о правом режиме открытым.

Некоторые страны уже активно признают виртуальные объекты в своей судебной практике. Китай был одним из первых. В 2003 году в деле игрока Ли Хогчен (Li Hongchen) против компании-правообладателя компьютерной игры Beijing Arctic Ice Technology Development Co Ltd Китайский апелляционный суд, подтвердив решение суда первой инстанции, постановил, что ответчик должен был вернуть ему виртуальную собственность истца после того, как она была украдена третьей стороной путем взлома учетной записи истца⁷. Ли заявил прессе, что обменял виртуальный объект на свой труд, время, мудрость и деньги, именно поэтому он считает его своей вещью. Так, суд согласился с тем, что Ли должен получить

⁶ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ, 05.12.1994, No 32, ст. 3301.

⁷ Русакова Е.П. Рассмотрение частноправовых споров в странах БРИКС, РУДН, Москва, 2018.

компенсацию за его украденную виртуальную собственность⁸. Наиболее приближенным к обоснованию вещно-правового статуса виртуальных объектов стал Тайвань. В 2001 году в постановлении Министерства юстиции Тайваня прямо указывалось, что виртуальная собственность является отчуждаемой, передаваемой и охраняется тайваньским законодательством. Пояснение было следующего содержания: «Учетная запись и ценности онлайн-игр хранятся в виде электромагнитных записей на игровом сервере. Владелец учетной записи имеет право контролировать учетную запись и электромагнитную запись ценностей, свободно продавать или передавать её. Хотя вышеуказанные учетные записи и ценности являются виртуальными, они представляют собой ценную собственность в реальном мире»⁹. Как видно, в большинстве случаев признание виртуальных объектов объектами права собственности строится на их ценности, в первую очередь, экономической, а так как право представляет собой часть надстройки над экономическим базисом общества, вследствие чего такой базис порождает необходимость существования правовой формы¹⁰, и это представляется разумным.

Компьютерные игры различны своими игровыми «механиками», поэтому необходимо разное правовое регулирование. Некоторые компьютерные игры не предполагают передачи виртуальных объектов на возмездной основе, то есть за плату прямо или косвенно (через покупку виртуальных игровых валют) с использованием реальных денежных средств, и преследуют цель предоставить пользователю возможность действовать так, как пользователь не стал бы действовать в реальном мире, то есть возможность «отгородиться» от реального мира. В других компьютерных играх суще-

⁸ Peter Brown. Richard Raysman. Property rights in cyberspace games and other novel legal issues in virtual property [Электронный ресурс] / The industrial journal of law and technology. Volume 2, 2006. – Режим доступа: http://ijlt.in/wp-content/uploads/2015/08/Peter_Brown.pdf (дата обращения: 10.10.2020).

⁹ Avnita L. Commercial Transactions in the Virtual World: Issues and Opportunities [Электронный ресурс] / City University of HK Press, 30.06.2014. – Режим доступа: https://books.google.ru/books/about/Commercial_Transactions_in_the_Virtual_W.html?hl=ru&id=di_2AwAAQBAJ&redir_esc=y (дата обращения: 30.03.2020). С. 99.

¹⁰ Алексеев С.С. Проблемы теории права: Курс лекций в 2 томах. Том 1: Основные вопросы общей теории социалистического права. [Электронный ресурс] / 1972 / Bibliotekar: практическое пособие для юристов. – Режим доступа: <http://www.bibliotekar.ru/2-8-11-teoriya-prava/12.htm> (дата обращения: 10.10.2020).

ствуется передача виртуальных объектов на возмездной основе, что затрагивает права пользователей в реальном мире. В связи с этим предлагается ввести классификацию компьютерных игр на игры с виртуальными объектами, не являющимися объектами вещного права, и вследствие этого, не подлежащие правовой защите отдельно от компьютерной игры; и на игры с признанием виртуальных объектов объектами права собственности, где виртуальные объекты отделены от компьютерной игры, соответственно. При этом последние должны соответствовать определенным критериям¹¹.

Правое регулирование должно, в первую очередь, основываться на реальной природе объекта, поэтому следует обратиться к природе компьютерной игры. Компьютерная игра – это программный код в двоичной системе счисления, где для записи используются числа: 1, 0.¹² Такая система была выбрана, исходя из способа работы компьютера (электронно-вычислительной машины).

При попытке признать виртуальные объекты объектами гражданского права встаёт вопрос о соотношении вещного права с правом интеллектуальной собственности. Для решения данной проблемы предлагается “расслоить” виртуальные объекты на составляющие их части: нематериальной составляющей – информации и материальной – носителя такой информации. Если нематериальная составляющая, выраженная в объективной форме, охраняется интеллектуальным правом, что ещё раз доказывает материальность носителя такой информации, то на сам носитель следует распространить нормы вещного права, как это обычно происходит в гражданском законодательстве с другими результатами интеллектуальной деятельности.

Необходимыми компонентами для признания и использования в правовом поле объектов гражданского права является возможность их обособления в пространстве и индивидуализация.

Виртуальный объект находится в компьютере, который является материальным носителем для его программного кода, представляющего собой информацию. Поэтому для понимания как

¹¹ Лазарева Е.А. Юриспруденция 2.0: новый взгляд на право: сборник материалов межвузовской научно-практической конференции с международным участием. Москва: РУДН, 2019. С 258.

¹² Там же.

распространить вещно-правовой режим на виртуальный объект следует понять, как работает ЭВМ. Она производит вычисления на принципах логики с помощью транзисторов, работа которых сводится к двум состояниям: пропускать электрический ток (1) или нет (0). Неотъемлемым компонентом компьютера является его внутренняя память, используемая для сохранения и дальнейшей обработки данных. Она подразделяется на постоянную и оперативную. Последняя состоит из транзисторов с плавающим затвором, которые для записи информации сохраняют положительный (0) или отрицательный (1) электрический заряд. Постоянная память, представляющая собой большое долговременное хранилище, обосновывается в жёстком диске, который состоит из нескольких магнитных дисков. Для записи информации на них компьютер намагничивает их участки поверхности положительными (0) и отрицательными (1) зарядами. В физике магнитное поле определяется как материя, которая возникает вокруг источников электрического тока, а также вокруг постоянных магнитов.¹³ Оно также является материальным, поскольку имеет границы: оно ослабевает при отдалении от своего источника, что можно легко проверить с помощью стрелки компаса или контура с током. Для выполнения вычислительных операций, считывания и записи информации компьютер перемещает электрические импульсы внутри своей аппаратной системы. Отсутствие (0) электрического тока при последовательной передаче импульсов, которые переносят информацию, не мешает его материальности, так как наличие такого отсутствия определяется путём анализа окружающей среды, которая, как полагается физическому миру, является материальной. По сути, и плавающий затвор у транзистора, и микроскопическая область на диске представляют собой ячейку памяти компьютера в одном экземпляре.

Уловить электрические импульсы довольно сложно, поэтому для понимания, где присутствует заряд, а где он отсутствует (или где отрицательный заряд и положительный) и в какой последовательности данные два состояния существуют, можно обратиться к ячейкам памяти компьютера, которые способны фиксировать

¹³ Магнитное поле и его свойства [Электронный ресурс]// Reshit: образовательный портал. Режим доступа: <http://reshit.ru/magnitnoe-pole-i-ego-svoystva> (дата обращения: 10.10.2020).

положительный (0 – отсутствие) и отрицательный (1 – наличие) заряд, тем самым «замораживая» код во времени и пространстве, чтобы было возможно взглянуть на него и определить его длину, а так же уникальную комбинацию состояний. Стоит отметить, что компьютерную информацию можно хранить и в другом виде. В прошлом компьютеры работали на вакуумных лампах¹⁴. А 9 ноября 2019 года компания Microsoft разработала новую технологию записи информации в кварцевом стекле при помощи лазера, который кодирует данные в стекле, создавая слои трехмерных наноразмерных решеток и деформаций на различных глубинах и углах¹⁵.

Именно поэтому предлагается ввести термин «единица материального пространства», который может являться универсальным определением материального носителя, занимаемым одним символом кода, которым зашифрована информация, а также предлагается закрепить вещное право за такими единицами материального пространства. Признание вещного права только, например, за ячейками памяти компьютера ограничивало бы его правоприменение.

Для индивидуализации материального носителя рекомендуется закрепить за ним наименование, заключающее саму информацию, которую он содержит¹⁶. То есть, наименование в виде последовательности символов кода. При этом важное значение имеет последовательность таких символов. Праву она уже знакома, например, в аудиовизуальном произведении, которое в пункте 1 статьи 1263 ГК РФ¹⁷ определяется как «произведение, состоящее из зафиксированной серии связанных между собой изображений (с сопровождением или без сопровождения звуком) и предназначенное для зрительного и слухового (в случае сопровождения звуком) восприятия с помощью соответствующих технических устройств», где последовательность важна для идентификации результата интеллектуальной деятельности и определения его уникальности.

¹⁴ Таненбаум Э. Остин Т. Архитектура Компьютера. 6-е изд. – СПб.: Питер, 2013. С. 36.

¹⁵ Microsoft разработал новую технологию записи информации в кварцевом стекле // Официальный сайт информационного агентства REGNUM. URL: <https://regnum.ru/news/it/2773098.html> (дата обращения 10.10.2020).

¹⁶ Frolova E.E., Polyakova T.A., Dudin M.N., Rusakova E.P., Kucherenko P.A. Information security of Russia in the digital economy: the economic and legal aspects // Journal of Advanced Research in Law and Economics. 2018. vol. 9. № 1. p. 89–95

¹⁷ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвёртая) от 18.12.2006 No 230-ФЗ // Собрание законодательства РФ, 25.12.2006, N 52 (1 ч.), ст. 5496.

Таким образом, предлагается закрепить за определенным количеством единиц материального пространства, занимаемых программным кодом, под номером самого данного кода вещное право¹⁸.

Для уяснения концепции проанализируем её на примере 1 байта программного кода. 1 байт состоит из 8 бит¹⁹, при этом бит – это единица измерения информации в двоичной системе счисления, и для хранения байта используется 8 ячеек компьютерной памяти, где одна ячейка – единица материального пространства содержит один символ кода (1 или 0). Рассматриваемый байт выглядит следующим образом: 10101010. Сам код (10101010–цифры) – представляет собой результат интеллектуальной деятельности, а 8 ячеек памяти, материальные объекты мира, используемые для хранения данного кода, с номером 10101010 – объект гражданского права, подчиняющийся вещному праву. Номер 10101010 позволяет сделать 8 единиц материального пространства индивидуально определенными²⁰.

Концепция «единиц материального пространства» предлагает посмотреть на виртуальный объект как на состоящий из 2 частей: нематериальной составляющей – информации, регулируемой нормами интеллектуального права и материальной – единиц материального пространства, подпадающих под нормы вещного права.

Однако у единиц материального пространства существуют некоторые отличия от других материальных вещей.

Если в случае, например, картины интеллектуальное право следует за материальным объектом, то в случае виртуального объекта вещное право будет следовать за интеллектуальным²¹. Это вызвано прежде всего тем, что компьютерная информация, представленная в форме электронных импульсов, легко перемещается в одно-

¹⁸ Лазарева Е.А. Юриспруденция 2.0: новый взгляд на право: сборник материалов межвузовской научно-практической конференции с международным участием. Москва: РУДН, 2019. С 258.

¹⁹ Одинокое В.В. Коцубинский В.П. Программирование на ассемблере. Учебное пособие для вузов. // М., Телеком, 2011. С. 10.

²⁰ Лазарева Е.А. Юриспруденция 2.0: новый взгляд на право: сборник материалов межвузовской научно-практической конференции с международным участием. Москва: РУДН, 2019. С 258.

²¹ Dudin M.N., Shakhov O.F., Shakhova M.S., Rusakova E.P., Sizova Yu.S. Digital technologies as a driver of intellectual stratification of human resources: socio-economic inequality // International Journal of Recent Technology and Engineering. 2019. Vol. 8. № 2. P. 4436–4440.

родной среде, обеспечивающейся электронно-вычислительными технологиями. В полностью обособленных же материальных объектах, где информация имеет прочную связь со своим материальным носителем, такое перемещение невозможно. В связи с чем необходимы дополнительные инструменты для поддержания правового статуса виртуального объекта. В.А. Дозорцев в отношении права на объекты интеллектуальной собственности писал: «Оно должно выполнять и функции, которые для материальных вещей обеспечиваются не правом»²². Поэтому из-за особенности вещного права виртуальных объектов следовать за интеллектуальным правом и несмотря на физическую обособленность единиц материального пространства, праву придётся поддерживать данную обособленность виртуальных объектов в пространстве. Сделать это помогут находящиеся в каждой компьютерной игре реестры, которые должны содержать наименования виртуальных объектов и имена их собственников, по аналогии с реестрами, например, бездокументарных ценных бумаг.

Встаёт вопрос о судьбе накопленного игроками имущества в виде виртуальных объектов при прекращении поддержки компьютерной игры её правообладателем. Для решения данной проблемы предлагается установить минимальный срок такой поддержки, при нарушении которого оператор игрового процесса будет обязан выплатить денежные средства за отказ в осуществлении поддержки в течение предусмотренного законом срока.

Признание виртуальных объектов объектами гражданского права определено должно повлечь изменение норм гражданского законодательства. И первое, что необходимо для последующего правового реформирования, это ввести запрет выплаты вознаграждений, адресованных правообладателю компьютерной игры, за предоставление доступа к отдельным частям программного кода игры. Данное положение должно применяться к обоим видам компьютерных игр, так как именно таким образом предоставляется возможность игрокам использовать виртуальные объекты, не приобретая на них право собственности согласно концепции признания вещного права за единицами материального пространства, занимаемых программным кодом, под номером данного кода. Если же правообладатель компьютерной игры с виртуальными объектами, не являющимися объектами права

²² Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие; Система; Задачи // М., Статут, 2003. С. 10.

собственности, захочет взимать плату за данные объекты, то ему следует переклассифицировать игру в другой вид – игру с виртуальными объектами, на которые распространяется вещное право²³.

Таким образом, закрепление вещного права за виртуальными объектами способно поставить точку в решении вопроса правового режима виртуальных объектов, оно позволит их собственникам пользоваться вещно-правовой защитой, которая, благодаря своему долгому существованию и развитию, является одним из наиболее эффективных способов защиты нарушенных прав. Признание за виртуальными объектами вещного права также положительно повлияет и на уголовное законодательство, ведь нельзя украсть то, чего нет. Стоит заметить, что признание вещного права за виртуальными объектами не прекращает их существование в качестве объектов интеллектуальных прав.

В современном мире существует большое количество информации в сети «Интернет», которую можно подразделить на разные типы. В отношении определенной части можно установить вещно-правовой режим, как это предлагается сделать с виртуальными объектами.

Выводы

Развитие сети «Интернет» повлекло возникновение новых правоотношений в рамках сложных и комплексных результатов интеллектуальной деятельности. Если раньше между правообладателем и пользователями результатов интеллектуальной деятельности связь была односторонняя – чтение газеты, просмотр фильма, прослушивание музыки, то есть потребление информации, то сейчас она приобретает двухсторонний характер – пользователи социальных сетей размещают свои результаты интеллектуальной деятельности, игроки в многопользовательских онлайн играх активно принимают в них участие, действуя от лица своих персонажей, и своими активными действиями порождают определенные последствия.

Таким образом, в настоящее время право стоит перед новой цифровой эрой, где ему предстоит решить множество задач, в том числе связанных с регулированием разного типа информации. И одним из возможных правовых режимов для определенного типа информации является вещно-правовой.

²³ Лазарева Е.А. Юриспруденция 2.0: новый взгляд на право: сборник материалов межвузовской научно-практической конференции с международным участием. Москва: РУДН, 2019. С 258.

*Анастасия Геннадьевна Полубенко,
Российский университет дружбы народов (РУДН),
Юридический институт, ул. Миклухо-Маклая, 6,
Москва, Россия, 117198; a.polubenko@mail.ru*

*Научный руководитель –
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права
и процесса и международного частного права РУДН
О.В. Протопопова*

К ВОПРОСУ О ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ РЕКЛАМЫ ЛЕКАРСТВЕННЫХ СРЕДСТВ НА ТЕРРИТОРИИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В данной статье рассматриваются вопросы регулирования рекламной деятельности в сфере медицины и здравоохранения, а также выясняется целесообразность запрета на теле- и радиорекламу лекарственных средств на территории Российской Федерации.

Ключевые слова: реклама, лекарственное средство, законопроект, здравоохранение.

В Российской Федерации оборот лекарственных средств (ЛС) на законодательном уровне регламентирован Федеральным законом (ФЗ) N 86 от 22.06.1998 «О лекарственных средствах». В дополнение к этому ФЗ был разработан и принят 12.04.2010 N 61-ФЗ. «Об обращении лекарственных средств», который наиболее полно регулирует данную сферу применения ЛС, и в кругах специалистов получил неофициальное название «Лекарственного кодекса»¹.

Наиболее доступным источником информации о ЛС, как для специалистов здравоохранения, так и для пациентов является Информационный стандарт о ЛС (Реестр лекарственных средств), который доступен на интернет-сайте www.regmed.ru. Все иные источники, в том числе рекламные акции, не являются официальными, а потому требуют осторожного подхода к восприятию излагаемой в них информации.

¹ Статья ««Лекарственный кодекс» № 61-ФЗ. Обновление 2020.» в онлайн-журнале для фармацевтов и медицинских работников «КАТРЕНСТИЛЬ». Выпуск № 117, апрель 2013 – URL: https://www.katrenstyle.ru/articles/journal/pharmacy/lekarstvennyiy_kodeks_obnovlenie (дата обращения: 20.09.2020).

В настоящее время диапазон ЛС, находящихся в обращении на территории РФ чрезвычайно широк, а все субъекты обращения должны соблюдать требования ФЗ «Об обращении лекарственных средств» на Федеральном и региональном уровнях, подчиняясь органам фармаконадзора. В декабре 2019 года депутаты фракции ЛДПР во главе с Владимиром Жириновским внесли в Госдуму законопроект, который запрещает рекламу лекарственных средств на телевидении, а также в радиопрограммах и радиопередачах². Причины для принятия такого решения Владимир Вольфович высказал в своем видеообращении, опубликованном пользователем Либерально-демократическая партии России (ЛДПР) на Facebook 27 ноября 2019 года. Руководитель фракции привел следующие аргументы: «Люди начинают заниматься самолечением, они верят рекламе. Создатели рекламы делают ее таким образом, чтобы вызвать горячее желание купить скорее это лекарство. Люди принимают лекарства, не советуясь с врачом. В большинстве случаев врач и не посоветует им это лекарство. Множество людей просто умирает от неправильной схемы самолечения. У хирургов меньше жертв, чем у тех, кто использовал лекарства, купленные по рекламе. Во многих странах мира это полностью запрещено (на телевидении, радио, в СМИ). Поздно обращаются к врачу, когда самолечение привело к более худшим результатам. То есть происходит самообман граждан. Лекарствами должны заниматься только врачи. Они знают больного, ведут его медицинскую карту. Нужно запретить рекламу лекарств где бы то ни было»³.

С нашей точки зрения, нормативная база, регулирующая медицинскую сферу (и в частности область продвижения фармацевтических продуктов) достаточно обширна, а проблема профилактики и лечения осложнений после фармакотерапии, в том числе и после массового самолечения населения ЛС после рекламы очень актуальны. В настоящее время, законодательство обновляется и дополняется, что свидетельствует о наличии интереса и контроля со стороны государства. Наибольшая строгость регулирования правил

² Российская газета – URL: <https://rg.ru/2019/12/02/v-gosdume-predlozhili-polnostiu-zapretit-reklamu-lekarstv.html> (дата обращения: 16.09.2020).

³ Видеозапись на странице пользователя в социальной сети Facebook – URL: <https://www.facebook.com/partyLDPR/videos/443517659688170> (дата обращения: 16.09.2020).

обращения лекарственных средств диктуется той опасностью, которую они могут представлять для здоровья населения⁴. Эта опасность определяется степенью вмешательства в физиологические или патологические процессы, на сано- и патогенетическом уровне, чаще всего усугубляемые наличием полиорганной патологии у разных возрастных категорий населения. Исходя из этого существует различное правовое регулирование для каждого вида технологии в здравоохранении. Так, например, к рекламированию безрецептурных лекарственных препаратов будет предъявляться меньше требований, чем к рекламированию лекарственных препаратов, для покупки которых необходимо иметь выписанный врачом рецепт. По тому же принципу будет отличаться степень строгости требований, предъявляемых к рекламированию медицинских услуг и к рекламированию биологически активных добавок⁵.

Так, часть 8 статьи 24 ФЗ «О рекламе»⁶ устанавливает запрет на рекламирование лекарственных препаратов в формах и дозировках, отпускаемых по рецептам на лекарственные препараты, методов профилактики, диагностики, лечения и медицинской реабилитации, а также медицинских изделий, для использования которых требуется специальная подготовка, везде, кроме мест проведения медицинских или фармацевтических выставок, семинаров, конференций и иных подобных мероприятий и в предназначенных для медицинских и фармацевтических работников специализированных печатных изданиях. Говоря о печатных изданиях, стоит отметить их онлайн-версии. ФЗ «О рекламе» не выделяет их в отдельную группу, однако данный вопрос урегулирован Кодексом надлежащей практики Ассоциации международных фармацевтических производителей (АИРМ). Пункт 2.5.2. указывает на то, что «реклама фармацевтических продуктов, отпускаемых по рецепту врача, в сети Интернет запрещена. Допускается предоставление информации о фармацевтических про-

⁴ Dudin M.N.; Sertakova O.V.; Frolova E.E., Katsarskiy M.I., Voikova N.A. Methodological Approaches to Examination of Public Health based on the «National Health Quality Indicator» Model // Quality – access to success. 2017. Vol. 18. № 159. p. 71–79.

⁵ Dudin M.N., Sertakova O.V., Frolova E.E., Artemieva J.A., Galkina M.V. Development of methodological approaches to assessing the quality of healthcare services // Quality – Access to Success. 2017. T. 18. № 158. p. 71–78.

⁶ Федеральный закон от 13.03.2006 N 38-ФЗ (ред. от 31.07.2020) «О рекламе» // СПС КонсультантПлюс.

дуктах, отпускаемых по рецепту врача, в рамках онлайн-мероприятий (вебинаров) для специалистов здравоохранения, а также в разделах Интернет-ресурсов, доступ к которым открыт исключительно для специалистов здравоохранения»⁷.

Часть 7 статьи 24 ФЗ «О рекламе» также ужесточает условия выхода на рынок путем установления требования к вышеперечисленным объектам рекламирования относительно предупреждения о наличии противопоказаний к применению и использованию, необходимости ознакомления с инструкцией по применению или получения консультации специалистов. В практике часто встречается сопротивление коммерческих организаций, которые предпринимают попытки доказать в судебных инстанциях, что нормы статьи 24 ФЗ «О рекламе» нарушают их конституционные права. В ходе одного из подобных споров Конституционный суд Российской Федерации в своем определении указал на то, что «само по себе такое регулирование обусловлено необходимостью защиты здоровья тех граждан, которые в силу отсутствия специальных знаний объективно лишены возможности адекватно оценивать последствия для своей жизни и здоровья использования рекламируемых лекарственных средств, медицинских изделий и медицинских услуг»⁸. Исходя из этого можно сделать вывод о том, что государство в значительной степени ограждает потребителя, не обладающего специальными познаниями в сфере медицины, от соприкосновения с препаратами, способными нанести серьезный вред здоровью в результате их неправильного применения.

Немалая часть ограничений также содержится в части 1 статьи 24 ФЗ «О рекламе». В ней говорится о том, что реклама ЛС не должна обращаться к несовершеннолетним.

Например, в видеорекламе ЛС «Бифиформ кидс» использованы театральные куклы и веселая рекламная песня (джингл), что несомненно, привлекает внимание детей к данному ролику. Однако в самом начале присутствует следующий текст: «Родители детей от трех и до двенадцати, детские животики давайте защищать».

⁷ Кодекс надлежащей практики Ассоциации международных фармацевтических производителей (AIPM) 1998 г. (редакция от 11 декабря 2019) – URL: http://www.aipm.org/netcat_files/80/124/h_864109e0706201bd75c7a9196bb350cd (дата обращения: 21.09.2020).

⁸ Определение КС РФ от 24 ноября 2016 г. по делу N 2541-О.

То есть, несмотря на красочную и мультяшную рекламу, рекламопроизводитель обращается не к несовершеннолетним, а к их законным представителям, что не противоречит законодательной норме.

Другими требованиями к рекламе являются отсутствие ссылок на конкретные случаи излечения от заболеваний, улучшения состояния здоровья человека в результате применения объекта рекламирования. Кроме того, недопустимо выражение благодарности физическими лицами в связи с использованием объекта рекламирования.

Однако, соблюдения данных пунктов не требуется, если реклама распространяется в местах проведения медицинских или фармацевтических выставок, семинаров, конференций и иных подобных мероприятий, а также в предназначенных для медицинских и фармацевтических работников специализированных печатных изданиях, и на иную рекламу, потребителями которой являются исключительно медицинские и фармацевтические работники.

В рекламе ЛС запрещено создавать представление о преимуществах объекта рекламирования путем ссылки на факт проведения исследований, обязательных для государственной регистрации объекта рекламирования. Так, например, в рекламе глазных капель запрещено аргументировать их преимущество тем, что они успешно прошли экспертизу качества лекарственного средства, так как проведение данной экспертизы является обязательным⁹ условием для их государственной регистрации с целью последующего медицинского применения.

Недопустимыми являются утверждения или предположения о наличии у потребителей рекламы тех или иных заболеваний либо расстройства здоровья.

Хотя данное требование является довольно спорным и избыточным, так как трудно определить какой рекламный текст будет являться нарушением установленной нормы. Явным несоблюдением этого пункта будет считаться обращение с экрана, через радиоприемник или печатное издание к потребителю с тем, чтобы убедить его в наличии у него тех или иных заболеваний, с которыми помо-

⁹ Приказ Минздравсоцразвития России от 26 августа 2010 г. N 750н «Об утверждении правил проведения экспертизы лекарственных средств для медицинского применения и форм заключения комиссии экспертов по результатам экспертизы лекарственных средств» (зарегистрирован Минюстом России 31 августа 2010 г. N 18315).

жет справиться рекламируемое лекарственное средство или медицинская услуга. Однако, есть примеры рекламы, которая косвенно попадает под нарушение данного пункта, однако продолжает считаться надлежащей. Так, в рекламе ЛС «Эспумизан» есть такие слова: «Из-за вздутия ты теряешь уверенность в себе». То есть можно интерпретировать данную фразу как обращение непосредственно к потребителю (за счет употребления местоимения «ты»), высказывание предположения о наличии у него симптома дисфункции в теле, а также навязывание негативной психологической реакции на расстройство – потерю уверенности.

Требования пункта «способствовать созданию у здорового человека впечатления о необходимости применения объекта рекламирования» не распространяются на рекламу лекарственных препаратов, применяемых с профилактической целью.

Как нами уже упоминалось, кажущаяся простота применения ЛС и его доступность могут создавать ложное впечатление о ненужности обращения населения к врачу, хотя в настоящий момент специалистам-врачам в разных сферах медицины никогда раньше не приходилось иметь дело с таким обилием ЛС на фармацевтическом рынке.

Данный пункт можно считать неким подтверждением ч. 7 Ст. 24 ФЗ «О рекламе», так как любое впечатление от рекламного ролика о ненужности обращения к врачу должно нейтрализоваться предупреждением в рекламе о необходимости проконсультироваться перед употреблением (применением) со специалистом, о возможной полипрагмазии в случае совместного их применения с жизненно важными ЛС.

Не менее важными пунктами являются отсутствие гарантии положительного действия объекта рекламирования, его безопасность, эффективность и отсутствие побочных действий; представление объекта рекламирования в качестве биологически активной добавки и пищевой добавки или иного не являющегося лекарственным средством товара; утверждения о том, что безопасность и (или) эффективность объекта рекламирования гарантированы его естественным происхождением.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что законодатель устанавливает достаточное на данный момент количество ограничений к рекламе лекарственных средств, что не позволяет рекламо-

дателям, рекламопроизводителям и рекламораспространителям оказывать сильное влияние на потребителя. Но вместе с тем нельзя отрицать формирование потребительской зависимости в результате большого объема рекламы, а также увеличение цен на лекарственные препараты из-за включения в их стоимость рекламных издержек. Однако не ясно, насколько целесообразно говорить о полном запрете рекламы лекарственных средств. В таком случае необходимо будет обратиться к вопросу о закреплении в нормативно-правовой базе понятия «фармацевтическое консультирование» и о роли провизоров в системе здравоохранения и на фармацевтическом рынке.

*Альбина Вугаровна Мамедалиева,
студент IV курса бакалавриата юридического
факультета Московского государственного
университета им. М.В. Ломоносова;
электронный адрес: tamedalievaalbina@yandex.ru*

МОТИВИРОВАННОЕ РЕШЕНИЕ СУДА КАК ГАРАНТИЯ ПРАВА НА СУДЕБНУЮ ЗАЩИТУ

Автором рассмотрены ключевые проблемы, связанные с возможностью отказа от мотивировочной части судебного решения. Делается вывод о конститутивном значении мотивированного решения суда не только для конкретного судебного дела, но и для последующих процессов.

Ключевые слова: мотивировочная часть, право на судебную защиту, преюдициальность, справедливое судебное разбирательство.

Гражданский и арбитражный процессуальные кодексы устанавливают определенную структуру судебного решения, которое представляет собой единый документ, состоящий из вводной, описательной, мотивировочной и резолютивной частей, и отвечает требованиям законности и обоснованности. Наличие и четкое соблюдение установленных правил отвечает критериям процессуальной формы, а также повышает уровень доверия к суду не только со стороны участников конкретного судебного разбирательства, но и со стороны всего общества. Мотивировочная часть, в свою очередь, является одной из важнейших гарантий решения задач, стоящих перед судопроизводством.

Тем не менее, с целью снижения судебной нагрузки и расходов на отправлении правосудия, Верховный Суд РФ в феврале 2018 года выступил с законопроектом, одним из главных положений которого было введение возможности изготовления судебного решения без мотивировочной части¹. В полном объеме судебное решение, исходя из предложений Верховного суда, может быть изготовлено в двух случаях – по заявлению лиц, участвующих в деле, в случае

¹ Проект федерального закона N 383208-7 «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации, Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации, Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (внесен Верховным Судом РФ).

подачи апелляционной жалобы, либо по инициативе самого суда. Несмотря на большой общественный резонанс, вызванный данным законопроектом, сама идея отказа от мотивировочной части судебного решения отнюдь не нова – она высказывалась еще при подготовке ГПК РФ 2002 года, но не была воспринята членами рабочей группы. Практика упрощения процедуры составления судебного решения, так называемая «мотивировка по запросу», также знакома российскому процессу – она реализована с 2016 года в обновленном упрощенном производстве в гражданском и арбитражном процессах и в деятельности мировых судей с 2013 года.

Однако как российский, так и зарубежный опыт показывают, что исключения из обязанности мотивировки судебного решения можно вводить с большой долей осторожности. Устав гражданского судопроизводства 1864 года закреплял обязанность суда «излагать те соображения, на коих решение основано»². В советское время требование об обосновании судебного решения содержалось в процессуальных кодексах и 1923, и 1964 годов. Тем не менее, в научных трудах советского времени мотивированность как самостоятельная черта судебного решения либо не называлась вовсе, либо рассматривалась как часть требований о законности или обоснованности. Так, Н.Б. Зейдер подчеркивал, что правильно составленная мотивировочная часть – это составная часть всей деятельности суда по установлению объективной истины по делу, и убедительность всего судебного решения зависит от того, как судом изложена именно мотивировочная часть³. Однако, уже в 1980-е годы появилась точка зрения, согласно которой отождествление мотивированности и обоснованности – в корне неверно, поскольку обоснованность предполагает, что выводы суда основаны на доказательствах, а мотивированность – наличие ссылки на доказательства и их оценка судом.

Зарубежные законодательство и судебная практика также свидетельствуют о необходимости мотивировочной части судебного решения. Так, Европейский суд по правам человека, исходя из принципа надлежащего отправления правосудия, рассматривает

² Судебные Уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений, на коих они основаны. С. X–XI.

³ Зейдер Н.Б. Судебное решение по гражданскому делу. – М.: Юридическая литература, 1966.

мотивировочную часть как важнейшую гарантию права на справедливое судебное разбирательство, на достаточное время и возможность подготовки для своей защиты⁴, а главную цель ее составления – показать сторонам, что их услышали⁵. Конституция Германии в Ст. 103 закрепляет право каждого быть заслушанным судом в соответствии с законом, которому корреспондирует право на мотивированное решение суда. В России на законодательном уровне не предусмотрено аналогичное право, несмотря на конституционное закрепление права на судебную защиту. Однако Конституционный Суд РФ в одном из своих постановлений назвал это право общеправовым принципом, уходящим своими корнями еще в римское право⁶. С целью развития и уточнения конституционных положений ГПК Германии мотивировочную часть судебного решения называет ее конститутивной частью, поскольку само судебное решение рассматривается как гарантия права каждого на судебную защиту, а мотивировка – как мера контроля за отправлением правосудия и своего рода ограничитель судебного произвола. С другой стороны, небезынтересна практика Англии, где на суды не возложена обязанность по мотивировке своих решений, то есть фактически достаточно лишь приказа о надлежащих действиях субъектов спорного правоотношения⁷. Однако мотивированные судебные решения все же присутствуют – в процессах, которые проходят классический путь развития: состязание сторон в суде и дальнейшее вынесение решения судьей без присяжных.

⁴ *Hadjianastassiou v. Greece*, 16 December 1992, Series A no. 252.

⁵ *Suominen v. Finland*, no. 37801/97, 1 July 2003.

⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 12.03.2001 N 4-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», касающихся возможности обжалования определений, выносимых Арбитражным судом по делам о банкротстве, иных его положений, статьи 49 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций», а также статей 106, 160, 179 и 191 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Арбитражного суда Челябинской области, жалобами граждан и юридических лиц».

⁷ Кудрявцева, Е.В. Современная реформа английского гражданского процесса: специальность 12.00.15 «Гражданский, арбитражный процесс»: диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук / Кудрявцева Елена Васильевна; МГУ им.М.В. Ломоносова. – Москва, 2008. С. 282.

Судебная статистика рассмотрения гражданских дел за 2019 год, представленная Судебным департаментом Верховного Суда РФ, показывает, что из 19 586 161 гражданских дел в апелляционном порядке были обжалованы лишь 845 244 дела⁸. Представляется, что именно наличие мотивированного судебного решения обуславливает достаточно низкий процент обжалования судебных решений в апелляционном порядке, поскольку лицо вправе ознакомиться не только с итоговыми выводами, но и с теми доводами, которыми суд обосновал свое решение. Отсутствие мотивировочной части приведет к тому, что суду второй инстанции придется оценивать доказательства самостоятельно, так как в противном случае проверить обоснованность решения суда первой инстанции будет просто невозможно. Однако это противоречит самой сущности апелляции – апелляционное производство не предназначено для рассмотрения дела по существу, задача суда второй, проверочной инстанции состоит в проверке вынесенного судебного решения на предмет его законности и обоснованности.

Тем не менее, мотивированное судебное решение важно не только и не столько как средство его последующего обжалования, а как гарантия соблюдения такого неотъемлемого свойства судебного решения, как преюдициальность. Конституционный суд РФ в одном из определений подчеркнул, что положение АПК РФ о том, что установленные вступившим в законную силу судебным актом арбитражного суда по ранее рассмотренному делу обстоятельства, которые должны быть отражены в мотивировочной части этого акта, не доказываются заново при рассмотрении другого дела с участием тех же лиц, не нарушает конституционные нормы⁹. В отсутствие же мотивировочной части и без заявления о составлении мотивированного судебного решения сторона теряет возможность ссылаться на обстоятельства, которые уже были доказаны, и которые отражаются именно в мотивировочной части судебного решения. При наличии взаимосвязанных дел судебная нагрузка в таком случае не уменьшится, а значительно возрастет – придется

⁸ <http://cdep.ru/index.php?id=79&item=5258>.

⁹ Определение Конституционного Суда РФ от 25.05.2017 N 1091-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Рюмина роща» на нарушение конституционных прав и свобод рядом норм Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации».

проводить двойную работу по доказыванию. По этой причине многими авторами отрицательно оцениваются новеллы, внесенные в ГПК РФ в марте 2013 года, согласно которым мировой судья может не составлять мотивированное решение суда по делу. Как отмечает Т.В. Сахнова, по логике законодателя, мировой судья, вопреки требованиям закона, не обязан выносить обоснованное решение, и, вступив в силу, решение мирового судьи не будет обладать свойством преюдициальности, поскольку установленные судом правоотношения и факты в нем не установлены¹⁰. Однако в этой связи опять же интересен английский опыт: здесь отсутствие мотивировочной части не столь критично, поскольку источником подтверждения необходимых фактов могут стать записи судьи, которые он вел лично для себя на протяжении судебного заседания, а также составительные бумаги сторон.

Мотивированность судебного решения также тесно связана с требованием об его обоснованности. В.Н. Щеглов указывал, что мотивы придают логичность и последовательность всей деятельности суда по вынесению судебного решения, обеспечивают проверку его обоснованности и законности вышестоящим судом, а также повышают воспитательное значение судебного решения¹¹. Схожего мнения придерживался в своих работах и Н.И. Ткачев, рассматривая мотивированность как внешнее выражение обоснованности, которое предоставляет возможность анализа хода размышления судьи от самого начала (исследования доказательств) до постановления решения и формулирования выводов¹². Тем не менее, отождествление обоснованности судебного решения и его мотивированности не совсем верно. Мотивировка судебного решения напрямую зависит от юридической аргументации конкретного судьи, что придает ей существенную степень субъективизма, в то время как обоснованность – более прозрачный критерий, который связан с объективно существующими фактами и обстоятельствами. Однако не вызывает сомнений утверждение о том, что и законность, и обоснованность

¹⁰ Курс гражданского процесса / Т.В. Сахнова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Статут, 2014. С. 478.

¹¹ Щеглов В.Н. Законность и обоснованность судебного решения. Автореф. дис. канд. юрид. наук. Томск, 1995. С. 8.

¹² Ткачев Н.И. Законность и обоснованность постановлений суда по гражданским делам. Саратов, 1987. С. 28.

судебного решения зависят от его мотивировочной части. Следует согласиться со С.К. Загайновой, которая отмечает, что законность и обоснованность будут иметь надлежащий характер только в том случае, если в обоих требованиях будет отражен алгоритм рассуждений судьи¹³.

На основании вышесказанного можно сделать следующий вывод: мотивировочная часть – важнейшая и неотъемлемая часть судебного решения, которая позволяет понять те соображения, которыми руководствовался суд при вынесении решения, и которые впоследствии могут иметь преюдициальное значение в других судебных делах. Отказ от мотивировочной части исключительно с целью снижения судейской нагрузки не допустим, поскольку это станет нарушением таких фундаментальных процессуальных прав, как право на судебную защиту и право на справедливое судебное разбирательство. Возможным средством решения проблемы стало бы сохранение обязательности составления мотивированного решения суда по всем без исключения делам с закреплением возможности отражения в деле только вводной и резолютивной частей с согласия лиц, участвующих в деле.

¹³ Загайнова С.К. Судебные акты в механизме реализации судебной власти в гражданском и арбитражном процессе. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 190.

*Вера Сергеевна Маругина,
студент IV курса бакалавриата
Юридического института Российского университета
дружбы народов (РУДН); v.marugina27@mail.ru*

ИЗМЕНЕНИЕ В ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ ЭЛЕКТРОННОЙ КОММЕРЦИИ В КИТАЙСКОЙ НАРОДНОЙ РЕСПУБЛИКЕ

Статья посвящена исследованию правовых норм Китайского законодательства регулирующих общественные отношения связанные с электронной коммерцией. Автором определены основные подходы к регулированию электронной коммерции сложившиеся в мире и в Китайской Народной Республике, в частности. В результате общего исследования изучены наиболее значимые нововведения в законодательство КНР об электронной коммерции.

Ключевые слова: электронная коммерция, электронная торговля, кибербезопасность, трансграничная электронная торговля, право КНР.

Введение

Рынок электронной коммерции растет стремительными темпами как в России, так и в зарубежных странах. Торговые отношения с Китайской Народной Республикой считаются на данный момент самым перспективным торгово-экономическим направлением для России, и как следствие, требуют особых правовых механизмов регулирования. Более того, обсуждение регулирования электронной коммерции в рамках Российско-Китайских экономических отношений стало как никогда актуально после вступления в силу в 2019 году в Китае закона, касающегося электронной коммерции, после чего большая часть научных работ в данном направлении лишились актуальности.

Электронная коммерция как объект правового регулирования

Электронная коммерция или электронная торговля (e-commerce) – это процесс покупки, продажи, передачи или обмена продуктами, услугами и информацией с помощью электронных средств коммуникации¹.

¹ Крутин, Ю.В. Электронная коммерция: лабораторный практикум [Электронный ресурс]: практикум / Ю.В. Крутин; Рос. гос. проф.-пед. ун-т. – Екатеринбург: РГППУ, 2018. – 103 с.

В проекте Федерального закона «Об электронной торговле» данный термин трактуется, как «осуществление сторонами сделки предусмотренных законодательством действий и операций при оформлении и совершении сделок по продаже\поставке товаров, выполнению работ, оказанию услуг, а также совершение иных действий, направленных на извлечение прибыли, на основе исполнения электронных процедур»².

В широком смысле в соответствии с значением Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) посредством электронной коммерции могут осуществляться операции купли-продажи, поставки, а кроме того факторинг, лизинг, консалтинг, инжиниринг и прочие сделки в области промышленного и делового партнерства³.

Можно выделить несколько основных подходов к государственному регулированию отношений, связанных с электронной коммерции. Рассмотрим их на примере государств, использующих эти подходы⁴.

Первый подход можно условно назвать подходом стран, лидирующих в сфере новейших технологий, к ним относится, например, США. В своей налоговой политике США опирается на концепцию установления системы невмешательства (или минимального вмешательства) со стороны государства. Электронный сектор экономики в данном случае саморегулируется.

В государствах этой группы субъекты торговли в сети интернет не облагаются рядом налогов или платят их по заниженной ставке. Подход является спорным, поскольку штаты несут убытки в бюджете, однако изменение налоговой политики может сильно замедлить рост рынка электронной коммерции⁵.

² Проект Федерального закона N 11081-3 «Об электронной торговле» (ред., внесенная в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 03.10.2000)

³ «Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле» [рус., англ.] (Принят в г. Нью-Йорке 28.05.1996 – 14.06.1996 на 29-й сессии ЮНСИТРАЛ)биз информационного банка «Международное право»

⁴ Сидорова О.В. Государственное регулирование электронной коммерции: зарубежная практика // КЭ. 2011. № 6. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/gosudarstvennoe-regulirovanie-elektronnoy-kommertsii-zarubezhnaya-praktika> (дата обращения: 31.05.2020).

⁵ Правовое регулирование электронной торговли в зарубежных странах: монография / О.М. Сакович, С.В. Соловьева, С.С. Щербак и др.; отв. ред. Н.Г. Семилотина, О.А. Терновая; Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. – М.: ООО «Юридическая фирма Контракт», 2019. – 272 с.

Второго подхода придерживаются члены Европейского Союза. Они, в противовес странам первого подхода, практикуют концепцию максимального государственного вмешательства в электронный рынок⁶. Они видят в субъектах электронной коммерции потенциальный источник дохода. По мнению некоторых экспертов, в будущем налоги с электронных сделок составят главную статью пополнения дохода. При этом все страны по-разному подходят к регулированию⁷.

К третьему подходу пришли страны, политические системы которых не считаются демократическими. Они используют подход тотального контроля над информационным, а в некоторых аспектах и экономическим пространством. К таким странам можно отнести Китай и, во многом, Россию.

Изменения в правовом регулировании электронно-коммерческих отношений в КНР

С 1 января 2019 года Китайские законы и правила, касающиеся электронной торговли сильнейшим образом изменились в связи с принятием Закона КНР «Об электронной коммерции» и ряда нормативно-правовых актов, обеспечивающих его имплементацию в существующее законодательство.

Данный закон стал итогом многолетней работы юристов, кодифицирующих судебные решения и нормы ранее существующих документов. Это первый всеобъемлющий закон Китая, который пытается регулировать быстро развивающуюся отрасль электронной коммерции в стране.

Цель реформы – решить ряд существенных проблем: проблему контрафактных товаров; неуплаты налогов и т.д.

В новом законе, посвященном защите потребителей, рассматриваются вопросы защиты интеллектуальной собственности, защиты данных и кибербезопасности. Закон также занимает более жесткую позицию по борьбе с ложной рекламой. Для крупных операторов, например JD.com и Alibaba, не возникнет проблем по вы-

⁶ Артемьева Ю.А., Ивановская Н.В., Протопопова О.В., Русакова Е.П., Ситкарева Е.В., Фролова Е.Е., Ермакова Е.П. Разрешение финансовых споров в странах АТР. Монография. М., Инфотропик Медиа, 2019.

⁷ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce').

полнению новых правил⁸. Тем не менее, на небольших платформах электронной коммерции с меньшим количеством ресурсов и активов может быть сложнее следовать постановлениям и, таким образом, они окажутся в невыгодном положении, что напрямую повлияет на их рост на внутреннем рынке.

Добавление платформ электронной коммерции, которые менее известны и традиционно используются, является разумным шагом для регулирования деятельности продавцов, продающих товары через канал WeChat Moments или через приложение для обмена видео Douyin (известное на Западе как TikTok). Согласно закону, эти продавцы теперь должны будут зарегистрировать свой бизнес и заплатить все необходимые налоги.

Новое законодательство накладывает больше ответственности на платформы электронной коммерции, делая их солидарными с продавцами, если они будут использовать платформу для продажи поддельных товаров. Следовательно, если оператор платформы знает о нарушении правил на веб-сайте, но не предпринимает каких-либо действий, чтобы этого не произошло, он также будет считаться нарушителем в такой ситуации⁹.

В рамках китайского интернета есть также проблема так называемых дайгу (代购 dàigòu), личных покупателей, которые по заказу клиентов скупают товары за пределами КНР, выигрывая при этом в цене 30–40%. Такие продавцы не только не платят налоги, но и их бизнес часто остается без документов и часто основывается на доверии. Новый закон обязывает предпринимателей этого бизнеса приобретать лицензии на свою деятельность. На данный момент неясно, как Tencent, владелец WeChat, будет регулировать деятельность дайгу на своей платформе. Однако, компания Beijing Youth Daily заявила, что никогда не поощряла какую-либо коммерческую деятельность через личные учетные записи WeChat. Они еще не внедрили правила против торговых агентов на WeChat¹⁰.

⁸ Условия Использования и Информация Правового Характера Alibaba Group (Russian) в редакции от 9 октября 2019 г.

⁹ Ермакова Е.П., Фролова Е.Е. Правовое регулирование цифрового банкинга в России и зарубежных странах (Европейский союз, США, КНР) // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2019. Вып. 46. С. 612. DOI: 10.17072/1995-4190-2019-46-606-625.

¹⁰ 可接受的使用策略微信 (Политика допустимого использования сети ВиЧат).

Нововведение также сказалось на иностранных гражданах, ведущих бизнес на территории КНР. Теперь все предприниматели обязаны размещать на своей странице сведения о регистрации предпринимательской деятельности и лицензиях. Площадки для электронной коммерции обязаны предоставлять в государственные органы сведения о предпринимателях и напоминать им о необходимости оформить регистрацию¹¹.

Для ведения любой предпринимательской деятельности в КНР иностранцы обязаны создавать компании с ограниченной ответственностью, что потребует определенных расходов на создание бизнеса, аренду офиса и бухгалтерское обслуживание (компания не может быть освобождена от ведения бухучета)¹².

Закон также повлияет на трансграничную торговлю России и Китая. Говоря о межгосударственных торговых отношениях, нельзя оставить без внимания Договор о добрососедстве, дружбе и сотрудничестве между Российской Федерацией и Китайской Народной Республикой, в ст. 16, которого указано, что сами государства поддерживают торгово-экономические отношения и всячески им способствуют¹³. В главе IV нового Закона КНР «Об электронной коммерции» сказано, что государство берет на себя обязательство содействовать развитию трансграничной электронной торговли, устанавливать и улучшать таможенные, налоговые, въездные и выездные инспекции и платежи, а также расчетные и другие системы управления, адаптированные к характеристикам трансграничной электронной коммерции. Такие системы повышают уровень удобства во всех каналах, связанных с трансграничной электронной торговлей, и поддерживают операторов трансграничных платформ электронной коммерции в обеспечении складирования, логистики и других сопутствующих услуги для трансграничной электронной коммерции¹⁴. Также государство поддерживает малые и микропредприятия для участия в трансграничной электронной торговле¹⁵.

¹¹ E-Commerce Law of the People's Republic of China; Adopted at the Fifth Session of the Standing Committee of the 13th National People's Congress on August 31, 2018.

¹² 中华人民共和国民法通则 (1986年4月12日第六届全国人民代表大会第四次会议通过 1986年4月12日中华人民共和国主席令第三十七号公布 自1987年1月1日起施行 (Общие положения гражданского права КНР).

¹³ 中俄签署睦邻友好合作条约2001-07-16

¹⁴ E-Commerce Law of the People's Republic of China; Adopted at the Fifth Session of the Standing Committee of the 13th National People's Congress on August 31, 2018

¹⁵ Русакова Е.П. Рассмотрение частноправовых споров в странах БРИКС. Монография. М. Изд. РУДН, 2018.

Государственный орган по управлению экспортом и импортом обязуется создать интегрированную систему обслуживания и контроля, а также оптимизировать процедуру надзора за трансграничной электронной торговлей. Трансграничные операторы также обязаны соблюдать ряд формальностей в оформлении электронной документации¹⁶.

Более того, государство способствует созданию многонациональной и региональной связи и сотрудничества в области трансграничной электронной торговли, участвует в разработке международных правил электронной коммерции, а также способствует разработке системы международного распознавания электронных подписей и электронной идентичности и т.д.¹⁷

Законом также повышается лимит освобождения от налогов для трансграничных покупок. Лимит одной транзакции будет увеличен с 2000 юаней до 5000 юаней, но при расчете налоговой ставки необходимо учитывать Соглашение между РФ и КНР об избежании двойного налогообложения. Ежегодная сумма покупки увеличивается с 20 000 юаней до 26 000 юаней. Трансграничные покупки в соответствии с новым законом освобождаются от пошлин и получают 30% скидку на налог на потребление и НДС¹⁸.

Подводя итог всему вышесказанному, можно сделать вывод о том, что электронная коммерция является перспективным направлением торговли, но при этом имеет ряд характерных особенностей, не позволяющих им быть урегулированными нормами, направленными на другие виды торговой деятельности. Тем не менее, КНР успешно решает эту проблему, совершенствует свою правовую систему вводя все более прогрессивные нормы.

¹⁶ Amiantova I.S., Protopopova O.V., Rusakova E.P., Kaigaliev D.V., Iamalova E.N. The Financial Technologies Boom in China: Prospects and Barriers. В сборнике: Proceedings of the External Challenges and Risks for Russia in the Context of the World Community's Transition to Polycentrism: Economics, Finance and Business (ICEFB 2019). Сер. «Advances in Economics, Business and Management Research» 2019. С. 107–110.

¹⁷ Ермакова Е.П. Развитие правовых основ «зеленого» финансирования в России, ЕС и Китае: сравнительно-правовой анализ // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. № 2. Т. 24. № 2. С. 346. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-2-335-352.

¹⁸ 双重课税协定2014.10.13.

Ma Van Minh,
*Peoples' Friendship University of Russia (RUDN),
Institute of Law, student of the Department of civil law
and litigation and international private law, Moscow,
Miklukho-Maklaya st. 6; mavanminh2486@gmail.com*

LAWS APPLYING TO CONTRACT WITH FOREIGN ELEMENTS UNDER THE 2015 CIVIL CODE AND RECOMMENDATIONS FOR VIETNAMESE ENTERPRISES

In Vietnam, the 2015 Civil Code was adopted by the 13th National Assembly at its 10th session on October 24, 2015, and entered into force on 1 January 2017. Compared to the provisions of the 2005 Civil Code, in the 7th part on Relations Civil Code with foreign elements, the provisions of Part 5 of the Civil Code 2015 have many changes and developments, both in terms of structure, quantity and content. In which there are important changes in the choice of law applicable to contracts with foreign elements. The 5th part of Civil Code 2015 is also an important indication that Vietnam's international justice is catching up with the trend of legalization and harmonization of Private International Law of other countries.

Keywords: Civil Code 2015, contract with foreign element, Vietnam enterprises, recommendations.

Introduction

Civil Code 2015 has made important amendments to the choice of law applicable to contracts with foreign elements when affirming the principle of freedom of choice of law for contracts with foreign elements. However, what is the content and form of this right to freely choose the applicable law? Is this right an absolute right, or are there limitations and exceptions? In practice, it is not uncommon that the parties have the right to choose the law but do not exercise their rights. So the Civil Code 2015 plans and solves this case like? What difficulties does the principle of choosing the law applicable to contractual relations involving foreign elements based on the most closely related relationship pose any difficulties when applied in practice? This article will focus on researching the legal provisions applicable to foreign relations mentioned in the fifth part of the Civil Code 2015, clearly analyzing the content, advantages, disadvantages and difficulties when applying to make recommendations for Vietnamese businesses. The answers to the research questions mentioned

above will be presented according to the problem group and numbered from 1 to 4 in the Research Results section.

1. The right to freely choose the applicable law for contracts involving foreign elements

In contractual relations involving foreign elements, allowing the parties to freely choose the applicable law is a very important provision widely recognized in the world, in international treaties, as well as in national laws¹. For example, article 3 of the 2008 Rome Decree of the European Union regarding the law applicable to contractual obligations stipulates “the contract is governed by the law of the choice of the parties”. Similarly, Article 58 of the International Law of the Dominican Republic dated December 18, 2014 states: “The contract is governed by the law chosen by the parties. Agreement to choose the law in the contract, or in a separate document leading to the contract, or can be inferred from the explicit behavior of the parties”. Similar regulations in many countries².

In Vietnam, before 2016, the ability to freely choose the law applicable to contractual relations involving foreign elements has not been stated as a general principle. Indeed, Article 769 Civil Code 2005 stipulates: «The rights and obligations of the parties under the contract are determined by the laws of the country where the contract is performed, unless otherwise agreed». Thus, the ability of the parties to choose the applicable law of the contractual relationship is inferred from the rule «if there is no other agreement». This can lead to legal insecurity, causing anxiety for foreign investors when investing in Vietnam³. In order to

¹ Русакова Е.П. Правовые основы гражданского судопроизводства Социалистической Республики Вьетнам. Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2019. Т. 23. № 4. С. 586–601.

² Article 29, Venezuela International Private Law 1998, URL: <https://www.ref-world.org/pdfid/4c45af962.pdf> (Дата обращения: 01.09.2020); Article 62, Tunisia International Private Code, URL: <http://www.legislation.tn/en/recherche/codes-en-vigueur> (Дата обращения: 01.09.2020); Article 2,637 of the Rumania Civil Code, URL: <http://oaji.net/articles/2017/5275-1511281779.pdf> (Дата обращения: 01.09.2020); Article 38 of the International Private Law of the Republic of Montenegro dated December 23, 2013, URL: <file:///C:/Users/u00014/Desktop/1%20montenegro%20country%20law%20assessment.pdf> (Дата обращения: 01.09.2020 г.).

³ Department of International Law, Ministry of Justice, Notes to the proposed amendments to Part 7 of the Civil Code 2005, Hanoi, 2014, URL: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/vn/vn079en.pdf> (Дата обращения: 01.09.2020).

improve the issue, Civil Code 2015 made an important reform when it noted: “Contracting parties in a contract may agree to select the applied law for the contract...” (Clause 1, Article 683). The parties can also agree to change the applicable law to the contract provided that such change “Contracting parties in a contract may agree to change the applied law provided that such change does not affect adversely lawful rights and interests of a third party before changing, otherwise agreed by the third party” (clause 6, article 683).

Thus, every contract with a foreign element means the parties are free to choose the law regardless of whether it is a civil contract or a commercial contract, a goods sale or purchase contract or a supply contract. service. In addition, it should be noted that according to Civil Code 2005 (paragraph 2, Clause 1, Article 769), the contract is completely concluded and implemented in Vietnam, the parties are not allowed to choose to apply foreign laws, because that contract «must comply with the law of the Socialist Republic of Vietnam». This provision no longer exists in Civil Code 2015. Thus, as long as a contract contains foreign elements, the parties can choose the applicable law, regardless of whether the contract is signed and implemented entirely in Vietnam or not⁴.

2. Effective conditions of agreement choose the law applicable to the contract

Civil Code 2015 does not contain any provisions on the effective conditions of the agreement to choose the law applicable to the contract. Since the agreement of choice of applicable law is a contractual agreement, it can be inferred that it must comply with the general rules of civil transaction.

Regarding the conditions of entry into force of the agreement to choose the applicable law: According to Article 117 Civil Code 2015: “A civil transaction shall be effective when it satisfies all of the following conditions: a) Participants in the transaction have legal personality and/or legal capacity in conformity with such transaction; b) Participants in the transaction act entirely voluntarily; c) The purpose and contents of the transaction are not contrary to the law and/or social ethics”. Thus, for

⁴ Bezbakh V.V., Ivanovskaya N.V., Badaeva N.V., Ermakova E.P., Belikova K.M., Protopopova O.V., Sitkareva E.V., Rusakova E.P., Krivenko O.A., Civil Procedure and Civil Law in the Asia-Pacific Region, RUDN, RUDN [RUDN] Moscow, 2015, pp. 1–347. (in Russian).

an agreement to choose the applicable law to take effect, the parties involved need to comply with this Article.

In terms of the form of the agreement: Civil Code 2015 does not have specific provisions on the form of the law selection agreement but only provisions on the law applicable to the form of the contract. Indeed, Clause 7, Article 683 states: «The form of a contract is determined by the law applicable to that contract». The applicable law option agreement is a form of contractual agreement, so the provisions on the form of the contract can be applied to the form of the applicable law selection agreement. At that time, if the parties choose the laws of Vietnam to adjust their contracts, the agreement on choosing that law must comply with the provisions of Vietnamese law on form⁵.

Recommendations

Regarding the form of the agreement: before the ambiguity of the document, the parties in a contractual relationship with foreign elements should express the agreement on choosing the applicable law as well as the agreement to change the applicable law his contract in writing.

Regarding the time of agreement: the parties are free to enter into to create, change and terminate civil relations, so the agreement to choose the law can also be made at any time. However, this choice should be presented right from the moment of signing the contract, because then, when there is a dispute, it becomes much more difficult to reach an agreement.

3. Limits of freedom to choose the law applicable to a contractual relationship

Like all other civil rights, the parties' right to choose the law applicable to a contract is not an absolute right, but has certain limitations. Civil Code 2015 has set the limits on the scope, the content of the law and the consequences of foreign laws.

Limited scope: a contract with real estate object According to Clause 4, Article 683, Civil Code 2015, when the contract has the object of real estate, “the law applies to the transfer of ownership, other rights to real estate, lease of real estate or the use of immovable property to secure its obligations is the law of the country where the property is

⁵ Артемьева Ю.А., Ивановская Н.В., Протопопова О.В., Русакова Е.П., Ситкарева Е.В., Фролова Е.Е., Ермакова Е.П. Разрешение финансовых споров в странах АТР. Ин-фотропик Медиа, Москва, 2019.

located. In other words, the parties cannot choose the law that applies to the real estate contract. This is a reasonable and consistent with international judiciary of many countries.

Legal content limitation: labor contract and consumer contract. Labor contracts and consumer contracts are the nature of the contract of admission. Employees and consumers have little chance to negotiate the contents of the contract. When empowered to choose the law, the party proposing to enter into a contract (usually the employer and the professional with more information and experience) will tend to include in the contract of options apply the legal system that is most beneficial to them, affecting the interests of employees and consumers⁶. To overcome this situation, Clause 5, Article 683 of Civil Code 2015 stipulates: “Where the law chosen by the parties in the labor contract, the consumer contract affects the minimum interests of the employee, For consumers according to the provisions of Vietnamese law, Vietnamese law shall apply”. In my opinion, this limit is reasonable and compatible with the regulations of many countries. The remarkable point here is that this provision does not destroy the parties' right to choose law, but only limits that freedom. In other words, the parties to the labor contract and the consumer contract still have the choice of which foreign law applies to their contracts. Only when the law chosen by the parties affects the minimum interests of Vietnamese workers and consumers in accordance with the provisions of Vietnamese law, that choice will not be valid. If the provisions of the laws of the countries selected by the parties have provisions equal to or more favorable than the laws of Vietnam, such laws will still apply.

Limits on the consequences of applying foreign laws and proving foreign laws. According to Article 670, Civil Code 2015, foreign laws chosen by the parties will not be applied when the consequences of such law application are contrary to the basic principles of Vietnamese law, or cannot be proved foreign legal content. Moreover, According to Clause 1, Article 481 of Civil Procedure Code 2015⁷, where the parties are selected and have chosen foreign law, the parties are “obligated to provide such foreign law to the Court that is handling the civil case.

⁶ Ermakova E.P., Rusakova E.P., Sitkareva E.V., Frolova E.E. Main components of protecting consumers of financial products in Asian-Oceanic (APAC) countries // International Journal of Engineering and Technology (UAE). 2018. vol. 7. № 4.38. p. 157–162.

⁷ The Civil Procedure Code No.: 92/2015/QH13; Hanoi, November 25th, 2015. URL: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/vn/vn079en.pdf> (Дата обращения: 01.09.2020).

The involved parties are responsible for the accuracy and legality of the provided foreign laws”. Thus, when the parties in the contract have an agreement to choose the foreign law applicable to their contract, when settling disputes before a Vietnamese court, the parties are obliged to prove their foreign law. If the parties cannot agree on foreign laws, it does not mean that the parties' agreement to choose foreign law is not applicable. Then the Court will «request the Ministry of Justice, the Ministry of Foreign Affairs, the representative agency of the Socialist Republic of Vietnam to be overseas or through the Ministry of Foreign Affairs to request the foreign diplomatic mission in Vietnam provides foreign laws”. Only when this does not work, the parties' agreement to choose the law will not take effect and the applicable law will be the law of Vietnam.

Recommendations

Before agreeing to choose a foreign law, the parties should find out if their field of contract is allowed to agree to choose the applicable law. If the answer is yes, the next step is to find out the legal content of the country that the parties want to choose. This has two meanings: both to know what rights and obligations we have under the law that we have chosen, and to be able to provide the legal content to the court when a dispute occurs. In addition, the parties also need to prevent the case that the selected law is not applied by the court in practice because of the consequences of the application violating the basic principles of Vietnamese law. Vietnamese law does not define “fundamental principles of law”. The Court will be the body that determines whether the consequences of applying foreign law violate the fundamentals. Therefore, in addition to understanding the content of the law, Vietnamese businesses should also regularly monitor trial practice, because judgments are legally valid, especially judgments of the Supreme Court, has a high reference value.

4. When the parties do not choose the applicable law for the contract

In practice we see not uncommon that the parties in a contract, although empowered by law to choose the law applicable to their contracts, do not exercise that right. As expected, Civil Code 2015 still stipulates the order of determining the law applicable to the contract as specified in Civil Code 2005, but there have been many changes in the content of the provisions.

Choice of law based on international treaties. Clause 1, Article 664, Civil Code 2015 stipulates: “Determination of law applying to civil relations involving foreign elements are determined according to The international agreements to which the Socialist Republic of Vietnam is a signatory or Vietnamese law shall apply to civil relations involving foreign elements”. The remarkable new point here is that Civil Code 2015 has clearly established the priority order for the application of international treaties compared to national law and distinguishing between international treaties on content and international treaties on conflict of laws⁸.

Select applicable law based on conflict of law. This method is applicable only when the first is not applicable. Civil Code 2015 has made a very important change in this content. Using the criterion “the most closely related to the contract” to determine the law applicable to the contract. Indeed, Clause 1, Article 683 of Civil Code 2015 stipulates: “If the parties do not have an agreement on the applicable law, the law of the country most closely related to the contract shall apply”. In Clause 2, Article 683 of the Civil Code 2015 of Vietnam lists 5 cases, according to which the laws of the country having the most close relationship are:

a) The law of the country where the seller being natural person resides or the seller being juridical person is established in terms of sale contracts;

b) The law of the country where the provider being natural person resides or the provider being juridical person is established in terms of service contracts;

c) The law of the country where the transferee being natural person resides or the seller being juridical person is established in terms of contracts of transferring rights to use or intellectual property rights;

d) The law of the country where employees frequently perform do jobs in terms of labor contracts. If an employee frequently does jobs in multiple countries or the country in which the employee frequently does his/her job is unidentifiable, the law of the country with which his/her labor contract closely associates shall be the law of the country where the employer being natural person resides or the employer being juridical person is established;

e) The law of the country where consumers resides in terms of consume contract.

⁸ Русакова Е.П. Правовые основы гражданского судопроизводства Социалистической Республики Вьетнам. Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2019. Т. 23. № 4. С. 586–601.

However, in case it is proven that the law of a country other than the law mentioned in Clause 2 above is more closely related to the contract, the applicable law is the law of that country (Clause 3, Article 683, Civil Code 2015).

The above mentioned regulations have the advantage of being clear and easy to apply to specialized contracts, but the disadvantage is that they are incomplete and difficult to apply to complex contracts of mixed nature⁹.

Recommendations

Faced with the ambiguity of the above analyzed conflict norm, the parties to the contract should exercise the right to choose the law applicable to their contracts, especially when a complex contract has a mixed nature.

Conclusion

Civil Code 2015 has changed quite basic about the law applicable to contractual relations involving foreign elements. These changes are assessed as progressive and basically consistent with the regulations of many countries around the world, especially the EU. However, the legal reforms in this area are still not thorough and complete, so some regulations may face problems in the implementation process, especially the definition of laws based on regulations conflict. Therefore, Vietnamese enterprises need to pay special attention to exercising their freedom of choice of law when participating in contractual relations involving foreign elements. Enterprises should also pay attention to studying judgments in this area, especially judgments of the Supreme People's Court, to better understand the application of the law in practice, from That satisfies its best interests when entering into contractual relationships involving foreign elements.

⁹ Rusakova E.P., Frolova E.E., Gorbacheva A., Kupchina E.V. Implementation of the smart-contract construction in the legal system of Russia. В сборнике: 6th International Conference on Education, Social Sciences and Humanities 2019. p. 748–753.

*Алина Евгеньевна Попандопуло,
магистр II курса, Юридический институт,
Российский университет дружбы народов*

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ БАНКОВСКОЙ ГАРАНТИИ ПРИ ЗАКЛЮЧЕНИИ ГОСУДАРСТВЕННЫХ КОНТРАКТОВ

Сфера государственных закупок стремительно растет и развивается. Только за 2020 год цена контрактов, заключенных по всей России, составила 7 444,6 млрд рублей¹. С каждым годом увеличивается и количество государственных контрактов, заключенных с помощью электронных процедур. Законодатель, определив, что контрактная система основывается на принципах открытости, прозрачности информации, обеспечения конкуренции, профессионализма заказчиков, стимулирования инноваций, единства контрактной системы в сфере закупок, ответственности за результативность обеспечения государственных и муниципальных нужд, эффективности осуществления закупок², постоянно совершенствует законодательство в сфере контрактной системы. Ведется активный поиск баланса интересов заказчика и поставщика (подрядчика, исполнителя), все больше юридически значимых действий можно совершить дистанционно на электронной площадке. Функционирование Единой информационной системы в сфере закупок (ЕИС) позволяет реализовывать все вышеперечисленные принципы, поскольку аккумулирует огромные базы информации, связанные не только с проведением электронных процедур, но и с последующим контролем за исполнением контрактов. Отмечу, что вводятся и дополнительные инструменты для эффективной работы системы. Одним из таких инструментов является использование банковской гарантии.

Согласно ст. 368 ГК РФ по независимой гарантии гарант принимает на себя по просьбе другого лица (принципала) обязательство уплатить указанному им третьему лицу (бенефициару) определенную денежную сумму в соответствии с условиями данного гарантом обязательства независимо от действительности обеспечиваемого та-

¹ <https://zakupki.gov.ru/epz/main/public/home.html#statAnchor>.

² Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. N 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», Ст. 6.

кой гарантией обязательства. Банковская гарантия – это вид независимой гарантии, особенностью которой является субъектный состав. Гарантом может выступать только кредитная организация, а в случае использования гарантии в закупках – ограниченный перечень банков, отвечающие требованиям, которые определяются Правительством РФ³. Изменения в законодательство в 2020 году предусматривают расширение числа организаций, которые могут выдавать гарантии. Кроме отобранных Минфином банков, гарантии смогут выдавать: Государственная корпорация развития «ВЭБ.РФ» и Региональные гарантийные организации – малому бизнесу.

Банковская гарантия, являясь разновидностью независимой гарантии, выполняет функции, присущие всем способам обеспечения исполнения обязательств: возместительную, принудительно-ограничительную и адаптационную⁴. Банковская гарантия характеризуется следующими признаками: безотзывность банковской гарантии (если иное не предусмотрено), непередаваемость прав по банковской гарантии (если иное не предусмотрено), возмездность (принципал выплачивает гаранту вознаграждение) и независимость банковской гарантии. Последний признак – независимость гарантии от основного обязательства, по мнению М.И. Брагинского и В.В. Витрянского, проявляется в том, что основаниями к отказу в удовлетворении требования бенефициара могут служить исключительно обстоятельства, связанные с несоблюдением условий самой гарантии, не имеющие никакого отношения к основному обязательству. Суть этого правила состоит в том, что от основного обязательства не зависит предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром, причем в отношениях между ними. Это правило не может быть опровергнуто даже положением о том, что бенефициар в своем требовании к гаранту должен указать, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства: указанная обязанность бенефициара носит сугубо фор-

³ Постановление Правительства РФ от 12 апреля 2018 г. N 440 «О требованиях к банкам, которые вправе выдавать банковские гарантии для обеспечения заявок и исполнения контрактов».

⁴ Берестнев Михаил Александрович, Пустомолотов Игорь Иванович Основные функции способов обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств // Известия ТулГУ. Экономические и юридические науки. 2014. № 3–2. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/osnovnye-funktsii-sposobov-obespecheniya-ispolneniya-grazhdansko-pravovyh-obyazatelstv-1> (дата обращения: 09.12.2020).

мальный характер, поскольку относится скорее к оформлению письменного требования, но никак не к существу отношений, складывающихся между гарантом и бенефициаром⁵. Верховный суд РФ в своем Обзоре также подчеркивает независимость банковской гарантии от основного обязательства. Так, гарант не может ссылаться на обстоятельства исполнения основного обязательства, когда возражает против требования уплатить деньги по гарантии⁶.

Что касается закупок, то банковская гарантия прежде всего защищает интересы заказчика, так как в случае неисполнения обязательств, взятых на себя поставщиком (подрядчиком, исполнителем), банк, выдавший такую гарантию, выплатит заказчику оговоренную гарантией сумму. Для поставщиков банковская гарантия – это удобный механизм, который позволяет участвовать в закупках и не замораживать свои активы на специальном счете или на банковском счете заказчика. За оформление банковской гарантии банк взимает комиссию, которая зависит от срока действия и размера обеспечения. Каждый банк устанавливает свою тарифную сетку. В среднем комиссия составляет 3% годовых от требуемой суммы. Получение банковской гарантии целесообразно в следующих ситуациях:

- участие в крупной закупке с большим обеспечением;
- участие одновременно в нескольких тендерах;
- регулярное участие в закупках, когда поставщик подает заявку на участие в одной закупке, по другой – заключает контракт, а по третьей – исполняет договор.

Получение банковской гарантии является и неким барьером для недобросовестных поставщиков. Последним стоит понимать, что неисполнение обязательств влечет не только попадание в Реестр недобросовестных поставщиков, но и проблемы с получением различных финансовых продуктов в банках в связи с произведенными выплатами по БГ.

Предоставление банковской гарантии при проведении закупки возможно в трех случаях:

- 1) В качестве обеспечения заявки;

⁵ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: общие положения. М.: Статут, 1998. С. 478–479.

⁶ Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с применением законодательства о независимой гарантии (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 5 июня 2019 г.), опубликован в Бюллетене Верховного Суда Российской Федерации, ноябрь 2019 г., N 11.

- 2) В качестве обеспечения исполнения контракта;
- 3) В качестве обеспечения гарантийных обязательств.

Рассмотрим отдельно каждый случай. Согласно ст. 44 ФЗ № 44-ФЗ заявки на конкурсы и аукционы, в которых начальная (максимальная) цена контракта (НМЦК) превышает 1 млн рублей⁷, должны быть обеспечены либо посредством перечисления денежных средств на специальный счет, либо путем предоставления банковской гарантии. При этом банковская гарантия должна соответствовать требованиям ст. 45 Закона N 44-ФЗ, а срок ее действия должен составлять не менее чем 2 месяца с даты окончания срока подачи заявок. Размер обеспечения заявок в соответствии с ч. 16 ст. 44 Закона N 44-ФЗ должен составлять:

- от 0,5% до 1% НМЦК, если размер НМЦК составляет до 20 млн руб. (п. 1 ч. 16 ст. 44 Закона N 44-ФЗ);
- от 0,5% до 5% НМЦК, если НМЦК составляет более 20 млн руб. (п. 2 ч. 16 ст. 44 Закона N 44-ФЗ).

В связи с тем, что возможность использовать банковскую гарантию появилась только с 1 июля 2019 года, а также учитывая небольшие суммы обеспечения заявок и короткий срок их предоставления, к получению банковской гарантии участники прибегают не так часто.

Ситуация с использованием банковской гарантии в качестве обеспечения исполнения контракта совсем иная, поскольку и сумма обеспечения, и сроки предоставления в разы больше, чем на этапе подачи заявки. Размер обеспечения исполнения контракта устанавливается в соответствии с ч.ч. 6, 6.1 – 6.3 ст. 96 Закона N 44-ФЗ. По общему правилу, установленному ч. 6 ст. 96 Закона N 44-ФЗ, размер обеспечения исполнения контракта должен составлять от 0,5% до 30% НМЦК. При этом, если контрактом предусмотрена выплата аванса, размер обеспечения устанавливается не менее чем в размере аванса. Также стоит отметить нововведения, вступившие в силу с 1 июля 2020 года в связи с пандемией:

- Минимальный процент был снижен с 5% до 0,5%;

⁷ Постановление Правительства РФ от 12 апреля 2018 г. N 439 «Об утверждении значения начальной (максимальной) цены контракта, при превышении которого заказчик обязан установить требование к обеспечению заявок на участие в конкурсах и аукционах».

- Малый бизнес может не обеспечивать контракт и гарантийные обязательства по нему. Это правило действует в закупках без аванса. Заказчик сам решает, требовать обеспечение или нет. Эти льготы вводят для поставщиков до конца года.

- Если в закупке есть казначейское сопровождение:
 - Заказчик может не требовать обеспечение контракта. А если требует, его размер не будет выше 10% от НМЦ или цены контракта (для субъектов малого предпринимательства и социально ориентированных некоммерческих организаций).
 - Если в закупке выплачивают аванс с казначейским сопровождением, процент обеспечения рассчитывают от суммы, оставшейся после вычета аванса.

Не так давно были закреплены положения о расчете обеспечения контракта от цены контракта, а не начальной (максимальной) цены (НМЦК) в государственных закупках с преимуществами для субъектов малого предпринимательства и социально ориентированных некоммерческих организаций. Поставщик в таких закупках не будет обеспечивать контракт, если отправит заказчику сведения из реестра контрактов. Нужно подтвердить, что на протяжении 3 лет до подачи заявки победитель выполнил 3 контракта без неустоек. Важно, что суммарно размер этих договоров не должен быть меньше НМЦК.

Согласно ст. 83.2 № 44-ФЗ победитель электронной процедуры должен предоставить документ, подтверждающий наличие банковской гарантии в качестве обеспечения исполнения контракта во время подписания контракта усиленной электронной подписью. Подписание контракта происходит в течение 5 дней после размещения проекта контракта в единой информационной системе заказчиком, который в свою очередь обязан его разместить в течение 5 дней после опубликования протокола. Таким образом, у победителя есть максимум 10 дней на получение банковской гарантии. Это очень ограниченный срок, данный законом победителю для выбора банка и согласования текста гарантии. В моей практике приходилось размещать протокол разногласий к контракту, который рассматривается заказчиком 3 дня и подписывается победителем после рассмотрения так же в течение 3 дней, только для того, чтобы выиграть время для получения банковской гарантии.

Срок действия банковской гарантии в соответствии со Ст. 45 определяется участником закупки, с которым заключается контракт, самостоятельно. При этом срок действия банковской гарантии должен превышать предусмотренный контрактом срок исполнения обязательств, которые должны быть обеспечены такой банковской гарантией, не менее чем на 1 месяц, в том числе в случае его изменения в соответствии со ст. 95 Закона N 44-ФЗ. Однако, многие заказчики по-прежнему устанавливают в документации условия о том, что срок банковской гарантии в обеспечение контракта должен не менее чем на 1 месяц превышать срок действия контракта. Это в корне неверно, поскольку срок действия контракта и срок выполнения обязательств различны, на что и указали региональные управления ФАС РФ (решение Челябинского УФАС № 074/06/105-1381/2019 от 22.07.2019, решение Орловского УФАС по делу № 057/06/67-566/2019 от 25.07.2019).

Обеспечение гарантийных обязательств относительно новый институт в сфере государственных закупок. С 1 июля 2019 года Закон № 44-ФЗ устанавливал обязанность заказчика требовать от поставщика (подрядчика, исполнителя) предоставление обеспечения гарантийных обязательств по контакту, если в техническом задании были установлены требования к гарантии. Относительно вопроса обязанности устанавливать такое требование были даны разъяснения Минфина о том, что предоставление обеспечения в таких случаях все-таки право заказчика, а не его обязанность,⁸ исключая случаи определения поставщика новых машин и оборудования. С 1 июля 2020 года это положение было внесено и в текст федерального закона⁹. Размер обеспечения гарантийных обязательств не должен превышать 10% от НМЦ. По соглашению сторон правила обеспечения можно применять к контрактам, которые успели заключить и до 1 июля 2020 года. Например, освободить поставщика от обеспечения гарантийных обязательств или снизить размер обеспечения контракта.

⁸ Письмо Минфина России от 19 августа 2019 г. N 24-03-07/63253 «О рассмотрении обращений».

⁹ Федеральный закон от 24 апреля 2020 г. N 124-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам обеспечения устойчивого развития экономики в условиях ухудшения ситуации в связи с распространением новой коронавирусной инфекции».

В ч. 2.2 ст. 96 Закона N 44-ФЗ указано, что требование обеспечения гарантийных обязательств устанавливается в проекте контракта, а значит и в самом контракте. Кроме того, при установлении требования обеспечения гарантийных обязательств в соответствии со ст. 96 Закона N 44-ФЗ в контракт включается обязательное условие о порядке и сроке предоставления контрагентом такого обеспечения. Как следует из ч. 7.1 ст. 94 Закона N 44-ФЗ, предоставить такое обеспечение контрагент должен в любой момент до начала приемки исполненного по контракту, за исключением отдельного этапа исполнения контракта. Однако, в силу отсутствия разъяснений относительно данного вопроса, на практике в 2019 году заказчики требовали предоставления обеспечения перед приемкой первого этапа исполнения контракта, что является недопустимым. В свою очередь Верховный Суд РФ в Определении от 25.08.2016 N 301-ЭС16-4469 по делу N А11-352/2015 отметил, что подрядчик, не предоставивший на период гарантийного срока банковскую гарантию, лишается права на оплату принятых заказчиком работ до истечения указанного срока, если оплата работ по договору поставлена в зависимость от предоставления гарантии.

Срок действия банковской гарантии в соответствии с этой же нормой определяется участником закупки, с которым заключается контракт, самостоятельно. При этом срок действия банковской гарантии должен превышать предусмотренный контрактом срок исполнения обязательств, которые должны быть обеспечены такой банковской гарантией, не менее чем на 1 месяц, в том числе в случае его изменения в соответствии со ст. 95 Закона N 44-ФЗ.

Ст. 45 ФЗ № 44-ФЗ и Постановление Правительства № 1005 устанавливают требования к содержанию банковской гарантии. В свою очередь заказчики обязательно в требованиях указывают, какие формулировки должна содержать банковская гарантия. К примеру, в Москве есть приказ Департамента Москвы по конкурентной политике, который утверждает форму банковской гарантии¹⁰. Если гарантия будет представлена не по формулировкам, указанным в приказе (а заказчик в документации ссылался на данный

¹⁰ Приказ от 12 апреля 2018 года N 70-01-34/18 «Об утверждении типовых форм банковских гарантий и о признании утратившими силу приказов Департамента города Москвы по конкурентной политике»

приказ), то ее отклонят. Однако, в связи с отсутствием утвержденной типовой формы банковской гарантии на федеральном уровне текст документа может различаться в зависимости от выбранного банка. К сожалению, на практике существует проблема внесения изменений в текст банковской гарантии. Некоторые банки взимают дополнительную плату, если принципал вносит корректировки, даже если изначально текст гарантии не соответствует требованиям закона или аукционной документации. Не редко возникают споры в связи с условиями банковской гарантии.

Так, в решении Комиссии Московского УФАС по делу № 07-24-13497/16 от 08.09.2016 было отмечено, что заказчик поступил верно, оформив протокол отказа от заключения контракта, и указав, что представленная банковская гарантия не включает право на беспорочное списание денежных средств со счета гаранта, установленное в документации. А это не соответствует требованиям ч. 2 ст. 45 Закона № 44-ФЗ. При этом недействительная банковская гарантия означает, что поставщик не предоставил заказчику обеспечения контракта (ч. 5 ст. 96 Закона № 44-ФЗ). Следовательно, по закону он считается уклонившимся от заключения контракта.

Таким образом, в настоящее время происходят изменения в сфере государственных закупок, связанные с усовершенствованием системы, а также принятые в связи с распространением коронавирусной инфекции. Рассматриваемый мной способ обеспечения исполнения обязательств является удобным и практичным инструментом для всех участников закупок. Использование банковской гарантии при участии в электронных процедурах является популярным способом обеспечения, поскольку имеет ряд преимуществ перед внесением денежных средств. В связи с этим активно развивается и рынок предоставления банковской гарантии, существует здоровая конкуренция среди банков. Однако, до сих пор количество споров касательно банковской гарантии велико. В это число входят и споры, связанные с действительностью гарантии, и споры относительно выплат по гарантии, а также практика Федеральной антимонопольной службы РФ. В последнее время законодатель активно вносит изменения в Федеральный закон № 44-ФЗ, так что можно предположить, что это далеко не последний блок поправок, который ждет сферу государственных закупок.

*Анастасия Владимировна Смирнова,
Студент 4 курса бакалавриата Юридического
института Российского университета дружбы
народов (РУДН); av.smirnova@yandex.ru*

*Научный руководитель –
к.ю.н. Марина Анатольевна Вакула*

ПРОБЛЕМЫ РЕНОВАЦИИ ЖИЛОГО ФОНДА НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ

Статья посвящена исследованию проблем реновации жилищного фонда. Автор исследует особенности реновации территории старых городских застроек, и делает акцент на анализе показателей состояния жилищного фонда. В результате общего исследования изучены наиболее важные проблемы, складывающиеся в данной области.

Ключевые слова: реновация жилищного фонда; реконструкция; жилищная застройка; ветхое, аварийное жилье.

Одним из важнейших направлений политики государства является создание жилищных условий, которые отвечают всем требованиям современного общества. В этих целях необходимо привести в соответствие со стандартами качества жилье, например, сделав его доступным и комфортным, тем самым обеспечив достойными условиями для проживания граждан Российской Федерации. Для решения указанных задач необходимо усовершенствовать методы по эффективному использованию ресурсов, за счет которых будет возобновлен жилищный фонд. Проблемы реновации жилого фонда на современном этапе продолжают оставаться достаточно острыми вопросами за счет возрастания отрицательных процессов в жилищном комплексе.

Жилищный фонд в России в 2018 году по всей стране составил 25,8 м², это ненамного выше по сравнению с 2017 годом, где данная цифра равна 25,2 м²,¹ что говорит о снижении эффективности в реализации программ реновации. В Российской Федерации проблема обеспечения населения жильем все еще является напряженной. На одного человека выделяется примерно 21 м². Для сравнения – в США такая цифра достигает почти до 70 м², а в Швеции и Канаде – до 40 м².

¹ <https://rosinfostat.ru/zhilishhnyj-fond/#i-2>.

По данным Федерального агентства по строительству и жилищно-коммунального хозяйства, в некомфортбельных домах в России живут примерно сорок миллионов человек, а в ветхих домах примерно пять миллионов человек². Желающих улучшить жилищные условия растет с каждым годом и равняется 4,4 млн семей. И период ожидания приобретения такого жилья продолжается от пятнадцати до двадцати лет³.

Но наблюдается и положительная динамика в области наращивания масштабов жилищного строительства. Согласно статистике Росстата, в 2018 году было введено в действие 1070,6 тысяч квартир общей площадью 75,3 млн м² (это составило 95,1% по сравнению с 2017 годом); в 2017 г. такая цифра показывала 79,2 млн м², а в 2016 такой показатель был 98,7%⁴.

При этом в России в настоящее время площадь жилых объектов свыше 290 млн м² требуют немедленного капитального ремонта – удержание технического состояния жилищного фонда. Статистические данные показывают, что жилые объекты, площадь которых свыше 290 млн м², требуют немедленного капремонта. Почти из 20 миллионов жилых домов, примерно 70% из них потеряли свою функцию и являются изношенными более, чем на 30%⁵.

Проблема проживания людей в ветхих и старых домах сейчас является особо актуальной. Особое внимание на «хрущевки», построенные в 60–70-х годах 20-го века, ведь в настоящее время они уже потеряли и истратили весь свой технический ресурс и стали непригодны для жилья, ведь в скором времени такие строения начнут сами разрушаться.

Одним из недостатков у пятиэтажки – это то, что она занимает много места на том участке, где мог бы разместиться многоэтажный и более населенный дом. Таких районов в Москве очень

² Доклад руководителя Федерального агентства по строительству и жилищно-коммунальному хозяйству В.А. Аверченко // ПГС. – 2004. – № 7. – С. 47–49.

³ Пресс-служба Федерального агентства по строительству и ЖКХ // Нормы и цены в строительстве. – ТИЦС, 2006. – № 2. – С. 2.

⁴ <https://cementinfo.ru/node/5267>.

⁵ Рыков Ю.И. О комплексе мер по развитию жилищной сферы и жилищного строительства на системном уровне / Ю.И. Рыков, В.П. Березин, А.В. Черников // Зарубежный и отечественный опыт в строительстве / сводный том: Экспресс-информация / Всерос. науч.-исслед. ин-т проблем науч.-технич. прогресса и информ. в строительстве. – 2002. – № 5. – С. 12–21.

много, и программа реновации в городе предусматривает, что будут снесены крупноблочные пятиэтажки, и на их месте возвысится высотный комплекс. Высота такого здания будет от 31 до 56 этажей, под комплексом будет стоянка для автомобилей.

Большая часть жилищного фонда некоторых районов Москвы была построена в 60–80-х годах прошлого века в короткие сроки, и сейчас жилые и нежилые помещения находятся в таком состоянии, что пребывать и уж тем более проживать в них просто невозможно, недопустимо и опасно.

Жилищный фонд Москвы образует почти 40 тысяч жилых домов. Проведен мониторинг около 31 тысячи объектов, и выявлено, что примерно 24 тысячи (это 78% от всего жилищного фонда) – в нормальном и удовлетворенном техническом состоянии, 17% домам нужна замена или ремонт конструктивных элементов; а пяти процентам требуется капремонт, или реконструкция.

Для решения проблем, связанных с жилым фондом, служит реновация жилой застройки. «Реновация: Совокупность мероприятий, направленных на обновление среды жизнедеятельности и создание благоприятных условий проживания граждан и благоустройства территорий»⁶. За счет этого улучшаются жилищные условия лиц, которые нуждаются в этом, а освободившаяся территория в дальнейшем используется для строительства нового комплекса или для иных равнозначных помещений⁷. Однако в процессе реновации возникают различные конфликты интересов – например, граждан и застройщиков, граждан и органов власти.

Данные споры разрешаются в судебном порядке. Немаловажно упомянуть про судебные споры, касаемо программы реновации Москвы. Наиболее частые судебные акты показывают, что возможности у горожан оспаривать те или иные решения, вынесенные в рамках программы реновации, имеют исключения. В нижеприведенном деле рассматривается ситуация, когда истец считает, что оспариваемый нормативный правовой акт влечет за собой правовые последствия, поскольку по результатам голосования многоквартир-

⁶ Свод правил СП 473.1325800.2019 «Здания, сооружения и комплексы подземные. Правила градостроительного проектирования» (утв. Приказом Министерства строительства и жилищно-коммунального хозяйства РФ от 24 декабря 2019 г. № 856/пр).

⁷ Пояснительная записка к проекту федерального закона N 825313-7 «О реновации жилищного фонда в Российской Федерации».

тирные дома войдут в пока не существующую программу, проект которой также отсутствует, и будут снесены; и что Правительство Москвы незаконно установило в отдельно взятом субъекте РФ новый, не предусмотренный федеральным законодательством способ прекращения права собственности на недвижимое имущество посредством голосования по программе реновации.

Так, закон о реновации⁸ говорит, что право обратиться в суд с требованием выселить жильца из дома предоставлено только органу исполнительной власти города Москвы. Для граждан не предусмотрено никаких способов защиты своих прав и интересов. Более того, почти сразу у жителей отсутствовала возможность оспаривать нормативно – правовые акты в области реновации, так как после первого проигранного истцом дела все остальные заявления, поданные в суд, оставались без рассмотрения автоматически, не учитывая, что доводы во всех них разные. Такая проблема существует уже давно и не раз подвергалась критике со стороны ученых – правоведов. Верховный Суд Российской Федерации поясняет: «Судья отказывает в принятии заявления об оспаривании нормативного правового акта или акта, обладающего нормативными свойствами в случае, если имеется вступившее в законную силу решение суда, которым проверена законность того же нормативного правового акта или акта, обладающего нормативными свойствами, либо той же его части, поскольку при рассмотрении и разрешении дела суд не связан основаниями и доводами, содержащимися в административном исковом заявлении...»⁹.

⁸ Федеральный закон от 1 июля 2017 г. «141-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О статусе столицы Российской Федерации» и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части установления особенностей регулирования отдельных правоотношений в целях реновации жилищного фонда в субъекте Российской Федерации – городе федерального значения Москве» от 01.07.2017 N 141-ФЗ (последняя редакция) //СПС «КонсультантПлюс».

⁹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 N 50 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов и актов, содержащих разъяснения законодательства и обладающих нормативными свойствами». Абз. 7 п. 19 // СПС «КонсультантПлюс». Ранее схожие разъяснения содержались в абз. 7 п. 11 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 ноября 2007 г. № 48 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части».

В качестве примера можно проиллюстрировать решение Московского городского суда от 16 июня 2017 г. по делу № 3а-849/2017. Суть дела заключается в том, что истец подал административное заявление о признании недействующим постановления правительства Москвы от 2 мая 2017 года № 245-ПП «Об учете мнения населения по проекту реновации жилищного фонда в городе Москве». Истец пояснил, что данное постановление противоречит нормам Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, положениям Европейского суда по правам человека о защите частной собственности, нормам Конституции Российской Федерации, Гражданскому Кодексу Российской Федерации и Федеральному Закону от 29.12.2004 г. № 189-ФЗ «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации». Суд отказал в удовлетворении требований. Последующие административные заявления об оспаривании постановления № 245-ПП Мосгорсуд оставил без рассмотрения, не беря во внимание, что доводы в заявлениях нетождественные¹⁰.

На несоответствие Постановления № 245 – ПП статье 181.1 ГК РФ относится также и заявление истца по делу № 3а-850/2017¹¹, где заявитель указал, что в обжалуемом Постановлении прописан порядок голосования для последующего включения многоквартирных домов в проект программы реновации жилищного фонда в городе Москве. Такая процедура ни законодательством субъекта, ни федеральным не предусмотрена. Из этого вывод: оспариваемый нормативный правовой акт принят во исполнение положений несуществующего закона. Кроме этого, Постановление противоречит статье 181.1 ГК РФ, в которой сказано, что правовые последствия могут возникнуть у решений собраний только в том случае, если закон связывает такие правовые последствия с решениями собраний. Такого закона нет, и поэтому в его отсутствие оспариваемый нормативный правовой акт придает решениям собраний собственников правовые последствия, а именно: снос дома, прекращение права собственности, «участие в проекте программы реновации», что является незаконным. В данном случае автор придерживается мнения, что судам

¹⁰ Определение Московского городского суда от 16 июня 2017 г. по делу № 3а-849/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹ Определение Московского городского суда от 28.06.2017 по делу № 3А-850/2017.

следует рассматривать каждые дела, без исключений, даже если они и кажутся одинаковыми на первый взгляд, в каждом из них содержатся свои особенности и положения.

Автор считает, что следует уделить должное внимание на проверке обоснованности включения объекта в программу реновации. Закон о реновации подчеркивает, что органы государственной власти города Москвы имеют право внести в список подлежащих сносу домов не только «хрущевки», но и иные строения, имеющие характерные элементы. Данная норма «расплывчатая», ведь со стороны исполнительной власти могут быть злоупотребления по сносу домов, так как такое положение не ограничивается ни возрастом строения, ни количеством этажей, ни состоянием здания¹². Такими темпами под реновацию могут попасть объекты 19 века, представляющие особую историческую ценность для города и страны в целом.

К сожалению, на практике суд не проводит экспертизу, и никак не изучает, можно ли отнести дом к «аналогичным» хрущевкам, а лишь доверяет объяснениям со стороны властей. Определение Московского городского суда от 30 ноября 2018 г. № 33-48165/2018 говорит: «Доводы апелляционной жалобы о том, что дом 10 по Дербеневской улице города Москвы построен в 1896 году, а потому не входит в число домов первого индустриального периода, в связи с чем не мог быть включен в программу реновации, судебной коллегией отклоняется как несостоятельной. Законом предусмотрена возможность включения в программу реновации не только домов первого периода индустриального домостроения, но и иных домов, аналогичных им по своим конструктивным характеристикам»¹³. В данном случае автор предлагает такую норму толковать согласно ч. 2 Ст. 56 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации¹⁴, согласно которой суд должен выносить такие обстоятельства на обсуждение, даже если стороны на них не ссылались.

Подводя итог всему вышесказанному, можно сделать вывод о том, что благодаря увеличению обеспеченности населения жильем

¹² Ильин Б. В., Кальгина А. А. Защита прав владельцев недвижимости при реконструкции и реновации. 3-е изд. М.: Юстицинформ, 2019. 340 с.

¹³ Определение Московского городского суда от 30 ноября 2018 г. № 33-48165/2018 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁴ «Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации» от 14.11.2002 N 138-ФЗ (ред. от 31.07.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

и улучшению качества жилищного фонда, происходит процесс производства жилищного фонда. За счет тех методов реновации, которые описаны в данной работе, разрабатываются проекты полноценной реконструкции жилых кварталов. Приведенные статистические данные подчеркнули, что у жилищного фонда все же есть недостатки различного характера. Тем не менее показано, что за счет качественной и правильной жилой застройки возникает возможность улучшить ее техническое состояние, применяя и внедряя передовые градостроительные опыты. Также, автором была рассмотрена судебная практика, и выявлены недостающие пробелы законодательства. Считаю, что данные вопросы требуют законодательного урегулирования и принятия соответствующих нормативно – правовых актов, а также более детального и тщательного подхода к рассмотрению каждого дела, чтобы в последующем не возникало коллизий при рассмотрении споров, касаемо реновации жилищного фонда.

*Татьяна Владимировна Смирнова,
магистр кафедры гражданского права и процесса
и международного частного права
Юридического института
Российского университета дружбы народов (РУДН)*

*Научный руководитель –
к.ю.н. Екатерина Петровна Русакова*

НОТАРИАЛЬНОЕ ОФОРМЛЕНИЕ НАСЛЕДСТВЕННЫХ ПРАВ ГРАЖДАН В РФ

В статье рассматривается проблема нотариального оформления наследственных прав граждан Российской Федерации, его специфики в соответствии с актуальной и передовой практикой, а также законодательными актами.

Ключевые слова: наследство, нотариус, права, Россия, гражданин, завещание, оформление, опыт.

Необходимость правового урегулирования процесса перехода наследственных прав и оформления наследства обусловлена естественным положением вещей, в соответствии с которым наиболее близкими человеку людьми, главным образом, являются его кровные родственники и другие члены его семьи.

В поддержании семейных взаимоотношений, рождении и обеспечении будущего детей многие усматривают главную цель своей жизни. Поэтому стремление передать не только духовные, но и материальные ценности своим потомкам выступает для людей важным жизненным стимулом и вполне естественным желанием. Хочет того человек либо нет, но, хотя бы раз в жизни, практически каждый сталкивается с вопросами наследственного права.

В отечественной системе гражданского права наследственное право традиционно занимает существенное место. В некотором смысле оно является синтезом практически всех направлений гражданского права.

Предметом наследования является совокупность имущественных прав и обязанностей, носителем которых был умерший при жизни. Право наследования выступает одним из главных прав гражданина, которые закреплены Конституцией Российской Федерации.

Это не просто формальная часть правового статуса человека и гражданина, а действительное право физических лиц, так как оно прямо связано с частной собственностью.

Наследование – это процесс передачи имущества (наследства) умершего другим лицам¹. Тот, чье имущество передается после его смерти, указан в качестве наследодателя, а принимающие это имущество – наследниками. Законом определено два основания наследования: по закону и по завещанию.

Местом открытия наследства в соответствии со ст. 1115 ГК РФ определяется последнее место жительства наследодателя. В свою очередь, местом жительства определяется место, где гражданин постоянно или преимущественно проживает².

Смерть может застать человека в пути следования, в командировке, на отдыхе и т.п. При этом местом открытия наследства будет определяться его постоянное место жительства (что подтверждается регистрацией по месту жительства). От места жительства необходимо отграничивать место временного пребывания (например, беженцев, вынужденных переселенцев, учащихся и работающих в иных регионах и т.п.). Подобные категории граждан имеют временную регистрацию.

Акт принятия наследства носит универсальный характер, т.е. имеет распространение на все виды наследственного имущества. Не допускается принятие наследства под условием либо с оговорками. Наследник, который призван к наследованию по нескольким основаниям, как было отмечено выше, может принять наследство по всем данным основаниям, либо по нескольким из них, либо только по одному из них, но какой бы выбор им не был сделан, он не может принять только часть наследственного имущества.

Ст. 1110 ч. 3 ГК РФ впервые в истории отечественного гражданского законодательства закрепила понятие наследования как универсального правопреемства³.

¹ Алексеев С.С., Васильев А.С., Голофаев В.В., Гонгало Б.М. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (учебно-практический). Части первая, вторая, третья, четвертая (под ред. С.А. Степанова). – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект; Екатеринбург: Институт частного права, 2010. – 958 с.

² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ (ред. от 23.07.2013) // Собрание законодательства РФ. – 2001. – № 49. – Ст. 4552.

³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ (ред. от 23.07.2013) // Собрание законодательства РФ. – 2001. – № 49. – Ст. 4552.

Принцип универсального правопреемства обнаруживается в том, что наследники становятся правопреемниками наследодателя, это значит замещают наследодателя во всех правоотношениях, в которых он принимал участие относительно не только вещей и имущественных прав, но также в том числе и иного имущества, обязанностей наследодателя, кроме тех, которые имеют строго личный характер. Помимо этого, акт принятия наследства имеет распространение на всё наследство, также и на ту его часть наследства, о которой наследнику не известно.

Сегодня уже на уровне закона зафиксировано положение об универсальности наследственного правопреемства, которое было выдвинуто еще юристами Древнего Рима⁴.

Для отечественного права институт универсального наследственного правопреемства является традиционным. Отметим, что, хотя сам термин «универсальное правопреемство» впервые был легально закреплён в российском законодательстве только в ст. 1110 ГК РФ⁵, весь предшествующий опыт правового регулирования данной сферы подтверждает, что подобный вид наследственного правопреемства всегда был свойственен для российского гражданского права. Отметим, что правоведы в дореволюционный и в советский периоды практически беспрекословно признавали универсальный характер наследственного правопреемства.

Например, Г.Ф. Шершеневич считал, что «юридические отношения, в которые поставило себя лицо, с его смертью не прекращаются, а переходят на новое лицо, которое заменяет прежнее и приобретает в его юридических отношениях активное либо пассивное положение, в зависимости от того, какое место занимал покойный»⁶.

А.К. Граве и Б.С. Антимонов также считали, что «лицо, которое приобретает права и обязанности (наследник), выступает не-

⁴ Русакова Е.П., Гроник И. Эволюция наследственных правоотношений Молдавского княжества в период позднего Средневековья // Наследственное право. 2019. № 4. С. 10–13.

⁵ Там же

⁶ Грудцына Л.Ю. Справочник наследника / Под ред. Дмитриева Ю.А. – М.: Юстицинформ, 2012. – 316 с.

посредственным универсальным, а не частным правопреемником умершего»⁷.

В.И. Серебровский, хотя и не отрицал в общем универсального характера правопреемства, тем не менее, считал, что в обстановке социалистической правовой системы правопреемство возможно лишь относительно прав наследодателя, а не его обязанностей. Наследование же пассива, по его представлению, не носит универсальный характер, а базируется на императивных нормах законодательства. Такой подход обусловлен во многом идеологическими суждениями и у других правоведов не встретил поддержки.

Считаем, что на современном этапе, когда положения о составе наследственной массы и универсальном характере наследственного правопреемства и зафиксированы в законе (соответственно в ст. 1112 и 1110 ГК)⁸, любые теоретические споры по этому поводу потеряли актуальность.

Но при этом следует помнить, что универсальное наследственное правопреемство и в советском, и в современном отечественном законодательстве всегда характеризовалось конститутивным, а не транслятивным характером. Именно в этом заключается основное отличие правовых норм советского и современного наследственного права как от тезисов римского права, так и от положений дореволюционного законодательства. Нормы дореволюционного законодательства определяли принцип, который подразумевал полную ответственность наследника по долгам наследодателя, пусть даже и в размерах, значительно превосходящих актив наследственной массы. По римскому праву наследник должен был нести ответственность «за долги наследодателя, как будто за свои собственные, не только в размерах актива наследства, а также собственным имуществом»⁹.

⁷ Алексеев С.С., Васильев А.С., Голофаев В.В., Гонгало Б.М. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (учебно-практический). Части первая, вторая, третья, четвертая (под ред. Степанова С.А.). – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект; Екатеринбург: Институт частного права, 2010. – 958 с.

⁸ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ (ред. от 23.07.2013) // Собрание законодательства РФ. – 2001. – № 49. – Ст. 4552.

⁹ Гришаев С.П. Наследственное право. – М.: Проспект, 2013. – 181 с.

Конститутивные особенности наследственного правопреемства советского и современного отечественного права совершенно не отрицают общий универсальный характер правопреемства, так как не исключают самой возможности преемства по обязательствам наследодателя и не дают наследнику права отказаться от подобного преемства¹⁰.

Не меняет универсального характера правопреемства и тот факт, что наследников зачастую бывает несколько, при этом некоторые из них могут наследовать по закону, а некоторые – по завещанию. В подобном случае наследственная масса не делится на отдельные права и обязанности, она считается единой, но распределяется по долям¹¹.

Наследственное правоотношение – это комплекс гражданско-правовых отношений, возникающих с открытием наследства, включающий правоотношения:

- из факта принятия наследства;
- по принятию наследства;
- по исполнению завещания;
- отказа от наследства;
- кредиторов по поводу наследственного имущества;
- из наследственного отказа;
- из возложения;
- субституции;
- наследственной трансмиссии;
- с подназначением наследников;
- по приращению наследственных долей¹².

Анализ материалов по теме исследования в совокупности с действующим законодательством позволяет определить наиболее проблемные аспекты.

Так, например, время и место открытия наследства, строго установленный законодательством порядок принятия наследства,

¹⁰ Русакова Е.П. Рассмотрение частноправовых споров в странах БРИКС. Монография. М. Изд. РУДН, 2018.

¹¹ Гроник И. Реформа наследования Республики Молдова: перспективы законодательного обновления (Ч. I). Нотариус. 2019. № 5. С. 45–48.

¹² Грудцына Л.Ю. Справочник наследника / под ред. Дмитриева Ю.А. – М.: Юстицинформ, 2012. – 316 с.

отказ от наследства, продление срока на принятие наследства имеют немаловажное значение для законного получения свидетельства о праве на наследство и обусловленного этим перехода прав на наследуемое имущество. На момент открытия наследства устанавливается объем наследственного имущества, начало течения сроков на принятие наследства и отказ от него, размер доли каждого из наследников. Определяется, есть ли у наследодателя наследники, и кто именно из них призывается к наследованию. Точное определение места открытия наследства исключает заведение двойных наследственных дел и выдачи двойных свидетельств о праве на наследство в разных нотариальных конторах после смерти одного и того же наследодателя на одно и то же наследственное имущество.

Зачастую сложности в деятельности нотариусов связаны и неурегулированный законодательством порядок оформления наследственных прав на квартиры, которые находятся в совместной собственности граждан. Методики, разработанные Московской и Санкт-Петербургской нотариальными палатами, которые применяют нотариусы, не избавляют от судебных исков недовольных наследников, отказывающихся от заключения соглашения об определении долей оставшихся собственников и умершего собственника, считая это лишней тратой времени и денег.

Необходимо отметить, что не разработаны также пути решения данной проблемы, в связи с чем считаем актуальным и необходимым ввести в часть третью Гражданского кодекса РФ применяемый в процессе деятельности нотариусов порядок оформления наследственных прав на квартиры, находящиеся в совместной собственности, который чаще всего включает в себя нотариальное заключение соглашения об определении долей всех собственников квартиры, регистрацию данного соглашения в органах государственной регистрации, выдачу свидетельства о праве на наследство на определенную соглашением долю наследодателя, регистрацию такого свидетельства в органах государственной регистрации.

Несомненно, в ближайшие годы существенно возрастет роль наследственного права в нашей жизни. У многих граждан появилась дорогостоящая собственность – прежде всего приватизированные земельные участки и квартиры, многие имеют в собственности ценные бумаги – акции, облигации и т.п. Действительно, для десятков миллионов состоятельных и очень богатых россиян вопрос

о судьбе их имущества после смерти либо о получении имущества в наследство перестанет быть безразличным. По-видимому, уже в ближайшее время мы станем свидетелями существенного увеличения числа наследственных дел как у нотариусов (составление завещаний, охрана наследства, выдача свидетельств о праве на наследство), так и в судах (спору о разделе наследства, о недействительности завещания, о праве на обязательную долю в наследственном имуществе и др.).

Таким образом мы можем заключить, что нотариат в России должен обеспечивать на основании Конституции РФ, Основами о нотариате защиту прав и законных интересов граждан и юридических лиц посредством совершения нотариусами регламентированных законодательными актами нотариальных действий от имени России.

Указанная норма гарантирует доказательственную силу и публичное признание нотариально оформленных документов. Нотариальная деятельность носит публично-правовой характер, а нотариальные действия, совершаемые как государственными, так и частными нотариусами от имени России, определяются как публично значимые действия.

Carol Johanna Benavides Correa,
LL.M. student in International Private Law, Department of
Civil Law and Procedure, and International, Private Law,
RUDN University; e-mail: carolb2012@hotmail.com;

Supervisor – PhD E.P. Rusakova

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION IN LATIN AMERICA

The article focuses on the current panorama of international commercial arbitration in Latin America, the author investigates the legal framework and other factors that have led to the constitution of International Commercial Arbitration as an important alternative for conflict resolution, because It has become an agile and accredited means for the solution of the conflicts that may be the subject of it.

Keywords: Arbitration, International Commercial Arbitration in Latin America, Inter-American Commercial Arbitration Commission, Major centers of International Commercial Arbitration in Latin America.

International Commercial Arbitration has become the most widely used alternative dispute resolution method worldwide, due to the increasing complexity of transnational businesses and the disputes that may arise within them. International arbitration practice increasingly addresses international commercial disputes¹.

International trade has been globalized reaching Latin America and this globalization has naturally led to international commercial arbitration². Arbitration has managed to position itself as an alternative that the parties choose more frequently today, because it is a way of guaranteeing the litigation speed with lower costs³, in the same way due to the effectiveness of the process, the increase in companies dedicated to international business, availability of accredited arbitration centers, and experts in the field.

¹ E.P. Rusakova. International Commercial Arbitration in China // RUDN Bulletin, Legal Sciences series, 2012, No. 4, p. 1.

² Philippe Fouchard. L'arbitrage et la mondialisation de la économie // Écrits, Droit de l'arbitrage, Droit du commerce international, Comité français de l'arbitrage, Paris, 2007, p. 478.

³ Theodoro Júnior, H. A arbitragem como meio de solução de controversias // Revista Síntese de Direito civil e Processo Civil 1999, No. 2, Síntese, São Paulo, pp. 5–16.

However, just over 10 years ago, the end of Latin American “hostility” towards arbitration was boasted⁴, despite the economic and political situation of the Latin American countries influenced the positioning of international commercial arbitration in the region. In this sense, Latin American countries went from being occasional users to being regular users.

Foreign investors who came to Latin America as a result of economic reform programs and the fall in trade barriers have also stimulated interest in alternative dispute resolution mechanisms. Very interested in avoiding prolonged and unpredictable legal battles, these investors demand the inclusion of some type of conciliation and arbitration clause in the contracts they sign with Latin American governments and companies, in such a way that Latin American parties and foreign investors began to trust more in the system and to enter into arbitration agreements.

According to ICC statistics in 2002, 10.8% of the parties involved in lawsuits filed that same year before the International Chamber of Commerce (the “ICC”) came from Latin America.

In previous years, that percentage had never been higher than 7.3%. In 2003 that number rose to 12.12% and remained at the same level in the following years. The search for an alternative to state jurisdiction also resulted in the creation of local institutions. More than 53% of the main Latin American institutions were established between 1997 and 2002. The number of Latin American parties in ICC Arbitration increased from 170 in 2005 to 393 in 2015 (+ 131%), while the number of arbitrations settled in Latin America increased from 20 to 66 in the same period of time (+ 230%).

Latin America is now one of the most active in arbitration matters. In 2019 ICC statistics show that: – 386 parts of Latin America and the Caribbean participated in the ICC cases 15.5% of all parts of the 73 states and state-owned parties come from the region.

Not only the advantages already mentioned, have allowed the rise of international commercial arbitration in the region, in the same way at the institutional level the establishment of the Inter-American Commercial Arbitration Commission (IACAC), established since 1934 as a private,

⁴ V.H.A. Grigera Naón: “Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility”, *Arbitration International*, vol. 5, n.º 2, 1989, pp. 137–172; y B.M. Cremades: “Latin American Courts and International Arbitration”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 3, 2004, pp. 20–46.

non-governmental body, which Its purpose is to establish and maintain an inter-American conciliation and arbitration system for the solution of international commercial disputes⁵.

It can be mentioned as the first antecedent of the Inter-American Commercial Arbitration Commission, the First Pan American Financial Conference of 1915, in which the principle of commercial arbitration is adopted for the resolution of conflicts (Minutes of the First Pan American Financial Congress 325–326 (Washington DC, May 24–29, 1915, OAS Library).

The VII Conference, held in 1933, accepted the recommendations and adopted Resolution No. XLI, which in its paragraph 3, provided the following:

“That in order to establish closer relations between the Commercial Associations of the Americas, entirely independent of official control, an Inter-American Commercial Agency be established, to represent the commercial interests of all the republics, and to assume, as one of the its most important functions, the responsibility of establishing an Inter-American Arbitration system.” (Approved December 23, 1933).

On the other hand, the Board of Directors of the Pan American Union, in its session held on April 4, 1934, requested that the American Arbitration Association and the Trade Commission of the Inter-American Consul for Inter-American Relations establish said hemispheric arbitration system. The Inter-American Commercial Arbitration Commission was established on 1934.

On the other hand, the Board of Directors of the Pan American Union, in its session held on April 4, 1934, requested the American Arbitration Association and the Trade Commission of the Inter-American Consul for Inter-American Relations.

As of January 1, 1978, the IACAC modified its Rules of Procedure, adopting the ad hoc arbitration rules recommended by the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL), with some minor modifications.

⁵ Eyzaguirre Echeverria, Rafael y Siqueros, Jose Luis. Arbitration in Latin American Countries // Arbitration in Settlement of International Disputes involving the Far East and Arbitration in Combined Transportation. IXth. International Arbitration Congress. Tokyo. 1988. ICCA. Congress Series. No. 4. Ed. Kluwer Law and Taxation Publishers. 1988. Pgs. 81 a 97.

Among other purposes is to assist in the modification of arbitration laws to facilitate the conduct of arbitration and the recognition and enforcement of foreign arbitration awards.

It also promotes the ratification of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards (New York Convention) and the Inter-American Convention on International Commercial Arbitration of 1975 (Panama Convention).

Currently they are part of the Inter-American Commercial Arbitration Commission: Argentina, Bolivia, Brazil, Colombia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Spain, United States, Honduras, Guatemala, Mexico, Panama, Paraguay, Portugal, Peru, Dominican Republic, Uruguay, and Venezuela.

Regarding the legal framework that has allowed the development of this institution in Latin America, it is pertinent to bear in mind that the Latin American countries were, for the most part, totally reluctant to arbitration.

The «Calvo Doctrine» was evoked as the justification for the States not to accept to submit to this means of conflict resolution in cases related to foreign investment. Therefore, the notion prevailed that jurisdictional activity was exclusive to the State, which implied the existence of obsolete internal legislation and that, in many cases, did not encourage the use of arbitration for the resolution of commercial disputes.

The first steps towards accepting arbitration were made thanks to the Organization of American States (OAS), which worked in favor of the promulgation of the 1975 Panama Convention on International Commercial Arbitration (hereinafter the “Panama Convention”).

The “Inter-American Convention on International Commercial Arbitration” of 1975 (Panama Convention) constitutes an important milestone in the matter, especially in the context of the Americas, since through it the countries of the continent in an environment of globalization increasingly but still incipient, they recognized the importance of arbitration as a means of solving international commercial disputes, and sought to grant it the category of current law against which they were bound.

In the first five years of its existence, seven Latin American countries had ratified it. Her main contributions to the development of arbitration in the region were, at that time, the establishment of the validity of the arbitration agreement, when almost all local laws did not recognize this effect, and the mandatory recognition and enforcement of arbitration awards issued in other signatory countries.

Similarly, the New York Convention and the adoption of more modern regulatory frameworks by the main economies of the region are of great importance in this development. By the end of the 1990s, fourteen of the eighteen main countries in Latin America had ratified the New York Convention (1958). The last to do so were Honduras (2001), Brazil (2002), the Dominican Republic (2002) and Nicaragua (2003).

Its role was essential for the rise of this institution, since although international commercial arbitration consists of an agile, timely arbitration institution that has been adapted to current needs, thanks to the New York Convention (1958) it can be affirmed with greater severity the efficiency of international commercial arbitration compared to the judicial process, since generally the arbitral tribunals are not only less congested than the judicial tribunals, but also because of this Convention, the arbitration award has the same binding force as a judicial ruling, which allows the circulation of the parties, also guaranteeing legal certainty.

Similarly, in 1985, the UNCITRAL Model Law on international arbitration plays a fundamental role for the regulatory and legal development of this institution in the region. Despite the ratification of international treaties by the aforementioned Latin American countries, which provide for arbitration between investors and states and the promulgation of modern arbitration laws in most countries, the Calvo Doctrine was set aside in the Latin American countries giving rise to the consolidation of international commercial arbitration in the region in 1994, at which time Mexico included the UNCITRAL Model Law in its Commercial Code.

Mexico was the first to reform its system, adopting, in 1993, the Model Law. The other legislative changes that followed Mexico's occurred in Colombia (1989/91/93/96/98), Guatemala (1995), Peru (1996), Brazil (1996), Bolivia (1997), Costa Rica (1997), Ecuador (1997), Venezuela (1998) and, finally, Panama (1999). Only Guatemala and Venezuela have chosen to adopt the Model Law as well. The others used their own projects, mixing some of the elements of the Model Law with concepts and practices already existing in their respective systems. Similarly, Colombia recently modified Law 315 1995 in 2012 based on the provisions of the Model Law.

Indeed, since 1994 international commercial arbitration in Latin America began to develop rapidly, which was manifested in the approval of separate laws on international commercial arbitration in many countries, ratification of various international conventions in this field, in the

creation of national centers in the resolution of foreign trade disputes, as well as an increase in the number of cases attended by these centers⁶.

In fact, the doctrine has held in the same way that the constitution of International Commercial Arbitration as an important alternative for the resolution of conflicts is also determined by the existence of accredited arbitration centers, of lists of highly trained experts.

Latin America has also experienced growth with respect to local arbitration institutions. In 2011, the Transnational Arbitration Institute (TAI) completed the Inaugural Study of Latin American Arbitration Institutions and identified 165 local arbitration institutions.

Local arbitration institutions have played a key role in the development of arbitration in their jurisdiction, among the most important it is worth mentioning:

- Center for Mediation and Commercial Arbitration of the Argentine Chamber of Commerce (CEMARC).
- Center for Conciliation and Commercial Arbitration (CCAC) of the Chamber of Industry, Commerce, Services and Tourism of Santa Cruz Bolivia (CAINCO).
- Centro de Mediação, Conciliação e Arbitragem (Conciliar Brasil).
- Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC).
- Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná (ARBITAC) D'Accord – Instituto de Mediação e Consultoria em Gestão de Conflitos.
- Arbitration and Mediation Center of the Santiago Chamber of Commerce (CAM Santiago)
- Arbitration and Conciliation Center of the Bogotá Chamber of Commerce (CACCB).
- Conflict Resolution Center of the Federated College of Engineers and Architects of Costa Rica.
- Conciliation and Arbitration Center of the Costa Rican Chamber of Commerce International Center for Conciliation and Arbitration (CICA) of the Costa Rican North American Chamber of Commerce (AmCham Costa Rica).

⁶ Ermakova E.P. Stages of development of International Commercial Arbitration in Latin America // International Commercial Arbitration. 5'2011. Pg. 51.

- Arbitration and Mediation Center of the Ecuadorian American Chamber of Commerce (AmCham Ecuador).
- Mediation and Arbitration Center of the Chamber of Commerce and Industry of El Salvador.
- Center for Arbitration and Conciliation of the Chamber of Commerce of Guatemala (CENAC).
- Mexico Arbitration Center (CAM).
- Mediation and Arbitration Center (CANACO) of the Chamber of Commerce of Mexico City.
- Center for Conciliation and Arbitration of the Chamber of Commerce, Industries and Agriculture of Panama (CeCAP).
- Paraguay Arbitration and Mediation Center.
- Arbitration Center of the American Chamber of Commerce of Peru (AmCham Peru).
- National and International Conciliation and Arbitration Center of the Lima Chamber of Commerce.
- International Court of Arbitration for the Mercosur Stock Exchange – Uruguay.
- Arbitration Center of the Caracas Chamber (CACC).
- Business Center for Conciliation and Arbitration (CEDCA).

In the Latin American region is now one of the most active with respect to arbitrations, **in 2019, ICC statistics show that:**

- 386 parties from Latin America and the Caribbean participated in ICC cases (15.5% of all ICC parties): 73 States and State-owned parties come from the region, representing 19 of the total parties of the region and by far the region with the most State and State-owned parties (next closest was the Sub-Saharan Africa region with 31 such parties).
- The most common nationality of the parties included 133 Brazilian 51 Mexican, 23 Peruvian, 14 Venezuelan 21 Colombian, 20 Argentinian, 9 Panamanian; and 12 Guatemalan.
- There were 178 Latin American arbitrators confirmed by the ICC in 2019, constituting 12.25% (62 Brazilian, 36 Mexican, 20 Argentinian, 14 Colombian; 10 Panamanian and 6 Peruvian, among others and;
- The most common places of arbitration in Latin America were Brazil 24, Mexico 13, Panama 7, Peru 4 and Guatemala 3.

The arbitration center that administers the most arbitrations in a year in the world is currently the international chamber of commerce based in Paris, which has a large presence in Latin America and has a very sophisticated regulation that has been the product of more than 100 years experience within the ICC Arbitration Commission.

In several Latin American countries the number of cases submitted to arbitration experienced an impressive increase. The increase in cases submitted to arbitration procedures is notorious. Likewise, the multiplication of arbitration institutions would indicate the existence of a favorable environment for the constitution of the same.

Literature

Alberto A. Conil. Paz. Historia de la Doctrina Drago, Buenos Aires, 1975.

Biggs Gonzalo. La Institucionalidad chilena y el arbitraje internacional // Capítulo del libro «Estudios de Arbitraje» en homenaje a don Patricio Aylwin. Publicado por la Editorial Jurídica de Chile, 2007.

Delando Ruben Santos. Del arbitraje en America Latina, Un estudio comoporativo // Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, 2010, № 2.

Fernández Rozas J.C. Tratado de arbitraje comercial internacional en América Latina, Madrid, Iustel, 2008.

Latin America Overview: A Long Road Travelled; A Long Road to the Journey's End: International Arbitration Laws and Regulations 2020.

Norberg, Charles R. – Remarks to a Seminar on International Commercial Arbitration. In «Proceeding of a Seminar on Commercial Arbitration». Conducted at the University of Ottawa, June 19, 1985. Editor. Paul J. Davidson, p. 87.

Polanía, Adriana María. El arbitraje en América Latina: ¡hay futuro! // Revista perspectiva, Colombia, 2010, № 24.

Ochoa Jiménez, M. J., Zapata Flórez, J. & Carrillo Gamboa, P. (2019). La elección del derecho aplicable en el derecho internacional privado en Colombia. Estudios Socio-Jurídicos, 21(1), 91–120.

Witker, J. (1997). El derecho internacional económico y el arbitraje comercial internacional. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/28/art/art7.pdf>.

*Nikita Shipkov,
Peoples' Friendship University of Russia (RUDN),
Institute of Law, student of the Department of civil law
and litigation and international private law, Moscow,
Miklukho-Maklaya st. 6; tel: 8-926-229-10-97;
nshipkoff@gmail.com*

FEATURES OF INTERNATIONAL LEGAL REGULATION OF FRANCHISING AND COMMERCIAL CONCESSION CONTRACTS

The article is devoted to theoretical and practical problems of foreign economic relations in the field of the use of trademarks, service marks, commercial designations, production secret (know-how), as well as other exclusive rights. The development of production and trade relations presupposes stable and promising foreign economic relations that strengthen the position in the selected market. Properly organized production is not enough to promote the product, the service provided and the work performed. It is necessary to establish sales that allow you to get the most positive result. In commercial international practice, in this regard, contracts are of great importance, the subject of which are “brands” important for commerce, production methods, organization of services and work processes. An important place here is occupied by franchising and commercial concession agreements.

Keywords: international franchising, international commercial concession, trademark, service mark, commercial designation, production secret, know-how, exclusive rights, unification.

1. Explanation of the significance of the the terms franchising and commercial concession agreements

The development of production and trade relations presupposes stable and promising foreign economic relations that strengthen the position in the selected market. Properly organized production is not enough to promote the product, the service provided and the work performed. It is necessary to establish sales that allow you to get the most positive result. Otherwise, competitor’s analysts or investment’s bankers will see a decrease in profitability and will try to gain control over the organization, get their profit (benefit), this will be done by competitors who having bought shares will liquidate it, thereby expanding their influence in the market sector, also by investors who will sell it to the same competitors, not caring about the production itself and the people working on it.

In commercial international practice, in this regard, contracts are of great importance, the subject of which are “brands” important for commerce, production methods, organization of services and work processes. These relations require not only domestic, but international legal regulation. The key issues in this area are, inter alia, the use of intellectual property, determining the scope of rights, as well as the transfer of exclusive and non-exclusive rights of the copyright holder. In case of the above civil relations, an important place is occupied by franchising and commercial concession agreements¹.

The term “franchising” comes from the French word “franchise”, meaning “privilege” or “privilege”. This term is used in English-speaking states, and the word “concession” comes from the Latin “concession”, meaning “concession”, “permission”². Have to be pointed, that the foreign model of the franchising agreement was taken as an example for the Commercial Concession Agreement. In the legislation of the Russian Federation these relations are regulated, including chapter 54 of the Civil Code of the Russian Federation (“Commercial Concession”).

Interesting, that the contract of commercial concession in the post-Soviet space appeared with the introduction of Federal Law No. 15-FL dated 01/26/1996 “On the Procedure for Enactment of Part Two of the Civil Code of the Russian Federation”. Previously, these issues could be regulated by the Law of the Russian Federation dated 09.07.1993 No. 5351-1 “On Copyright and Related Rights”. In the Soviet period, the commercial use of intellectual property was not regulated by civil law. Only the state had such a right, which was regulated, in particular, by international legal acts. In general, copyright relations have been enshrined in section IV of Civil Code of the RSFSR of 1960. The very same issues of commercial use of copyright, including in international relations, were regulated by the Criminal Code of the RSFSR of 1960. For example, Art. 88 of the Criminal Code of the RSFSR, which provides for

¹ Rusakova E.P., Frolova E.E., Gorbacheva A., Kupchina E.V. Implementation of the smart-contract construction in the legal system of Russia. В сборнике: 6th International Conference on Education, Social Sciences and Humanities 2019. p. 748–753.

² Nagaev S.V. Correlation of the concepts of “Franchising” and “Commercial Concession”, Problemy ekonomiki I uridicheskoy praktiki [Problems of economy and legal practice], 2011. КиберЛенинка [CyberLeninka], in Russian. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/sootnoshenie-ponyatiy-franchayzing-i-kommercheskaya-kontsessiya> (Дата обращения: 29.07.2020).

liability for violation of the rules on foreign exchange transactions and speculation in currency values or securities. As well as Art. 154 of the Criminal Code of the RSFSR, which provides for liability for the purchase and resale of goods for the purpose of profit³.

Franchising relationships have a fairly long history. For instance, I. Singer and General Motors, in the 18th century, entered into franchise agreements with distributors in exchange for remuneration. In Russia, I. Singer also had his own business, as well as property, for example, his famous house in St. Petersburg⁴.

Revealing the problems of civil and international regulation in the field of commercial use of intellectual property, it is necessary, first of all, to pay attention to legislative gaps and inconsistencies in the wording of legal norms in the Russian Federation, in comparison with other states. Some areas of franchising in the Russian Federation do not have proper legislative consolidation and a clear distinction between commercial concessions.

Legal uncertainty in the regulation of the considered economic civil law and international private relations can be characterized by the following aspects:

- 1) Lack of legislative consolidation of distinctions between the terms “franchising” and “commercial concession”;

- 2) Lack of comparison of legal rules governing franchising and relations of commercial concession, highlighting the features, their further legislative consolidation;

- 3) Legislative consolidation of delineations requires an analysis of the practice of applying the relevant standards in the Russian Federation and abroad;

- 4) Absence of highlighting specific gaps in such legal regulation that really require fixing in the norms of laws.

The above aspects require studies of international treaties, also highlighting the most significant gaps in this industry, not only in the laws of foreign states, the Russian Federation, but also in international acts.

³ Art. 154 of the Criminal Code of the RSFSR. In Russian. URL: <http://www.krem-lin.ru/acts/bank/2> (Дата обращения: 29.07.2020).

⁴ Abakumova M., Owners of Nevsky Prospect, 2012. Forbes.Ru. [Forbes.ru]. In Russian. URL: <https://www.forbes.ru/sobytiya/nedvizhimost/79431-hozyaeva-nevskogo-prospekta> (Дата обращения: 29.07.2020).

In general, an analysis of practice shows that the basic problem of regulating franchising and commercial concession transactions is the lack of unified rules and the correlation of relevant contractual relations⁵. It seems logical, in this regard, to develop the foundations of unified rules governing the development of contractual relations.

2. Franchising and commercial concession and international issues arising from regulating

2.1. Commercial concession agreement

In Russia, the rights listed above are governed by different types of contracts, but in the case of the franchising area, the main contract is article 1027 of the Civil Code, namely, a commercial concession agreement. According to the legislative definition of a commercial concession agreement, one party (copyright holder) is obliged to provide the other party (user) for a fee for a period of time or without indicating a period of time, with the right to use a set of exclusive rights belonging to the copyright holder in the user's business, including the right to a trademark, service mark, and rights to other objects of exclusive rights stipulated by the contract, in particular to a commercial designation, production secret (know-how).

In this regard, it is necessary to highlight the main features inherent in a commercial concession:⁶

- only persons carrying out entrepreneurial activity may act as parties to a contract of commercial concession: commercial organizations or individual entrepreneurs.

- a necessary element of the subject of a commercial concession agreement is the granting by the right holder of the user a complex of exclusive rights.

- under a commercial concession agreement, the user is only granted the right to use the corresponding exclusive rights belonging to the copyright holder, without transferring them to the counterparty.

⁵ Dudin M.N., Shakhov O.F., Shakhova M.S., Rusakova E.P., Sizova Yu.S. Digital technologies as a driver of intellectual stratification of human resources: socio-economic inequality // International Journal of Recent Technology and Engineering. 2019. Vol. 8. № 2. p. 4436–4440; Frolova E.E., Polyakova T.A., Dudin M.N., Rusakova E.P., Kucherenko P.A. Information security of Russia in the digital economy: the economic and legal aspects // Journal of Advanced Research in Law and Economics. 2018. vol. 9. № 1. p. 89–95.

⁶ Civil code of the Russian Federation (part one) of November 30, 1994 No. 51-FZ. In Russian. URL: <https://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=1415> (Дата обращения: 29.07.2020).

- giving the user the right to use a set of exclusive rights belonging to the copyright holder, namely the use in the user's entrepreneurial activity, the creation of a production, trade or sales network to promote their goods or services, expand their market.
- the franchisee retains legal independence, he acts in circulation on his behalf, despite the complete economic dependence on the copyright holder.
- it is important to include in the Civil Code special, so-called restrictive conditions in order to exclude situations where the user's activity may contribute to fierce competition in the market for relevant goods or harm the interests of the copyright holder.

2.2. Franchising

And the equivalent to a system of commercial concession is the organization of economic relations in foreign law – franchising, which can be simplified as a way of commercial activity in which a company that owns the rights to a well-known brand and succeeds in this area gives the entrepreneur the right to manufacture products, trade in goods or the provision of services under its trademark in a certain territory for a period and on the conditions established by the contract.

As indicated on the website of the International Franchising Association, franchising relationships, in essence, are a method of expanding a business and distributing goods and services through licensing relationships. That is why in practice the franchising format has firmly established itself in which not only the transfer of rights to trademarks and other means of individualization under the contract, but also the transfer to the franchisee of all information about doing business, including a sales plan and guidance on various economic operations⁷.

There are several types of franchising. The main one is a business-format franchising, a type of franchise agreement in which the franchisor actually provides the franchisee with a settled, developed entrepreneurial complex, including a commercial name and a trademark, so that the franchisee can work independently. The franchisor company as a whole helps independent owners to launch and manage their business. Franchisee users, in turn, pay commissions and royalties. In most cases, the franchisee is also required to purchase supplies from the franchisor.

⁷ International Franchise Association, 2020. (IFA) – 1400+ Franchise Opportunities. URL: <https://www.franchise.org/> (Дата обращения: 29.07.2020).

2.3. Issues arising from regulation

In the theory of law, a dispute arises about the relationship of these contracts. Based on the fact that the franchising agreement and the commercial concession agreement are different agreements, the question arises, on the basis of what legislation this type of legal relationship will be regulated, and if we are talking about the same agreement, even calling the agreement franchising, it is necessary to regulate it according to the rules of Chapter 54 of the Civil Code of the Russian Federation.

The franchising institute has no legislative regulation not only in Russia but also around the world, which creates many problems and means the need for legal study. In the Russian Federation it is often considered that a commercial concession is the equivalent of franchising, but for example, in Switzerland, Belgium and Portugal, a commercial concession agreement is an agreement in which one party purchases from the other party goods manufactured or acquired by the latter with a view to reselling them within specific territory. And if under this agreement the right to use the brand name of the manufacturer is transferred, it is considered that we are talking about franchising for the purpose of marketing or marketing franchising⁸. This example makes it clear that in the legislation of some states the term “commercial concession” may differ in meaning from the term “franchising”.

In world practice, there is no single concept of a franchising agreement and unified rules governing it, for example, in Germany as in Great Britain, there is no special legislation on franchising. It is believed that France is the only country in which the law strictly regulates franchising. The law reads as follows: “On the development of commercial and handicraft enterprises and the improvement of the economic, legal and social conditions for their functioning”.

It should be noted that the names of the parties under the franchise agreement in different states are different and thus, this leads to the fact that in international law there is no single name of the parties to the agreement, which makes it difficult to regulate this type of legal

⁸ Kovalenko A.A., Commercial Concession Agreement: Comparative Analysis of Key Aspects of Russian and Foreign Legislation. Vestnik Moscovskogo universiteta (gosudarstvo i obshestvo), seria 21, № 3, 2017 [Moscow University Bulletin. Series 21. Management (state and society) № 3, 2017]. In Russian, URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/dogovor-kommercheskoy-kontsessii-sravnitelnyy-analiz-klyuchevykh-aspektov-porossiyskomu-i-zarubezhnomu-zakonodatelstvu> (Дата обращения: 29.07.2020).

relationship due to the possibility of a different understanding of the terms. These terms are inaccurate, because in different countries they can refer to participants in other contractual relationships, in addition to franchising.

There is a lot of confusion, for example, one of the specific features of a commercial concession agreement and a franchising agreement in Russian practice is the fact that, according to Russian law, only commercial organizations and individual entrepreneurs can act as copyright holder and user. Despite the fact that the Civil Code of the Russian Federation makes it possible for non-profit organizations to conduct entrepreneurial activity only if it does not contradict their mission reflected in the charter, that is, this agreement is not accessible from a legal point of view.

Also, for example, there is an opinion that the signs of an agreement, enshrined in chapter 54 «Commercial Concession» of the Civil Code of the Russian Federation, correspond to the concept of a license agreement, although these are different agreements and have different goals and objectives. According to the license agreement, one party – the holder of the exclusive right to the result of intellectual activity or to the means of individualization (licensor) grants or undertakes to provide the other party (licensee) the right to use such a result or such means to the extent provided by the agreement⁹.

The existence of such a problem of inequality creates difficulties in practice, foreign franchisees and franchisors do not want to conclude agreements with Russian partners, since, in Russia, franchising relations, as such, are not regulated by law.

This type of entrepreneurship does not receive proper development in Russia and the main obstacle to the development of domestic franchising is the legal factor, namely the absence in Russia of a specialized law regulating franchising relations. The need for its adoption is explained by a number of reasons, including the impossibility of equalization the concepts of “franchising” and “commercial concession”. Due to the fact that in the Russian legal framework there are no rules governing franchising, Russian entrepreneurs have no choice but to apply the norms of civil legislation on commercial concession.

⁹ Sorokina E.M., Fadeeva A.A., License Agreement and Commercial Concession Agreement: Legal and Accounting Aspects. Mezhdunarodniy bukhalterskiy uchiot, 2014 [International accounting 2014]. In Russian, URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/litsenziyonnyy-dogovor-i-dogovor-kommercheskoy-kontsessii-pravovoy-i-uchetnyy-aspekty> (Дата обращения: 29.07.2020).

The imperfection of the provisions on commercial concession established today impedes the development of partnerships between Russian companies with foreign franchisors and franchisees. It is believed that current legislation on commercial concessions needs to be improved¹⁰.

With the use of franchising, many problems arise due to imperfect legal regulation, lack of proper consolidation, lack of awareness. Private international law, by virtue of its private-law nature, cannot regulate issues of state support for franchising relations in the field of small and medium-sized businesses.

3. Solution of the existing problems

The state should solve this problem by issuing a special law that would regulate a specific sphere of relations, namely franchising.

For example, in the framework of the European Union on November 30, 1988, Regulation 4087/88 was adopted on the application of Art. 85 (Clause 3) of the Rome Agreement to the category of franchising agreements. Regulation No. 2790/1999, adopted by the European Commission on December 22, 1999, is currently in force. This Regulation contains additional conditions for the granting or use of intellectual property rights¹¹. In addition, various international non-governmental organizations of franchised networks. They are not binding and can be used by entrepreneurs voluntarily¹².

An example of benefits that are respected in the business community is the Guide to International Master Franchise Arrangements, developed by the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)¹³.

As a result, it is necessary to create unified rules governing an international franchise agreement. Within the framework of these rules,

¹⁰ Inshakova A.O., Frolova E.E., Galkina M.V., Rusakova E.P. Development of social market economy under the influence of noneconomic factors: modeling and regulation // International Journal of Sociology and Social Policy. 2020. p. 1–11.

¹¹ Bezbakh V.V., Kapustin A.Y., Puchinskiy V.K., European Union Law: Legal Regulation of Trade Turnover: A Study Guide, Zertshalo [Mirror], Moscow, 2000. (in Russian).

¹² Cazalilla A.L., Quintana J., Franchising In The European Union. Lexology, June 26 2019. URL: https://www.lexology.com/18740/author/Javier_Fernandez_Lasquetty_Quintana/ (Дата обращения: 29.07.2020).

¹³ UNIDROIT, News And Events. URL: <https://www.unidroit.org/> (Дата обращения: 29.07.2020).

a unified concept of franchising, parties to an agreement, a list of documents that would regulate all stages of creating a franchise system, and also all other necessary nuances for the exact differentiation of different agreements should be introduced. An analysis of the development of franchising relations and relations of commercial concessions in foreign and Russian laws, with all the variety of their implementation, reveals a complex nature and a rather contradictory law enforcement practice, which must be corrected by applying national and international forces.

In Russia, due to the so far little experience, there are more problems and much needs to be changed. The development of franchising in Russia requires amendments to the legislation.

It seems logical to start with the following things:

- publication of a special federal law on franchising;
- the need to eliminate existing contradictions, gaps and inaccuracies that are in the Civil Code of the Russian Federation;
- the introduction of a legislative definition of franchising and a franchising agreement.

Conclusion

The development of international economic integration leads to the expansion of the processes of unification of private international law. The subject of unification is new areas of legal relations that have not previously been unified. The unification of private international law is carried out by concluding multilateral international treaties. At the same time, the role of international treaties containing unified material norms is growing more and more, although international treaties containing unified conflict of laws rules retain their significance.

Yes, around the world at the moment, a significant number of measures have already been taken, such as the adoption of various regulations, treaties, the creation of organizations and institutions like UNIDROIT, but this is not enough, there are still many difficulties and problems in regulating contracts for the use of intellectual property, determining the scope rights, as well as the transfer of exclusive and non-exclusive rights of the copyright holder.

Rights in this area are not sufficiently unified and accurate around the world, but unfortunately in Russia this direction is too underdeveloped; accordingly, further detailed study and development in this area is necessary in order to catch up with world practice.

*Вера Витальевна Цветкова,
Российский университет дружбы народов (РУДН),
Юридический институт, магистрант кафедры
гражданского права и процесса и международного
частного права, Москва, ул. Миклухо-Маклая, 6;
тел: 8-495-433-14-28; veravertigo@yandex.ru*

НАСТУПЛЕНИЕ СУБСИДИАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В ДЕЛЕ О БАНКРОТСТВЕ

В статье рассмотрены основания наступления субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц в деле о банкротстве, в том числе субсидиарная ответственность за неподачу (несвоевременную подачу) заявления должника, субсидиарная ответственность за неподачу (несвоевременную подачу) заявления должника.

Ключевые слова: банкротство, субсидиарная ответственность, контролирующие лица должника.

Введение

Общие принципы привлечения контролирующих лиц к ответственности при банкротстве, в соответствии с постановлением Пленума Верховного суда Российской Федерации от 21 декабря 2017 г. N 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих лиц к ответственности при банкротстве»¹, основываются на том, что субсидиарная ответственность – «исключительный механизм восстановления нарушенных прав кредиторов».

Федеральным законом от 26.10.2002 N 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»² (далее – Закон о банкротстве) установлено два основания для привлечения к субсидиарной ответственности по обязательствам должника-банкрота: невозможность полного погашения требований кредиторов и неподачу (несвоевременную подачу) заявления должника. В связи с этим причинение субсидиарным ответчиком вреда кредиторам должника-банкрота происходит

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 N 53.

«О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве». «Российская газета», N 297, 29.12.2017.

² Федеральный закон от 26.10.2002 N 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)». «Российская газета», N 209-210, 02.11.2002.

при наступлении объективных признаков составов этих правонарушений, обозначенных в ст.ст. 61.11, 61.12 Закона о банкротстве.

Субсидиарная ответственность за неподачу (несвоевременную подачу) заявления должника

Пунктом 1 статьи 61.11. Закона о банкротстве установлено, что в случае невозможности полного погашения требований кредиторов «вследствие действий и (или) бездействия контролирующего должника лица, такое лицо несет субсидиарную ответственность по обязательствам должника»³.

Для привлечения контролирующего должника лица необходимо наличие хотя бы одного из обстоятельств, установленных п. 2 Ст. 61.11 Закона о банкротстве, а именно:

- вред, причиненный в результате действий или бездействий контролирующего должника лица, имущественным правам кредитора (кредиторов), является существенным;
- затруднения в формировании и реализации конкурсной массы, проведение иных процедур, предусмотренных при банкротстве, являются существенными;
- на момент введения наблюдения или принятия решения о признании должника банкротом документы бухгалтерского учета и отчетности отсутствуют или не содержат информацию, формирование которой является обязательным в соответствии с законодательством Российской Федерации (применяется в отношении лиц, на которых возложены обязанности организации ведения бухгалтерского учета и хранения документов бухгалтерского учета и (или) бухгалтерской (финансовой) отчетности должника; ведения бухгалтерского учета и хранения документов бухгалтерского учета и (или) бухгалтерской (финансовой) отчетности должника);
- наличие требований кредиторов третьей очереди по основной сумме задолженности, возникшие вследствие правонарушения, за совершение которого вступило в силу решение о привлечении должника или его должностных лиц, являющихся либо являвшихся его единоличными исполнительными органами, к уголовной, административной ответственности или ответственности за налоговые

³ Федеральный закон от 26.10.2002 N 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)». «Российская газета», N 209-210, 02.11.2002.

правонарушения (применяются в отношении лица, являвшегося единоличным исполнительным органом должника в период совершения должником или его единоличным исполнительным органом соответствующего правонарушения, а также контролирующего должника лица);

- к моменту вынесения определения о введении наблюдения или принятия решения о признании должника банкротом документы, хранение которых являлось обязательным в соответствии с законодательством Российской Федерации, отсутствуют либо искажены (применяются в отношении единоличного исполнительного органа юридического лица, а также иных лиц, на которых возложены обязанности по составлению и хранению документов, предусмотренных законодательством Российской Федерации);

- на дату возбуждения дела о банкротстве не внесены подлежащие обязательному внесению в соответствии с федеральным законом сведения либо внесены недостоверные сведения о юридическом лице (применяются в отношении единоличного исполнительного органа юридического лица, а также иных лиц, на которых от имени юридического лица возложены обязанности по представлению документов для государственной регистрации либо обязанности по внесению сведений в Единый федеральный реестр сведений о фактах деятельности юридических лиц):

- в единый государственный реестр юридических лиц на основании представленных таким юридическим лицом документов;
- в Единый федеральный реестр сведений о фактах деятельности юридических лиц в части сведений, обязанность по внесению которых возложена на юридическое лицо.

Согласно п. 16 Постановления N 53 под действиями (бездействием) контролирующего лица, приведшими к невозможности погашения требований кредиторов, следует понимать такие действия (бездействие), которые явились необходимой причиной банкротства должника, то есть те, без которых объективное банкротство не наступило бы. Суд оценивает существенность влияния действий (бездействия) контролирующего лица на положение должника, проверяя наличие причинно-следственной связи между названными действиями (бездействием) и фактически наступившим объективным банкротством.

Субсидиарная ответственность за неподачу (несвоевременную подачу) заявления должника

В соответствии со Ст. 61.12. Закона о банкротстве еще одним основанием наступления субсидиарной ответственности лиц, на которых Законом о банкротстве возложена обязанность по созыву заседания для принятия решения о подаче заявления должника в арбитражный суд, и (или) принятию такого решения, и (или) подаче данного заявления в арбитражный суд, является неисполнение этих обязанностей. При нарушении указанной обязанности несколькими лицами эти лица отвечают солидарно.

Согласно абз. 2 п. 2 ст. 61.12 Закона о банкротстве презюмируется наличие причинно-следственной связи между неподачей руководителем должника, ликвидационной комиссией заявления о банкротстве и невозможностью удовлетворения требований кредиторов, обязательства перед которыми возникли в период просрочки подачи заявления о банкротстве.

Пункт 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 N 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве»⁴ разъясняет, что к субсидиарной ответственности при указанных обстоятельствах, подлежат привлечению контролирующие лица, не являющиеся руководителем должника, ликвидатором или членом ликвидационной комиссии.

Верховный Суд указывает, что «контролирующее лицо должно обладать полномочиями по созыву собрания коллегиального органа должника, который может принимать корпоративное решение о ликвидации. Или же контролирующее лицо должно обладать полномочиями по самостоятельному принятию такого решения.

При этом для привлечения указанных лиц к ответственности необходимо доказать, что такие лица не могли не знать о наличии обстоятельств, свидетельствующих о возникновении обязанности руководителя должника обратиться в суд с заявлением о банкротстве»⁵.

⁴ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 N 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве». «Российская газета», N 297, 29.12.2017.

⁵ Улезко А. Привлечение к ответственности лиц, контролирующих должника // Банковское обозрение. Приложение «БанкНадзор». 2018. N 1. С. 63–67.

В заключение, проанализировав нормы Ст. 61.11. и Ст. 61.12. Закона о банкротстве, можно сделать вывод, что привлечение контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности за невозможность полного погашения требований кредиторов, за неподачу заявления не препятствует предъявлению к этим лицам требований, предусмотренных п. 1 Ст. 61.20. Закона о банкротстве, в части, не покрытой размером субсидиарной ответственности.

Можно сказать, что субсидиарная ответственность контролирующих должника лиц установлена за нарушение обязанности этих лиц действовать с учетом интересов кредиторов с момента, когда им стало известно о признаках неплатежеспособности юридического лица – должника⁶.

Кредиторы же в условиях банкротства фактически берут управление юридическим лицом в свои руки, замещая при этом его участников. Поэтому субсидиарную ответственность контролирующих лиц в определенной мере также можно считать разновидностью корпоративной ответственности за убытки, причиненные юридическому лицу и его кредиторам в условиях банкротства.

⁶ Shakhov O.F., Shakhova M.S., Rusakova E.P., Sizova Yu.S., Ziyadullaev U.S. Development of Entrepreneurship During the Nep Years: Innovation, Forms, Technologies // International Journal of Recent Technology and Engineering. 2019. vol. 8. № 3. p. 7401–7405.

Yang Xiaoke,
*Peoples' Friendship University of Russia (RUDN),
Institute of Law, student of the Department of civil law
and litigation and international private law, Moscow,
Miklukho-Maklaya st. 6; yangxiaoke1996@gmail.com*

ON THE DISCLOSURE RULES OF THIRD-PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION

This article mainly studies the definition of third-party funding in international commercial arbitration, the challenges encountered and the disclosure system of third-party funding by arbitration institutions. Third-party funding in international commercial arbitration refers to the act of providing litigation or arbitration funds to the parties by a third party outside the case to obtain all or part of the benefits from the arbitration results. This is an emerging investment model, but due to the lack of legal regulations on this behavior, it will also bring new challenges to commercial arbitration, that is, the confidentiality of arbitration and the independence and impartiality of arbitrators will be threatened to a certain extent. In order to solve these problems, it is necessary to implement a series of arbitration rules and disclose third-party capital contributions, so as to promote the fair and just settlement of the case.

Keywords: third-party funding, international commercial arbitration, disclosure system.

Introduction

Third-party funding refers to a risk-sharing plan in which a third party other than the parties in a case provides litigation or arbitration funds to the parties to help the parties proceed smoothly in the litigation or arbitration process¹. The Third-Party Funding in International Arbitration Task Force under the International Council for Commercial Arbitration (ICCA) defines third-party funding as: an agreement by an entity that is not a party to the dispute to provide a party, an affiliate of that party or a law firm representing that party, funds or other material support in order to finance part or all of the cost of the proceedings, either individually or as part of a specific range of cases, and such support or financing is either provided in exchange for remuneration or reimbursement that is wholly or partially dependent on the outcome of the dispute, or provided through a grant or in

¹ Русакова Е.П. Рассмотрение частноправовых споров в странах БРИКС. Монография. РУДН, Москва, 2018.

return for a premium payment². The scope of third-party funding includes, but is not limited to, the cost of hiring a lawyer, arbitration fees, appraisal fees, witness fees, etc., almost all costs that may occur in arbitration are included³. The third-party funding behavior involves certain risks. If the party's appeal is ultimately not supported by the arbitration tribunal, the funder will not only be unable to obtain any benefits, and the initial investment will also not be recovered.

Third-party funding is essentially a new financing tool. A party who lacks arbitration start-up funds or wants to avoid risks by introducing third-party funds will draw up a funding agreement with a third-party funder, and the third-party funder will undertake the arbitration procedure. The required cost is achieved by paying a certain percentage of the winning remuneration to achieve the profitability of the third-party funder after the appeal is supported⁴. In this way, social idle capital can be mobilized more efficiently to achieve disputes more efficiently solve. This method is conducive to clearing away obstacles to international commercial exchanges as soon as possible and promoting the smooth progress of economic and trade. In general, third-party funding has three characteristics: first, the third-party funding behavior begins when the parties prepare or are in the process of arbitration; Secondly, it is uncertain whether the third-party funder can obtain benefits; Finally, third-party funder has no direct interest in arbitration cases. The third-party funder intervenes in the arbitration procedure by signing an arbitration agreement with the recipient party.

Problems caused by third-party funding

The introduction of third-party funding will also bring new challenges to international arbitration⁵. Because of the strong investment

² Report of the ICCA-Queen Mary Task Force, Third-Party Funding in International Arbitration, The ICCA Report No.4 (2018), p. 49, URL: https://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf (Дата обращения: 21.07.2020).

³ Артемьева Ю.А., Ермакова Е.П., Ивановская Н.В., Протопопова О.В., Русакова Е.П., Ситкарева Е.В., Фролова Е.Е. Разрешение финансовых споров в странах АТР. Монография. М. Инфотропик Медиа, 2019.

⁴ Tian Yuan. The impact of third-party funding on international arbitration procedures and regulatory recommendations [D]. China University of Political Science and Law, 2017, p. 16. (in Chinese).

⁵ Ермакова Е.П. (2017). Новые параметры разрешения международных финансовых споров // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2017. Т. 12. № 6. С. 238.

attributes, the profit-seeking nature of investors is likely to greatly affect the independence and impartiality of arbitration procedures, and harm fairness and justice. Due to the lack of a necessary review mechanism for the creditworthiness of the arbitration parties and the funding sources of arbitration fees and attorney fees, this makes it difficult to discover the existence of third-party funding. A series of black-box operations of the funder may undermine the principled foundation of the arbitration procedure. One of the most significant effects is to reduce the predictability of the arbitration award. Focus on the following two aspects:

First, the confidentiality of arbitration is challenged. A series of investigations and evaluations that a third-party funder will conduct before deciding to invest in a case requires the funded party to disclose the case information; in order to make the assessment more accurate, the funder will require the funded party to disclose as much case information as possible. This may cause a violation of the confidentiality of the arbitration. The law does not expressly prohibit the funded party from disclosing matters to the funder. In practice, it is likely that the funded party's excessive disclosure may cause the information of the other party to be known to people other than the arbitrator, which may cause the risk of infringement of trade secrets.

Secondly, the independence and impartiality of arbitrators are challenged. The interest relationship between the investor and the arbitration award is the main factor that causes the independence and impartiality of the arbitrator to be challenged⁶. Arbitrators are appointed by the parties, but once appointed, they have independence. All parties should be treated equally without representing any party. This is the most basic obligation of arbitrators.

If the existence of the third-party funder is not known to the other party to the arbitration, and the arbitrator who has an interest in the funder fails to withdraw in time, it will make too many uncertain factors in the independence and impartiality of the arbitrator⁷. There is concern about the fairness of arbitration.

⁶Tan Chenyi. The challenge and prevention of the independence of arbitrators from third-party funding of arbitration [J]. International Business Research, 2019, (1). URL: https://www.lalive.law/data/publications/Caroline_Dos_Santos_Offprint.pdf (Дата обращения: 01.09.2020 г.).

⁷Lin Qimin. Research on the Transparency of International Commercial Arbitration [J]. Hebei Law Science, 2019, (6). P. 33. URL: <https://www.cisgmoot.org/userfiles/files/f69261128f44455fad6bee84ec04363a.pdf> (Дата обращения: 21.08.2020).

It should be noted that third-party funding may also bring risks to the funded party. Due to the financial risk of losing arbitration⁸ and the instinct to avoid risk, the funder is likely to control the arbitration cases it invests in, and even give “opinions” on overall strategic decisions, such as choosing a lawyer and legal strategies. In third-party-funded international arbitration cases, generally the funded party first selects the funder, and then the funder recommends the attorney, forming a «bundled sale» in which the funder and the attorney are interrelated, which affects the employment of the funded party Acting attorneys and even independent will when choosing arbitrators. Since the drafting of the terms of the funding agreement is entirely dependent on the autonomy of the investor and the recipient without legal reference, the investor is usually in a higher actual position based on strong financial strength, so the authenticity of the intention of the recipient will also be greatly affected. With the big challenge, it is inevitable that fraud, coercion, major misunderstandings, and taking advantage of the dangers of others will appear untrue.

Disclosure of third-party funding

In order to solve the above problems, different arbitration institutions have made different regulations. The most important system is to establish a third-party capital contribution disclosure system. By disclosing the investor to all parties to the arbitration, it promotes the fair and reasonable conduct of the case.

Disclosure requirements in Singapore's legislation

In June 2016, Singapore's Ministry of Law (Ministry of Law) initiated negotiations on new legislation and regulatory issues, providing a framework for third-party funding in international arbitration. Singapore's legislative provisions on third-party funding of international arbitration disclosures are mainly reflected in Article 49A of Chapter 161, Part 5A of the Legal Profession Act⁹, mainly involves three aspects: First, the object of disclosure. The funded party must disclose to the arbitration tribunal and all parties to the arbitration. Second, the content of

⁸ Sitkareva E.V. Using Arbitration to Resolve Financial Disputes in the Philippines. Probely v Rossiyskom zakonodatelstve [Gaps in Russian legislation], Izdatelskiy dom “UR VAK”. Pp. 42–46. (in Russian).

⁹ Legal Profession Act (CHAPTER 161) 49A, See Singapore's Ministry of Law. URL: <https://sso.agc.gov.sg/Act/LPA1966> (Дата обращения: 20.07.2020).

disclosure. It includes the fact that a third-party funding arbitration agreement was reached, as well as the identity and address of the third-party funder. Third, the time of disclosure. If a third-party funding contract has been signed before the start of the arbitration procedure, it shall be disclosed on the date of the start of the arbitration procedure; after the start of the arbitration procedure¹⁰.

If the third-party funding contract is signed, it should be disclosed as soon as practicable.

Disclosure requirements in the legislation of Hong Kong (China)

Hong Kong (China) has long been paying attention to the impact of third-party funding on the arbitration system. On June 14, 2017, the Hong Kong Legislative Council of China formally passed the «Arbitration and Mediation Law of 2017 (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance», requiring the disclosure of third-party funds in international arbitration¹¹. The provisions of the Hong Kong Arbitration Commission are relatively the same as those of Singapore and both stipulate the object, time and content of disclosure. The difference is that it stipulates that the form of disclosure must be in writing, and it also stipulates the time, object, and content of disclosure at the end of third-party funding.

Response to the third-party funding of the revised draft ICSID arbitration rules

The International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) released the latest draft of the revised arbitration rules on February 28, 2020. ICSID arbitration rules are being revised. The regulations related to third-party funding mainly focus on the disclosure obligations of the parties. The disclosure obligations of parties are comprehensively regulated in terms of the disclosure subject, disclosure time, and disclosure content. Regarding the subject of disclosure, it is still stipulated that the parties should disclose to the secretariat of the arbitration tribunal, and the secretary-general shall notify the parties of relevant information and changes in information. At the same time, it also stipulates that the

¹⁰ Ermakova E.P., Rusakova E.P., Sitkareva E.V., Frolova E.E. Main components of protecting consumers of financial products in Asian-Oceanic (APAC) countries // International Journal of Engineering and Technology (UAE). 2018. vol. 7. № 4.38. p. 157–162.

¹¹ Arbitration and Mediation Law of 2017 (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance, section 98U, 98V, please refer to Hong Kong Legislative Council. URL: <https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20172125/es1201721256.pdf> (Дата обращения: 20.07.2020).

arbitral tribunal may request the parties to disclosure if necessary; the content of the disclosure is the same as the above two rules, mainly the basic information such as the name and address of the funders. The difference is that information about the cost of guarantees to funders has been added¹².

Conclusion

Third-party funding of arbitration has many advantages. It can promote the settlement of disputes and make full use of social resources. However, it is undeniable that this system will also have an impact on the traditional arbitration model, which requires the establishment of a more complete arbitration system, disclosure of third-party funding, and promotion of fairness and justice in arbitration.

¹² Rusakova E.P., Frolova E.E., Zankovsky S.S., Kupchina E.V. Problems of implementation of leadership in dispute resolution of the BRICS countries (on the examples of the Russian Federation, China, India) // В сборнике: 6th International Conference on Education, Social Sciences and Humanities 2019. С. 754–759.

Yang Haoyue,
*Peoples' Friendship University of Russia (RUDN),
Institute of Law, student of the Department of civil law
and litigation and international private law, Moscow,
Miklukho-Maklaya st. 6; tel: 8-985-013-33-96;
haoyueyang321@gmail.com*

THE RESEARCH OF PARENTAL RESPONSIBILITY CASES IN EUROPEAN UNION

This article starts with the legal sources of parental responsibility. By focusing on several international conventions concerning parental responsibility cases and their development, it combines the rights of children with the responsibilities of parents in society to discuss legal issues. Due to the incomplete responsibility of children, parents and their guardians have a huge influence on the growth of children. How to limit the responsibilities of parents and their guardians to their children and protect the rights of children should not only be subject to ethical standards, but also be bound by the family and marriage laws, but these will have ethnic culture and other influences, as well as being restricted by jurisdictions of courts. Therefore, the fulfillment of parental responsibilities should also be taken seriously from an international perspective.

Keywords: parental responsibility, The Convention on the Rights of the Child 1989, The Hague convention 1996, Brussels Regulation 2003, principles, jurisdiction.

Legal sources of parental responsibility

Children are the future and people's expectations of the world. At present, the view that children also enjoy rights has been widely recognized by countries around the world, and disrespect for children's rights is regarded as the greatest violation of human rights. The parental responsibility system is the most important element of protecting children's rights and the most concentrated expression of "maximizing children's interests" because the family is the most important shelter for children. Most countries in the world have more or less stipulated the content of the parent-child relationship, and a transnational convention on parental responsibility is gradually being formed and developed.

The concept of "parental responsibility" first appeared in the British Children's Law¹ of the year. It mainly emphasizes the protection of

¹ Children Act 1989. UK Public General Acts. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>. (Дата обращения: 29.08.2020).

parents and their children's rights and obligations². The concept is expressed as "The rights and obligations and responsibilities of the child's parents and their children in respect of their personal and property rights granted by law". But now it's used by common countries in the world, the meaning is developing at same time.

The parental responsibility system originated from Roman law and Germanic law, and has experienced the development process from "family standard" to "parental standard" to "childhood standard" and turned to the needs of children in the family³. Although the legislative styles of the civil law system and the common law system are different, the ultimate goal is to gradually transform into the parental care system, attach importance to the care and protection of children, strengthen the intervention of public power, and pay attention to the rights and interests of children⁴.

The conventions on parental responsibility cases in European Union

The essence of the parental responsibility system is the protection of children's rights. The importance that international organizations attach to parental responsibilities is closely related to the protection of children's rights. For the recognition and enforcement of judgments in parental responsibility cases⁵, the European Union signed some conventions to regulate these issues.

The Convention on the Rights of the Child 1989

In 1989, the United Nations adopted the "Convention on the Rights of the Child" by consensus. It is the first special convention on the rights of children in history and has very important significance in the international legislation for the protection of children.

For this convention, the number of contracting parties is large, not only the member states of the European Union, but also other contracting

² Liu Jinxia. 2009. The Evolution of Parental Rights System and Its Reference Significance for Modernization Development. URL: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/evo.12656> (Дата обращения: 29.08.2020).

³ Zhang Li. 2002. Viewing the Institutional Relationship between Parental Rights and Guardianship from the Evolution of the Concept of «Family» in Roman Law. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/151516505.pdf> P. 115. (Дата обращения: 29.08.2020).

⁴ Olga M., Samusenko T., Frolova E.E. Combining family and building a successful career for a Russian woman today: myth or reality? // *Mediterranean Journal of Social Sciences*. 2015. vol. 6. № 5 S2. p. 102–104.

⁵ Protopopova O.V. Family law of China, RUDN, Moscow, 2015, pp. 86–97. (in Russian).

parties. It is generally binding on the members who signed the convention, and the content of the convention pays more attention to the provisions on parental responsibilities and children's rights, rather than jurisdiction⁶.

In the Convention, the following principles are mainly provided:

(1). Principle of best interests of children

In article 3.1 of this convention⁷ shows that when dealing with issues related to children, the principle of maximizing children has become a programmatic principle and runs through it. This provision originated from the provisions of the United Nations Declaration on the Rights of the Child in 1959, which defined the purpose and scope of children's best interests. Its purpose was to enable children to receive "special protection" and to enable children to "be developed in physical, mental, moral, spiritual, and social practice research groups", and its scope is limited to "when laws are made for this purpose". That is, the requirements for legislative acts. However, due to differences in the history, culture and actual conditions of various countries, this principle does not point out the specific meaning of maximizing children's interests, and the relevant documents do not specify it. But this does not affect the importance of this principle to parental responsibility cases.

(2). Principle of common parental responsibility

This principle could be found in article 18.1 in the convention. At present, more and more parental responsibility legislations tend to implement the principle of equality between men and women to ensure that both parents have joint responsibility for the upbringing and development of children⁸. This is actually a manifestation of the implementation of the principle of the best interests of the child.

(3). Principle of parents and primary guardianship responsibilities

The issues concerning the upbringing and education of children have always belonged to the field of family autonomy. If the state inter-

⁶ Wu Yong. 2009. Research on International Judicial Issues of Child Guardianship. URL: <https://www.osti.gov/servlets/purl/1016711> P. 11. (Дата обращения: 29.08.2020).

⁷ Convention on the Rights of the Child 1989 – UNICEF. URL: <https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/crc.pdf>. (Дата обращения: 29.08.2020).

⁸ Wang Zhuqing, Wei Xiaoli. 2004. Comparative Research on Kinship Law. P. 211. URL: <http://klgrid.kmlink.com.my/neuaxis-e/Record/010225465-6> (Дата обращения: 29.08.2020). (in Chinese).

venes in the exercise of parental rights, it will infringe on the privacy of the individual. Therefore, only when the abuse of parental rights by the parents damages the interests of the children can the public power of the state intervene to protect the interests of the children. This principle could be found in article 18.1 and article 27.2⁹.

(4). Principle of national public relief and broad social support

Although the exercise of parental responsibility belongs to the category of family autonomy, it cannot be understood that the state does not intervene. Except for the abuse of parental rights, the state's public power should be paid attention to. At the same time, the state should provide conditions and assistance to ensure that parental responsibility can be more Exercise well and safeguard the best interests of the child. This principle is reflected everywhere in this convention. For example, article 18 provides: "For the purpose of guaranteeing and promoting the rights set forth in the present Convention, States Parties shall render appropriate assistance to parents and legal guardians in the performance of their child-rearing responsibilities and shall ensure the development of institutions, facilities and services for the care of children."

The Hague convention 1996

At the level of private international law, the Hague Conference on Private International Law has formulated the Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibilities and Measures for the Protection of Children, from the aspects of jurisdiction, application of law and recognition and enforcement of judgments ensure that children's rights can be implemented¹⁰. This convention was formulated on October 19, 1996, and entered into force on January 1, 2002.

This Convention has uniform rules determining which country's authorities are competent to take the necessary measures of protection. These rules, which avoid the possibility of conflicting decisions, give the

⁹ Convention on the Rights of the Child 1989 – UNICEF. URL: <https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/crc.pdf>. (Дата обращения: 29.08.2020).

¹⁰ Lynn D. Wardle, 2008. The Hague Convention on Intercountry Adoption and American Implementing Law: Implications for International Adoptions by Gay and Lesbian Couples or Partners. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1224042 (Дата обращения: 29.08.2020 г).

primary responsibility to the authorities of the country where the child has his or her habitual residence, but also allow any country where the child is present to take necessary emergency or provisional measures of protection. This Convention determines which country's laws are to be applied, and it provides for the recognition and enforcement of measures taken in one Contracting State in all other Contracting States.

For example, a French child who went to school in France and his parents came to Germany for summer vacation. During the summer vacation, his parents took him on a self-driving tour. Due to fatigue driving, he had a car accident. In the process, his parents died in the car accident. In this case, the child's habitual residence is actually France, but he is in Germany at this time. Therefore, according to the 34th Hague Convention, Germany also has jurisdiction over the child at this time.

Brussels Regulation 2003

The 1968 "Brussels Convention" stipulates uniform jurisdiction and norms for the recognition and enforcement of judgments for the member states of the European Union, but it excludes marriage litigation and child custody litigation. With the strengthening of European integration, EU member states have paid more attention to the field of family law. The Brussels Convention 2003 is currently an effective document for legislation on child custody matters. The full name of this convention is COUNCIL REGULATION (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000.

The parental responsibilities designed by this convention include not only children born in wedlock, but also children born out of wedlock and other types of children. In general, according to the article 8.1 of Brussels Regulation 2003, the jurisdiction of parental responsibility in cases still belongs to the courts where is habitual residence of the subjects of this case¹¹.

And to be noticed as that article 9.1 regulates: if a child legally moves from one Member State to another and obtains a new habitual

¹¹ COUNCIL REGULATION (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 – EU. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32003R2201> (Дата обращения: 29.08.2020 г).

residence there, the court of the Member State of the child's previous habitual residence shall retain jurisdiction for three months otherwise.

In addition to this, the Convention also regulates jurisdiction in special cases, for example, Article 9 of the Convention: "Jurisdiction in cases of child abduction. In case of wrongful removal or retention of the child, the courts of the Member State where the child was habitually resident immediately before the wrongful removal or retention shall retain their jurisdiction until the child has acquired a habitual residence in another Member State".

Conclusion

Minors are in a vulnerable group in society, and the legal system should pay more attention to their protection. Parents' protection of minors is more important. With regard to the protection of minors by law, the EU, as a larger international organization in the world, has not only signed The Convention on the Rights of the Child 1989, the Hague Convention 1996, and the Brussels Convention 2003, but also has many regulations concerning children's rights and parental responsibilities. EU private international law is a manifestation of regional private international law. For this particular organization, jurisdiction, recognition and enforcement of judgments are also easier for members within the EU. However, the mobility of personnel and the particularity of the minor group make the court's jurisdiction more important. The jurisdiction of the child itself lies in the guardian, which is generally the habitual residence of his parents. The factors of change and the execution of parental responsibility cases should take into account the best interests of the child. It is particularly noteworthy that the issue of the jurisdiction agreed upon in the EU parental responsibility cases in the international conventions has provided ideas for most parental responsibility legislation in other countries.

Huynh Viet Minh Tri,
Peoples' Friendship University of Russia (RUDN),
Institute of Law, student of the Department of civil law
and litigation and international private law, Moscow,
Miklukho-Maklaya st. 6; huynhvietminhtrou@gmail.com

RECENT CASE LAW CONCERNING CALCULATION OF DAMAGES (ON THE EXAMPLE OF THE EUROPEAN UNION)

Competition on an open market is one of the best guarantees for companies to increase productivity. Therefore, competition law enforcement is one of the key elements for economic growth in the European Union.

Keywords: Competition law, enforcement, the Treaty on the Functioning of the European Union, European Union, the Court of Justice.

Introduction

Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) are strictly aimed at restricting anti-competitive practices, which affect trade between Member States and distort competition with the internal market. The Public enforcement of Articles 101 and 102 is carried out by the Commission using the powers provided by Council Regulation (EC) No 1/2003 and also national competition authorities of Member States. The National Competition authorities have the power to take any of the following decisions; require that an infringement be brought to an end, order interim measures, accept commitments and also impose fines, periodic penalty payments or any other penalty provided for in their national law. The provisions of Article 101 and 102 TFEU produce direct effects in relations between individuals and create rights and obligations which the national courts must enforce. They require that any person, individuals, including consumers and undertakings can claim compensation before national court for the harm caused to them by an infringement of those provisions.

In 2005, a Green paper on damages for breach of the EC antitrust rules was published. The Green Paper outlined some of the obstacles that relates to damage actions. One of these obstacles is the calculation of damages. When calculating damages in antitrust cases, it's important to analyse how the case would have been "but for" the violation. This "but for" situation usually is the base for calculation.

In 2014, the directive¹ on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the EU was enacted. The Directive sets out rules coordinating the enforcement of the competition rules by competition authorities and the enforcement of those rules in damages actions before national courts.

In calculating damages, there doesn't seem to be a coherent approach by the courts of any EU jurisdiction to the quantification of damages in antitrust cases. National courts appear often to address this issue by turning to the methods of calculating damages available in normal civil proceedings. We shall look at two cases from the English Courts in calculating damages.

The first case to establish the obligation for national Courts to provide remedy for damages in antitrust² cases was the case of **Courage v. Crehan**.

In 1991, Mr Crehan concluded two 20-year leases with IEL imposing an obligation to purchase from Courage. The rent, subject to a five-year upward only rent review, was to be the higher of the rent for the immediately preceding period or the best open market rent obtainable for the residue of the term on the other terms of the lease. The tenant had to purchase a fixed minimum quantity of specified beers and IEL agreed to procure the supply of specified beer to the tenant by Courage at the prices shown in the latter's price list.

In 1993, Courage, the plaintiff in the main proceedings, brought an action for the recovery from Mr. Crehan of the sum of GBP 15 266 for unpaid deliveries of beer. Mr. Crehan contested the action on its merits, contending that the beer tie was contrary to Article 85 of the Treaty. He also counter-claimed for damages.

Mr. Crehan contended that Courage sold its beers to independent tenants of pubs at substantially lower prices than those in the price list imposed on IEL tenants subject to a beer tie. He contended that this price difference reduced the profitability of tied tenants, driving them out of business.

¹ Directive 2014/104/EU on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the EU. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=GA> (Дата обращения: 01.07.2020 г.).

² Filippa Honeth, 2006. Calculation of Damages in Antitrust Cases in Community Competition Law. URL: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1558404&fileId=1564642> P. 20. (Дата обращения: 01.07.2020 г.).

The standard form lease agreement used by Courage, Grand Met and their subsidiaries was notified to the Commission in 1992. In 1993, the Commission published³ a notice under Article 19(3) of Council Regulation No 17: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty (OJ, English Special Edition, 1959–1962, p. 87), stating its intention to grant an exemption under Article 85(3) of the Treaty.

That notification was withdrawn in October 1997 following the introduction by IEL of a new standard form lease agreement, which was also notified to the Commission. The new lease is, however, not at issue in the main proceedings, as the actions brought concern the operation of the beer tie under the old lease.

The questions the English Court referred to the Court of Justice for Preliminary ruling were:

“1. Is Article 81 EC (ex Article 85) to be interpreted as meaning that a party to a prohibited tied house agreement may rely upon that article to seek relief from the courts from the other contracting party?

2. If the answer to Question 1 is yes, is the party claiming relief entitled to recover damages alleged to arise as a result of his adherence to the clause in the agreement which is prohibited under Article 81?

3. Should a rule of national law which provides that courts should not allow a person to plead and/or rely on his own illegal actions as a necessary step to recovery of damages be allowed as consistent with Community law;

4. If the answer to Question 3 is that, in some circumstances, such a rule may be inconsistent with Community law, what circumstances should the national court take into consideration?”

The court ruled as follows:

Article 81(1) and 82 EC creates a direct effect between the individuals as well as rights the national courts must protect. The individual can rely on the breach of Article 81(1) EC in national courts even if he is part of a contract liable to restrictions or distortion of competition. In the English Court of Appeal, the judges followed the line of the ECJ and based its decision on previous decisions made by the ECJ together with general Community principles.

The Court of Appeal of England in this case held that damages be awarded under two heads:

³ Bezbakh V.V., Kapustin A.Y., Puchinskiy V.K., European Union Law: Legal Regulation of Trade Turnover: A Study Guide, Zertshalo [Mirror], Moscow, 2000, pp. 72–75. (in Russian).

Firstly, the direct losses suffered because of Mr. Crehan having to pay too much for beer sold in the pubs. The damages should be calculated as the difference between the amount lost and the amount that would have been made if Mr. Crehan had been charged reasonable prices. The losses suffered by Mr. Crehan, according to his accountant, was £45,487 over the period of the lease. In addition, the profit during the same period would have been £11,634. The total amount of damage for the first head was £57,121. Secondly, losses suffered for giving up the loss-making leases should be awarded. This was determined by the sale value of the leases at the time when they were given up. The value was established to 2.5 times the latest estimated annual profit without the tie of the leases (total £25,186) and an additional £4,500 for selling the two pubs together, the marriage value. The total damage for the second head was therefore £74,206 (2.5x (£25,186+£4,500)). In total, the Court of Appeal awarded Mr. Crehan £131,336 plus interest in damage.

BritNed Development Limited v ABB AB and ABB Limited [2019]
EWCA Civ 1840⁴

On 2 April 2014, the European Commission adopted a decision against a number of European, Japanese and South Korean power cable manufacturers, including ABB, for infringing Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (“TFEU”) (the “Infringement”)⁵. The Commission's Decision concerned alleged market-sharing and customer allocation among the main producers of high-voltage underground and submarine power cables. The Infringement was said to have been in operation from 1999 to 2009.

The Claimant, BritNed, is a corporate vehicle jointly owned by National Grid and TenneT, the operators of the UK and Dutch electricity grids. BritNed owns and operates the BritNed «Interconnector», a 1,000 MW submarine electricity cable system connecting the Dutch and UK electricity grid, constructed between 2009 and 2010. ABB supplied the cable element of the undersea Interconnector to BritNed. After the European Commission found that ABB had participated in the Infringement, BritNed brought

⁴ BritNed Development Limited v ABB AB and ABB Limited [2019] EWCA Civ. 1840. URL: <https://www.whitecase.com/publications/alert/english-court-appeal-slashes-uks-first-cartel-follow-antitrust-damages-award-and> (Дата обращения: 01.07.2020).

⁵ Filipa Honeth, 2006. Calculation of Damages in Antitrust Cases in Community Competition Law. URL: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1558404&fileId=1564642> P. 14. (Дата обращения: 01.07.2020).

private follow-on competition damages proceedings in the English High Court against ABB for breach of Article 101(1) of the TFEU.

BritNed claimed that the Infringement had caused it to suffer loss and damage of approximately €180 million, which it claimed under three heads:

1. Overcharge: BritNed claimed that the price it had paid for the cable element of the BritNed Interconnector was higher than it otherwise would have been absent the Infringement;

2. Lost Profits: BritNed claimed that absent the Infringement, as the price of acquiring greater capacity would not have been artificially inflated, it would have acquired a cable of a higher capacity (1,320 MW rather than 1,000 MW) which would have generated additional revenues and higher profits; and

3. Compound Interest: As a result of the alleged overcharge, BritNed claimed it had incurred higher capital costs in commissioning the Interconnector than it would otherwise have under competitive conditions.

After a five-week trial with detailed and complex factual and expert economic evidence from the parties and their respective experts, Mr Justice Marcus Smith, the trial judge, dismissed BritNed's Lost Profits and Compound Interest claims. There was no evidence that absent the Infringement, BritNed would have opted for a higher capacity cable and the Compound Interest claim was considered "unarguable". The judge did, however, order ABB to pay BritNed just over €15 million plus simple interest in respect of the Overcharge claim (a small fraction of the €180 million of damages claimed by BritNed).

Despite the Court's finding that there was no overcharge by ABB, the judge found that BritNed suffered loss indirectly through c. €7.5 million worth of increased cable costs that the judge considered had been passed on to it by ABB (attributable to the excessive copper content of the cabling – a so-called "baked-in inefficiency" in cable design that the judge considered to be a byproduct of the Infringement). The judge also awarded €5.5 million to BritNed for common costs he considered ABB saved as a result of ABB not having to compete with its alleged co-infringers (ABB's so-called «cartel savings»).

Both the Claimant and defendant appealed the Judge's decision to the English Court of Appeal. BritNed sought:

- (i) an increase in the damages awarded in respect of the Overcharge claim;

(ii) to overturn the judge's decision to dismiss the Lost Profits claim; and

(iii) to challenge the judge's approach to the Regulatory Cap Issue that saw a reduction in damages awarded to BritNed of 10%.

ABB sought to challenge the €5.5 million award made by Mr Justice Marcus Smith in relation to the so-called “cartel-savings”.

In respect of BritNed’s appeals, the English Court of Appeal found that Mr Justice Marcus Smith did not err in his approach to assessing a competitive price for the project. Further, there were no grounds for interfering with the judge's approach to assessing the Overcharge. As to the Lost Profits claim, the judge’s finding that if the Infringement had not occurred, BritNed would not have made a different decision in relation to the capacity of cable which it bought was “unassailable”.

As to the Regulatory Cap Issue, the Court endorsed the judge's approach in light of BritNed’s refusal to provide the undertaking requested. Mr Justice Marcus Smith was right to assess damages taking into account inherent uncertainties and the risk of over-compensation and make the deductions he did.

With regards to ABB’s appeal on “cartel savings”, The English Court of Appeal found that an award of damages by the High Court judge based on savings ABB was said to have made, rather than loss suffered by BritNed as a result of having paid a price that was inflated by the Infringement, was based on an error of law and had to be set aside. There was no evidence before Mr Justice Marcus Smith about the way in which so-called “cartel savings” correlated with prices in order to translate a benefit to ABB into a loss to BritNed for which it was entitled to compensation⁶.

In conclusion, the English Court of Appeal found that – in accordance with general principles of English law – damages can only be awarded on a compensatory basis (not a punitive basis) and the burden of proof falls on the claimant. The position in relation to follow-on damages in competition cases is no different and the Court confirmed, “[t]here is nothing in the EU jurisprudence which suggests that damages in a follow-on case should be other than compensatory.”

⁶ Inshakova Agnessa O., Frolova Evgenia E., Rusakova Ekaterina P., Kovalev Sergey I. The model of distribution of human and machine labor at intellectual production in industry 4.0 // Journal of Intellectual Capital. 2020. Vol. 21. № 4. p. 601–622.

*Наида Рустамовна Швецова,
магистрант кафедры гражданского права и процесса
и международного частного права
Юридического института
Российского университета дружбы народов*

*Научный руководитель –
к.ю.н. Екатерина Петровна Русакова*

**НАСЛЕДСТВЕННЫЙ ФОНД:
РАЗНОВИДНОСТЬ ФОНДА ИЛИ САМОСТОЯТЕЛЬНАЯ
ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВАЯ ФОРМА
ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА**

В статье анализируется гражданское законодательство, регулирующее порядок создания наследственного фонда, особенности его правового статуса и организационно-правовой формы, рассматриваются недостатки в правовом регулировании наследственного фонда.

Ключевые слова: наследственное право, юридическое лицо, наследственный фонд, наследство.

Реформа гражданского законодательства затронула – наряду с другими институтами гражданского права, – и институт юридических лиц. Как верно подчеркивает Е.В. Турбина, «появление в гражданском законодательстве наследственного фонда расширило перечень организационно-правовых форм некоммерческих юридических лиц»¹. При этом организационно-правовая форма наследственного фонда определяется на основании общих положений о юридических лицах, содержащихся в статьях ст.ст. 48–65.3 ГК РФ (эти нормы относятся ко всем организационно-правовым формам юридических лиц). Помимо этого, на наследственный фонд распространяются общие нормы о фондах (ст.ст. 123.17–123.20 ГК РФ) и специальные нормы о наследственных фондах (ст.ст. 123.20-1–123.20-3 ГК РФ).

На наш взгляд, в отношении организационно-правовой формы наследственного фонда своего скорейшего разрешения требуют две основные проблемы:

¹ Турбина Е.В. Указ. соч. С. 202.

– первая проблема: в Федеральном законе от 12.01.1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» (в ред. от 29.07.2018 г.²; далее в тексте – ФЗ о НКО), хотя он является специальным актом, отсутствуют какие-либо упоминания о таком виде организаций как наследственный фонд;

– вторая проблема: разрозненность положений о наследственном фонде (то есть «разброс» норм о таком фонде) по различным правовым источникам не может гарантировать надлежащую регламентацию анализируемой организационной формы. Между тем, полагаем, со временем ситуация будет усугубляться увеличением количества таких фондов при существовании современного малого количества правовых норм о них. Исходя из этого, считаем, что уже сейчас необходимо принятие отдельного Федерального закона «О наследственном фонде», что позволит изменить будущую сложную ситуацию.

Если применять общую классификацию юридических лиц, то следует заключить, что наследственный фонд по организационно-правовой форме относится к унитарным некоммерческим организациям³. «Имущество фонда может пополняться в ходе осуществления фондом своей деятельности, в том числе за счет доходов от управления имуществом»⁴. Отметим, что нельзя считать наследственный фонд полностью отстраненным от коммерческой деятельности: в случаях, когда в уставе фонда предусмотрена возможность осуществления деятельности, приносящей прибыль, главные требования к такой деятельности следующие:

– она должна соответствовать тем целям, ради которых наследственный фонд создан;

– такой вид деятельности должен быть указан в уставе фонда.

² Федеральный закон от 12.01.1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» (в ред. от 29.07.2018 г.) // Собрание законодательства РФ. 1996. № 3. Ст. 145.

³ Гроник И., Русакова Е.П. Модернизация молдавского законодательства: об объектах наследования. (Глава 9: Объекты прав: опыт зарубежных стран). Беспалов Ю.Ф. Объекты гражданских и семейных прав по законодательству законодательству Российской Федерации. Монография, изд. Проспект, Москва, 2019.

⁴ Козлова Н. Наследство до востребования (интервью П.В. Крашенинникова «Российской газете») // Российская газета. Федеральный выпуск № 168 (7334). 1 августа 2017 г. № 7334. С. 1.

В соответствии с п. 2 ст. 123.17 ГК РФ учредительным документом такой организационно-правовой формы юридических лиц как фонд является его устав. По общему правилу, устав является самостоятельным документом, что вытекает из содержания ст. 52 и других статей ГК РФ. Однако в абзаце 2 п. 2 ст. 123.20-1 ГК РФ дословно указано следующее: «Завещание, условия которого предусматривают создание наследственного фонда, должно включать в себя ... устав фонда». Такая же дефиниция содержится и в п. 5 ст. 1124 ГК РФ: «Неотъемлемой частью завещания ... являются решение завещателя об учреждении наследственного фонда, устав фонда». Получается, что документ, составляемый наследодателем, называется «Завещание», но по закону при включении в него условия о создании наследственного фонда в свое содержание он включает еще один документ – Устав наследственного фонда. В таком сочетании двух документов, на наш взгляд, присутствуют нежелательные юридические и этические аспекты:

- во-первых, при регистрации наследственного фонда вместо учредительного документа, предусмотренного п/п «в» ст. 12 ФЗ о госрегистрации ЮЛ, нотариус должен представлять в регистрирующий орган завещание, с содержанием которого может ознакомиться практически любой работник этих органов, что в свою очередь влечет нарушение тайны завещания;

- во-вторых, уже после создания наследственного фонда вместо его устава как отдельного самостоятельного документа в дальнейшем надо будет представлять завещание, в текст которого включен устав (и так же, как указано выше, полное содержание завещания может стать известным неопределенному кругу лиц; отсюда возникает вопрос: а этично ли это по отношению к памяти о завещателе?..);

- и, в-третьих, при необходимости внесения дополнений и изменений в устав наследственного фонда фактически придется делать это в отношении завещания, что иначе как правовым парадоксом назвать нельзя.

Представляется, что выход может быть таким: во всех статьях ГК РФ и иных нормативных источников, где речь идет или будет идти об уставе наследственного фонда, однозначно должно быть указано, что такой устав оформляется в виде приложения к завещанию, содержащему положения об учреждении наследственного фонда.

При характеристике наследственного фонда неизменно возникает вопрос: можно ли его рассматривать в качестве разновидности такой организационно-правовой формы юридического лица как фонд?

Поиск ответа начнем с анализа порядка создания наследственного фонда и иных фондов. Использовать в классическом понимании термин «учредитель» в отношении завещателя достаточно сложно, так как к моменту учреждения наследственного фонда его в живых уже нет. Нотариуса, подающего заявление о регистрации наследственного фонда на основании п. 2 ст. 123.20-1 ГК РФ, безусловно, учредителем считать нельзя. Между тем, другие фонды могут учреждаться юридическими и/или физическими лицами, то есть лицами, реально присутствующими в обществе как субъекты права (иными словами, в контексте нормы пункта 1 ст. 123.17 ГК РФ подразумеваются действующие организации и граждане, которые живы в момент создания фонда).

Своеобразны и цель создания традиционного фонда, а также ее обозначение в названии фонда: в соответствии с п. 1 ст. 123.17 ГК РФ в качестве целей фонда определены «благотворительные, культурные, образовательные или иные социальные, общественно полезные цели», а в его названии традиционно отражается цель деятельности. Но, как справедливо указывает В.П. Крашенинников, такие общественно полезные цели фонда «не «работают» в отношении наследственного фонда», а его наименование включает только слова «наследственный фонд», так как «других требований к названию наследственного фонда законодательство не предъявляет»⁵, о чем прямо указано в п. 8 ст. 123.20-1 ГК РФ. В отличие от иных фондов, в отношении наследственного фонда В.М. Семенкова делает такой вывод (с которым, полагаем, надо согласиться): из отечественного законодательства «прямо не вытекает благотворительный характер российских наследственных фондов; представляется, что отечественные наследственные фонды по своей направленности будут являться частными, организованными к интересам конкретного лица (лиц)»⁶.

⁵ Крашенинников П.В. Наследственное право (Включая наследственные фонды, наследственные договоры и совместные завещания). 4-е изд., перераб. и доп. Москва: Статут, 2019. С. 229–230.

⁶ Семенкова В.М. Некоторые вопросы создания наследственных фондов в Российской Федерации // Молодой ученый. 2018. № 5. С. 137.

Но существенное отличие наследственного фонда, например, от благотворительного (и некоторых иных разновидностей) фондов заключается в порядке формирования имущественных активов. Согласно статьям 7 и 15 Федерального закона от 11.08.1995 г. № 135-ФЗ «О благотворительной деятельности и добровольчестве (волонтерстве)» (в ред. от 18.12.2018 г.)⁷ благотворительные фонды относятся к благотворительным организациям, имущество которых формируется за счет взносов учредителей, благотворительных пожертвований, труда добровольцев (волонтеров) и других источников. А в отношении наследственного фонда в п. 1 и в абзаце 1 п. 3 ст. 123.20-1 ГК РФ однозначно указано: он образуется на основе имущества завещателя («безвозмездная передача иными лицами имущества в наследственный фонд не допускается») и доходов от его использования. То есть имущественную основу наследственного фонда в зависимости от источника поступления имущества составляют только два вида имущества:

- наследственное имущество, которое по завещанию наследодателя (учредителя фонда) передано в собственность наследственного фонда;
- доходы от управления этим имуществом.

Таким образом, следует согласиться с мнением тех авторов, которые считают, что отечественный «законодатель не совсем корректно определил организационно-правовую форму наследственных фондов», так как «в российской правовой системе фонды традиционно понимаются как юридические лица, деятельность которых направлена исключительно на социально-полезные цели»⁸.

В качестве еще одной черты, отличающей наследственный фонд от всех иных фондов, необходимо назвать порядок изменения его устава. По общему правилу, изложенному в п. 1 ст. 123.20 ГК РФ, устав фонда может быть изменён по решению высшего коллегиального органа фонда (при условии, что «уставом не предусмотрено

⁷ см. Федеральный закон от 11.08.1995 № 135-ФЗ «О благотворительной деятельности и добровольчестве (волонтерстве)» (в ред. от 18.12.2018) // Собрание законодательства РФ. 1995. № 33. Ст. 3340.

⁸ Кузина С.В., Зотова Н.Н., Кочеткова К.И. Наследственный фонд: новое в российском законодательстве // Актуальные вопросы права, экономики и управления: сборник статей XVI Международной научно-практической конференции. В 2 ч. Ч. 2. Пенза: МЦНС «Наука и Просвещение», 2018. С. 23.

трена возможность его изменения по решению учредителя») либо решению суда. Но в отношении наследственного фонда в п. 5 ст. 123.20-1 ГК РФ предусмотрен особый порядок изменения его устава: по общему правилу, изменение устава после создания наследственного фонда, вообще невозможно, за исключением случая, когда об изменении устава вынесено соответствующее решение суда (а оно может быть вынесено лишь при наличии двух обстоятельств: «если управление наследственным фондом на прежних условиях стало невозможно» либо выгодоприобретатель признан недостойным наследником).

Существенные отличия наследственного фонда от иных фондов, на наш взгляд, прослеживаются и при выявлении оснований его ликвидации. Так, согласно п. 2 ст. 123.20 ГК РФ такая организационно-правовая форма юридического лица как фонд может быть ликвидирована по решению суда по следующим основаниям:

- 1) при недостаточности его имущества «для осуществления его целей», а «вероятность получения необходимого имущества не реальна»;
- 2) при невозможности достижения целей фонда, если «необходимые изменения целей фонда не могут быть произведены»;
- 3) при уклонении фонда от тех целей, которые указаны в его уставе;
- 4) «в других случаях, предусмотренных законом».

Однако в отношении оснований ликвидации наследственного фонда положения несколько иные. Его ликвидация возможна в следующих случаях:

- 1) по общим основаниям для ликвидации практически любого юридического лица, предусмотренным подпунктами 1–4 пункта 3 ст. 61 ГК РФ;
- 2) в связи с истечением срока, на который был создан наследственный фонд (абз. 1 п. 7 ст. 123.20-1 ГК РФ);
- 3) при наступлении обстоятельств, которые были указаны завещателем «в условиях управления наследственным фондом» (абз. 1 п. 7 ст. 123.20-1 ГК РФ);
- 4) при невозможности формирования органов наследственного фонда в порядке, предусмотренном нормами пункта 4 ст. 123.20-2 ГК РФ (абз. 1 п. 7 ст. 123.20-1 ГК РФ).

Отличаются и последствия, касающиеся распределения имущества после ликвидации:

- по общему правилу, в уставе фонда должно быть указано о «судьбе имущества фонда в случае его ликвидации» (п. 2 ст. 123.17 ГК РФ). А после его ликвидации сначала удовлетворяются требования кредиторов, и если после этого еще осталось имущество, то оно «направляется на цели, указанные в уставе фонда, за исключением случаев, если законом предусмотрен возврат такого имущества учредителям фонда» (п. 3 ст. 123.20 ГК РФ);

- иной вариант распределения имущества предусмотрен после ликвидации наследственного фонда: оно (т.е. имущество) «подлежит передаче выгодоприобретателям соразмерно объему их прав на получение имущества или дохода от деятельности фонда, если условиями управления наследственным фондом не предусмотрены иные правила распределения оставшегося имущества, в том числе его передача лицам, не являющимся выгодоприобретателями»; если же таких лиц определить невозможно, то оставшееся имущество «в соответствии с решением суда подлежит передаче в собственность Российской Федерации» (абз. 2 п. 7 ст. 123.20-1 ГК РФ).

В связи с имуществом наследственного фонда, по нашему мнению, в законодательстве не разрешен следующий существенный момент: не определено, что будет с таким фондом после передачи всего его имущества выгодоприобретателям или отдельным категориям лиц, указанным в завещании учредителя фонда. Представляется, что в таких случаях целевая установка наследственного фонда уже недостижима и поэтому фонд должен подлежать ликвидации, о чем должно быть указано в пункте 4 ст. 123.20-1 ГК РФ – в виде четвертого абзаца.

Как мы видим, при сравнении наследственного фонда с благотворительными и иными фондами как организационно-правовыми формами юридических лиц мы можем выявить больше различных, а не сходных черт⁹.

И в связи с этим считаем, что наследственный фонд в российском законодательстве следует рассматривать как самостоятельную

⁹ Русакова Е.П., Гроник И. Эволюция наследственных правоотношений Молдавского княжества в период позднего Средневековья. Наследственное право. 2019. № 4. С. 10–13.

организационно-правовую форму юридических лиц. Для этого, как уже указывалось выше, необходимо разработать и принять отдельный федеральный закон о наследственном фонде. А в ГК РФ, по нашему мнению, необходимо внести следующие изменения:

- в § 7 «Некоммерческие унитарные организации» Главы 4 название Раздела 1 следует изменить на новое: «Благотворительные и иные фонды». Соответственно, в этом Разделе должны остаться те нормы, которые регламентируют статус таких фондов, которые не являются наследственными фондами;

- в этот параграф после Раздела 1 следует включить Раздел 1А с названием «Наследственные фонды». В содержании этого раздела надо оставить статьи 123.20-1, 123.20-2 и 123.20-3 ГК РФ, но при этом данные статьи необходимо адаптировать под регулирование такой самостоятельной организационно-правовой формы юридических лиц как «наследственный фонд»: предусмотреть виды наследственных фондов (благотворительные и иные); кратко изложить порядок их создания, реорганизации и ликвидации и др. При этом в предлагаемом Разделе 1А вполне допустимо использование норм, отсылающих к нормам Раздела 1 § 7 Главы 4 ГК РФ (например, по вопросам правовой регламентации статуса наследственных фондов, преследующих общественно-полезные цели);

- в последующем в предлагаемом к принятию Федеральном законе о наследственном фонде положения Раздела 1А должны быть детализированы с тем, чтобы любой завещатель мог сформулировать свои завещательные распоряжения о создании наследственного фонда в соответствии с требованиями закона.

*Зарина Комиловна Эрбутаева,
студент I курса магистратуры кафедры
гражданского права и процесса и международного
частного права Юридического института
Российского университета дружбы народов (РУДН);
erbutaeva.zari@yandex.ru*

КОНСТРУКЦИЯ КОСВЕННОГО ИСКА В ПРАВЕ США И ВЕЛИКОБРИТАНИИ: ОБЩЕЕ И ОСОБЕННОЕ

Статья посвящена сравнительно-правовому исследованию косвенного иска в США и Великобритании. Автором определено процессуальное положение сторон по косвенному иску в США и Великобритании. Изучен досудебный порядок урегулирования споров по косвенному иску в указанных странах. В результате проведенного исследования выявлено общее и особенное в регулировании косвенного иска в США и Великобритании.

Ключевые слова: косвенный иск, право Великобритании, право США, трастовые отношения, акционер.

Введение

Впервые косвенный иск как средство правовой защиты корпоративных прав появился и стал развиваться в праве США и Великобритании. Современный институт косвенного иска берет общие истоки в англосаксонских трастовых отношениях (trust relationship), а также представительском процессе (representative process). Однако, как отмечает Васильева Т.А., нельзя утверждать о существовании единой англосаксонской концепции косвенного иска, потому что английская и американская традиции, особенно в процедурно-процессуальном регулировании, существенно различаются¹. В этой связи особый интерес представляет сравнение института косвенного иска, представленного правом США с косвенным иском, существующим в Великобритании².

¹ Васильева Т.А. Косвенный иск в цивилистическом процессе (сравнительно-правовое исследование) – М.: Статут, 2015. С. 4.

² Русакова Е.П., Барулина В.П. Особенности вынесения ограничительных приказов (Anti-Suit Injunctions) судами США // Евразийский юридический журнал. 2019. № 5 (132). С. 76–80.

Понятие предмет и основание косвенного иска в США и Великобритании

Универсального определения, такому термину как «косвенный иск» нет ни в доктрине английского, ни в доктрине американского права. Как отмечает В.К. Пучинский, развитию исследования общего понятия иска препятствовало то, что до середины XIX в. такого понятия «как бы не существовало», каждое исковое притязание и его разбирательство отличались своеобразными чертами³. Понятие косвенного иска и его элементы не имеют особых отличий в английской и американской их трактовке. Это связано с тем, что англосаксонская теория права представляет общую интерпретацию правовой категории иска, его предмета и оснований. Так, предметом косвенного иска выступает требование о возмещении вреда, который был причинен юридическому лицу посредством осуществления неправильного управления компанией⁴. Под неправильным управлением здесь понимаются действия или бездействия директоров компании, совершенные с нарушением фидуциарных обязанностей и вопреки интересам организации. Основание косвенного иска – это юридические факты, которые стали поводом предъявления к ответчику соответствующего требования. Таким образом, косвенный иск – это требование, которое участник или участники юридического лица в целях защиты интересов компании, предъявляют в суд с целью возместить убытки, ставшие результатом неисполнения своих обязанностей или их злоупотреблением лицами, осуществляющими управление данной организацией.

Стороны по косвенному иску в США и Великобритании

Стороны по косвенному иску в Англии

Согласно косвенному иску участник организации (акционер), обладая определенной заинтересованностью в том, чтобы права компании не нарушались, предъявляет требование действующим в ущерб ее правам управленцам. В этой связи Определение процессуального статуса *ответчика* по косвенному иску не выступает особым предметом спора среди ученых. Перечень лиц, которые

³ Пучинский В.К. Зарубежный гражданский процесс. М.: Зерцало, 2008. С. 250.

⁴ Ермакова Е.П. Гражданский процесс, арбитраж и медиация в странах Северной Африки (Алжир и Египет). Монография. Москва, Изд. Инфотропик, 2019. С. 124.

могут быть ответчиками в косвенном содержится в Акте о компаниях 2006 года, он является исчерпывающим и закрытым. Согласно статье 260 ответчиками в процессе, инициированном косвенным иском, может быть директор (директора, если, совершая соответствующее деяние, они действовали сообща) или другое лицо, причастное к управлению компанией⁵.

Процессуальный статус *истца* по косвенному до сих пор выступает предметом дискуссий среди ученых. В Англии, согласно так называемому правилу «необходимых сторон», сформулированному в Правилах гражданского судопроизводства 1998 г. года и Акте о компаниях 2006 года, у субъекта, выступающего стороной в деле, должна быть как материальная, так и процессуальная заинтересованность. Но несмотря на это, как отмечает М. Скарлетт: «английское прецедентное право выработало исключение к правилу необходимых сторон, которое разрешает акционерам предъявить иск от имени компании за совершение сделок *ultravires* или угнетающие (*oppressive*) действия»⁶. Упомянутое исключение позволяет акционеру предъявлять косвенный иск, обладая лишь процессуальной заинтересованностью. Ряд исследователей полагают, что законодательное регулирование процессуального положения сторон в косвенных исках полностью отменяет возможность существования подхода, выработанного прецедентным правом⁷. Другие ученые считают, что правило, выработанное общим правом, применяется там, где статутного регулирования косвенного иска оказывается недостаточно⁸. На наш взгляд, процессуально-правовое регулирование косвенного иска должно осуществляться комплексно, учитывая, как законодательные положения, так и исключения, выработанные общим правом.

⁵ Companies Act 2006 (Section 2 is up to date with all changes known to be in force on or before 23 April 2020)//Legislation.gov.uk. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/2>. Дата обращения: 06.09.2020.

⁶ Scarlett A.M. Shareholder Derivative Litigations Historical and Normative Foundations. P. 859–860.

⁷ Koh P. Derivative Actions «Once Removed» // Journal of Business Law. 2010. P. 101.

⁸ Joffe V. Minority Shareholders: Law, Practice, and Procedure / V. Joffe, D. Drake, G. Richardson, D. Lightman, T. Collingwood. Oxford: Oxford University Press, 2011. P. 36–38.

Стороны по косвенному иску в США

В отличие от английского, американский законодатель представляет более детальное регулирование процессуального положения истца и ответчика в косвенном иске. Федеральными правилами гражданского процесса, закреплено право заинтересованного лица быть истцом в процессе. Кроме того, американским правом определены категории таких заинтересованных лиц, которые имеют право предъявлять иск от своего имени в защиту нарушенных интересов другого субъекта гражданских правоотношений. Согласно разделу 17 указанных правил к ним относятся: душеприказчики – лица, которым вверяется исполнение завещания умершего лица; опекуны и попечители; лица, получившие какие-либо вещи на ответственное хранение, доверительные собственники; иные лица, уполномоченные статусом⁹. Указанный перечень является открытым, а соответственно, законодательством штатов он может быть уточнен и расширен. Американское право в отличие от английского устанавливает строгие требования, которым должно соответствовать лицо, предъявляющее косвенный иск¹⁰. Так, законодателем установлено, что акционер предъявляющий иск в защиту компании должен подтвердить факт того, что являлся участником указанного юридического лица в момент совершения деяния, ставшего основанием предъявления требований ответчику или стал таким участником после указанного момента в силу закона¹¹. Однако в некоторых штатах эти требования были ужесточены. Например, в штате Луизиана требуется чтобы косвенный иск соответствовал следующим критериям. Во-первых, необходимо чтобы в иске отражалось соблюдение процедуры предъявления требования о требовании к установленным законодательством субъектам (совету директоров, собранию акционерам и т.д.), а в случае его непредъявления доказательств,

⁹ Federal Rules Civil Procedure. DECEMBER 1, 2014 // For sale by the Superintendent of Documents, U.S. Government Printing Office. URL: <https://www.law.cornell.edu/rules/frcp> Дата обращения: 06.09.2020.

¹⁰ Ермакова Е.П. Реформы гражданского судопроизводства, арбитража и медиации в зарубежных странах 2014–2018 гг. (Австралия, Англия, Германия, Канада, США, Франция). Монография. М. Изд. Инфотропик, 2018. С. 178.

¹¹ Federal Rules Civil Procedure. DECEMBER 1, 2014 // For sale by the Superintendent of Documents, U.S. Government Printing Office. URL: <https://www.law.cornell.edu/rules/frcp> Дата обращения: 06.09.2020

свидетельствующих о бесполезности соблюдения данной процедуры. Во-вторых, иск должен пройти процедуру верификации, то есть он должен быть подтвержден посредством аффидевита истца.

Досудебный порядок урегулирования споров по косвенному иску в США и Великобритании

Досудебный порядок урегулирования спора по косвенному иску в Великобритании

Великобритании косвенный иск не предусматривает обязательной процедуры досудебного урегулирования споров. Однако несмотря на это, стороны в процессе стараются придерживаться Практических указаний 1999 г. – нормативно-правового документа, положения которого посвящены тому, как должны действовать субъекты гражданских правоотношений перед тем, как предъявлять исковое заявление в суд. Сама процедура досудебного урегулирования спора по косвенному иску заключается в следующем. Истец до предъявления требования в суд, осуществляет в адрес ответчика отправку советующей информации о намерении обращения в государственный орган с исковым заявлением, указав при этом его предмет и основания. Как указано в Практических указаниях 1999 г., ответчик в этой связи должен уведомить истца о получении советующего письма, а также в течение разумного периода направить его адресанту ответ с изложением своего видения спора и предложением к его скорейшему урегулированию¹². В доктрине отмечается, что «по общему правилу истец направляет письмо и компании, и предполагаемым ответчикам по делу, в некоторых случаях для истца будет необходимо вступить в переписку либо с компанией, либо с предполагаемым ответчиком»¹³.

Досудебная процедура урегулирования споров по косвенным искам в США

В США процедура отправки требования сначала ответчику, а потом в суд – это, обязательное условие реализации права на обра-

¹² PracticeDirection – Pre – ActionConductURL:https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre-action_conduct (Дата обращения: 06.09.2020).

¹³ Joffe V. Minority Shareholders: Law, Practice, and Procedure / V. Joffe, D. Drake, G. Richardson, D. Lightman, T. Collingwood. Oxford: OxfordUniversity Press, 2011. P. 42.

щение в суд¹⁴. И в этом заключается основная отличительная черта досудебной процедуры по косвенному иску в английском и американском праве.

Для того, чтобы инициировать процесс по косвенному иску в Америке, необходимо сначала направить требования ответчику, тем самым соблюсти досудебную процедуру урегулирования конфликта. Нужно подчеркнуть, что в случае игнорирования данной обязанности истцу будет отказано в принятии косвенного иска. Поэтому американским законодательством четко определен круг субъектов, которым следует направлять требование перед тем, как отправлять его в суд, а судебная практика закрепила сроки, которыми должны руководствоваться стороны в данной ситуации. Так, согласно статье 23.1 Федеральных правил гражданского процесса (Federal Rules Civil Procedure) 1938 г. косвенный иск, предъявляемый в суд должен содержать информацию о первоначальном направлении требования, являющегося предметом иска следующим субъектам гражданского права: директору (или директорам, если их несколько); иным лицам, уполномоченным на совершение действий по администрированию деятельности компании и акционерам, если это необходимо¹⁵.

Некоторые юристы негативно относятся к необходимости соблюдения досудебной стадии рассмотрения дела, так, например, А.М. Скарлетт утверждает, что требование от требования выступает как «значительный процессуальный барьер для предъявления косвенного иска»¹⁶. Но несмотря на это, в американском праве существует ряд показательных прецедентов, в которых судом четко определено, что истец обязан ознакомить ответчика с предметом и основаниями иска¹⁷. Так в решении по делу *Seidel v. Allegis Corp* 1989 г.,

¹⁴ Frolova E.E., Inshakova A.O., Dolinskaya V.V. The Concept and Legal Framework for Judging Corporate Conflicts on the US Financial Market. В книге: «Conflict-Free» Socio-Economic Systems: Perspectives and Contradictions Bingley, West Yorkshire, 2019. С. 101–108.

¹⁵ Federal Rules Civil Procedure. December 1, 2014 // For sale by the Superintendent of Documents, U.S. Government Printing Office. URL: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/Rules%20of%20Civil%20Procedure> (Дата обращения 06.09.2020)

¹⁶ Scarlett A.M. Imitation or Improvement? The Evolution of Shareholder Derivative Litigation in the United States, United Kingdom, Canada, and Australia // *Arizona Journal of International & Comparative Law*. 2011 Vol. 28. No 3. P. 578.

¹⁷ Артемьева Ю.А., Ермакова Е.П., Ковыршина Н.А., Русакова Е.П. Способы разрешения споров в разносистемных правовых порядках. М.: Инфотропик Медиа, 2017, С. 25–27.

суд констатировал: «R. 23.1 ФППП устанавливает процессуальные требования, которым акционер должен соответствовать перед тем, как он предъявит в суд косвенный иск»¹⁸. Поскольку косвенный иск оспаривает предположение, что собрание директоров управляет компанией добросовестно, акционер может предъявить производный иск только после того, как продемонстрирует, что требование о требовании было бы бесполезным (futile) или что он предъявил требование корпорации и собрание директоров отказалось последовать ему. Требование должно обеспечивать извещение о сложившейся ситуации и предоставлять директорам компании возможность использовать их деловое решение (business judgment) при принятии любого действия, исправляющего ситуацию»¹⁹.

В заключение, следует согласиться с мнением Т.А. Васильевой, что в реальности говорить о единой англо-саксонской концепции косвенного иска не приходится, потому что, что английское и американское процессуальное регулирование косвенного иска обладает существенными различиям.

¹⁸ Seidel v. Allegis Corp 702 F. Supp. 1409 (N.D. Ill. 1989).

¹⁹ Seidel v. Allegis Corp., 702 F. Supp. 1409 (N.D. Ill. 1989).

Научное издание

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ПРАВООТНОШЕНИЙ ГРАЖДАНСКОГО ОБОРОТА В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ

Издание подготовлено в авторской редакции

Компьютерная верстка *Е.В. Попова*
Дизайн обложки *М.В. Рогова, Ю.Н. Ефремова*

Подписано в печать 31.12.2020. Формат 60×84/16.
Бумага офсетная. Печать офсетная. Гарнитура Таймс.
Усл. печ. л. 26,27. Тираж 100 экз. Заказ 1511.

Российский университет дружбы народов
115419, ГСП-1, г. Москва, ул. Орджоникидзе, д. 3

Типография РУДН
115419, ГСП-1, г. Москва, ул. Орджоникидзе, д. 3, тел. 952-04-41