

**МИНИСТЕРСТВО НАУКИ И ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

**ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ БЮДЖЕТНОЕ
ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
«САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ
ЭКОНОМИЧЕСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ»**

КАФЕДРА УГОЛОВНОГО ПРАВА И УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

**ПРАВО И СОВРЕМЕННАЯ ЭКОНОМИКА:
НОВЫЕ ВЫЗОВЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ**

**СБОРНИК МАТЕРИАЛОВ
II НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКОЙ КОНФЕРЕНЦИИ
С МЕЖДУНАРОДНЫМ УЧАСТИЕМ
ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКУЛЬТЕТА СПбГЭУ**

9 апреля 2019 года

*Под научной редакцией канд. юрид. наук,
доцента Н.А. Крайновой*

**ИЗДАТЕЛЬСТВО
САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО
ЭКОНОМИЧЕСКОГО УНИВЕРСИТЕТА
2019**

ББК 67
П68

П68 **Право** и современная экономика: новые вызовы и перспективы : сборник материалов II научно-практической конференции с международным участием юридического факультета СПбГЭУ. 9 апреля 2019 г. / под науч. ред. канд. юрид. наук, доцента Н.А. Крайновой. – СПб. : Изд-во СПбГЭУ, 2019. – 555 с.

ISBN 978-5-7310-4657-2

В сборнике опубликованы научные материалы выступлений участников II научно-практической конференции с международным участием «Право и современная экономика: новые вызовы и перспективы», состоявшейся на юридическом факультете Санкт-Петербургского государственного экономического университета 9 апреля 2019 года.

Доклады участников конференции из России, Италии и других стран охватывают проблемные вопросы правового регулирования мировой, зарубежной и российской экономики, рассмотренные с теоретической и практической сторон.

Сборник рассчитан на широкий круг читателей, интересующихся юридической наукой, студентов, аспирантов и профессорско-преподавательский состав университетов, обучающихся юридическим специальностям, а также правоприменителей и практиков.

ББК 67

Редакционная коллегия: **Абрамова Е.Н.** – доцент кафедры гражданского и корпоративного права, канд. юрид. наук, доцент; **Бернацкий Г.Г.** – зав. кафедрой теории и истории государства и права, д-р юрид. наук, профессор; **Васянина Е.Л.** – зав. кафедрой финансового права, д-р юрид. наук, доцент; **Кораев К.Б.** – зав. кафедрой предпринимательского и энергетического права, канд. юрид. наук, доцент; **Крайнова Н.А.** – декан юридического факультета, канд. юрид. наук, доцент; **Свистунова Л.Ю.** – доцент кафедры конституционного и административного права, канд. юрид. наук, доцент; **Чабукиани О.А.** – доцент кафедры уголовного права и уголовного процесса, канд. юрид. наук, доцент

ISBN 978-5-7310-4657-2

© СПбГЭУ, 2019

РАЗДЕЛ I**СТАТЬИ УЧАСТНИКОВ СЕКЦИИ
«ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА»**

**Ответственный за организацию работы секции – зав. кафедрой теории
и истории государства и права СПбГЭУ, д-р юрид. наук, профессор
Г.Г. Бернацкий**

М.О. Акишин, д-р ист. наук, канд. юрид. наук,
профессор кафедры теории и истории государства и права
Ленинградского государственного ун-та им. А.С. Пушкина

Дискуссионные вопросы теории правового регулирования

Становление демократического, социального и правового государства в современной России актуализировала проблематику правового регулирования и вызвала дискуссии в научном сообществе. Из всего спектра обсуждаемых вопросов в этом сообщении хотелось бы остановиться только на трех – определении понятия «правовое регулирование», анализе уровней правового регулирования и его субъектного состава.

В настоящее время сложился ряд подходов к определению понятия «правовое регулирование». Их обзор осуществлен в 2000-х гг. М.Ю. Осиповым и С.Н. Ревиной¹. Среди наиболее распространенных подходов, прежде всего, следует назвать узкий подход, в рамках которого различается правовое и индивидуальное регулирование. Его истоки следует искать в советском правоведении 1960–1980-х гг., когда в условиях господства легизма и юридического позитивизма правовое регулирование понималось как процесс целенаправленного воздействия государства на общественные отношения путем создания правовых норм и их применения².

В 1960–1980-х гг. С.С. Алексеев обосновал позицию, согласно которой правовое регулирование определялось как целенаправленное воздействие государства на общественные отношения с помощью норм права и разработал теории «нормативного» и «индивидуального» регулирования³. Развивая эту теорию, В.В. Глазырин и В.И. Никитинский пришли к выводу о том, что разграничение правового и индивидуального регулирования основано на следу-

¹ Осипов М.Ю. Правовое регулирование как динамическая система // Право и политика. 2006, №11. С. 17 – 31; Ревина С.Н. О правовом регулировании и правовом воздействии // Вестник Нижегородской академии МВД России. 2012, № 17. С. 48 – 49.

² Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М., 1966; Горшенев В.М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. М., 1972.

³ Алексеев С.С. Общая теория права. М., 1981. Т. 1. С. 49 – 51.

ющем правиле: «Общие свойства объектов правового воздействия, существенные для правового регулирования данного вида общественных отношений, должны найти отражение в норме права (как правиле общего действия), индивидуальные же характеристики объектов... отражаются на уровне правоприменения путем предоставления законом соответствующих возможностей для усмотрения правоприменителя»⁴.

Существенные коррективы в эту теорию внес В.В. Ершов. Он рассматривает правовое и индивидуальное регулирование как парные категории⁵. По его мнению, правовое регулирование осуществляется принципами и нормами права. Однако принципы и нормы права регулируют лишь родовые и видовые особенности общественных отношений, что объективно обуславливает неизбежность индивидуального регулирования сложившихся правоотношений⁶. Проводя классификацию индивидуального регулирования, В.В. Ершов по критерию субъектов регулирования выделяет: «(1) индивидуальное договорное регулирование; (2) индивидуальное медиативное регулирование; (3) индивидуальное судебное регулирование»⁷.

Широкий подход к определению правового регулирования разработал также С.С. Алексеев. В 1980-х гг. он сформулировал теорию четырех стадий правового регулирования, которые включали стадию формирования юридических норм; стадию возникновения прав и обязанностей (правоотношений) на основе соответствующего юридического факта; стадию реализации субъективных прав и юридических обязанностей; стадию применения права. В результате С.С. Алексеев определил правовое регулирование как осуществляемое при помощи права и всей совокупности правовых средств результативное воздействие на общественные отношения с целью их охраны и развития в соответствии с общественными потребностями⁸. В современности этот подход получил широкое распространение⁹.

Важный вклад в развитие широкого подхода к определению правового регулирования внесла Л.И. Антонова, выделив две его формы – «деятельност-

⁴ Глазырин В.В., Никитинский В.И. Эффективность правоприменительных актов // Советское государство и право. 1984, № 2. С. 16.

⁵ Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений. М., 2017. С. 66.

⁶ Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений. М., 2017. С. 79.

⁷ Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений. М., 2017. С. 80.

⁸ Алексеев С.С. Теория государства и права: учебник. М., 2014. С. 308.

⁹ Осипов М.Ю. Правовое регулирование как динамическая система: понятие, структура, функции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 6 – 7, 11; Долгополова М.В. Актуальные проблемы предмета и метода правового регулирования: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2009. С. 11; Ревина С.Н. О правовом регулировании и правовом воздействии // Вестник Нижегородской академии МВД России. 2012, № 17. С. 49; Решетов Ю.С. Правовое регулирование и реализация права // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2015. Вып. 3(29). С. 24 – 25 и др.

ную» и «инструментальную». «Деятельностная» форма является господствующей в период социальных преобразований, когда происходит поиск новых методов правового воздействия на общественные отношения, разработка новых нормативно-правовых актов с целью обеспечения эффективного юридического опосредования новых явлений и процессов социальной практики. «Инструментальной» форма становится приоритетной после окончания реформирования нормативно-правовой системы и осуществляется посредством практического овладения юридическим инструментарием, использованием его для упрочения правопорядка¹⁰.

В настоящее время в России происходит процесс формирования демократического, правового и социального государства при явном преобладании «деятельностной» формы правового регулирования. Но даже в условиях становления правовой и социальной государственности правовое регулирование осуществляется при помощи права и всей совокупности правовых средств. Об этом, в частности, свидетельствует анализ уровней и субъектов правового регулирования в современной России.

В современной теоретико-правовой науке выделяются наднациональный (международный) уровень, уровень федеративного государства (общегосударственный уровень), уровень субъекта федерации (региональный уровень), муниципальный уровень¹¹. Наряду с этими уровнями, где регулирование осуществляется публичными органами власти, в советском и российском правоведении был выделен локальный уровень правового регулирования в сфере трудовых отношений¹².

В юридической науке широко представлено мнение о том, что субъектами правового регулирования выступают только публичные органы, наделенные правотворческой компетенцией. Дискуссия при таком подходе возникает только о роли судебных органов. Так, М.В. Долгополова рассматривает суд в качестве субъекта правового регулирования, «поскольку он устанавливает («находит») и формулирует нормы права, не закрепленные в нормативных правовых актах»¹³. В.В. Ершов настаивает на том, что суд является субъектом только индивидуального регулирования «... субсидиарно регулирующим общественные отношения на основе и в пределах принципов и норм права»¹⁴.

¹⁰ Антонова Л.И. Правовое регулирование: понятие, формы осуществления // Северо-Западная академия государственной службы. Ежегодник 2001. СПб., 2002. С. 186.

¹¹ Газизова Л.М. Правовое регулирование на уровне субъекта федеративного государства: историко-теоретический аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Уфа, 2019 и др.

¹² Антонова Л.И. Локальное правовое регулирование: Теоретическое исследование. Л., 1985.

¹³ Долгополова М.В. Актуальные проблемы предмета и метода правового регулирования: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2009.

¹⁴ Ершов В.В. Право и неправое: дискуссионные вопросы теории и практики // Российское правосудие. 2013. № 1. С. 24 – 31.

Думается, такой подход обусловлен широко распространенной в современности теорией властеотношения, которая сложилась в философии и юридической науке в имперский и советский периоды. Согласно этой теории, властеотношение – это ассиметричное воздействие субъекта власти (государства, его органов и должностных лиц) на объект властвования (подвластных и их организации)¹⁵. Однако, как справедливо отмечал еще в советский период М.М. Бахтин, «личность не объект, а другой субъект»¹⁶.

Субъект-объектный подход к властеотношениям и правовому регулированию неприемлем в демократическом и правовом государстве, каковым согласно ч. 1 ст. 1 Конституции РФ является современная Россия. В правовом государстве и властвующий, и подвластные обладают взаимными правами и обязанностями. При этом, важно подчеркнуть, что не только государственные органы и должностные лица, но и государство в целом становится субъектом юридической ответственности¹⁷.

В правовом государстве власть является системой волевых ассиметричных отношений общего и индивидуального характера, которые структурируют процессы правотворчества, управления и правосудия, а также обеспечивают навязывания воли властвующего подвластному с помощью принуждения. Эти отношения основываются на нормах материального права и протекают в процессуально-правовой форме, т.е. являются правоотношениями и имеют процедурно-процессуальную форму.

Отсюда, все участники правового регулирования (и властвующие, и подвластные) являются его субъектами. Важно подчеркнуть, что в правовом государстве регулирование осуществляется под контролем гражданского общества, включая деятельность политических партий, правозащитных организаций, обществ защиты прав потребителей и т.д. Объектом правового регулирования являются поведение властвующего и подвластного субъектов, предписанное им нормами права.

Подведем итоги. В современной России преобладает «деятельностная» форма правового регулирования, которая осуществляется с использованием права и всех правовых средств на наднациональном, федеральном, региональном, муниципальном и локальном уровнях. Субъектами правового регулирования являются не только властвующие органы и должностные лица, но и подвластные – личности, организации и гражданское общество в целом. Важную роль в правовом регулировании играют обратные связи. В частности, институты гражданского общества воздействуют на государственную власть при осуществлении ею правотворческой и правоприменительной деятельности.

¹⁵ Ледяев В.Г. Власть: концептуальный анализ. М., 2001. С. 120 – 121.

¹⁶ Бахтин М.М. Эстетика словесного творчества. М., 1979. С. 326.

¹⁷ Антонова Л.И. Введение // Ответственность государства перед частными лицами (опыт комплексного исследования) /Под ред. Л.И. Антоновой. Т. 1. СПб., 2012. С. 10 – 17.

*Г.Г. Бернацкий, д-р юрид. наук,
зав. кафедрой теории и истории
государства и права СПбГЭУ*

Противоположные тенденции экономического развития в современном мире

Лауреат Нобелевской премии экономист Леонтьев В.В. пишет: «Когда я объясняю студентам, как функционирует экономика страны, сравниваю ее с яхтой в море. Чтобы дела шли хорошо, нужен ветер, – это заинтересованность. Руль — государственное регулирование»¹⁸. В капиталистической экономике, где доминирует частная собственность, существует высокая заинтересованность. В море дует сильный ветер, он наполняет паруса, и яхта быстро летит по волнам. Но на этой яхте слабый руль. Поэтому яхта все время рискует вылететь на рифы или мель. При капитализме регулярно возникают кризисы. С другой стороны, в социалистической экономике, где господствует государственная собственность, действует сильное государственное регулирование. Яхта хорошо управляется, однако на море дует совсем слабый ветер, и поэтому яхта движется медленно. Экономика развивается медленно и даже приходит в стагнацию.

XX век прошел под знаком конкуренции двух противоположных экономических систем – капиталистической и социалистической. Противоборствуют две тенденции – доминирование в экономике частной собственности, либо публичной (государственной) собственности. Кто-то может утверждать, что в современном мире капиталистическая модель полностью победила. Наша страна распрощалась с социалистической моделью. Однако Китай остается социалистической державой и выходит на первое место по экономическому развитию в мире. Едва ли сейчас кто-то будет утверждать, что социалистическая модель полностью себя исчерпала.

Мы утверждаем, что нет одной наиболее эффективной формы собственности на все времена, для всех стран и в любых условиях. У каждой формы собственности есть граница применимости, или мера эффективного действия, за которой она становится уже неэффективной или даже опасной для общества.

Франция и Англия на протяжении нескольких столетий ведут спор о том, какая собственность наиболее эффективная. Во Франции традиционно преобладает публичная собственность, а в Англии – частная. В США доминировала частная собственность до великого кризиса 1930-х годов. Новый курс Рузвельта усилил государственное регулирование и рост государственной собственности. Финансовый кризис 2008 г. разразился во многом из-за того, что огромные финансовые средства находились в руках частных лиц, которые

¹⁸ Леонтьев В. Экономические эссе. Теории, исследования, факты, политика. М., 1990. С. 11-15

склонны к мошенничеству. В тот период президент Франции Н. Саркози выступил с программой – установить мировое правительство для контроля над финансовыми институтами мира. Необходим надгосударственный контроль! Фактически – это призыв к финансовому социализму. В 1994 и 1995 годах **Британские железные дороги**, находящиеся в государственной собственности, были разделены на несколько компаний и приватизированы в период с 1996 по 1997 год. Однако приватизация не дала ожидаемых результатов. Оказалось, что частная собственность не эффективна в определённых условиях.

Сама жизнь в XX веке делала вывод о том, что исключительно государственная собственность, либо исключительно частная собственность – односторонняя неэффективная модель и она ведет к кризису. На первый план выдвигается смешанная экономика. К такому положению дел приходит эмпирическое хозяйство разных стран. Однако она не отвечает на теоретические вопросы. Например, какие секторы экономики наиболее эффективно действуют в частных руках, а какие следует оставлять в руках государства. Почему исторически то нарастает частная собственность и уменьшается государственная, то наоборот, нарастает государственная. Как объяснить изменение баланса между частной и государственной собственностью.

Можно утверждать, что в современном мире требуется не просто смешанная экономика, но экономика, в которой происходит постоянная тонкая настройка модели собственности на более эффективное функционирование, где учитываются не только частные интересы собственника, но и публичные интересы общества, причем эти интересы многогранны. У каждой формы собственности есть граница применимости, или мера эффективного действия, за которой она становится уже неэффективной или даже опасной для общества. Например, частная медицинская клиника может работать более эффективно, чем государственная. Однако в погоне за прибылью клиника начинает назначать ненужные анализы, проводить ненужные операции, тянуть деньги с пациента. Клиника становится опасной. Вот мера – погоня за прибылью не должна переходить грань добросовестного лечения. Или, к примеру, деятельность крупной горнодобывающей компании не должна приводить к разрушению экосистемы.

Общество, выбирая ту или иную форму собственности, руководствуется конкретными историческими и природными условиями, уровнем развития населения, внешними факторами, общенациональными ценностями и святынями. Например, в ст. 5 Конституции Монголии сказано: «Скот является национальным достоянием и охраняется государством». Для Монголии сельскохозяйственный скот является общенациональной ценностью и находится под защитой государства, даже если он в частных руках.

Конституции современных государств определяют основы экономического строя общества. В них устанавливаются допустимые формы собственности, тип экономики, цели экономического развития, средства реализации экономического роста. Причем мы помним, что одно и то же государство спо-

собно в течение нескольких десятилетий менять в конституции формы собственности и тип экономики на противоположные. Люди заняты вечным поиском наиболее эффективной формы собственности для данного времени и данных обстоятельств. Невозможно дать один рецепт эффективной формы собственности для всех народов и на все времена.

В конституцию страны следует записать принцип, который можно назвать принципом эффективности собственности: «Каждая форма собственности имеет границу применимости, или меру эффективного действия, за которой она становится неэффективной или даже опасной для общества. Государство обязано осуществлять контроль за использованием собственности. Собственность обязывает. Пользование собственностью должно одновременно служить общему благу». Такой принцип позволил бы конституционно закрепить положение, что каждая форма собственности хороша на своем месте, в свое время и в определённых границах. Это будет сдерживать государство и общество от шаrahаний то исключительно в частную, то в государственную собственность.

Другой парой альтернативных тенденций в экономике мира можно считать движение к эффективной, либо справедливой экономике.

Элементами социальной справедливостью в современном обществе считаются: обеспечение работой каждого трудоспособного человека, получение достойной заработной платы, социальное обеспечение инвалидов, детей без родителей. Можно сказать, что социальная справедливость реализуется в государстве, если достигаются цели, провозглашаемые принципами социального государства. Ст. 7 Конституции РФ утверждает: «1. Российская Федерация – социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека. 2. В Российской Федерации охраняются труд и здоровье людей, устанавливается гарантированный минимальный размер оплаты труда, обеспечивается государственная поддержка семьи, материнства, отцовства и детства, инвалидов и пожилых граждан, развивается система социальных служб, устанавливаются государственные пенсии, пособия и иные гарантии социальной защиты».

Экономическая эффективность направлена на увеличение общественного продукта. Эффективность возрастает путем повышения производительности труда, внедрения новых технологий, совершенствования методов организации производства и т.д. Но такая система порождает нарушение социальной справедливости: богатые богатеют, а бедные беднеют, растёт число безработных, интенсивность и эксплуатация труда возрастает, растёт число малоимущих, бездомных. Если в стране кризис, то весь народ должен совместно нести его тяготы. Однако почему каждый год увеличивается число миллиардеров России. X съезд Федерации независимых профсоюзов России 22 мая 2019 года в Москве принял Программу ФНПР «За справедливую экономику»¹⁹. Во Франции президент Э. Макрон, вступая в должность, обещал развитие эффективной экономики.

¹⁹ См. Официальный сайт ФНПР: <http://www.fnpr.ru>

Но простые граждане Франции посчитали себя обманутыми. Движение «желтые жилеты» уже много месяцев воюет на улицах страны за справедливость в экономике.

Вектор Рынка и вектор Справедливости имеют противоположную направленность. Экономическая эффективность в определенной степени противоречит социальной справедливости.

Еще одной парой альтернативных тенденций в экономике мира следует признать движение в сторону национальной, либо интернациональной экономики.

Приход президента Трампа в Белый дом США ознаменовался резким поворотом экономической политики страны. Трамп провозгласил лозунг: «Сделаем Америку снова великой». В экономическом отношении это означает национальный экономический эгоизм: надо производить товары у себя в стране, а не закупать; надо увеличивать рабочие места у себя в стране; пусть товары будут дороже, но зато будут рабочие места и не будет безработицы; пусть товары будут худшего качества, но зато будет расти собственная экономика; пусть производство будет менее эффективное, чем китайское или немецкое, но в стране будет расти доход бюджета; немецкие автомобили создают угрозу для национальной безопасности США; надо не пускать иностранные товары в страну и вывозить свои товары за границу. США заставят другие страны путем политического давления и военных угроз покупать американские товары. Долой либеральную экономику со свободой рынка.

Национальная экономика действует против свободы международного рынка, свободы конкуренции, свободы передвижения товаров и финансов, свободы передвижения трудовых ресурсов. Фактически она против международной эффективности экономики. В последнее десятилетие усиливаются экономические войны: устанавливаются чрезмерные таможенные барьеры, вводятся санкции против конкурентов, вводятся санкции против тех, кто сотрудничает с конкурентами, усиливаются угрозы военного вмешательства. В странах бывшего Советского союза путем информационных войн, шантажа и подкупа элиты устраиваются оранжевые революции, чтобы перетащить эти страны в зону собственного экономического влияния и сделать их рынками сбыта для западных товаров.

Трамп не одинок в своей тенденции к национальному экономическому эгоизму. Китай практически закрыл свой внутренний рынок для иностранных товаров. Европейский Союз ввел санкции и закрыл свой рынок для России. Россия частично закрыла свой рынок для сельхозтоваров с Запада. Экономическое национальное обособление стран усиливается. После выборов в Европарламент в мае 2019 года и усиления позиций евроскептиков возросли разговоры о распаде ЕС на национальные государства. Великобритания решительно высказалась за выход из ЕС.

Глобализация терпит полный крах. Отвергается либеральная рыночная экономика, международные принципы экономической деятельности, на которых стояла западная экономика в последние 200 лет. Главным приоритетом

становится национальный экономический эгоизм, а не интернациональное сотрудничество и конкуренция. Эта тенденция может привести к новой мировой войне.

Академик Степин В.С. утверждает, что Западная цивилизация исчерпала свои возможности: она потеряла способность к творчеству, она не может выдвигать новые позитивные цели, решать крупные задачи, создавать новые ценности в науке, искусстве, культуре, ее энергия иссякла. Папа Римский Франциск выступил в 2014 г. перед Европейским парламентом и Парламентской ассамблеей Совета Европы (ПАСЕ) в Страсбурге с критикой «состарившейся» Европы. Она теряет не только свое политическое, но и идейное влияние в мире. Оценивая Единую Европу папа Римский был беспощаден. Он сравнил ее с «пожилой дамой». Ее образ связывают с «усталостью и старением», а не с «живостью и плодотворностью»²⁰. Папа Римский осудил господствующую психологию потребления, «эгоистичный стиль жизни с его отныне невыносимым изобилием и безразличием к окружающему миру, в особенности, к бедным». Папа заклеил Западный мир: «Великие идеалы, которые вдохновляли Европу, похоже, потеряли притягательную силу. Растет недоверие граждан к институтам ЕС... принимаемые им законы для некоторых народов просто бесполезны, если не сказать вредны». Британский евроскептик Найджел Фарадж подвел итог: «Это современный папа. Папа XXI века. Он назвал ЕС усталым, изможденным и бесплодным».²¹

Вместе с тем академик Степин В.С. указывает, что Западная цивилизация агрессивна по сути. Она не уйдет добровольно и мирно с исторической арены. Однако мир стремится к возникновению новой цивилизации, которую он называет «договаривающейся» цивилизацией.

*А.А. Гавриш, ассистент
кафедры теории и истории
государства и права СПбГЭУ*

О некоторых процессуальных нормах, препятствующих осуществлению правосудия в России

Одна из основных функций государства – осуществление правосудия.

В современных государствах эта функция принадлежит судебной ветви власти, то есть судам. Не является исключением и Россия.

²⁰ См. напр.: <http://ru.rfi.fr/evropa/20141125-papa-rimskii-napomnil-parlamentariyam-o-velikh-evropeiskikh-idealakh>

²¹ park72.ru/politics/50201/

Согласно ч. 1 ст. 118 Конституции РФ правосудие в Российской Федерации осуществляется только судом.

Согласно ст. 1 Федерального конституционного закона от 31.12.1996 № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» судебная власть в Российской Федерации осуществляется только судами в лице судей и привлекаемых в установленном законом порядке к осуществлению правосудия присяжных и арбитражных заседателей. Никакие другие органы и лица не вправе принимать на себя осуществление правосудия.

Что такое правосудие?

Понятие правосудия в истории развития государств содержало в себе разные смысловые оттенки, хотя всегда было и нечто общее.

Общим было, прежде всего, понимание, что правосудие – это справедливое разрешение споров в обществе по каким-то установленным правилам.

Предложим некоторые размышления о том, что должно подразумевать современное правосудие.

Правосудие – это деятельность специальных компетентных органов государственной власти по справедливому разрешению социальных конфликтов на основе заранее определенных и известных правил (закона) и в специальном заранее определенном (законом) порядке.

Раскроем это определение.

- Правосудие должно осуществляться специальными органами, то есть конкретными и заранее определенными. Правосудие не может осуществляться всеми или несколькими разнородными органами власти.

- Правосудие должно осуществляться компетентными органами власти, то есть с одной стороны эти органы должны быть уполномочены на осуществление правосудия законом, с другой стороны, лица, работающие в этих органах, должны обладать необходимыми и достаточными знаниями и опытом для осуществления правосудия.

- Правосудие должно быть справедливым. Что понимать под справедливостью в целом и применительно к правосудию в частности – отдельный сложный вопрос, требующий самостоятельного исследования, но мы бы назвали правосудие справедливым, если оно хотя бы соответствует всем признакам, указанным нами в определении выше.

- Смысл правосудия – разрешать социальные конфликты.

- Разрешение социального конфликта должно осуществляться на основе правил, заранее определенных и общеизвестных (имеются ввиду материальные нормы права).

- Правосудие должно осуществляться в специальном порядке, который тоже должен быть заранее определен и общеизвестен (имеются ввиду процессуальные нормы права).

Если исходить из перечисленных выше признаков правосудия, то, по нашему мнению, судебная система России в настоящий момент неспособна осуществлять функцию правосудия.

Для этого мы видим разные причины, но мы не будем перечислять и анализировать их в настоящей работе, к тому же, не все они носят правовой характер. Мы остановимся лишь на одном правовом аспекте, который, возможно, является не причиной, а следствием проблем судебной системы России.

Речь идет о некоторых нормах действующего процессуального законодательства России²², которые, на наш взгляд, несовместимы с осуществлением правосудия или, как минимум, препятствуют ему.

1. Нормы о порядке разрешения заявления об отводе судьи.

Процитируем соответствующие правила из разных процессуальных кодексов.

Согласно ч. 2 ст. 20 Гражданского процессуального кодекса РФ (ГПК РФ) «вопрос об отводе, заявленном судье, рассматриваемому делу единолично, разрешается тем же судьей.

...

Вопрос об отводе, заявленном нескольким судьям или всему составу суда, разрешается этим же судом в полном составе простым большинством голосов».

Согласно ч. 2 ст. 35 Кодекса административного судопроизводства РФ (КАС РФ) «отвод, заявленный судье, рассматриваемому административное дело единолично, разрешается тем же судьей».

Согласно ч. 4 ст. 35 КАС РФ «отвод, заявленный нескольким судьям или всему составу суда, рассматриваемому административное дело коллегиально, разрешается этим же судом в полном составе простым большинством голосов».

Аналогичные нормы содержатся в ст. 65 Уголовно-процессуального кодекса РФ (УПК РФ).

На наш взгляд, указанные нормы содержат очевидный изъян.

Заявление об отводе судьи рассматривается *тем же* судьей.

То есть лицо, которое обвиняется одним из участников процесса в пристрастности и необъективности, будет само решать, справедливо ли выдвинутое обвинение.

При таких обстоятельствах нарушается основополагающий общеправовой принцип известный еще со времён римского права «*Nemo iudex in propria causa*» - никто не может быть судьей в собственном деле.

Но именно это и происходит в случае разрешения заявления об отводе судьи.

Нам непонятно, как возможно существование подобной нормы в государстве, которое позиционирует себя как правовое и демократическое (ст.1 Конституции РФ).

Отметим, что единственный процессуальный закон, содержащий иные правила, это Арбитражный процессуальный кодекс РФ (АПК РФ).

²² Мы приведем три примера таких норм, хотя их гораздо больше. Но настоящая статья и не претендует на исчерпывающее рассмотрение данного вопроса.

В соответствии со ст. 25 АПК РФ «вопрос об отводе судьи, рассматривающего дело единолично, разрешается председателем арбитражного суда, заместителем председателя арбитражного суда или председателем судебного состава...

Вопрос об отводе, заявленном нескольким судьям или всему рассматриваемому делу составу суда, разрешается председателем арбитражного суда, заместителем председателя арбитражного суда или председателем судебного состава».

Таким образом, только в арбитражном процессе вопрос об отводе судьи решается не самим судьей, которому заявляется отвод, а иным лицом – председателем арбитражного суда, его заместителем или председателем судебного состава.

Хотя и такой порядок представляется не идеальным, но он, конечно, лучше, чем порядок, установленный в ГПК РФ, КАС РФ и УПК РФ.

Почему на протяжении стольких лет только АПК РФ устанавливает приемлемые нормы о порядке рассмотрения заявления об отводе судьи? Почему принятый совсем недавно новый процессуальный кодекс – КАС РФ – содержит в себе правила об отводе, аналогичные правилам ГПК РФ и УПК РФ, а не АПК РФ?

В литературе²³ неоднократно обращалось внимание на недостатки норм об отводе судьи, и даже высказывались предложения²⁴ по совершенствованию законодательства.

Однако время идет, а ничего не меняется, поэтому мы видим необходимость обращать внимание юридического сообщества снова и снова на эти вредные для осуществления правосудия нормы.

Огорчает и то обстоятельство, что Конституционный суд РФ (КС РФ) уже высказывал свою позицию по данному вопросу и указал, что соответствующие нормы об отводе судьи не нарушают права граждан²⁵.

Аргументация КС РФ нам кажется, мягко говоря, несостоятельной.

Вся правовая позиция²⁶ КС РФ фактически сводится к следующему:

- участники процесса должны доверять судьям России (может тогда вообще нужно убрать право на заявление отвода судье и нечего здесь обсуждать?);

²³ См., например: Хитренко (Панченко) А.И. Отвод судьи - гарантия беспристрастности суда при рассмотрении гражданских дел // Законы России: опыт, анализ, практика. 2017. № 7. С. 63 – 67; Михайлова А.А. Разрешение судьей заявления о собственном отводе при единоличном рассмотрении им гражданского дела, или Никто не судья в собственном деле // Арбитражный и гражданский процесс. 2015. № 5. С. 14–19, и др.

²⁴ См.: Петухов Н.А., Рябцева Е.В. Основные направления совершенствования порядка предупреждения конфликта интересов в судебной деятельности // Российская юстиция. 2018. № 12. С. 43 – 45; Хитренко (Панченко) А.И. Отвод судьи - гарантия беспристрастности суда при рассмотрении гражданских дел // Законы России: опыт, анализ, практика. 2017. № 7. С. 63-67.

²⁵ См., напр. Определение Конституционного Суда РФ от 26.05.2011 № 697-О-О.

²⁶ Мы ориентируемся, прежде всего, на Определение Конституционного Суда РФ от 26.05.2011 № 697-О-О.

- судья сам решает вопрос об обоснованности заявленного ему отвода, чтобы не затягивать судебное разбирательство из-за необоснованных заявлений и недобросовестных действий участников процесса (то есть важнее не допустить затягивание судебного процесса, чем обеспечить беспристрастность и объективность судьи? В арбитражном процессе почему-то такой проблемы не возникает);

- гарантией соблюдения принципа беспристрастности судьи, рассматривающего дело единолично, при разрешении вопроса о заявленном ему отводе является вынесение мотивированного определения (то есть гарантией беспристрастности судьи является обязанность судьи объяснить в определении, почему ему все-таки нужно доверять?);

- гарантией также, по мнению КС РФ, являются процедуры проверки вынесенных судебных постановлений вышестоящими судебными инстанциями (то есть гражданин будет судиться несколько лет, а потом в суде апелляционной инстанции, может быть, судьи вышестоящего суда согласятся, что судья первой инстанции был необъективен, и вернут дело на новое рассмотрение; обжаловать определение суда об отказе в удовлетворении заявления об отводе судьи отдельно от окончательного решения по делу нельзя!).

Таким образом, мы полагаем, что нельзя признать справедливым судебное разбирательство, в котором судья сам решает вопрос об обоснованности заявленного ему отвода. Это мало похоже на правосудие.

2. Следующий пример.

Согласно ч. 3 ст. 381 ГПК РФ «Председатель Верховного Суда Российской Федерации, его заместитель вправе не согласиться с определением судьи Верховного Суда Российской Федерации об отказе в передаче кассационных жалобы, представления для рассмотрения в судебном заседании суда кассационной инстанции и вынести определение о его отмене и передаче кассационных жалобы, представления с делом для рассмотрения в судебном заседании суда кассационной инстанции».

То есть законодатель предоставил право отменить определение судьи ВС РФ, но никаких процедур, устанавливающих порядок реализации этого права, не установил.

Чем должен руководствоваться Председатель ВС РФ при отмене определения судьи ВС РФ не указано. Нужно ли направлять обращение (и в какой форме) или он должен проверять определения по своей инициативе? В какой срок нужно обращаться с просьбой о проверке определения? Нужно ли платить пошлину?

Все эти и другие вопросы никак не разрешены в законодательстве и создают правовую неопределенность.

Указанный пробел в законодательстве своеобразно решается благодаря правовым позициям КС РФ и ВС РФ.

Фактически высшие суды установили, что ч. 3 ст. 381 ГПК РФ – это возможность третий раз обратиться с кассационной жалобой (хотя это не следует

из текста закона) при соблюдении всех необходимых требований, установленных в главе 41 ГПК РФ²⁷ (то же самое верно и для аналогичной нормы, закрепленной в ч. 4 ст. 323 КАС РФ²⁸).

Таким образом, высшие суды устранили созданную законодателем неопределенность. Однако насколько допустимой является ситуация, когда целый пласт процессуальных норм существует лишь в правовых позициях высших судов?

Мы полагаем такую ситуацию недопустимой и противоречащей принципу законности.

Все процессуальные нормы должны быть в процессуальном законе, а не в судебных актах (тем более нормы, касающиеся еще одной возможности обжаловать судебные акты в кассационной инстанции).

А если некоторые процессуальные правила появляются изначально в судебных актах, законодатель обязан реагировать на них, либо подтверждая их и вводя в процессуальный закон, либо отвергая их и вводя иное регулирование.

Право обратиться в суд с кассационной жалобой на судебные акты – это часть права на судебную защиту, одного из ключевых прав граждан. Но как гражданину реализовать свое право, если оно не закреплено в законе, а следует только из правовых позиций высших судов? Можно ли требовать от граждан знания всех правовых позиций судов?

На наш взгляд, конечно, нет!

Гражданин не может и не должен знать обо всех существующих правовых позициях судов. Гражданин должен иметь возможность обратиться к закону и прочесть, какую жалобу он может подать, сколько раз, в какой срок и т.д.

В результате сложившейся ситуации права граждан часто нарушаются только потому, что процессуальные правила о возможности подать кассационную жалобу в третий раз председателю ВС РФ содержатся не в законе, а в судебных актах высших судов, и граждане просто не знают о них. В итоге пропускается срок для подачи соответствующей жалобы или не оплачивается пошлина, и жалоба возвращается заявителю как поданная с нарушениями.

Это подтверждается большим количеством жалоб, поступающих в КС РФ по данному вопросу.

Такая ситуация мало похожа на правосудие как справедливое разрешение споров, основанное на законе и осуществляемое в установленном законом порядке. В данном случае порядок судебного разбирательства фактически установлен не законом, а высшими судами в своих актах.

Все процессуальные нормы должны быть в процессуальных кодексах, иначе мы способствуем созданию ситуации, при которой добиться правосудия можно только случайно и при большой удаче.

²⁷ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 05.02.2007 № 2-П; Определение Конституционного Суда РФ от 15.05.2017 № 908-О; Определение Конституционного Суда РФ от 23.06.2015 № 1364-О; Определение Верховного Суда РФ от 19.04.2013 № 77-КГ13-1.

²⁸ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 25.09.2014 № 2146-О; Определение Конституционного Суда РФ от 24.03.2015 № 608-О.

3. Наконец, еще один пример, на который мы хотим обратить внимание.

Согласно ч. 2 ст. 199 ГПК РФ «составление мотивированного решения суда может быть отложено на срок не более чем пять дней со дня окончания разбирательства дела».

Согласно ч. 2 ст. 177 КАС РФ «по сложным административным делам может быть объявлена резолютивная часть решения суда. Составление мотивированного решения суда может быть отложено на срок не более чем пять дней со дня окончания судебного разбирательства по административному делу, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом».

Согласно ч. 2 ст. 176 АПК РФ «в судебном заседании, в котором закончено рассмотрение дела по существу, может быть объявлена только резолютивная часть принятого решения. В этом случае арбитражный суд объявляет, когда будет изготовлено решение в полном объеме, и разъясняет порядок доведения его до сведения лиц, участвующих в деле».

Изготовление решения в полном объеме может быть отложено на срок, не превышающий пяти дней. Дата изготовления решения в полном объеме считается датой принятия решения».

Процитированные нормы касаются возможности судьи отложить изготовление судебного решения в полном объеме, то есть отложить составление его мотивировочной части.

Мотивировочная часть – важнейшая часть решения суда.

В этой части суд объясняет, почему он принял именно это решение, на каких нормах права он основывался, какие обстоятельства он принял во внимание, какие доказательства отверг и почему.

Без мотивировочной части решение суда не имеет смысла акта правосудия.

На наш взгляд нормы, позволяющие судьям изготавливать решение в полном объеме не сразу, а спустя какое-то время, чрезвычайно вредны для осуществления правосудия.

Благодаря этим нормам судья может сначала принять решение, «как ему подсказывает сердце», а потом он начинает подбирать аргументы (и правовые, и фактические), которые бы убедительно показали состоятельность его позиции.

Судья должен объявлять резолютивную часть только вместе с мотивировочной частью решения.

Введение этого правила никак не отразится на сроках судопроизводства, судьи и так постоянно задерживают изготовление мотивировочной части, что фактически удлиняет процесс судебного разбирательства, так как, не зная мотивировочной части, все равно решение обжаловать невозможно (с чем спорить, если позиция суда еще не изложена).

Нам представляется, что после того, как судья изучил все доказательства и закончил рассмотрение дела по существу, выслушал прения сторон, ему не нужно сразу удаляться в совещательную комнату для принятия решения.

Пусть судья вместо этого назначит дату окончательного судебного заседания, на котором он огласит решение в полном объеме.

Это даст время судье еще раз изучить материалы дела и принять обоснованное решение.

К вопросу о составлении мотивировочной части.

Недавно публично обсуждалась²⁹ законодательная инициатива об отмене требования обязательного изготовления мотивировочной части судебного решения за некоторыми исключениями.

Особенно тревожит, что эта инициатива принадлежала ВС РФ.

Российское юридическое сообщество с самого начала оказало большое сопротивление этой инициативе.

Согласиться с тем, что судья не обязан мотивировать свои решения, все равно что отказаться от правосудия. Неважно, о какой категории дел идет речь. Если дело рассматривается судьей, решение по нему должно быть обосновано, а значит всегда должно содержать мотивировочную часть. Судья не должен быть чиновником.

Если мы хотим сохранить именно судебную систему, а не судебные органы исполнительной власти, мы не можем допускать подобные инициативы.

Обнадешивает, что эта инициатива в итоге не нашла поддержки в Государственной думе РФ³⁰.

Итак, в настоящей работе мы попытались обратить внимание на некоторые из недостатков процессуального законодательства России, препятствующих, на наш взгляд, осуществлению правосудия.

Надеемся, что различные недостатки процессуального законодательства России будут и дальше обсуждаться юристами.

Выражаем также надежду, что, прежде всего, адвокатское сообщество (как профессиональное сообщество, защищающее и отстаивающее закон в своей ежедневной деятельности) возьмет на себя более активную роль в выдвижении предложений по совершенствованию законодательства России.

С.В. Игнатьева, профессор кафедры гражданского права и гражданского процесса Санкт-Петербургского университета МВД России, д-р юрид. наук, профессор, заслуженный работник высшей школы РФ.

Роль государства и права в обеспечении экономических прав и интересов предпринимателей в условиях реформирования российской экономики

Болезненный процесс реформирования российской экономики, становление предпринимательского хозяйства, основанного на экономической самостоятельности, ответственности и конкуренции производителей, требует

²⁹ См.: <https://ria.ru/20180419/1518999659.html>

³⁰ См.: <https://rg.ru/2018/11/06/gosduma-otkazalas-likvidirovat-motivirovochnuiu-chast-sudebnyh-reshenij.html>

переосмысления места и роли государства и права в экономике, форм и методов государственного воздействия с учетом соблюдения оптимального баланса механизмов рыночной саморегуляции и государственного регулирования рынка. Объективная необходимость государственного вмешательства в экономические процессы, обусловленная несовпадением, а нередко и противоположностью интересов предпринимателей, производителей, потребителей, предпринимателей и общества в целом сегодня мало у кого вызывает сомнения. Такая противоречивость интересов обусловлена самим характером товарного (рыночного) хозяйства. Задача государства - смягчить эти противоречия, обеспечить эффективное функционирование бизнеса при условии социальной защищенности человека - в этом одно из важнейших направлений его деятельности как средства сохранения стабильности в обществе.

Необходимо отметить, что диапазон взглядов на роль государства и степень его воздействия на экономическую свободу личности и товаропроизводителя очень широк как в западной, так и в отечественной литературе. Это теории консервативные и либеральные, демократические и авторитарные, естественно-правовые и юридико-догматические.

Если апеллировать к западному опыту, то следует отметить, что в истории теоретической мысли обоснованы две соперничающие традиции в подходах к данной проблеме. С одной стороны, это либеральная традиция индивидуальной свободы человека. Государство при таком воззрении воздействует на экономику, но только такими законами, которые соответствуют естественному праву. Основными же постулатами последнего являются священность и неприкосновенность частной собственности. Государство в такой модели призвано охранять отношения собственности, служить независимым арбитром в конфликтных ситуациях. Добиваясь власти, буржуазия требовала отказаться от вмешательства в экономику. Свобода собственности и свобода труда - это основные составляющие Западной модели либерализма.

С точки зрения буржуазной экономической модели, каждому человеку, если он не нарушает законов справедливости, т.е. естественных законов, представляется совершенная свобода преследовать свои интересы и конкурировать своим трудом и капиталом с трудом и капиталом любого другого лица. Согласно системе "естественной свободы", "государю надлежит выполнять только три обязанности ...: во-первых, обязанность ограждать общество от насилий и вторжения других независимых обществ; во-вторых, обязанность ограждать, но мере возможности, каждого члена общества от несправедливости и угнетения со стороны других его членов, или обязанность установить строгое и беспристрастное отправление правосудия; и, в-третьих, обязанность создавать и содержать определенные общественные учреждения, создание и содержание которых не может быть в интересах никаких отдельных лиц или небольших групп" [1 с. 105] .

Такие воззрения на роль государства были присущи и многим буржуазным правоведам. Главным для либерального видения мира является утверждение, что когда у людей есть свобода выбора и права собственности защищены

законодательством, экономический и социальный порядок возникают спонтанно, автоматически. В либеральном понимании богатство народов приращает лучше всего в условиях, когда рынки свободны и когда правительства заняты большей частью защитой экономических прав личности и собственности. Сторонники индивидуальной свободы личности (А.Смит, Ф.Хайек, М.Фридман) считали, что главное - это экономическая свобода товаропроизводителей, а обязанность государства - гарантировать эту свободу от чьего-либо, в том числе и от своего, вмешательства в эту среду. Сторонники этой концепции понимали, что такая свобода в конечном счете ведет к неравенству, что свобода, равенство и справедливость - понятия противоречивые. Однако свободу они считали высшей ценностью, способной обеспечить развитие индивидуальных способностей личности, ее своеобразие. О свободе и собственности Хайек писал: "Наше поколение забыло, что система частной собственности - важнейшая гарантия свободы не только для владельцев собственности, но и для тех, у кого ее нет. Только благодаря тому, что контроль над средствами производства распределен между множеством независимых друг от друга людей, никто не имеет над ними абсолютной власти, и мы сами можем решить, чем мы будем заниматься. Если же все средства производства окажутся в одних руках, то владелец - будь то номинальное "общество" или диктатор - получит над нами неограниченную власть" [2 с.103-104].

Следует заметить однако, что современные капиталистические страны чрезвычайно далеко отошли от идеала свободного, спонтанно организованного рынка и от либерального принципа *Laissez-faire*, отстаивающего невмешательство государства в предпринимательскую деятельность. Хотя этот идеал и восхваляется как руководящий принцип современными лидерами рыночного либерализма, чисто теоретическая модель подобного либерализма не была использована ни в одной стране из добившейся успехов в рыночных преобразованиях.

Такая ограниченность роли государства в регулировании экономической жизни принималась как данность творцами конституции США. Так, Джеймс Медисон «главный архитектор» американской конституции указывал, что права личности и права собственности являются теми самыми объектами, для защиты которых и было учреждено правительство.

Иные взгляды на государственное вмешательство в экономику нашли выражение в современных теориях либерального эгалитаризма, в которых тенденция к выравниванию социального положения людей четко обозначена [3 с.186]. Сторонники этой концепции (Дж.Роулз, К.Дженкинс, М.Харрингтон) не отрицают значимость индивидуальной свободы, но стремятся сочетать ее с равенством, с участием государства в обеспечении справедливости путем создания механизма распределительных отношений, социальных программ помощи малоимущим, социальной поддержки предпринимательства. Указывается, что предпринимательская инициатива не может развиваться в противоречии с общественной пользой и может быть координируема исходя из социальных целей общества.

В отличие от старого либерального государства, где господствовал принцип безусловной защиты экономических прав и интересов предпринимателей, «государство всеобщего благоденствия» защищает товаропроизводителей с учетом общественных и коллективных потребностей. Права и свободы предпринимателей в новой ситуации неотделимы от обязанностей перед обществом и другими людьми, которые следует осуществлять во «благо общества», чтобы приносить общую пользу» [4 с.83,84].

Обе традиции имеют сильные и слабые стороны. Однако какова бы ни была роль и степень участия государства в рыночной экономике, ясно одно, что государственность нельзя оторвать от хозяйственной жизни. И если уж встает вопрос, то не о государственности как таковой, а лишь о ее мере. Какой же ей быть в России? Перспективы развития рыночных преобразований в России во многом будут зависеть от правильного выбора общей концепции взаимодействия государства, права и экономики. Непоследовательность и зигзаги в политике 90-х годов привели к огромным разрушительным последствиям и социальным потрясениям, к различного понятий свободы, равенства, справедливости.

В условиях жесткой борьбы за существование, конкуренции резко возрастает социальная поляризация общества, социальное неравенство различных групп населения. Вследствие этого возникают вопросы: берет ли на себя государство функцию регулирования распределительных отношений; правомерно ли перераспределение доходов между различными социальными слоями общества через государственный бюджет, налогообложение и кредитование; устарели ли идеи равенства и справедливости в новых условиях; можно ли создать общество социальной справедливости в условиях рынка?

Данные многих социологических исследований свидетельствуют о том, что массовое общественное сознание россиян отторгает в основном иллюзии в области неограниченных возможностей либерализации, под знаком которых и были начаты реформы .

Несомненно, что опыт развития рыночной экономики западных стран для России, ставшей на этот трудный путь возврата к цивилизованным формам хозяйствования, как никогда ценен. Но было бы неверно усваивать его полностью как руководство к действию. Да, во многом нам придется пережить трудности первоначального накопления, но при этом очень важно не забыть то особенное, что присуще нам как народу - нашу историю. Сейчас просто необходимо, наряду с использованием ценного мирового опыта, обратиться к живой отечественной мысли и истории. Ибо попытки во что бы то ни стало реализовать в социальной практике идеи, законы, для воплощения которых в данном обществе нет ни материальных, ни духовных предпосылок, обречена на неудачу. Неэффективные законы - это те, которые не сумели в максимальной степени отразить интересы людей, общества, государства. Они нерелевантны, нежизненны, а потому и не работают, не достигают поставленных целей. И сегодня актуально звучат слова русского социолога-правоведа Б.А. Кистяковского о том, что «никогда государство не могло продолжительно существовать

только насилем и угнетением” ... Истинные задачи государства “заключаются в осуществлении солидарных интересов людей. При помощи государства осуществляется то, что нужно, дорого и ценно всем людям” [5, с. 251]. Важным вопросом в деле преобразования нашего общества в социально-ориентированное государство является правовая культура, ее роль в утверждении верховенства закона, правопорядка, гарантий прав личности.

Сегодня мы уже столкнулись со многими противоречиями, имеющими непосредственное отношение к правовой культуре. Однако дефицит правовой культуры, дефицит права и правосознания в нашей стране имеет отдаленные корни, которые уходят в историю российского государства.

В связи с этим весьма важно обратиться к исследованию культурных традиций либеральной русской философско-правовой мысли с позиций историзма, к трудам С.Н. Булгакова, Новгородцева П.И., Кистяковского Б.А., Ильина И.А. в познании таких проблем, как право и нравственность, право и демократия, право и государство. Сейчас, когда само время поставило вопрос национальной идентификации России в новых экономических условиях, необходимость подобного анализа очевидна.

Необходимо отметить, что концепция индивидуальной свободы личности с ее главной идеей о том, что именно естественные права личности выполняют функцию ограничителя в правовом государстве, была одним из главных направлений в русской политико-правовой мысли в начале XX века. В то же время для правовой культуры России и Запада характерно разное соотношение естественного и писанного права. В России большая роль принадлежит естественному праву. Русский человек менее “законник”, для него содержание важнее формы. “Суди по совести, а не по закону” - эта теза органически воспринимается русской национальной психологией. В русской философии права “идею естественного права заменяли идеалы добродетели, справедливости и правды - нравственное, но не правовое отношение к закону и праву”. Нравственным, христианским было и отношение русского человека к собственности. На нравственное, социальное понимание частной собственности указывал русский правовед И.Л. Ильин. “Собственник, лишенный чувства ответственности и чувства сверхклассовой солидарности, распоряжающийся своим имуществом ко вреду других и поступающий антисоциально, должен убедиться в том, ... что собственность его пользуется меньшей защитой, что такое ведение хозяйства оказывается экономически, юридически и нравственно невыгодным для него самого” [6, с. 131, 132]. Отмеченные отличительные черты русского самосознания, сформированные всем ходом и характером национальной истории, свидетельствуют о необходимости искать свои пути либерализации на основе изучения национальных, духовных истоков развития России. На протяжении всей истории существования нашего общества государство играло заметную роль в его функционировании. Отношение между обществом и государством строилось на основе полного или частичного подчинения первого второму. Государство было укоренено в обществе и выступало в качестве гаранта порядка и справедливости. На этой

основе формировалось и общественное сознание. Патерналистская политика государства по отношению к гражданам была по сути нормой политической жизни России. В этих условиях быстрая деэтизация общества способна лишь дезинтегрировать его, укрепить в нем те социальные силы (например, мафиозные структуры), которые будут оказывать негативное воздействие на процесс демократизации общества.

Отмеченные отличительные традиции культурно-исторического, национального, духовного развития российского государства необходимо учитывать при разработке механизма государственно-правового регулирования предпринимательской деятельности в современных условиях реформирования экономики.

Постепенный переход к равенству, справедливости и нравственности, - важный аспект модели нового общества, которое должно быть сформировано в России. Сила современного гуманистического общества базируется на том, что в нем создается система баланса экономических интересов, которая не позволяет выходить за пределы здравого смысла ни в деле утверждения свободы предпринимательской деятельности, ни в осуществлении равенства и справедливости

Современное гуманистическое общество не может быть построено на максимальной свободе индивидуального интереса. Когда ценность свободы возводится в абсолют, также как прежде абсолютизировалась ценность равенства, реальная свобода становится недостижимой. Абсолютная свобода оказывается ни чем иным, как свободой "от всего" - от всех, от привязанностей, долга, морали. В таком примитивном виде общество неминуемо скатится к тоталитарному режиму всеобщей уравнительности либо к национальной тоталитарной диктатуре. Но развитое государство невозможно и без признания общечеловеческой ценности - свободы развития личности. Сила общества базируется на том, что в нем создается система баланса интересов, которая не позволяет выходить за пределы здравого смысла ни в деле утверждения личной свободы, ни в осуществлении равенства и справедливости.

Итак, свобода и равенство находятся в отношениях противоречия: равенство предполагает определенные границы для свободы, свобода же, в свою очередь, разрушает равенство. Каждое современное общество решает для себя проблему оптимального сочетания этих принципов, исходя из уровня культурно-исторического развития данного общества, способности последнего осваивать задаваемый уровень свободы.

Роль государства и права по мере развития общества, усложнения и дифференциации его социальных слоев, повышается. Возрастание роли права в жизни общества не нужно представлять упрощенно, как неперемное расширение сферы правового регулирования. Дело в ином - в возрастании роли права как средства согласования различных общественных интересов, преодоления общественных противоречий и социальных конфликтов. Принудительная, насильственная сторона права хотя и сохранится, но, можно сказать, что в чем-то уменьшится. При демократическом режиме достижение

общественного согласия будет достигаться через учет и координацию интересов различных слоев общества, через отыскание и закрепление социальных компромиссов.

Эти принципы разрешения конфликтных ситуаций, ориентированные на согласие, компромиссы, консенсус во взаимоотношениях государства и гражданского общества, государства и предпринимателей должны стать исходной основой социальной политики государства в условиях адаптации.

*О.К. Кремлёва,
канд. юрид. наук, доцент кафедры теории
и истории государства и права СПбГЭУ*

Новеллы законодательства о рынке ценных бумаг

Текущий момент характеризуется мощным всплеском интереса к регулированию финансовых рынков в связи с появлением новых финансовых инструментов во всех развитых экономиках мира. Эти явления нашли отражения в совершенствовании отечественного законодательства в отношении корпоративных ценных бумаг – акций и облигаций. Так, вступают в силу изменения в Федеральный закон "О рынке ценных бумаг", внесённые ФЗ от 27.12.2018 N 514-ФЗ, которыми введен ряд новелл.

1. Значительно расширена легальная дефиниция облигации.
2. Определены особенности облигаций без определения срока их погашения.
3. Определены особенности допуска ценных бумаг к организованным торгам в процессе их размещения путем открытой подписки.
4. Определены случаи, в которых получение разрешения Банка России на размещение и (или) на организацию обращения эмиссионных ценных бумаг российских эмитентов за пределами РФ не требуется.
5. Определены требования к эмитентам облигаций без определения в решении о выпуске таких облигаций срока их погашения.
6. Уточнён порядок предоставления обеспечения по облигациям после регистрации их выпуска, а также порядок погашения облигаций и иных эмиссионных ценных бумагах, не являющихся акциями, в случае исполнения в полном объеме всех обязательств по таким ценным бумагам.
7. Совершенствуется разграничение категорий инвесторов на рынке ценных бумаг.

Так, в редакции Федерального закона от 28.12.2002 N 185-ФЗ облигация - эмиссионная ценная бумага, закрепляющая право ее владельца на получение от эмитента облигации в предусмотренный в ней срок ее номинальной стоимости или иного имущественного эквивалента. Облигация может также предусматривать право ее владельца на получение фиксированного в ней процента

от номинальной стоимости облигации либо иные имущественные права. Доходом по облигации являются процент и/или дисконт. В соответствии с действующей редакцией Федерального закона от 18.04.2018 N 75-ФЗ облигация - эмиссионная ценная бумага, закрепляющая право ее владельца на получение, если иное не предусмотрено настоящим Федеральным законом, в срок, предусмотренный в ней, от эмитента облигации ее номинальной стоимости или иного имущественного эквивалента. Облигация при соблюдении условий, установленных настоящим Федеральным законом, может не предусматривать право ее владельца на получение номинальной стоимости облигации в зависимости от наступления одного или нескольких указанных в ней обстоятельств. Облигация может также предусматривать право ее владельца на получение установленных в ней процентов либо иные имущественные права. Доходом по облигации являются процент и (или) дисконт.

Данная корректировка имеет существенное значение, т.к., во-первых вводит возможность ограничения Федеральным законом «О рынке ценных бумаг» на изменение конструкции облигации проспектом эмиссии; во-вторых, допускает вариант конструкции облигации с отсутствием возврата номинальной стоимости в связи с наступлением предусмотренных событий, указанных непосредственно в ней самой; в-третьих, вместо ранее существовавшей гарантии выплаты фиксированного облигацией процента, установленного от номинальной стоимости, регламентируется получение установленных облигацией процентов.

Таким образом, конструкция облигации как объекта гражданских прав подверглась ревизии одновременно с императивным закреплением повышения уровня нормативного регулирования возможных изменений компонентов юридической конструкции облигации.

Статья 17.1 «Досрочное погашение облигаций» в действующей редакции терминологически не только упорядочена в плане замены состава «условия выпуска» на «решение о выпуске», но и пунктом 4 качественно расширила права владельцев облигаций. Ранее действовавшая редакция ФЗ «О РЦБ» предусматривала наличие права владельцев требовать досрочного погашения облигаций до наступления срока их погашения независимо от указания такого права в условиях выпуска облигаций в случае существенного нарушения условий исполнения обязательств по облигациям, а также в иных случаях, предусмотренных федеральными законами. В настоящее время владельцы облигаций наделены правом требовать досрочного погашения облигаций до наступления срока их погашения независимо от указания такого права в решении о выпуске облигаций в ряде случаев, названных законодателем: 1) в случае существенного нарушения условий исполнения обязательств по облигациям; 2) в случае делистинга облигаций в связи с нарушением их эмитентом требований по раскрытию информации, установленных настоящим Федеральным законом и (или) правилами организатора торговли, в том числе в случае делистинга облигаций, которые были допущены к организованным торгам без регистрации их проспекта; 3) в иных случаях, предусмотренных федеральными законами.

Изменился порядок приобретения облигаций их эмитентом, а именно, статья 17.2 ФЗ «О РЦБ» «Приобретение облигаций их эмитентом», введенная Федеральным законом от 23.07.2013 N 210-ФЗ в действующей редакции в ред. Федерального закона от 27.12.2018 N 514-ФЗ наделяет эмитента помимо обязанности приобретать размещенные им облигации в случаях, предусмотренных решением о выпуске облигаций, правом приобретение эмитентом облигаций одного выпуска, причём приобретение должно осуществляться на одинаковых условиях. Срок, в течение которого владельцами облигаций могут быть заявлены требования о приобретении эмитентом принадлежащих им облигаций, не может быть менее пяти рабочих дней.

Законодатель делает акцент на содержании раскрываемой или предоставляемой информации о приобретении облигаций императивно устанавливая четыре необходимых компонента надлежащих сведений, а именно идентифицирующие облигации, определяющие их количество и цену приобретения облигаций или порядок ее определения вкупе со сроком оплаты, а также порядок и срок заявления владельцами требований о приобретении эмитентом принадлежащих им облигаций³¹.

Установив единственно возможный способ оплаты выкупаемых облигаций – исключительно деньгами, законодатель также предусмотрел случай превышения общего количества заявленных к приобретению облигаций по отношению к количеству облигаций, которое эмитент готов приобрести. В такой ситуации выкуп у владельцев осуществляется эмитентом пропорционально заявленным требованиям³². Данная норма позволяет эмитенту планировать свои обязательства и предотвращает возникновение положения несостоятельности ввиду массового сброса облигационных требований. Мотив формирования несостоятельности эмитента посредством массового заявления к приобретению не трудно предположить ввиду того, что при погашении до наступления установленного срока прав по таким облигациям не предоставляется.

Новеллой является нормативное установление возможности приобретения эмитентом размещенных им облигации по договорам займа, договорам репо или в результате оставления эмитентом находящихся у него в залоге облигаций за собой, причём без соблюдения жестких вышеназванных правил, предусмотренных статьей 17.1³³. С одной стороны, защищены интересы инвесторов при выкупе облигаций в порядке заключения договора присоединения. С другой стороны сторонам предоставлена возможность регулировать приобретение облигаций в диспозитивном порядке в прямо указанных в Законе случаях – случаях заключения займа, репо и залога. Таким образом, законодатель, руководствуясь общими началами гражданского права, установил баланс защиты интересов сторон облигационных отношений.

Необходимо отметить, что с 1 января 2020 года в законе о рынке ценных бумаг начнет действовать новая статья - статья 17.3 «Особенности предъявляе-

³¹ п. 3 в ред. Федерального закона от 27.12.2018 N 514-ФЗ

³² п. 4 в ред. Федерального закона от 27.12.2018 N 514-ФЗ

³³ п. 7 в ред. Федерального закона от 27.12.2018 N 514-ФЗ

ния требований к эмитенту о досрочном погашении или приобретении облигаций»³⁴. На ознакомление с данной новеллой законодателем отведён целый год ввиду достаточно объёмной регламентации предъявления требований к эмитенту о порядке досрочного погашения или приобретения облигаций. В первую очередь императивно установлена эквивалентность традиционной – документарной и электронной формы предъявления требования, равно как и его отзыва, а также собственноручной подписи уполномоченного лица его электронной неквалифицированной подписи.

Кроме того, в ближайшее время будут приняты изменения, затрагивающие субъектный состав участников рынка ценных бумаг, а именно, изменения по поводу уточнения разграничения категорий инвесторов. Инициатором новеллы является мегарегулятор. Руководствуясь зарубежным опытом, Центральный банк Российской Федерации счёл целесообразным предложить расширение отечественной классификации инвесторов, перейдя от двучленной - на квалифицированных и неквалифицированных инвесторов - к трехчленной на квалифицированных, правомочных и розничных. По окончании согласования с профессиональными участниками рынка ценных бумаг предложения Центрального Банка поступят для рассмотрения в Государственную Думу. Новелла нацелена на совершенствование механизма защиты инвесторов. Особенно неопытных, впервые приступающих к вложению собственных средств в финансовые инструменты.

С другой стороны существенно сузится круг клиентов форекс-дилеров, причём имеются опасения миграции спроса мелких инвесторов в офшорные зоны, находящиеся вне российской юрисдикции, а, следовательно, и защиты. Разумеется, такое решение буде в тоже время риском самих инвесторов, однако актуализирует и научно-практические компаративные исследования в сфере правового обеспечения рынка ценных бумаг.

*Ю.А. Кудрявцев, канд. юрид. наук, доцент,
заместитель начальника кафедры
гражданского права и гражданского процесса
СПб университета МВД России*

**Понятие и содержание экономической функции права
в условиях директивно-плановых, рыночных и переходных
государственных (экономических) режимов**

Применительно к заявленной теме необходимо, в-первую очередь, определить сущность следующих теоретических дефиниций: функция права, экономика, государственный (экономический) режим.

³⁴ ФЗ от 27.12.2018 N 514-ФЗ

Функции права в теории государства и права традиционно рассматриваются как основные направления его воздействия на общественные отношения. Существующие функции права делят на общие (социально-политические) и специально-юридические. К общим функциям права относят экономическую, политическую, социальную, культурную, коммуникативную, воспитательную и др. Специально-юридические функции права традиционно представлены двумя видами: регулятивной и охранительной.

Экономика с одной стороны, представляет собой систему общественных отношений по производству, распределению, обмену и потреблению материальных благ при ограниченных ресурсах, с другой – производственную (хозяйственную) деятельность. При этом эффективность экономики определяется не только и не столько расширенным объемом воспроизводства материальных и духовных благ, но в первую очередь эффективной системой правил поведения, регламентирующих производственные процессы. Исходящие от государства правила поведения (нормы права) должны закреплять экономические правила (нормы экономики), носящие преимущественно объективный характер. При этом, «с позиции законодательства, можно выделить два сектора экономики: правомерный (конструктивная экономика) и противоправный (теневая экономика)»³⁵.

Государственный (экономический) режим представляет собой характеристику экономики государства с точки зрения методов и форм функционирования и взаимодействия элементов экономической системы, а также способов и пределов государственно-правового регулирования экономических процессов³⁶. Основными разновидностями государственных (экономических) режимов являются директивно-плановые, рыночные и переходные экономические режимы.

Воспринимая экономику как важнейшую сферу общественных отношений как для государства, так и для человека, следует указать и на исключительную значимость экономической функции права для развития государства, общества, личности. Содержание экономической функции права сводится к установлению общих правил поведения субъектов хозяйствования, их статуса, законодательного закрепления методов правового регулирования общественных экономических отношений. Кроме этого, посредством реализации экономической функции права реально определяются степень и пределы вмешательства государства в экономическую сферу общественной жизнедеятельности.

Экономическая функция права в формах правотворчества, правоисполнения и правоохраны характеризуется динамичностью на различных этапах становления и развития государства. Определяющими факторами, оказывающими непосредственное воздействие на экономическую функцию

³⁵ См.: Кудрявцев Ю.А. Государственные режимы. Монография. СПб., 2012.С.107.

³⁶ См.: Кудрявцев Ю.А. Указ.соч. С.127-128.

права, выступают сущность государства, цели и задачи его развития на данном историческом этапе, вид экономической системы и экономический потенциал государства, его место в мировом хозяйстве и характер межгосударственных отношений.

Как уже было сказано, экономическая функция права реализуется с учетом особенностей правотворческой, правоисполнительной и правоохранительной деятельности. Рассмотрим особенности реализации экономической функции права в условиях трех разновидностей государственных (экономических) режимов: директивно-планового, рыночного и режима переходного типа.

Директивно-плановые режимы предполагают либо полный контроль над всеми сферами жизни общества (централизованно-плановый режим), либо обоснованное в первую очередь государственными интересами сочетание жестких императивных методов регуляции в сфере идеологии и политики с диспозитивными методами воздействия в области экономики (децентрализованно-плановый режим). Таким образом, хозяйственная система выступает не просто содержательной стороной права, но и выступает базисом, фундаментом государства с указанным режимом. Государство, стремясь обеспечить реализацию собственных экономических интересов, являясь основным хозяйствующим субъектом, разрабатывает правила хозяйствования, основанные преимущественно на императивных методах правового регулирования экономических отношений. Модель соотношения права и экономики в условиях директивно-плановых экономических режимов позволяет эффективно решать государственные задачи, способна обеспечить безопасность и стратегические государственные интересы. Так, эффективность взаимодействия права и экономики в условиях директивно-плановых экономических режимов определяется реальными возможностями улучшить материальные, финансовые и трудовые ресурсы, понизить себестоимость товаров и услуг посредством оптимизации и сокращения внешних и внутренних издержек на единицу продукции, реализации расширенного воспроизводства и повышения темпов создания товаров и услуг, комплексного регионального развития с учетом сущности и специфики самого государства. Вместе с тем, преимущественно императивный характер правовой регуляции предполагает вмешательство государства в сферу частных интересов, а также ограничения прав и свобод человека и гражданина.

Сущность и содержание рыночного экономического режима в первую очередь зависят от степени экономической свободы и либерализации хозяйственной деятельности. И таким образом можно выделить две его разновидности: режим свободной конкуренции и режим социального типа. Экономическая и политическая жизнь либерального государства основана на ценностях индивидуализма. Напротив, режим социального типа характеризу-

ется наличием сильного государственного сектора, государственным регулированием экономики. В целом экономическая функция права в условиях рыночного экономического режима сводится к правовой регламентации конкуренции, антимонопольной, антиинфляционной и антициклической политики, а именно: создания конкурентной среды и ее защиты через антимонопольное законодательство; корректировки распределения дохода и богатства, распределения ресурсов; осуществления макроэкономического регулирования с целью стабилизации экономики, контроля над уровнем занятости, инфляции, стимулирования экономического роста и т.п.; ограничения действия некоторых элементов рыночного механизма, корректировка недостатков, присущих рыночному экономике.

Процесс реализации экономической функции права в условиях переходных экономических режимов обязательно должен учитывать национальные интересы, приоритеты внутренней и внешней политики, приоритетные цели трансформации государственного политического и экономического режима в сторону либо либерализации социально-экономических процессов и формирования таким образом демократического государства, либо в сторону ужесточения авторитарных методов регуляции и формирования авторитаризма либо тоталитаризма. Безусловно, государство с переходным экономическим режимом должно иметь достаточный потенциал для окончательного формирования устойчивой политико-правовой системы и режима. Оценить степень способности государственного механизма трансформироваться в сторону либо демократии либо авторитаризма возможно по наличию или отсутствию следующих предпосылок: элементов рыночного хозяйства в рамках существующей системы; сбалансированности финансовой и денежно-кредитной системы; рациональность отраслевой структуры экономики; сочетание крупных, средних и малых предприятий; предпринимательские традиции и экономическая активность; демократические либо авторитарные нормы и традиции; национальное самосознание; правовая культура и правовое сознание; внешние и внутренние угрозы экономической безопасности государства; санкционное давление и угрозы территориальному и экономическому суверенитету и пр. В конечном счете совокупность указанных предпосылок (факторов) определяет вектор государственного развития и экономической функции права как инструмента регуляции общественных отношений, внутренней и внешней политики государства.

Таким образом, указанные нами факторы (предпосылки), с учетом их развития и особенностей в конкретном государстве, способны оказать реальное воздействие на динамику переходного процесса, определить вектор развития государства по пути формирования в стране рыночного либо директивно-планового режима.

*В.В. Слесарев, Санкт-Петербургский
государственный экономический университет*

Преимущества и недостатки функционирования системы государственных закупок в Российской Федерации

Огромное и, несомненно, весомое значение для действующего на сегодняшний момент законодательства в области муниципальных и государственных закупок оказал Федеральный закон от 21.07.2005 года № 94-ФЗ, на базе которого с учетом недостатков и достоинств была запущена система электронных торгов и систематизирована в большей степени выборная процедура поставщиков. Немаловажным достоинством указанного закона являлся тот момент, что контрольная функция, выраженная в системе надзора за проведением конкурсных процедур, принадлежала Федеральной Антимонопольной Службе, что способствовало вовлечению новых участников рыночных правоотношений из малого и среднего бизнес-звена³⁷. Документ утратил силу с 1 января 2014 года в связи с принятием Федерального закона от 05.04.2013 N 44-ФЗ. Имевшие место проблемы в той части, что не всегда было возможно определить среди круга участников торгов организации, созданные на кратковременный промежуток времени, либо тех участников государственной закупки, которые напрямую занимались демпингом, либо участников правоотношений, стремившихся выискивать в законодательстве правовые пробелы и пользоваться этим с целью неэффективной траты бюджетных средств. Например, на предметы роскоши, т.е. предметы, потребление и приобретение, которых превышает свойства и характеристики, заявленных в документации товаров, работ и услуг являлось несомненным пробелом в законе, что позволило при принятии 44-ФЗ максимально устранить правовые пробелы.

В тоже время действующее законодательство в сфере государственных и муниципальных закупок имеет ряд своих достоинств и недостатков. 44-ФЗ определил формат взаимоотношений в сфере государственных и муниципальных закупок через систему Федеральной контрактной системы (далее ФКС). При осуществлении государственных и муниципальных закупок на основе 44-ФЗ³⁸ стало более прослеживаться взаимосвязь с гражданским законодательством. Глава 5 предусматривает систему взаимоотношений и наличие существенных положений о гражданской правосубъектности муниципальных образований и государства, что отражает принципы контрактной системы и

³⁷ Котельников В. Ю. Коррупция в сфере размещения бюджетного заказа как угроза экономической безопасности государства / В. Ю. Котельников // Управление экономическими системами. 2012. № 37. - С. 42-51. - То же [Электронный ресурс]. - Режим доступа: <http://elibrary.ru> для доступа к информ. ресурсам требуется авторизация.

³⁸ Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ (ред. от 27.12.2018) «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (с изм. и доп., вступ. в силу с 28.03.2019)// Сборник законодательства РФ. 08.04.2013, № 14, ст. 1652.

правила субъектов при осуществлении форм участия в закупках товаров, работ и услуг, а именно:

1. Прозрачность информации в сфере закупок;
2. Единство контрактной системы в сфере закупок;
3. Открытость;
4. Обеспечение конкуренции;
5. Стимулирование инноваций;
6. Профессионализм заказчиков;
7. Эффективности осуществления закупок;
8. Ответственность за результативность обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Анализируя достоинства и недостатки законодательства в области государственных и муниципальных закупок, можно выделить следующие особенности:

1. Изменения в нормативно-правовом закреплении, выражающиеся в том, что 44-ФЗ направлен на отстаивание публичных интересов с целью более эффективного обеспечения услуг и направлена повышение мер по борьбе с правонарушениями в области коррупции. Несомненным положительным аспектом выступают внесенные в законодательство поправки с целью координации деятельности между субъектами возникших правоотношений и создания компромиссных условий в связи с возможным наступлением рисков и для создания появляющихся с учетом изменений различных компетенций и ценностей, а также с целью повышения правового правосознания, правовой культуры и профессионализма.

2. Введение в содержание нормативного правового акта понятия профессионализации в сфере закупок, предъявляемого к заказчику. В данном случае в лице заказчика может выступать как его должностное лицо, так представитель контрактной службы, управляющий и члены комиссии. Таким образом, круг лиц, выступающий от имени заказчика, значительно расширен и является моментом дальнейшей модернизации в области экономических отношений. Обязательным условием является наличие профессиональных знаний и обладание компетентным подходом при реализации полномочий, что, несомненно, влечет наличие у данных участников подтвержденных документально знаний в данной области. Данное обстоятельство можно рассмотреть как недостаток в той части, которая имеет пробел в обеспечении методическим сопровождением и наличием выделенных на ее осуществление соответствующих финансовых вложений, что влечет изменение к методологическим подходам в области государственных закупок со стороны государственного управления Российской Федерации, выражающийся в наличие прямой взаимосвязи с заинтересованность в преобразовании лиц, участвующих в руководстве процесса государственных и муниципальных закупок. Таким образом, очевидна необходимость проведения преобразований, нацеленных на повышение уровня кадрового обеспечения заказчика и наличие дополнительных знаний в области экспертного сопровождения в области реформирования путем привлечения

всех средств, включая средства массовой информации и объединенные телекоммуникационные сети информационных и вычислительных ресурсов.

Однако возникает вопрос о том, какими способами, средствами освещения будет обеспечиваться донесении соответствующей информации через указанные информационные средства связи и информации.

Все это напрямую зависит от того, какую цель преследует заказчик при определении уровня профессионализма, поскольку лицо, выступающее от имени заказчика должно обладать большим количеством знаний, умений и должно быть наделено этими обязанностями, определенными в Типовом положении о контрактной службе и не выходить за пределы своих полномочий.

3. Определен и установлен порядок осуществления государственной закупки, основанный на планировании, определении поставщика, заключении и исполнении контрактов, основанный на неукоснительном и четко нормативно-закрепленном механизме проведения и осуществления государственной закупки. В нормативном правовом акте определено правовое поле участников государственной закупки на каждом этапе. Новацией является определение начальной цены государственного контракта, система оценивания заявки для участия в конкурсе, правила по изменению и расторжению государственного контракта, предусмотрены правила осуществления надзора за деятельностью заказчиков, которые могут быть государственными или муниципальными, а также установлены особенности исполнения заключенных контрактов.

Данные мероприятия направлены на то, что на стадии прогнозирования и планирования субъекты контрактной службы должны осуществлять комплекс мероприятий для формирования закупки на продолжительный период, а именно 3 года, и сформировать на их основе планы-графики закупок в зависимости от того, представляют, чьи они интересы, т.е. заказчиком выступает государство или муниципальное образование. Указанные документы должны быть размещены для свободного ознакомления в сети Интернет.

Этот комплекс мероприятий направлен на то, чтобы поставщики имели представление и могли планировать свою деятельность, иметь в наличии или в планируемом обеспечении того продукта государственных нужд, который запланирован в графике.

Введенная систематизация по определению начальной цены контракта в соответствии с данными Федеральной службы государственной статистики, осуществляется на основании полученной информации, обоснованной на мониторинге и исследованиях рынка, проведенных обследованиях заключенных контрактов и планируемых к заключению и является условием для заказчика, который наделен обязательством по приведению конкурсной документации (аукционе) в соответствие в рамках предложенных сопоставимых цен и экономии бюджетных расходов.

Анализ заключенных государственных контрактов осуществляется на основе определенной в контракте его цены, качественных характеристик и условий выполнения. С этой целью в сети Интернет возникает необходимость в размещении соответствующих документов по каждому этапу контракта.

Очевидным минусом данного направления является фактически более длинный промежуток времени введения закупочного процесса, поскольку регулируется большим количеством нормативных правовых актов, требующим систематизации и формального закрепления в пошаговой инструкции, которая в настоящее время отсутствует.

4. Публикации через Единую Информационную Систему в сети Интернет ежегодных планов-графиков государственных закупок для наибольшей эффективности управления. В Единой Информационной Системе размещается информация о планируемых закупках и планах-графиках, их реализации, вносится информация о реестре контрактов, реестре недобросовестных поставщиков, содержится библиотека типовых контрактов и условий контрактов, реестр банковских гарантий, реестр жалоб, плановых и внеплановых проверок, их результатов и выданных предписаний, информация о складывающихся на товарных рынках ценах товаров, работ, услуг,купаемых для обеспечения государственных и муниципальных нужд. Отрицательным моментом в данной квалификации является то, что поскольку данная форма является элементом электронного документооборота возможно возникновение проблем в системе единого функционирования на всей территории РФ.

5. Установление типовой библиотеки государственных заказов и типовых спецификаций целью осуществления деятельности, которой является снижение вероятности внесения в контракты ущемляющих или неправомерных условий со стороны поставщика. Обязанностью поставщика является подготовка документации на стадии планируемой закупки в соответствии с требованиями, установленным в 44-ФЗ. Содержащаяся информация о типовых формах контрактов содержит технические моменты возможности внесения изменений в контракт и предусмотрена неизменяемая часть. При такой форме и при наличии типовых форм предусмотрена система единообразия содержания и условий контракта, а также установлена форма стандартизации платежей. Данная форма направлена на упрощенную процедуру оформления и составления государственных контрактов и унификацию их на территории РФ, что является несомненным плюсом.

6. Определен более приемлемый способ к определению государственных закупок, сохранивший в себе черты прежнего законодательства, но имеющий нововведения, направленный на сохранение применяемых ранее процедур проведения государственных закупок и их способов, с учетом введенного новых способов, а именно, конкурса с ограниченным участием, запроса предложений и двухэтапного конкурса. Данный способ направлен на ограничение закупок у единственного поставщика, в том числе это касается и процедуры государственной закупки электроэнергии. В содержании ФЗ №44 предусмотрена закупка электроэнергии на основе конкурентоспособности и через проведение запросов предложений. В данном контексте проведение

данной процедуры в таком формате не всегда является приемлемым, поскольку зачастую поставщик электроэнергии в субъекте РФ является единственным, что, несомненно, осложняет проведение государственного заказа. При проведении государственной закупки через открытый электронный аукцион снижает риск коррупционной составляющей, но не является приоритетным при данной процедуре, что при осуществлении данного вида закупок на территории РФ не является гарантом абсолютного соблюдения буквы закона.

7. Введение антидемпингового механизма, направленного на надлежащее исполнение государственного контракта и разделение его на две категории, а именно: государственная закупка на сумму до 15 млн. рублей и выше. В том случае, если участник проводимого аукциона на сумму свыше 15 млн. рублей предлагает снижение цены на 25% и более, у заказчика предусмотрен механизм осуществления проверки добросовестности данного поставщика и возможность запроса обоснования данной цены, направленный на проверку добросовестности данного поставщика. Обязанностью поставщика выступает обеспечение данного контракта в 1,5 кратном размере.

8. Предусмотрена система общественного контроля по всей процедуре проведения государственного контракта с целью обнаружения неправомерных действий или при ущемлении либо неэффективности процедуры проведения государственной закупки и возможности обжаловать действия заказчика с целью осуществления контроля за рациональным расходованием бюджетных средств. Введение данного института явилось необходимостью проверки добросовестности заказчика на стадии планирования и в случае необходимости проведения общественного обсуждения, направленного на изменение плана закупок и планов-графиков либо отмены закупки.

Общественный контроль может осуществляться органами местного самоуправления, гражданами, общественными объединениями, ассоциациями или обществами юридических лиц в целях проведения муниципальных закупок или в целях реализации контрактной системы.

Создаваемые общественные объединения или ассоциации юридических лиц наделены правами при проведении общественного контроля при муниципальном заказе, а именно:

1. Подготовка предложений в сфере изменения законодательства, направленных на улучшение контрактной системы;
2. Возможность арестовывать заказчикам запросы о предоставлении информации о закупке и ходе исполнения контрактных обязательств;
3. Реализация мероприятия по независимому мониторингу и эффективной оценке закупочных мероприятий в части соответствия требованиям законодательства о контрактной системе;
4. Подача заявления от своего имени в муниципальные органы о проведении контрольных мероприятий;

5. В случае выявления в действиях или бездействиях признаков состава преступления заказчика, уполномоченного органа или учреждения, специализированной комиссии, комиссии по осуществлению закупок и их членов, должностных лиц контрактной службы, контрактных управляющих обращаться от своего имени в правоохранительные органы;

6. В случае нарушения законных прав и интересов либо оспариваемых прав и законных интересов обращаться в суд с исковыми заявлениями и жалобами.

Применимо к муниципальным закупкам осуществление контрольных функций следующими органами:

1. Органы местного самоуправления муниципального района или органа местного самоуправления городского округа, наделенных полномочиями осуществлять контроль в сфере закупок:

2. Финансовые органы муниципальных образований и органы государственных внебюджетных фондов;

3. Органы внутреннего муниципального финансового контроля в соответствии со ст. 269.2 Бюджетного кодекса РФ³⁹, наделенные полномочиями по проведению проверок, ревизий и обследований; направлению актов, заключений, представлений или предписаний контроля, в том числе в случае выявленных бюджетных нарушений с целью принятия либо применения мер принуждения, а также осуществляют меры административного воздействия в соответствии с Кодексом об административных правонарушениях РФ⁴⁰.

Таким образом, помимо указанных контрольных органов осуществлять контроль вправе сам заказчик, контрактные управляющие, комиссии по закупкам, члены этих комиссий, уполномоченные органы и учреждения, специализированные организации и операторы электронных площадок.

На основании изложенного и подводя итог преимуществам и недостаткам функционирования системы государственных закупок в Российской Федерации можно сделать вывод, что заложенная в законе Федеральная контрактная система направлена на уменьшение рисков при проведении муниципальных закупок и развитие партнерских отношений между всеми участниками, воплощение в жизнь идей проведения модернизации, установленной Правительством РФ, удовлетворения муниципальных нужд, сокращение коррупционной составляющей при реализации муниципальной закупки и достижение наиболее эффективного расходования бюджетных средств.

³⁹ Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31.07.1998 № 145-ФЗ (ред. от 27.12.2018)// «Собрание законодательства РФ», 03.08.1998г., № 31, ст. 3823.

⁴⁰ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях " от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 18.03.2019)// «Российская газета», № 256, 31.12.2001г.

*Г.Г. Файзуллин, чл.-кор. РАЕН, доцент РИИ,
заслуженный юрист РБ
Н.С. Ищенко, канд. юрид. наук,
профессор, зав. каф. правоведения
ГФ Международного университета «МИТСО»*

К вопросу о продовольственной безопасности

Человек является исходной, базовой категорией для всех структур безопасности. Исходя из логики жизнедеятельности, типологии источников опасности и угроз, перечня предметов безопасности различают сотни видов (сфер, элементов) безопасности. Важнейшие из них: политическая, экологическая, продовольственная, духовная, демографическая, информационная, социокультурная, генетическая, ядерная безопасность и т.д.

Такая классификация является условной, т.к. мы имеем дело всегда и с комбинированными источниками опасности, и с многоаспектными проявлениями их воздействия. Так, можно выделить природно-социально-техногенный источник опасности в такой цепочке: стихийное бедствие, ставшее причиной катастрофы на химическом или ином опасном предприятии, — последовавшие за ними людские жертвы и материальный ущерб — разрушение экосистемы. В данном случае речь идет и об экологической безопасности, и о продовольственной, и о социальной, и о генетической, и о многих иных. Кроме того, содержание видов безопасности будет в каждой конкретной ситуации разным. В связи с этим важно при использовании какого-либо термина давать предельно четкую его расшифровку. Выбор признака, по которому определяется вид безопасности, в значительной мере будет зависеть от практических задач, решаемых при обеспечении безопасности. Рассмотрим сферу продовольственной безопасности.

В сфере продовольственной безопасности (ПБ) пересекаются первостепенные задачи: аграрной реформы; развития сельскохозяйственного производства; отечественного продовольственного рынка; уменьшения зависимости государства от мирового рынка продовольствия; социального развития села, уровень которого в немалой степени определяет платежеспособность потребителей в различных регионах государства.

ПБ страны - неотъемлемая часть экономического благосостояния и основополагающая сфера её национальной безопасности. Улучшение обеспечения населения продуктами питания представляет собой важную социально-экономическую задачу, решение которой имеет огромное значение для любого государства, в т.ч. для России, Беларуси.

Следует также иметь в виду, что обеспечение ПБ является приоритетным направлением государственной политики, так как охватывает широкий спектр национальных, экономических, социальных, демографических и экологических факторов⁴¹.

⁴¹ Файзуллин Г. Г. Роль государства в обеспечении продовольственной безопасности: международно-правовой аспект. Режим доступа: <http://naukarus.com/rol-gosudarstva-v-obespechenii-prodovolstvennoy-bezopasnosti-mezhdunarodno-pravovoy-aspekt>. Дата доступа 23.02.2018.

В России были разработаны два проекта закона о ПБ. Первый проект был подготовлен в 1997 году, принят Государственной Думой, одобрен Советом Федерации, но не подписан Президентом РФ. Другой проект был внесен группой депутатов Государственной Думы в 1999 году, принят в первом чтении, направлен на доработку в ответственный комитет, в результате не был доработан. Как отмечали эксперты, оба проекта отличались обилием декларативных и отсылочных норм, но не определяли конкретные направления деятельности Правительства.

Правительству было предложено определить условия обеспечения граждан России продовольствием и разработать критерии ПБ страны в постановлении Государственной Думы от 20 марта 1998 г. «О преодолении кризиса в экономике Российской Федерации и о стратегии экономической безопасности государства». Однако такие критерии в нормативном порядке не были определены.

ПБ - важнейшая сфера интересов (государственных и общественных), а право на защиту от голода вытекает из международных и соответствующих конституционных норм и принципов. О необходимости принятия мер, требуемых на национальном, региональном и глобальном уровнях от всех государств, незамедлительно остановить рост числа людей, страдающих от голода, недоедания и отсутствия ПБ, - было выражено в Декларации Всемирного саммита по ПБ, принятой 16 ноября 2009 года в Риме. В ней определена основная задача – достижение к 2015 году последовательной реализации права на достаточное питание в контексте национальной ПБ. Осознание необходимости принятия экстренных мер и стремление найти выход из глобального продовольственного кризиса стали катализатором усиления международной координации и регулирования мер по обеспечению ПБ на основе Глобального партнерства по сельскому хозяйству, ПБ и питанию, значимым элементом которого является Комитет по всемирной продовольственной безопасности (КВПБ). Согласно прогнозам экспертов, для того чтобы прокормить население мира, численность которого, как предполагается, превысит в 2050 году 9 млрд. человек, потребуется увеличить к этому году объем производства сельскохозяйственной продукции на 70 процентов. Одновременно с этим следует принять меры, чтобы обеспечить всем людям доступ – физический, социальный и экономический – к достаточному количеству безопасного, качественного и питательного продовольствия, уделяя при этом особое внимание обеспечению полного доступа для женщин и детей.

В Декларации ставятся стратегические цели: объединить свои усилия и опыт для работы в рамках Глобального партнерства по сельскому хозяйству, ПБ и питанию, развивая существующие структуры в целях усиления регулирования и укрепления сотрудничества, улучшения координации на глобальном, региональном и национальном уровнях; обратить вспять тенденцию к сокращению внутреннего и международного финансирования сельского хозяйства, деятельности по обеспечению ПБ и развитию сельских районов; повышения производительности труда, сокращения масштабов бедности и проведения работы

по достижению ПБ и доступа к продовольствию для всех. Исследователи в сфере международного права предлагают целый пакет конструктивных предложений, способных привлечь инвестиции из развитых рыночных стран с целью реализации модернизации сельского хозяйства, без чего обеспечение его конкурентоспособности невозможно. Утвержденная Указом Президента от 30 января 2010 года №120 Доктрина ПБ Российской Федерации содержит новые положения по привлечению инвестиций и внедрению инноваций в сельском и рыбном хозяйстве.

По мнению С.А. Боголюбова, надлежащее обеспечение продуктами питания входит в создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека, на которые направлена политика российского социального государства, равно как и установление им гарантий социальной защиты (ч. 1 и 2 ст. 7 Конституции РФ)⁴². В соответствии со ст. 41 Конституции Российской Федерации, «каждый имеет право на охрану здоровья и медицинскую помощь... Соккрытие должностными лицами фактов и обстоятельств, создающих угрозу для жизни и здоровья людей, влечет за собой ответственность в соответствии с федеральным законом».

Из указанных положений Конституции Российской Федерации вытекает право на здоровое и полноценное питание человека, что и является одной из основных задач государства, призванного обеспечивать ПБ. Вместе с тем ПБ – уже достаточно известный термин, применяемый преимущественно для характеристики уровня развития сельскохозяйственного производства и продовольственной независимости (ПН) отдельных государств от импорта продукции, доступности населения к качественным и разнообразным продуктам питания. Проблематикой ПБ озабочены многие, в т.ч. и высшие руководители страны. По их поручению специально созданная рабочая группа с начала июня 2008 г. разрабатывала Доктрину ПБ России. Еще в конце октября 2008 г. министр сельского хозяйства Российской Федерации представил проект разрабатываемой Доктрины ПБ в Совете Федерации, особо обратив внимание членов Совета Федерации на принципиальном моменте, что в российском законодательстве отсутствовало понятие «продовольственная безопасность», не были сформулированы ее цели и задачи, полагая, что Россия опаздывает лет на десять с принятием такого документа (к слову, Беларусь отстала в этом аспекте от России существенно, т.к. приняла Доктрину национальной ПБ еще позже - лишь 15 декабря 2017 г.)

В исследованиях ученых нет единства относительно того, как определять необходимую степень ПН страны. Большинство российских специалистов по аграрной экономике сходятся на том, что ПН России можно считать достаточной, если удельный вес отечественного продовольствия в общем объеме потребления составляет не менее 80%. Вместе с тем отдельные исследователи

⁴² Правовое обеспечение развития сельского хозяйства в России / Отв. ред. С.А. Боголюбов. М.: Юристъ, 2005. 342 с. С. 66.

подчеркивают, что акцентирование вопроса о ПН в высших органах власти страны в значительной мере имеет целью увеличение финансовых вливаний в аграрный сектор и устранение конкуренции со стороны зарубежных товаропроизводителей. По их мнению, несмотря на значительные объемы агропродовольственного импорта, Россия вовсе не становится все более зависимой от импортного продовольствия, что является, с нашей точки зрения алогичным.

Таким образом, необходимы глубокие экономические исследования по проблеме ПН, которые позволили бы разработать обоснованные подходы и могли бы быть положены в основу нормативного регулирования отношений, связанных с этой проблемой.

Представляется, что насыщение внутреннего рынка продуктами питания возможно двумя путями. Первый связан с самообеспечением продовольствием (причем, ее не следует отождествлять с автаркией). Так, методы решения этой задачи наглядно демонстрируют США и Китай, стимулирующие производство продуктов питания в своих странах и защищающих свой внутренний рынок от импорта продовольствия. Второй путь обеспечения внутреннего рынка – максимального сочетания собственного производства продовольствия и импортных поставок недостающего количества из стран – лояльных импортеров. Примером может служить Великобритания, куда поставляют продовольствие из бывших ее колоний. Аналогичными возможностями обладал СССР, снабжаемый недостающим сырьем и продовольствием из стран лояльных импортеров. Для России, Беларуси такой подход может использоваться для обеспечения продукцией, производство которой на территории страны невозможно из-за природных условий, например, бананами, ананасами, чаем, кофе, некоторыми видами растительных масел. Здесь не является исключением межгосударственные отношения по вопросам ПБ, которая выходит за пределы одного государства и приобретает над национальный характер.

Наряду с обеспечением количественных параметров ПБ (в этом аспекте Беларусь лидер среди постсоветских государств) необходимо поддерживать надлежащее качество, безопасность производимой продукции. Более 70% вредных веществ по данным Государственного комитета санитарно-эпидемиологического надзора РФ, поступают в организм человека посредством продуктов питания. В связи с этим является общепринятой установка на государственный контроль качества продовольственных товаров, прежде всего, на стадии производства, а далее логистики, перевозки, в сфере оптовой и розничной торговле (важным является даже товарное соседство).

В период вхождения России, Беларуси в мировое хозяйство, с одной стороны, объективно растут внешнеэкономические связи, что способствует импорту сельхозпродуктов зарубежных товаропроизводителей (их объемы не должны превышать пороговые рамки), а с иной – государство не должно допускать зависимости от зарубежных поставок продовольствия (в этом аспекте в Беларуси ситуация более благополучная, нежели в России, где

наблюдается большая зависимость от импортных поставок продовольствия). Только учет этих двух факторов и разумное их соотношение позволит нам быть надежным и независимым партнером в экономических структурах мирового хозяйства.

Россия, Беларусь, обеспечивая ПБ, исходят из положений Римской Декларации о всемирной ПБ, одобренной на Всемирной встрече на высшем уровне по проблемам продовольствия в ноябре 1996 г. В этом документе главы правительств и государств мира подтвердили право каждого на доступ к безопасным для здоровья продуктам питания в соответствии с правом на адекватное питание и основным правом каждого на свободу от голода. В развитие Декларации была разработана и принята Доктрина продовольственной безопасности России – основополагающий государственный документ, отражающий официальные взгляды на цели, принципы и стратегию в области продовольственной политики страны. Лежащие в основе Доктрины «национальные интересы» в продовольственной сфере можно свести к следующему. Отечественный агропромышленный комплекс может удовлетворить потребности населения в продовольствии, используя биоклиматический потенциал, научно-технический прогресс, экономические механизмы, международное разделение труда и мирового рынка, создание условий для физической и экономической доступности жизненно важных продуктов питания для всего населения страны. Доктрина была принята "в целях реализации государственной экономической политики в области обеспечения ПБ Российской Федерации, направленной на надежное обеспечение населения страны продуктами питания, развитие отечественного агропромышленного и рыбохозяйственного комплексов, оперативное реагирование на внутренние и внешние угрозы стабильности продовольственного рынка, эффективное участие в международном сотрудничестве в сфере ПБ".

Таким образом, ПБ достигается решением двуединой задачи: 1) обеспечением необходимого объема производства продукции АПК, приобретением дополнительного его количества на мировом рынке; 2) возможностями получения соответствующего рациональным потребностям объема жизненно важных продуктов питания каждым гражданином страны. Эти задачи не могут решаться в порядке очередности, так как платежеспособный спрос стимулирует производство. Иными словами, подъем отечественного производства должен обеспечиваться адекватным ему увеличением спроса на продовольствие.

Говоря о ПБ, Глава российского государства заявил: «Действительно, вопрос продовольственной безопасности является актуальным для любой страны, и для России в том числе. То, что происходит сейчас в этой сфере — не было бы счастья, да несчастье помогло. Потому что некоторые вещи мы давно должны были бы сделать, например, обеспечить рентабельность перевозок нашей рыбной продукции с востока в европейскую часть, многие вещи связаны с поддержкой сельского хозяйства. Президент подчеркнул

необходимость совершенствования правовой базы, а также необходимость поддерживать отечественного товаропроизводителя»⁴³.

Социальное, правовое государство отстаивает свои национальные интересы в соответствии с нормами международного права. В этой связи государственный суверенитет будет отвечать реализации доктрины прав человека в соответствии с международным правом. Безусловно, реализация ПБ любого государства является важнейшей частью его деятельности во имя своих граждан.

Систему государственного регулирования продуктовых подсистем жизненно важных продуктов питания целесообразно разделить на функциональные блоки.

Зарубежный опыт формирования подсистем государственных интересов разнообразен и трансформируется по мере развития экономической сферы продовольственного рынка и социальной ситуации. Общей чертой данных подсистем является их особая устойчивость и защищенность от внешних рыночных колебаний. Мера открытости/закрытости этих подсистем зависит от состояния экономической среды. Если в малой степени экономическая среда подвержена влиянию теневого рынка и имеет необходимую распределительную инфраструктуру, подсистемы государственных интересов в большей степени открыты.

Многие страны следят за наполнением своей продовольственной корзины как символа ПБ, не забывая о бедных. В США 20 млн. граждан получают продовольственные талоны на питание из выделяемых государством 40 млрд. долл. на еду для бедных. По этому пути идет и Россия, где около 6% покупателей приобретают так называемый социальный хлеб по доступным, субсидируемым государством ценам.

Основной путь обеспечения ПБ в условиях неустойчивости мировых рынков и перспективы последовательного роста цен – это самообеспечение государства собственной основной сельскохозяйственной продукцией. Путь к достижению ПБ – государственная поддержка отрасли. Мировой опыт подтверждает, что государства регулируют свое сельское и продовольственное хозяйство с позиций экономических и социальных ориентиров. Важный компонент цивилизованной ориентированной политики – поддержание государством важнейшей системы жизнеобеспечения страны – продовольственной, достижение экономической, национальной безопасности в этой сфере.

Рассмотрим некоторые важные показатели ПБ. Уровень производства основных видов сельскохозяйственной продукции по ряду позиций в Беларуси превышает показатели, достигнутые в иных государствах – участниках Евразийского экономического союза (ЕАЭС). В расчете на душу населения в 2016 году в Беларуси было произведено: 752 кг молока (в России – 209 кг,

43 Владимир Путин о продовольственной безопасности на форуме "Селигер-2014". Режим доступа: <https://topwar.ru/57207-vladimir-putin-o-prodovolstvennoy-bezopasnosti-na-forume-seliger-2014.html>. -Дата доступа 30.01.2018.

Казахстане – 299 кг, Армении – 252 кг, Кыргызстане – 251 кг); 630 кг картофеля (в России – 212 кг, Казахстане – 200 кг, Кыргызстане – 228 кг, Армении – 245 кг); 386 шт. яиц (в России – 297 шт., Казахстане – 267 шт., Армении – 232 шт., Кыргызстане – 77 шт.); 123 кг мяса (в России – 68 кг, Казахстане – 54 кг, Кыргызстане и Армении – по 35 кг). Международные оценки уровня ПБ в Республике Беларусь по критерию наличия недоедающего населения Беларусь относится к категории стран с «очень низким удельным весом недоедающего населения в общей численности» – менее 5% наравне с Россией, Казахстаном и государствами Европейского союза. По иным базовым индикаторам (включая темпы роста производства продовольствия, средний уровень калорийности рациона питания населения, удельный вес в рационе белков животного происхождения) Беларусь соответствует критериям страны, обеспечивающей доступность продовольствия. По критерию доступности продовольствия (характеризует экономическую доступность продуктов питания, уязвимость населения к влиянию роста цен, наличие программ поддержки потребителей) в 2016 году Беларусь занимала 46-е место из 113 стран. При этом Беларусь была выделена как «страна, достигшая наилучшего улучшения условий». По достаточности продовольствия на внутреннем рынке (измеряются достаточность и стабильность поставок на внутренний рынок, национальный производственный потенциал и меры государственной поддержки необходимых исследований) Беларусь находится на 52-м месте, Россия – на 71-м, Казахстан – на 97-м. По показателям качества и безопасности питания населения (оцениваются разнообразие и пищевая ценность рациона, безопасность сельскохозяйственной продукции и продовольствия) Россия занимает 27-ю позицию, Беларусь 39-ю позицию, Казахстан – 57-ю⁴⁴.

В январе – октябре 2017 г. производство продукции сельского хозяйства в Беларуси увеличилось на 2,9% по сравнению с соответствующим периодом 2016 года. Сохраняется высокий уровень самообеспечения внутреннего рынка, который по молоку достигает 230%, мясу – 133%, яйцам – 131%, сахару – 160%. При этом значительной остается доля некоторых импортных продуктов (уровень самообеспечения фруктами и ягодами – 57%, рыбой – 15%). На сегодняшний день Республика Беларусь полностью обеспечивает свои потребности в продовольствии, допуская на национальный рынок до 15% импортной продукции. При этом сохраняется умеренная зависимость аграрной отрасли в целом от импортных поставок сырья и материалов. Доля импортной составляющей в материальных затратах на производство сельскохозяйственной продукции в 2016 году составила 12%. В производство пищевых продуктов, включая напитки и табак, вовлечено около 25% импортных ресурсов. За последние 10 лет в результате комплексной модернизации в сельскохозяйственных организациях Республики Беларусь построены

⁴⁴ Официальный статистический сайт Республики Беларусь //режим доступа: <http://belstat.gov.by>.-Дата доступа14.01.2018.

461 молочно-товарная ферма, 21 свинокомплекс, 2882 зерноочистительно-сушильных комплекса. Доля в парке высокопроизводительных широкозахватных агрегатов и мощной самоходной техники возросла с 9 до 25%. Энерговооруженность труда сельских работников по сравнению с 2007 годом выросла на 36% и составила 68 л.с. Внедрение в сельскохозяйственное производство современных машин и оборудования, переход на новые технологии позволили значительно снизить удельный и общий расход топлива. Если в 1991 году в сельском хозяйстве потреблялось 1,3 млн тонн дизельного топлива, то в 2016 году – 700 тыс тонн. С появлением новой отечественной почвообрабатывающей техники стали шире применяться малозатратные и влагосберегающие технологии обработки почвы. За последние 10 лет доля отечественных сортов в структуре посевных площадей увеличилась и составляет более 60%, а по зерновым и рапсу – 85%. В целях обеспечения сельскохозяйственных производителей качественными семенами в организациях республики построено более 50 современных высокопроизводительных семяочистительных линий. Кроме того построено два кукурузокалибровочных завода (это позволяет обеспечить собственными семенами кукурузы до 70% потребности белорусских организаций; производство собственных семян кукурузы обеспечивает стране ежегодную экономию валютных средств около 25–30 млн долл. США). Сельскохозяйственные предприятия республики достигли среднегодового удоя почти 5 тыс кг молока на одну корову. По итогам 2016 года 4 предприятия вышли на среднегодовую продуктивность более 10 тыс кг молока на одну корову. Резервом повышения продуктивности и здоровья животных являются дальнейшее совершенствование племенной работы и селекция белорусских типов пород животных. Ученые достигли успехов на этом направлении: создана голштинская популяция молочного скота отечественной селекции с высокими показателями молочной продуктивности (она уже поставляется в Россию); разработана технология получения эмбрионов высокопродуктивного крупного рогатого скота *in vitro*. Освоение в производстве данной технологии позволит в перспективе сформировать стада высокопродуктивных животных (10 – 12 тыс. кг/год). Большой интерес к внедрению данной разработки проявляют российские аграрии; разработано и активно внедряется в производство программное обеспечение по ведению республиканской информационной системы в области племенного свиноводства. В целях импортозамещения племенной продукции в свиноводстве в 2016 году на РУП «Научно-практический центр НАН Беларуси по животноводству» введен в эксплуатацию инновационный объект: свиноводческий комплекс – репродуктор первого порядка, что позволит в перспективе заменить импортируемый дорогостоящий племенной материал. В НАН Беларуси создаются и другие пилотные объекты в области семеноводства полевых и овощных культур, ветеринарии, рыбоводства. На них планируется отработать основные инновационные разработки наших ученых и далее внедрять в сельскохозяйственное производство. Как отметил Президент Беларуси «За

десять лет производство продукции села увеличилось на 30%. Это достигнуто благодаря существенному обновлению материально-технической базы, переходу на современные технологии производства и применению новейших научно-технических разработок»⁴⁵.

Следовательно, на территории ЕЭП созданы многие позитивные аспекты дальнейшего совершенствования ПБ; потенциал и эффективное управление агропродовольственной сферой позволит не только достичь полной самодостаточности, входящих в данное пространство государств, но, благодаря их скоординированной, согласованной политике в области ПБ, позволит оказывать посильную помощь иным государствам в рамках мировой продовольственной системы. Хотелось бы также акцентировать внимание на том, что, сохраняя достигнутое, следовало бы развивать новое, например, органическое сельское хозяйство, которое уже успешно развивается в 140 государствах мира, а начинать следовало бы с разработки, принятия соответствующих нормативно-правовых актов (Законов об органическом сельском хозяйстве, о производстве органической продукции и т.д.).

*И.Л. Честнов, д-р юрид. наук,
профессор СПб юридического института (филиал)
Университета прокуратуры РФ*

Право и экономика: характер связи

Классической социологической традиции свойствен редуционизм как принцип описания и объяснения социальных явлений и процессов. Он кладется в обоснование соответствующих онтологий социальной реальности и предполагает сведение (или выведение) одних социальных феноменов из других, точнее – другого, признаваемого основанием всей социальности. Так, для марксистской традиции таким основанием выступает экономика, а все иные социальные явления и процессы объявляются производными от экономического базиса. Интересно, что сам К. Маркс, как известно, провозглашал этот принцип как абстрактное положение, лишь «в конечном итоге» определяющим все остальное, существующее в социальном мире. Марксисты-ленинцы пошли гораздо дальше и превратили его – этот принцип – в вульгарный социологизм, пытаясь напрямую выводить право или политику из совокупности экономических отношений.

⁴⁵ Продовольственная безопасность – составная часть национальной безопасности Республики Беларусь и ключевое условие устойчивого развития государства//режим доступа: http://mrk-bsuir.by/files/upload/yanvar_2018.pdf.-Дата доступа14.01.2018.

Следует заметить, что современная неолиберальная, неоинституциональная экономическая наука, в определенном смысле, придерживается близких позиций. Сторонники этого влиятельнейшего подхода исходят из допущения того, что процессы глобализации привели к доминированию экономики над всеми остальными видами общественных отношений, к подчинению их экономической логике. «Общечеловеческая судьба, - пишет А.Ю. Ашкеров, - оказывается уже не выражением равенства всех перед лицом Господа, отныне это выражение равенства всех по отношению к экономическим условиям существования – равенство, порожденное эффектом своеобразной "вездесущности" рынка»⁴⁶. Именно экономика определяет сущность человека, ценности, правила рационального выбора, размер ущерба от правонарушения, объем и способ его возмещения. Тем самым, экономика выступает онтологическим и гносеологическим основанием бытия общества, жизнедеятельности, производит своеобразную экспансию во все иные сферы современного социума.

Анализ работ, считающихся классическими в области современной неолиберальной экономической теории, сохраняющей свои господствующие позиции на Западе, позволяет выделить следующие **исходные онтологические и методологические допущения экономической экспансии**. Во-первых, это *онтологический и методологический индивидуализм и рационализм*. Экономика, в соответствии с таким подходом, суть «наука о рациональном выборе в мире – в нашем мире, - где ресурсы ограничены по отношению к человеческим потребностям. Задача экономической теории, определенной таким образом, состоит в том, чтобы исследовать смысл предположения, что человек является рациональным максимизатором своих жизненных устремлений, своего удовлетворения - ... личной выгоды. /.../ Концепция человека как рационального максимизатора своей личной выгоды подразумевает, что люди реагируют на стимулы, т.е. если внешние условия изменяются таким образом, что индивид может более полно удовлетворить свои потребности путем изменения своего поведения, то он это сделает»⁴⁷. Одновременно это допущение предполагает первичность человека и вторичность всех социальных институтов, что полностью соответствует исходным установкам классического индивидуализма, а в политике - либерализма. Поэтому данный постулат конкретизируется в *радикальном конструктивизме*. Суть его в том, что все социальные институты спроектированы разумом человека для максимального удовлетворения его потребностей. Более того, это предполагает, что все социальные институты основаны на договоре – взаимном согласии о границах прав человека и их использования⁴⁸. «В основе общественного устройства как такового лежит нечто,

⁴⁶ Ашкеров Ю.А. Социальная антропология. М., 2006. С. 426.

⁴⁷ Познер Р. Экономический анализ права. В 2-х т. СПб., 2004. Т. 1. С. 3 – 4.

⁴⁸ См.: Бреннан Д., Бьюкенен Д. Причина правил. Конституционная политическая экономия. СПб., 2005. Глава 2.

напоминающее общественный договор или квази-договор», при этом «конституционный договор, который определяет права» принципиально отличается от «постконституционного, который организует обмены этими правами»⁴⁹. *Основным показателем деятельности человека во всех сферах общества является эффективность, которая понимается как максимизация ценности или полезности (выгоды).*

Распространение экономической экспансии, методов экономического анализа или шире - экономического мышления на юридическую сферу общества вылилось в активно развиваемый междисциплинарным, «синтетическим» подходом⁵⁰ под названием экономический анализ права (далее – ЭАП).

Однако исходная идея рациональности и перспективы применения объективирующих формул неинституциональной экономики в праве сегодня ставится под сомнение. Дело в том, что инструментализация (или операционализация) принципа рациональности предполагает четкие критерии межличностного сравнения. Однако такое сравнение, а потому и критерий рационального выбора, особенно касающееся оценок таких морально окрашенных категорий, как справедливость, свобода, равенство и т.д., относится к «сущностно оспоримым поня-

⁴⁹ См.: Познер Р. Указ. Соч. Т. 1. С. 15; Тамбовцев В.Л. Право и экономическая теория. Учебное пособие. М., 2005. С. 131 – 184.

⁵⁰ В.Л. Тамбовцев – крупнейший теоретик экономического анализа права в нашей стране – пишет: «Экономический подход к праву существенно меняет сам характер рассуждений юристов о праве, что связано с проникновением экономического стиля мышления в данную область», - Тамбовцев В.Л. В России много законов, которые не исполняются просто потому, что исполнены быть не могут // Новая юстиция. № 3. 2009 (4). С. 30. При этом он полагает, что экономическая теория права «представляет собой одно из современных направлений экономической науки, относимых к так называемой неинституциональной экономике». – Там же. С. 30 – 31. Однако более правильным представляется, что, данное направление является междисциплинарным, так как праведы с таким же основанием могут считать этот подход юридическим. «Синтетическим» данное направление полагает В.В. Колесников. – Колесников В.В. Инструментарий экономической теории права в законодательной и правоприменительной практике // Экономика и право: институциональный подход в обеспечении законности и правопорядка // Научно-практическая конференция 28 марта 2008 года. Тезисы выступлений / Под ред. В.В. Колесникова. СПб., 2008. С. 5. Об этом же, применительно к конституционной экономике, пишет Г.А. Гаджиев: «Содержанием конституционной экономики... является выработка в процессе интерпретации базовых для экономики правовых принципов различного рода правил, императивов, запретов и рекомендаций. Которые были бы логичными исходя из внутренней логики права, но и эффективными с экономической точки зрения. И это означает, что в интерпретациях судов, присутствует, как отмечает Ричард Познер, “неявный экономический смысл”». – Гаджиев Г.А. Предмет конституционной экономики // Очерки конституционной экономики. С. 38. Не вдаваясь в детальный анализ предмета конституционной экономики, о чем речь пойдет ниже, заметим, что акцент здесь делается на междисциплинарности этого научного направления.

тиям» (термин У. Гэлли) или процедурам и не может иметь объективных критериев⁵¹. Возможно поэтому позитивисты, сторонники аналитической философии⁵², а вслед за ними многие экономисты относят вопросы ценностей, целей и мотивов в разряд ненаучных.

Экономические показатели деятельности человека сторонники ЭАП пытаются распространить на измерение эффективности права (как отдельных норм, так и нормативно-правовых актов). Методика исчисления эффективности права в рамках ЭАП состоит в выявлении групп общих и специальных интересов и расчете выгод / издержек для каждой из них от принятия нового нормативно-правового акта⁵³. При этом проблема выделения групп общих и специальных интересов не эксплицируется. Одновременно отмечается, что «в реальной экономике фактические цены и издержки, фиксируемые в бухгалтерской отчетности, по которым внешний наблюдатель только и может судить о величинах, фигурирующих в процедурах анализа затраты – эффективность, не имеют обычно ничего общего с равновесными ценами и альтернативными издержками, не отражая тем самым и полезности (или благосостояния)... Отмеченные обстоятельства в определенной степени ставят под сомнение возможность полного расчетного, теоретического способа экономического анализа законопроектов и других намечаемых нормативных документов, не предполагающих в той или иной форме обращения

⁵¹ Э. де Ясаи по этому поводу пишет: «... сопоставление выгод и издержек, хороших и плохих последствий рассматривается так, как если бы был определен логический статус такого сопоставления, как если бы это было очевидно с точки зрения философии (хотя, может быть, и затруднительно с технической точки зрения). Однако издержки и выгоды растягиваются на будущие периоды (проблемы, связанные с предсказуемостью), да и выгоды обычно получают не те же самые люди, которые несут издержки, или не только они (проблемы, связанные с экстерналиями). Поэтому баланс между издержками и выгодами неизбежно определяется *предвидением* и *межличностными сопоставлениями*. Относиться к нему как к практической проблеме измерения, получения информации и анализа фактов означает неявно соглашаться с тем, что предшествующие этому сопоставлению и гораздо более существенные вопросы были как-то и где-то решены. Только они не решены. /.../ Бескомпромиссный взгляд на межличностные сравнения, не оставляющий ни малейшего места политическому утилитаризму, заключается в том, что сложение тихого довольства одного мужчины с бурной радостью другого, вычитание слез одной женщины из улыбки другой — это концептуальный абсурд, который не только не выдерживает пристального рассмотрения, но, будучи сформулированным, рушится сам по себе», - Ясаи Э. де. Государство. М., 2008. С. 136 – 137, 142.

⁵² Одним из первых антинаучность ценностей с позиций «защиты здравого смысла» провозгласил Дж. Мур. – Мур Дж. 1) Принципы этики. М., 1984; 2) Природа моральной философии. М., 1999; 3) Защита здравого смысла // Аналитическая философия: становление и развитие. Антология / Общ. ред. и сост. А.Ф. Грязнова. М., 1998. По мнению А.Дж. Айера «высказывания о ценностях» являются «фразами, лишёнными смысла». – Айер А. Дж. Язык, истина и логика. М., 2010. С. 147 и след.

⁵³ Тамбовцев В.Л. Указ. Соч. С. 145.

к наблюдению за поведением субъектов, затрагиваемых вводимой или изменяемой юридической нормой»⁵⁴. Однако и анализ эффективности нормативно-правового акта *post factum*, по крайней мере, достаточно сложного (например, отраслевого кодекса), вряд ли может быть эксплицирован по такой методике. Это, как представляется, связано с тем, что общественное сознание, фиксирующее выгоды / издержки (точнее – их оценку) сегодня ситуативно, подвержено манипулируемости СМИ и популистскими лидерами, размыто. Поэтому выявить массовые предпочтения относительно нормативно-правового акта, с которым подавляющее большинство населения незнакомо, на более или менее длительную перспективу практически невозможно. Ситуация усложняется также тем, что в условиях мультикультурности происходит стирание социальных различий, и, следовательно, и интересов различных социальных групп⁵⁵.

Выходом из затруднительного положения, в котором оказывается онтология и методология ЭАП может состоять в «прививке» к этому направлению культуральной или антропологической методологии⁵⁶. В таком случае выявлению групп специальных интересов и расчету их выгод / издержек должен предшествовать социокультурный анализ объекта исследования: анализ социальной структуры данного конкретного социума, предполагающий выявление культурных своеобразий основных групп, для чего наиболее перспективной является методика включенного наблюдения. Затем методами «качественного анализа»⁵⁷ необходимо определить ценностные предпочтения этих групп, так как выгоды / издержки в ситуации неопределенности, в которых находится «неспециалист» при отношении с юридической сферой всегда имплицитны и обусловлены социальным статусом и культурными предпочтениями, воплощающимися в установки представителя именно этой группы. Такой предварительный анализ проведен, например, в исследованиях В.Л. Тамбовцева, А.П. Заостровцева, С.Г. Маковецкой, К.В. Юдаевой⁵⁸.

Вышеизложенное свидетельствует о том, что в онтологическом и методологическом плане роль экономики (и экономической теории) должна быть пересмотрена. Она – тем более в неолиберальной трактовке - не может обладать привилегированным онтологическим и методологическим статусом и диктовать всем общественным наукам «экономически правильное» представ-

⁵⁴ Там же. С. 150 – 151.

⁵⁵ Ситуация мультикультурности характеризуется «расколотостью я» (или «децентрированностью субъекта»), т.е. потерей четких идентичностей человека. См. подробнее: Butler J. *Gender Trouble: Feminism and Subversion of Identity*. N.Y., 1990; Benhabib S. *Situating the Self: Gender, Community and the Postmodernism in Contemporary Ethics*. N.Y., 1992.

⁵⁶ См. подробнее: Культуральные исследования права: коллективная монография / под ред. И.Л. Честнова, Е.Н. Тонкова. СПб., 2018.

⁵⁷ К таким методам можно отнести лингвистический ассоциативный эксперимент, интент-анализ, психосемантические методы.

⁵⁸ См.: Актуальные экономические проблемы России / Под ред. Л.Э. Лимонова. СПб., 2005. С. 98 – 157.

ление о социуме. Уж если что и может претендовать сегодня, в условиях виртуализации социального, на такую роль – так это культура. Так, авторы международной монографии с многообещающим символическим названием «Культура имеет значение. Каким образом ценности способствуют общественному прогрессу» утверждают, что именно культура выступает условием, контекстом и детерминантом общественного, в том числе, экономического развития. Поэтому в разных культурах-цивилизациях одни и те же экономические рецепты, программы и институты действуют по-разному и приводят к разным результатам⁵⁹. Не менее интересно рассуждение Р. Инглхарта, который справедливо показывает, что экономика играет важную роль в формировании демократии, однако это воздействие осуществляется через такой фактор культуры, как легитимность. Поэтому в разных культурах влияние экономики на политику (добавим от себя и на право) различно⁶⁰. Следовательно, взаимоотношение экономики и права должно изучаться в контексте культуры.

⁵⁹ Culture Matters. How Values Shape Human Progress / Ed. by L. Harrison, S. Huntington. N.Y., 2000.

⁶⁰ Ibid. P. 122.

РАЗДЕЛ II**СТАТЬИ УЧАСТНИКОВ СЕКЦИИ
«КОНСТИТУЦИОННОГО И АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА»**

**Ответственный за организацию работы секции – доцент кафедры
конституционного и административного права СПбГЭУ,
канд. юрид. наук, доцент Л.Ю. Свистунова**

*Е.Г. Делегеоз, канд. ист. наук,
доцент кафедры конституционного
и административного права,
СПбГЭУ*

**Заемный труд в России:
правовая модель и особенности применения**

Резкий переход российской экономики от плановой к рыночной после распада СССР привел к заполнению российского рынка иностранными компаниями. Это в свою очередь заставило российских предпринимателей искать новые технологии управления трудовыми ресурсами либо оптимизировать используемые механизмы. Однако уровень конкурентоспособности российских предприятий (организаций) был крайне невысок. В условиях растущей экономической глобализации российский бизнес искал новые и более гибкие способы и технологии для развития кадрового потенциала. В условиях отсутствия нормативно-правового регулирования оптимальной оказалась модель заемного труда. Данная технология позволила обеспечить гибкость при подборе профессиональных кадров, их трудоустройстве и увольнении, а также снизить социальные издержки работодателя (обязательные отчисления в ПФР, ФОМС, ФСС) и налоговые отчисления.

Как отмечает А.А. Чукреев, в России начиная с 1990-х годов рынок заемного труда получил довольно бурное развитие, что вполне объяснимо периодом слома прежних подходов к регулированию трудовых отношений, отсутствием адекватного трудового законодательства в условиях всеобщей «либерализации» и правового нигилизма, при котором правовая система не имела специальных норм трудового законодательства для регулирования соответствующих отношений.⁶¹ Появилась практически легальная возможность организовать гибкий и эффективный бизнес. Но обнажилось существование множества проблем относительно регулирования отношений, возникающих в процессе такой формы организации труда.

⁶¹ Чукреев А.А. Совершенствование правового регулирования заемного труда в России // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2015. № 2 (28). С. 106-118.

Данный пробел в российском трудовом законодательстве был устранен федеральным законом от 05.05.2014 г. № 116-ФЗ, вступившим в силу 01.01.2016 года.⁶² Однако дискуссия бизнеса, власти и профсоюзов носила длительный характер. В конце 2010 года в Государственную Думу был внесен законопроект «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (о мерах, препятствующих уклонению работодателей от заключения трудовых договоров путем необоснованного заключения договоров гражданско-правового характера, использования механизмов «заемного труда» или другими способами)⁶³, который был призван определить рекомендуемый законом механизм поведения при возникновении отношений «заемного труда». Законопроект был направлен на создание правовых мер, препятствующих уклонению работодателей от заключения трудовых договоров путем необоснованного заключения договоров гражданско-правового характера, использования механизмов заемного труда или другими способами.⁶⁴ Обсуждение этого законопроекта растянулось более чем на три года. Одной из причин можно назвать неэффективность трехсторонних переговоров, в ходе которых профсоюзы выступали за полный запрет заемного труда, а представители бизнеса занимали совершенно противоположную позицию.

В результате принятия указанного федерального закона были внесены существенные изменения в ряд российских законов, регулирующих трудо-социальные отношения стране. В первую очередь в Закон Российской Федерации от 19 апреля 1991 года № 1032–1 «О занятости населения в Российской Федерации» была добавлена статья 18.1, регулирующая осуществление деятельности по предоставлению труда работников (персонала). Кроме того, изменения коснулись Федерального закона от 24 июля 1998 года № 125-ФЗ «Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний», а также в Налогового кодекса. В Трудовом кодексе РФ законодатель императивно закрепил запрет заемного труда и дал легальное определение данного явления. Ст. 56.1 ТК РФ определяет заемный труд как «труд, осуществляемый работником по распоряжению работодателя в интересах, под управлением и контролем физического лица или юридического лица, не являющихся работодателем данного работника».⁶⁵ При этом Трудовой кодекс РФ был дополнен главой 53.1, регулирующей особенности труда работников, направляемых временно работодателем к другим физическим или юридическим лицам по договору предоставления труда работников (персонала).

⁶² Федеральный закон от 05.05.2014 № 116-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2014. № 19. Ст. 2321.

⁶³ Письмо Комитета СФ ФС РФ по социальной политике и здравоохранению от 17.12.2010 № 3.13–06/1871 // СПС «КонсультантПлюс» (Электронный ресурс).

⁶⁴ Васюков С. В. Заемный труд как новая правовая категория российского трудового права // Среднерусский вестник общественных наук. 2014. №5 (35). С. 71-74.

⁶⁵ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 27.12.2018 г.) // Собрание законодательства РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 3.

Казалось бы, правовая коллизия урегулирована на государственном уровне. Однако на российском трудовом рынке возникли так называемые «альтернативные» трудовые отношения в форме аутсорсинга, аутстаффинга, лизинга персонала. Как разновидности заемного труда они имеют определенные специфические особенности:

- место заключение договора с заемным работником не совпадает с местом его непосредственной работы;
- заключение договора с заемным работником осуществляется через частные агентства занятости;
- оплата трудовой деятельности заемных работников осуществляется компанией-провайдером за счет средств, которые выделены компанией-заказчиком, получателем результата трудовой деятельности заемных работников.

Ст. 56 ТК РФ устанавливает отношения в процессе труда между работником и работодателем, основанные на письменном трудовом договоре, подписанном сторонами. Таким образом, искажается личный характер отношений. Кроме того, возникают сложности с содержанием трудового договора, определенным ст. 57 ТК РФ. К существенным условиям трудового договора трудовое законодательство относит место работы, оплату труда и др. Законодатель минимизировал риски для всех сторон такого правоотношения, закрепив права и обязанности сторон в главе 53.1 ТК РФ.

По договору предоставления труда работников (персонала) складывается трехсторонняя схема отношений между агентством занятости, работником, заключившим трудовой договор с этим агентством, и принимающей стороной. Законодательно закреплено следующее правило: при направлении работника для работы у принимающей стороны по договору о предоставлении труда работников (персонала) трудовые отношения между этим работником и частным агентством занятости не прекращаются, а трудовые отношения между этим работником и принимающей стороной не возникают (ст. 341.2 ТК РФ). Именно исходя из данной нормы формируется трудо-правовой статус всех сторон данного договора. Отношения частного агентства и работника оформляются трудовым договором, а направление работника к принимающей стороне – в форме дополнительного соглашения с указанием этой принимающей стороны.

Ст. 341.1 ТК РФ обязывает частное агентство занятости и принимающую сторону урегулировать размер заработной платы и предоставление компенсаций за условия труда, отклоняющиеся от нормальных, в отношении предоставленного работника. Следовательно, в данной правовой конструкции «частное агентство занятости – работник – принимающая сторона» отсутствует дискриминирующий элемент. Часть 3 ст. 3 ТК РФ конкретизирует понятие дискриминации в сфере труда, устанавливая возможность установления различий, исключений, предпочтений, а также ограничения прав работников в связи со спецификой того или иного вида труда. При этом такие ограничения могут быть установлены только федеральными законами. Следует помнить, что на работников, направляемых к принимающей стороне, распространяется

не только национальное трудовое законодательство, а также общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации, ратифицированные в установленном порядке. Например, Конвенция МОТ 1936 г. № 52 «О ежегодных оплачиваемых отпусках», Конвенция МОТ 1949 г. № 95 «Относительно защиты заработной платы», Конвенция МОТ 1958 г. № 111 «О дискриминации в области труда и занятости» и др. Необходимо обратить внимание, что Конвенция МОТ 1994 г. № 181 «О частных агентствах занятости» не была ратифицирована в РФ, т.к. предусмотренный ею уровень социальных гарантий ниже, установленного российским трудовым законодательством.

Договоры о труде, поименованные в статье 9 ТК РФ, включают в себя все договоры, заключаемые работодателем с отдельными работниками и трудовым коллективом. Таким образом, договор предоставления труда работников (персонала) возможно расценивать как трудовой, поскольку трудовые отношения между работником и работодателем имеют договорный характер. При этом для «заемных» работников установлены гарантии не ниже, чем для работников, состоящих в непосредственных трудовых отношениях с работодателем.

***В. К. Дмитриев,**
канд. юрид. наук, доцент кафедры конституционного
и административного права СПбГЭУ*

Конституционно-правовая роль правового государства в формировании основ инновационной экономики России

Когда речь идет о правовом государстве, представляющем собой, с нашей точки зрения, базовый атрибут конституционного строя Российской Федерации, в сочетании этой категории с базовыми принципами конституционной экономики, необходимо говорить о нескольких составляющих роли правового государства в формировании основ инновационной экономики России.

Первая составляющая – это влияние наиболее общих конституционно-правовых категорий (в том числе и принципов) на правовое регулирование объективных экономических процессов. Казалось бы, данный тезис можно считать парадоксальным – какое отношение имеют конституционные принципы (более того – и принципы права Конституции) к экономическим процессам «на местах»?

На самом деле даже наиболее общие принципы Конституции Российской Федерации и права Конституции оказывают непосредственное влияние на объективные экономические процессы. От того, каким образом построена система конституционно-правового регулирования в целом, зависит степень «правовой свободы» каждого конкретного субъекта экономической деятельности. Причем

иногда (в положительном смысле) важнее не буква Конституции, а ее «дух», то, как она воспринимается в конкретный исторический момент времени.

В каком-то смысле мы таким образом обращаемся к концепции «гибкой Конституции»; «гибкой» в том смысле, что текст Конституции как юридического документа особого характера, учредительного правового акта (ни в коем случае не просто «закона» или «основного закона») нет необходимости регулярно менять, несмотря на значительную трансформацию общественных отношений, экономики и иных сфер жизнедеятельности человека. Один раз принятая народом и закреплённая в собственно Конституции конституционная модель, «ядро» которой составляет право Конституции, является «двигателем» правового, общественного и экономического развития на десятилетия и столетия. Однако само содержание конституционных норм (за исключением права Конституции) объективно меняется. Соответственно, нет необходимости и, более того, ни в коем случае не следует менять формулировки конституционного текста из-за возникшей «сиюминутной» потребности, «частного случая» – когда речь не идет о резком «развороте» конституционно-правового регулирования.

Конституционный принцип и модель разделения властей на примере Соединенных Штатов Америки – явное подтверждение нашего тезиса. Данная модель изначально формировалась в конституционно-правовом поле как система «соперничества» законодательной и исполнительной власти, а сегодня (при неизменности текста Конституции США) оказалась дополнена, а скорее даже, значительно «модифицирована» включением в нее компонента лоббизма, непосредственно отраженного в правовом поле США.

В связи с этим заслуживает внимания американская модель разделения властей, построенная, как отмечает профессор Дж. Тарбер, на «соперничестве между исполнительной и законодательной ветвями власти»⁶⁶, «сотрудничестве и конфликте» между Президентом и Конгрессом США. Напомним – именно в США впервые конституционно (1787 г.) был закреплён принцип разделения властей⁶⁷.

Первый (более высокий уровень) классической американской модели разделения властей – конституционно-декларативный, предполагающий всеобщую обязанность соблюдения буквы и духа Конституции США в целях защиты правовой свободы. Как указал в одном из своих решений Верховный Суд США: «При всех очевидных недостатках, дефектах, проволочках мы не нашли лучшего способа сохранить свободу, чем делая осуществление власти подчиненным тщательно прописанным ограничениям, провозглашенным в Конституции»⁶⁸.

⁶⁶Разделенная демократия: Сотрудничество и конфликт между Президентом и Конгрессом США / под общ. ред. проф. Дж. Тарбера. – М.: Прогресс-Универс, 1994. – 416 с.

⁶⁷ Боер В.М., Городинец Ф.М., Григонис Э.П. и др. Правовое государство: Реальность, мечты, будущее / под общ. ред. В.П. Сальникова. – СПб: Алетейя, 1999. – 246 с.

⁶⁸Харрелл М.Э., Андерсон Б. Равное правосудие на основе закона: Верховный Суд в жизни Америки / пер. с англ. Г.А. Гаджиева и С.А. Кузнецовой. – М.: Манускрипт, 1995. – 143 с.

Второй уровень предполагает классическую «триаду» законодательной, исполнительной и судебной властей, а также устоявшийся (трехступенчатый) механизм сдержек и противовесов.

К числу общих положений, характеризующих данный механизм («первая ступень»), принято относить следующие: различные источники формирования ветвей власти, возможность взаимного противодействия ветвей власти, неодинаковый срок осуществления властями их функций⁶⁹

«Вторая ступень» американской модели механизма сдержек и противовесов на практике означает систему внутренних противовесов в Конгрессе США, которая формируется из «подкомитетов, комитетов палат, палат парламента, согласительных комитетов палат»⁷⁰ с собственной компетенцией каждого из них.

«Третью ступень» формируют механизмы сдержек и противовесов, сформированные на уровне штатов, графств и на местах.

Описанная выше система разделения властей, дополненная принципом сдержек и противовесов, с одной стороны составляет неизменное «ядро» американской конституционной модели. С другой стороны, будет некорректным утверждать, что ее содержание и характер и средства «правового воздействия» не изменились за прошедшие десятилетия.

Такая же ситуация с влиянием общих принципов права Конституции, в том числе входящих в число атрибутов правового государства, имеет место с Конституцией Российской Федерации 1993 г. Так, общие категории правового государства оказывают непосредственное влияние на практику конституционного нормоконтроля.

Конституционный Суд Российской Федерации, осуществляя толкование Конституции Российской Федерации и решая вопрос о соответствии Конституции Российской Федерации тех или иных нормативных правовых актов, устанавливает не только правовые ограничения, но, как мы полагаем, и конституционно-правовые средства создания субъектам экономической деятельности возможности реализации инновационных форм предпринимательства в Российской Федерации. Пресекая на основе конституционных принципов (в том числе и правового государства) избыточные административные (и в целом нормативные) барьеры, Конституционный Суд Российской Федерации создает предпосылки формирования современной экономики – на основе неизменного самого по себе конституционного текста.

Выше речь шла о первой составляющей роли правового государства в формировании основ инновационной экономики России – той составляющей, которая может быть для краткости обозначена как «правовое государство как правовая идеология и ядро права Конституции».

⁶⁹Боер В.М., Городинец Ф.М., Григонис Э.П. и др. Правовое государство: Реальность, мечты, будущее / под общ. ред. В.П. Сальникова. – СПб: Алетейя, 1999. – 246 с.

⁷⁰Осавелюк А.М. Вспомогательные государственные органы зарубежных стран: конституционно-правовой аспект. – М.: Юристъ, 1998. – 192 с.

Не менее важен второй элемент роли правового государства в формировании основ инновационной экономики России – а именно факт, что именно система атрибутов правового государства, носящих формальный характер и отраженных (в той или иной их части) в каждом нормативном правовом акте, составляет «правовую систему свободы» формирования инновационной экономики России.

Иными словами, система нормативных предписаний перестает выполнять роль ограничителей экономической деятельности, а наоборот, становится «залогом успеха» инноваций в экономике. Естественно, что для современного российского государства развитие инновационной экономики – это приоритет. Здесь будет уместно напомнить, что концепция подлинного правового государства, в нашем понимании, это не подход «всем гражданам – максимально возможный объем социального обеспечения», а подход создания равных стартовых условий, в том числе для инновационной экономической деятельности.

В таком случае государство не вмешивается систематически в экономику, а лишь устраняет те объективные сложности, с которыми затруднительно (или невозможно) справиться силами только частных лиц – физических и юридических. Такие категории как «государственно-частное партнерство», «концессии» и т.п. становятся продуктивным инструментом взаимодействия в правовом поле для государства и частных инвесторов, позволяющим совместными усилиями достичь развития экономики на основе правовых норм по «инновационному треку».

*Н.М. Казанцев, д-р юрид. наук,
канд. экон. наук, профессор,
зав. отделом экономико-правовых проблем
государственного и муниципального управления
Института законодательства
и сравнительного правоведения при Правительстве РФ*

Проблемы правового регулирования разработки и выполнения государственных программ

В БК РФ статья 179 Государственные программы Российской Федерации, государственные программы субъекта Российской Федерации, муниципальные программы не устанавливает связи между финансированием государственных программ и достижениями целей этих программ, реализуемых посредством сетевых графиков программ. Вследствие этого затруднен контроль за целевым финансированием программ, обоснованностью и целевым использованием финансовых средств по этим программам и оценкой результатов реализации государственных программ.

Предусмотренный ч.3 ст.179 БК РФ Порядок разработки, реализации и оценки эффективности государственных программ Российской Федерации утвержден Постановлением Правительства РФ от 02.08.2010 N 588 (ред. от 25.12.2018) "Об утверждении Порядка разработки, реализации и оценки эффективности государственных программ Российской Федерации".

Пунктом 2 Раздела I определено, что Государственной программой является документ стратегического планирования, содержащий комплекс планируемых мероприятий, взаимоувязанных по задачам, срокам осуществления, исполнителям и ресурсам, и инструментов государственной политики, обеспечивающих в рамках реализации ключевых государственных функций достижение приоритетов и целей государственной политики в сфере социально-экономического развития и обеспечения национальной безопасности Российской Федерации. (п. 2 в ред. Постановления Правительства РФ от 26.12.2014 N 1507).

Названное взаимоувязывание мероприятий по задачам, срокам, исполнителям и ресурсам осуществимо исключительно методами т.н. сетевого планирования, которые для обеспечения связи с предусмотренными упомянутым пунктом 2 раздела I инструментами государственной политики, обеспечивающих достижение целей социально-экономического развития и национальной безопасности России, должны быть также взаимосвязаны с деревьями целей в названной области. Однако ни бюджетный закон, ни постановление Правительства РФ никак не регулируют и не предусматривают ни построения деревьев целей, ни применение методов сетевого планирования.

При этом пунктом 3 этого раздела определено, что «Государственная программа включает в себя *федеральные целевые программы* и подпрограммы, содержащие в том числе ведомственные целевые программы и основные мероприятия органов государственной власти (далее - подпрограммы). (в ред. Постановления Правительства РФ от 21.07.2014 N 679)». Любая целевая программа приобретает это названное качество исключительно вследствие того, что для программы построено дерево целей исчерпывающим образом.

Если дерево целей программы не построено, а подменено формулировкой так называемой в таком случае главной целью, то возникает закономерная трудность определить состав индикаторов, которые должны будут отражать процесс практического осуществления программы. С большой долей вероятности можно утверждать, что такие индикаторы будут иметь случайное отношение как достижению главной цели программы в любой формулировке, в какой бы она не была выражена. А попытка установить законодательные требования будет иметь формальный характер, отсылочный или состоять из тривиальных положений. Это и получило свое оформление в благопожелательных нормах п. 11(2) Раздела II утвержденного Постановлением Правительства РФ от 02.08.2010 N 588 (ред. от 25.12.2018) Порядка разработки, реализации и оценки эффективности государственных программ Российской Федерации: П.11(2). «Методика расчета показателей должна обеспечивать сопоставимость показателей, отражающих аналогичные наблюдаемые явления, объекты, процессы или их свойства (в том числе

единство единиц измерения и периодичность расчетов), и позволять рассчитывать на основе этих показателей целевые показатели (индикаторы), установленные в документах стратегического планирования.)».

Очевидно отсутствие строгоправовых регуляций в этих положениях. Следствием таких регуляций не может не быть произвольный характер установления государственными программами и входящими в них целевыми программами наряду с произвольным и малорезультативным процессом их осуществления.

Неполнота реализации метода программно-целевого подхода в актах законодательства служит удобным средством для произвольного установления уполномоченным органам разрабатывать и осуществлять государственную программу федеральным органом исполнительной власти в части состава и взаимосвязи целей и критериев оценки степени их достижения. Поэтому неустановление обязательных требований по построению дерева целей как системы семантически и прагматически соподчиненных целей, в которых для каждой цели, начиная с единственной цели высшего уровня и вниз проведена редукция на подцели исчерпывающе полно и так, что их достижение образует в совокупности необходимое и достаточное условие для достижения цели, редуцированной на эти подцели и, в конце концов, цели высшего уровня. При этом редукция каждой цели на подцели производится до тех пор, пока не будут сформулированы такие альтернативные составы человеческих, материальных, финансовых, информационных ресурсов и средств, из которых каждый состав достаточен для достижения соответствующей цели более высокого уровня. Когда будет достигнута такая полнота редукции высшей цели на подцели 1-го, 2-го и других нижележащих уровней, будет завершено построение дерева целей. Альтернативные составы ресурсов и средств образуют собой индикаторы реализации программы именно потому, что они будут необходимыми и достаточными условиями для реализации настоящих над ними целей, а те, в свою очередь, столь же необходимыми и достаточными условиями для осуществления вышестоящих над ними целей и т.д. вплоть до высшей цели.

Такое, завершенное в построении дерево целей может быть осуществлено, если на его основе будет построен сетевой график реализации программы. Альтернативные составы ресурсов и средств, необходимых и достаточных для достижения настоящих над ними целей, своими величинами и иными параметрами образуют собой те индикаторы, которые по мере их достижения будут показывать степень осуществления программы. Более того, избранными для реализации из альтернатив составами ресурсов и средств определяются необходимые финансовые и иные ресурсы, которые должны быть введены в действие для осуществления программы. Без завершения построенного дерева целей не имеется иного способа для обоснованной оценки необходимых финансовых ресурсов на осуществление программы.

Пункт 28 Раздела V названного Порядка установил, что «Реализация государственной программы осуществляется в соответствии с планом реализации

государственной программы (далее - план реализации), разрабатываемым с использованием портала государственных программ на очередной финансовый год и плановый период и содержащим перечень наиболее важных, социально значимых контрольных событий государственной программы, в том числе предусмотренных поручениями Президента Российской Федерации и Правительства Российской Федерации, а также "дорожными картами", с указанием их сроков. План реализации разрабатывается в соответствии с методическими указаниями».

Порядок в п.30(1) предусматривает построение «детального плана-графика реализации госпрограммы» «Проект детального плана-графика разрабатывается в соответствии с методическими указаниями в электронном виде с использованием портала государственных программ и на бумажном носителе и содержит перечень мероприятий и контрольных событий государственной программы, в том числе предусмотренных поручениями Президента Российской Федерации и Правительства Российской Федерации, а также "дорожными картами", с указанием сроков их реализации, ожидаемых результатов и бюджетных ассигнований».

Утвержденные приказом Минэкономразвития России от 16 сентября 2016 г. N 582 «*Методические указания по разработке и реализации государственных программ Российской Федерации*» (в ред. Приказа Минэкономразвития России от 15.03.2017 N 107) использовали, как гласит п.2 те же самые понятия, что и названный Порядок и не вводили новых. Следовательно, дерево целей для целевых программ не оказалось предусмотренным для построения этими *Методическими указаниями*. Вследствие этого, установленные пунктом 5 Методических указаний принципы не смогли образовать необходимое и достаточное условие для формирования государственных программ и входящих в их состав целевых программ. Дерево целей образует необходимую основу для формирования любой целевой программы, когда с 60-х годов XX века. Когда в 1961 году в США был разработан метод ППБ (планирование-программирование- разработка бюджета)⁷¹. Более того, в Методических указаниях первые три из принципов пункта 5 оказались лишенными необходимой для публично-правовых отношений императивности вследствие юридической неопределенности его положений, образующейся по причине неочерченности телеологического состава целевой программы.

Можно видеть отличие такого плана-графика от классического сетевого графика, используемого уже полвека при управлении проектами с поддержкой компьютерными моделями управления проектами. В отличие от сетевых моделей управления в плане-графике не может быть произведена оптимизация порядка реализации программы и поиска с помощью математических методов теории графов критического пути и его оптимизации.

⁷¹ Planning, Programming, and Budgeting System.

А именно, без редукции целей посредством дерева целей доведенной до материально-вещественного, человеческого, финансового и информационного состава ресурсов и средств в форме услуг, достаточных для осуществления программ не получил применимой определенности принцип учета целей и приоритетов социально-экономического развития и обеспечения национальной безопасности Российской Федерации, определенных в стратегии социально-экономического развития Российской Федерации, отраслевых документах стратегического планирования Российской Федерации, стратегии пространственного развития Российской Федерации и основных направлениях деятельности Правительства Российской Федерации на соответствующий период, исходя из положений федеральных законов, решений Президента Российской Федерации и Правительства Российской Федерации;

Принцип наиболее полного охвата сфер социально-экономического развития и бюджетных ассигнований федерального бюджета, бюджетов государственных внебюджетных фондов Российской Федерации без привязки к дереву целей целевой программы также не может получить осуществления, поскольку не может составить препятствия для нецелевого использования бюджетных средств, выделенных на программу и оценки степени достижения целей социально-экономического развития по соответствующему дереву целей.

Трудноосуществим без построенного завершенным образом дерева целей и принцип установления для государственных программ измеримых результатов их реализации. Без такого дерева весьма трудно найти характеризующие количественные и качественные показатели для тех конечных результатов, которые достигнуты в ходе реализации программы. В отсутствие дерева целей процесс осуществления программы будет фактически следовать принципам «делать что получится» и «тратить деньги на выгоды финансируемых фирм, а не на публичное благо и выгоды граждан и государства.

Методические указания вместо использования юридически определенных понятий прибегают к тривиальным антропоморфным метафорам всякий раз, когда модальности долженствования применяют не к должностным лицам, разрабатывающим и исполняющим программу, а к неодушевленным инструментам её реализации, например: «п.23. Система показателей (индикаторов) должна обеспечивать возможность проверки и подтверждения достижения целей и решения задач, поставленных в государственной программе».

Можно было бы согласиться с формулировкой нормы, признав полезность такой краткости. Однако следствием этой краткости нормы является ситуация, когда заранее установленные индикаторы следуют позитивной динамике вследствие естественных экономических причин, а вовсе не вследствие исполнения мероприятий программы. В результате цели программы подменяются самоулучшающимися индикаторами и констатируется успех реализации программы без подлинного достижения её целей и без применения мер ответственности бездейственным должностным лицам.

Сетевой график, не основывающийся на дереве целей программы, не создает условия для систематического достижения целей, а образует множество

удобных для реализации мероприятий, финансируемых из государственного бюджета в интересах промышленных фирм и иных организаций, вошедших в программу.

К этому следует добавить, что упоминание в Методических указаниях сетевого графика сугубо формально (п.33), поскольку предусмотренная форма Таблицы 13а недостаточно информативна для его построения.

Вопреки утверждаемому в п.33 о том, что детальный план график разрабатывается в *форме сетевого графика, отражающего взаимосвязь мероприятий* государственной программы и в форме упомянутой этим пунктом таблицы 13а, представленная в Таблице 13а форма «Детального плана-графика реализации государственной программы на очередной финансовый год и на плановый период __ годов» не предусматривает какого-либо отражения именно взаимосвязей мероприятий программы и потому вследствие этого недостатка не может быть использована для построения настоящего сетевого графика, по которому мог бы быть определен критический путь реализации программы и его возможная оптимизация. Для построения сетевого графика необходима информации о том, какие отношения инженерно-физической причинности, также информационной и экономической причинности имеют место между мероприятиями программы. На основе этой информации определяются отношения необходимого и достаточного предшествования мероприятий программы, связь которых и отражается на сетевом графике. Сетевой график, по сути предствляет собой граф, не обязательно не имеющий циклов, каково дерево, но обязательно ориентированный граф, т.е. такой в котором отражены все отношения необходимого и достаточного предшествования без любого из которых невозможно осуществить никакое последующее мероприятие программы.

Постановление Правительство Российской Федерации от 12.10.2017 N 1242 «О разработке, реализации и об оценке эффективности отдельных государственных программ Российской Федерации» также не предусматривает составление дерева целей для пилотных государственных программ и, более того, п.11 предусматривает ограничение числа целей программы 5 только целями одного уровня.

Не восполняет пробел регулирования телеологии государственных программ и Приказ Министерства экономического развития Российской Федерации от 15 ноября 2017 г. № 607 «Об утверждении Методических рекомендаций по проведению ранжирования проектов (программ) и ведомственных целевых программ с учетом оценки достижения целей государственных программ Российской Федерации».

Методические рекомендации, предусматривают ранжирование целей одного уровня, но не предусматривают никакого анализа соподчиненности, относительной важности целей на разных уровнях, анализа иерархии целей, цели рассматриваются как однопорядковые, нумеруемые рядом из натуральных чисел. В случае упорядоченности целей посредством метода дерева целей

такая нумерация невозможна, поскольку на каждом нижележащем уровне размерность номинации подцелей по сравнению с вышестоящим уровнем увеличивается на 1 порядок⁷².

Не улучшает регулятивную ситуацию и Постановление Правительства Российской Федерации от 19 апреля 2005 г. № 239 «Об утверждении положения о разработке, утверждении и реализации ведомственных целевых программ»

Контекстный анализ показывает, что на сайте правительства России не обнаруживается понятие «дерево целей», как в связи с поиском в разделах государственных программы, так и стратегическое планирование.

Отсутствие в российском законодательстве фундаментальных для программно-целевого подхода институтов дерева целей и производных от дерева целей сетевых графиков реализации программ свидетельствует о принципиальной неполноте законодательства в этой области. Эта неполнота законодательства обусловлена пробельностью юридического образования в сфере программно-целевых методов управления, возникшего из-за того, что математические методы теории графов, а дерево целей – это один из видов графов, оно определяется как связный граф без циклов, до сих пор не нашли своего места в образовании юристов. Сетевые графики в связи с методами вычисления критического пути в этих графах также относятся к этому разделу математической науки. Понятие дерева целей применяется в теории менеджмента, но не имеется современных русскоязычных пособий, в которых бы излагались методы и алгоритмы систематического и полного построения дерева целей, достаточного для использования его в качестве основы сетевого графика достижения целей.

Отечественная практика знает такое проектирование деревьев целей и их применение для управления и реализации целевых программ. Первым историческим примером был знаменитый ядерный проект конца 40-х – 50-х годов, завершившийся испытанием советской атомной бомбы. В ходе его и был разработан математиками этот метод независимо от его разработки американской компанией RAND, произведенной для аналогичных целей управления ядерной программой. К сожалению, он был засекречен и применялся в оборонной промышленности, например, атомных подводных лодок. Поэтому применение методов программно-целевого управления в СССР во многом связано с заимствованием американских разработок. Из знаменитых гражданских проектов, осуществленных на основе методов дерева целей с его последующим применением для сетевого планирования и управления было конструирование

⁷²Приложение к Методическим рекомендациям по проведению ранжирования проектов (программ) и ведомственных целевых программ с учетом оценки достижения целей государственных программ Российской Федерации, утвержденных приказом Минэкономразвития России от 15.11.2017 г. N 607 (Рекомендуемый образец) Таблица 1 «Оценка проектов (программ) и ведомственных целевых программ по критериям ценности и реализуемости», а также таблицы 4, 5.

грузовика и строительство КАМАЗа как завода для его производства. Составление дерева целей это сложная, высококвалифицированная и объемная работа, которая может быть исполнена лишь при участии тех специалистов, которым предстоит его осуществлять практически. Как довелось узнать автору из специального учебного курса в МГУ им. М.В. Ломоносова, около 12 кв. метров занимала открытая часть дерева целей создания КАМАЗа, отпечатанного на пишущей машинке. В программе участвовало по информации современного сайта завода «более чем 2000 различных предприятий, все главные комитеты Госснаба Советского Союза, различные ведомства и министерства выполняли заказы по строительству завода на материалы и необходимое оборудование»⁷³. Высшей целью значилось «выпустить в 1974 году 40 тыс. грузовиков». Она не было достигнута, были сделаны лишь лабораторные образцы двигателя. Но и это была индустриальная победа. Через два года началось конвейерное производство грузовиков.

В Паспорте государственной программы Российской Федерации "Юстиция"⁷⁴ не установлена высшая цель Программы как это требует метод программно-целевого подхода, но сформулированы цели Программы в следующем виде: *«развитие в обществе правовой модели поведения граждан, преодоление правового нигилизма, поддержание устойчивого уважения к закону»*. Эти три формулировки целей не имеют в настоящее время юридического определения. Они не соответствуют требованиям, установленным Абз.11 *Методических указаний*, согласно которому «Цели государственной программы должны определять конечные результаты реализации государственной программы». Напротив, эти цели имеют формулировку обозначающую тенденцию, и как говорилось ранее, относятся к категории самореализующихся тенденций в том случае, если юрисдикционные власти будут следовать закону и принципу юстиции, который выражен словом, переводимым с латыни как «справедливость». Вопреки Методическим указаниям никаких конечных результатов реализации программы они показать не могут.

Критерию выражения конечных результатов могли бы удовлетворять сформулированные в Паспорте программы «Ожидаемые результаты реализации Программы», если бы они были сформулированы в в таком виде, в каком выражали бы определенное конечное или результирующее состояние. Однако, это не так. Формулировка ожидаемых результатов не имеет правовой определенности, она опять-таки тенденциалистская, неопределенно-трендовая: *«создание условий, обеспечивающих эффективную реализацию гражданами Российской Федерации конституционных прав и свобод; повышение уровня защиты прав и законных интересов граждан и хозяйствующих субъектов; улучшение качества исполнения судебных решений, актов иных органов»*. Бо-

⁷³ <http://www.kamaz-volga.ru/about/smi/91152/>

⁷⁴ утверждена постановлением Правительства Российской Федерации от 15 апреля 2014 г. № 312 (в редакции постановления Правительства Российской Федерации от 31 марта 2017 г. № 370).

лее того эта формулировка содержит в себе такие тренды, которые могут противоречить друг другу. Например, *повышение уровня защиты прав и законных интересов граждан и хозяйствующих субъектов, законные интересы граждан* могут использоваться ими против реализации законных же интересов хозяйствующих субъектов.

Хотя исторический опыт России чаще показывает обратное, когда в целях реализации законных интересов организации законным же образом нарушались интересы осужденных по закону же строителей – заключенных Беломорканала. *Качество исполнения судебных решений также было на высоком уровне.* Этим самым не утверждается, что массовые репрессии были по праву, они были по закону, но против права. И вот здесь в программе «Юстиция» мы никак не встречаем тех целей, которые бы могли быть поставлены по сближению законодательства с естественными правами человека, тем более, что их приоритет прав и свобод человека в любом правовом процессе установлен Главой 2 Конституции Российской Федерации, особенно, статьей 18.

Отечественная культурная традиция позволяет толковать задачи, связанные с целью программы как подцели этой главной цели. По крайней мере это часто соблюдается в науке, в авторефератах кандидатских и докторских диссертаций. В данном случае наблюдается определенное соподчинение задач цели программы. Однако это соподчинение условно и не далеко соответствует требованиям построения дерева целей, а именно: полноте редукции цели на подцели, соотносительности большей важности цели относительно любой из её подцелей, непрерывности, не опосредованности связи между целью и её подцелями.

Так, для одной из частей цели, для *цели «улучшения качества исполнения судебных решений, актов иных органов»* в качестве подцели установлена задача 1) «повышение уровня исполнения судебных актов, актов других органов и должностных лиц, включая модернизацию системы принудительного исполнения судебных актов, актов других органов и должностных лиц, а также обеспечения установленного порядка деятельности судов»

Следует вдуматься в смысл формулировки: «повышение уровня исполнения судебных актов, актов других органов и должностных лиц». Что здесь имеется в виду? Буквальный смысл абсурден, он состоит в том, чтобы с каждым последующим годом данный акт, судебный или другой, оказывался исполняем исключительно посредством действий более высокого должностного лица, нежели в прошлом году. Именно в этом состоит прямой смысл понятия уровень исполнения правового акта. Вряд ли составители программы имели в виду такую абсурдную задачу, скорее всего они прибегли к метафорическому выражению, либо пропустили слово «качества» после слова «уровня», либо им надо было написать вместо слова «уровня» слово «степени». Это ошибка не была бы характеристической, если бы её совершили инженеры. Но её сделали юристы в правовом акте, те профессионалы, которые создают вербальные нормы для жизни страны и её граждан.

Не может быть отнесена к подцелям такая задача как «обеспечение управления при реализации Программы»; строго говоря, это не задача Программы, это функция управления, которая образует обязанности руководителей и исполнителей Программы и не может включаться в телеологию Программы.

*Т.А. Коломейцева, канд. юрид. наук,
доцент кафедры конституционного
и административного права СПбГЭУ*

*Л.Ю. Свистунова, канд. юрид. наук,
доцент, доцент кафедры конституционного
и административного права СПбГЭУ*

Признание в Международном праве: современные проблемы

В условиях современности, в сложившейся довольно нестабильной обстановке в сфере экономики и политики по всему миру, в условиях постоянных военных конфликтов, а также разделения сфер влияния между государствами по всему миру происходит образование совершенно новых государств, которые часто не получают признания и правосубъектности в глазах государств, которые уже имеют вес на международной арене. В наше время известно более 120 подобных территориальных формирований.

Непризнанное государство – это территориальное образование, имеющее признаки государства, но лишенное полного международно-дипломатического признания. Такие государства не имеют правомерных и полных возможностей коммуницировать с другими странами по основным вопросам, касающимся политики, экономики и многих других. Им проблематично развивать инфраструктуру, заключать различные нормативно-правовые документы, договоры, вступать в международные организации. Непризнанные государства могут рассчитывать только на гуманитарную помощь со стороны НКО развитых стран, что исключает возможность их полноценного развития. У такого государства нет возможности защищать и отстаивать свой суверенитет, хоть и не признанный, как на международном, так и на региональном уровнях. Поэтому непризнанные государства в большинстве случаев становятся возможным объектом амбиций для крупных держав на международной арене в целях увеличения и развития собственного стратегического и территориального потенциала.

Вопрос о признании государства в глазах международного сообщества оказывает большое влияние на население, которое проживает в нем. У жителей появляется множество проблем, например, связанных с недействительностью

документов, для них перестают действовать основные права и свободы, признанные в международном праве. Например, свобода передвижения, которая при непризнании государства моментально ставит вопрос о возможности путешествовать, получать образование или работать в других странах. И это лишь малая часть проблем, которые возникают из-за непризнания государства в качестве самостоятельного полноценного территориального образования.

Недостатки системы института признания, которая существует в наше время, демонстрирует, что универсальные права человека, которые заложены в современное международное право, ущемляются. Поэтому существует необходимость для мирового сообщества начать разработку нового, лучшего и усовершенствованного принципа и процедуры признания государства, которое могло бы быстрее адаптироваться к постоянно возникающим и изменяющимся условиям. Поэтому в связи с тем, что данный вопрос требует улучшений и детальной проработки вопроса, то, считаем, что этим и обуславливается актуальность данного исследования.

Проблема определения правового статуса государств рассматривается многими российскими, так и зарубежными политологами и юристами. И они так до конца и не могут прийти к единому мнению по вопросу о необходимости юридического признания государств. Например, по мнению Сквозникова А.Н. «официальное признание лишь констатирует тот факт, что государство существует и не является основанием для появления нового субъекта в международных отношениях». Но если юридическое признание не имеет такого важного значения для территориального образования, которое хочет приобрести свою независимость и самостоятельность, тогда почему все-таки множество ученых выделяют проблему непризнанных государств, и она продолжает не терять своей актуальности и в наше время. Поэтому, представляется, что, хотя на сегодняшний день и отсутствует орган, который бы занимался процедурой признания государств, и сам алгоритм признания имеет множество недостатков и недоработок, но все-таки каждое политико-территориальное образование стремится найти свой способ обретения правосубъектности, чтобы оно было где-то закреплено и имело вес в международном сообществе.

Новые государства на политической карте мира появлялись на протяжении всей истории существования человечества в организованных территориальных формах. Увеличение их количества, различных связей между государствами, формирование зависимости рынков друг от друга и начало доминирования крупных мировых держав на международной арене вывело проблему признания новых государств на абсолютно новый уровень.

Поэтому, основываясь на проведенном анализе, хотелось бы выделить некоторые проблемные аспекты появления и признания государств на международной политической арене:

1) Факторы, существующие внутри государства (какой статус территории был до желания стать новой территориальной единицей, события и процессы, происходящие в государстве) определяют степень легитимности новой власти в глазах международного сообщества.

2) Региональный аспект (региональная ситуация в целом, взаимоотношения с соседними странами) задает тон взаимоотношениям нового государства с непосредственными соседями. Важную роль здесь играют как исторически сложившиеся экономические, научные, культурные взаимосвязи, векторы миграционных потоков, так и конфликты, со времен которых прошло определенное количество времени.

3) Позиция ведущих держав и международного сообщества (стратегический потенциал территории, традиционные и новые конфликты интересов) может замедлять или блокировать процесс признания новых государств на основании следующих причин: мировые державы могут претендовать на абсолютное влияние в определенной зоне мира, воспринимая ее как сферу своих стратегических интересов, потенциальный рынок сбыта или получения ресурсов и препятствуя тем самым эмансипации данных территорий.

Все перечисленные факторы так или иначе влияют на проблему признания государства, его будущего статуса как равноправного субъекта международных отношений, либо отказа в нем.

До сих пор не существует определенного конкретного порядка признания, определенных критериев и действий для официального признания того или иного государства. Из-за этого каждый субъект действует в собственных интересах, которые дадут ему возможность выхода в мировое сообщество с официальным статусом, так как помимо официального признания, данное положение повлечет за собой друг круг обязанностей и прав. В теории существует 3 основных формы признания государств, которые установлены в зависимости от волевого действия территориально-политического образования:

1) де-юре – полное окончательное признание. Данная форма как правило устанавливается на основании решения авторитетной международной организации - ООН, либо же актом высшего органа власти страны с возможной повсеместной поддержкой ее соседей, в соответствии с чем новое государство начинает обладать возможностью устанавливать дипломатические отношения, претендовать на участие в ведущих международных организациях, участвовать в международных конференциях, заключать многосторонние международные договоры, таким образом быть полноправным участником международных политических отношений;

2) де-факто – неполное предварительное признание. Оно может повлечь за собой установление консульских отношений с другими странами, по своей природе являясь все же неофициальным признанием, в ряде случаев носящим временный характер.

Примером в данном случае служит Косово, поскольку на сегодняшний момент оно имеет статус частично признанного государства и входит в состав Сербии как автономный край, однако с 2008 г. имеет признание, и, следовательно, установленные дипломатические отношения с 69 странами мира: среди них – 22 из 27 стран ЕС.

3) *ad hoc* – как специфический вид признания. Как правило, такое признание реализуется путем вынужденного вступления в отношения с новым политико-территориальным образованием для решения конкретных вопросов на определенный срок.

Например, на переговорах США и трех вьетнамских сторон в 1973 г., признавалось право народа Южного Вьетнама на самоопределение с целью урегулирования военного конфликта в этой части страны.

Международное признание со стороны ООН является определенной гарантией для самостоятельного развития и неприкосновенности государства со стороны политических оппонентов, именно поэтому большинство непризнанных образований стремятся получить его, ориентируясь на позицию ООН, при этом ее полномочия не позволяют считать ее правомочной организацией.

Проанализировав действующую систему международного права и практику данного вопроса, можно выделить следующие действия по признанию государства:

1) рассмотрение государствами-участниками ООН вопроса об официальном признании новообразованной страны. Последующая проверка ее соответствия принципам Устава ООН;

2) вынесение решения в виде акта или международного договора о признании государства как потенциального участника для многостороннего мирового сотрудничества;

3) обязательство вновь признанного государства в дальнейшем соблюдать принципы международного права

Хоть международное право и предусматривает возможность появления политико-территориальных образований и рассматривает их как потенциальных субъектов международных отношений, проанализировав основные способы признания и практику по этому вопросу все-таки можно выделить следующие недостатки:

1) Нет определенного органа, который бы обладал компетенцией рассматривать кандидатов на признание в качестве нового субъекта международного права- нового самостоятельного государства, а впоследствии выносил бы решение о присвоении им данного статуса;

2) Также отсутствует конкретный правовой документ с проверенными критериями признания, хотя и идет отсылка на соответствие принципам Устава ООН;

3) Отсутствует институт гарантий защиты неприкосновенности того народа или государства, которые хотели бы заявить о своем праве на самоопределение от подавления их воли со стороны более развитых стран;

4) отсутствует, в целом, конкретный алгоритм правовых действий, так как на данный момент имеется лишь два основных варианта: во-первых, государство может признать само себя и получать поддержку со стороны своих соседей или, во-вторых, государство должно ждать решения международной организации, которая обладает авторитетом в данном вопросе.

Но все-таки данный вопрос пытаются решить и для этого создаются различные международные и национальные организации, которые намерены защищать интересы стран-участниц, а также пытаются вывести на международный уровень решение существующей проблемы. Хотелось бы вкратце рассказать о нескольких из них:

1) Содружество демократического выбора, учрежденное в 2005 г. на форуме в Киеве и ставшее альтернативой Содружества Независимых Государств (СНГ). В состав Содружества входят страны Юго-Восточной Европы и Прибалтики. Организация осуществляет свою деятельность по защите прав человека, «замораживанию» конфликтов и конфронтации, «признавая, что разные страны, находящиеся в поле зрения Содружества демократического выбора, находятся на разных этапах демократического развития». Хотя Содружество в своей деятельности направлено на сближение с государствами ЕС, при необходимости оказывая содействия национально-освободительным движениям (иногда сомнительного характера), оно является попыткой объединения стран, которые заявляют о том, что народ может избирать и в необходимых случаях менять свою власть, т.е. в очередной раз подтверждая его право на самоопределение в соответствии с Уставом ООН.

2) Содружество непризнанных государств – это объединение непризнанных государств на постсоветской территории, созданное в 1992 г. и осуществляющее деятельность по политической консолидации при помощи поддержки стран-участниц в процессе национального самоопределения. В состав входят Абхазия, Южная Осетия, Приднестровье и Нагорный Карабах. На совещании 2000г. представители государств-участников высказали мнение о том, что «нормализация отношений между конфликтующими сторонами невозможна без выработки механизма гарантий соблюдения интересов непризнанных государств при участии стран-посредников и международных организаций».

3) Организация наций и народов, не имеющих представительства, - международная неправительственная организация, созданная в 1991 г., цель которой состоит в защите интересов наций и коренных народов, не имеющих собственных государств или живущих на оккупированных и спорных территориях. Она находится под эгидой ООН и занимается наблюдением за выборами в некоторых странах (наблюдение за выборами в Абхазии 2014 г.) и аккумуляцией информации об отдельных народах, проживающих в других странах

Данные организации и объединения являются определенным заявлением о том, что необходимо решать вопрос о признании государства международном сообществе, но так как они не обладают таким сильным влиянием

как ООН, то поэтому и не могут сильно повлиять на решение данного вопроса. В основном их деятельность распространяется лишь на региональный уровень либо спустя какое-то время объединение или организация совсем перестает существовать.

Безусловно, хоть процедура признания новых государств и имеет столь несовершенный вид, но она все равно способствовала развитию различных точек зрения по этому поводу, а также помогла все-таки относительно закрепить примерные представления о процедуре и принципах признания. Пробелы в правоприменительной сфере возникают из-за того, что существует сложности устранения многих факторов, из-за которых не может четко осуществляться механизм признания: отсутствие юридически правильной и точной процедуры признания государств, неготовность вести цивилизованный диалог, сложность получения официального статуса для небольших политико-территориальных образований со слабой экономикой и многими другими факторами. Проведение коренных изменений и усовершенствований института признания могут занять несколько десятилетий.

Представляется необходимым сформулировать несколько возможных мер по улучшению процедуры признания государств:

1) Необходимо обновление правовой базы международных организаций, в том числе, и ООН. это бы позволило им работать напрямую с общественными организациями и населением непризнанной страны в соответствии с особенностями ситуации на конкретной территории и вне зависимости от решений Совбеза ООН по отношению к властным структурам;

2) Координирование работы по поддержке населения непризнанного государства при помощи существующих благотворительных фондов и организаций, таких как Международный комитет Красного Креста, Армия спасения, Врачи без границ и др. Благодаря их деятельности будут создаваться центры поддержки для пожилых, детей, столовые и пункты медицинской помощи. Это в первую очередь важно для тех стран, которые не имеют необходимых финансовых ресурсов, чтобы оказывать социальную помощь незащищенным слоям населения, а также группам, изолированным от гуманитарной помощи в государствах, ведущих военные действия.

3) Нормативно исключить возможность распространения статуса непризнанного государства на его граждан, в особенности на их универсальные права, связанные со свободой перемещения, выбора места жительства, приобщения к образовательным и культурным ценностям. Это поможет устранить проблемы недействительности их выездных документов за пределами самопровозглашенной страны и позволит людям выезжать за границу, получать образование и работать в других странах.

*Ю.Е. Курилюк, канд. юрид. наук,
доцент Департамента правового регулирования
экономической деятельности ФГБОУ ВО «Финансовый
университет при Правительстве Российской Федерации»,*

О некоторых проблемах конституционно-правового определения признаков предпринимательской деятельности

Конституционное закрепление свободы предпринимательства в Российской Федерации нельзя назвать подробным и детальным: ч. 1 ст. 34 Конституции Российской Федерации⁷⁵ закрепляет право каждого свободно использовать свои способности и имущество для осуществления предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности, часть 2 указанной статьи содержит запрет осуществления такой экономической деятельности, целью которой является монополизация и недобросовестная конкуренция. При этом отметим, что свобода предпринимательства (в отношении существа права, закрепленного в ч. 1 ст. 34 Конституции РФ) в соответствии с ч. 3 ст. 56 Конституции РФ не может быть ограничена даже в условиях введения чрезвычайного положения.

Представляется, таким образом, что помимо признаков предпринимательской деятельности, выделяемых исходя из гражданского правового закрепления, руководствуясь конституционно-правовым регулированием права на осуществление предпринимательской деятельности и с учетом правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации (далее – КС РФ, Конституционный Суд), могут быть выведены *базовые характеристики свободы предпринимательства*:

1) предпринимательская деятельность – вид экономической деятельности, а значит, представляется справедливым распространить на конституционные принципы ее осуществления такие базовые положения основ конституционного строя, как прописанные в ч. 1 ст. 8 Конституции РФ единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержку конкуренции (при запрете монополизации и недобросовестной конкуренции, предусмотренном ч. 2 ст. 34 Конституции РФ), свободу экономической деятельности, а также в ч. 2 указанной статьи признание государством и равную защиту форм собственности;

2) широкое определение субъекта, который вправе осуществлять предпринимательскую деятельность: это право каждого (то есть право человека, а не только гражданина Российской Федерации);

3) осуществление права предполагает использование своих способностей и (или) имущества;

4) запрет ограничения права на предпринимательскую деятельность в условиях чрезвычайного положения.

⁷⁵ СЗ РФ. 04.08.2014. № 31. Ст. 4398.

Легальное определение предпринимательской деятельности обычно выводится из ее признаков, закрепленных в ст. 2 Гражданского кодекса Российской Федерации⁷⁶ (далее – ГК РФ), таким образом, перечень базовых характеристик предпринимательской деятельности должен быть продолжен, основываясь на нормах гражданского законодательства:

- 5) самостоятельность предпринимательской деятельности;
- 6) осуществление на свой риск;
- 7) направленность на систематическое получение прибыли.

Отметим, что, по нашему мнению, следует изменить систему представлений о таком наборе обязательных признаков предпринимательской деятельности, без наличия которых (или хотя бы одного из них) мы не сможем определить осуществляемую деятельность как предпринимательскую: так, если критерии самостоятельности и осуществления на свой риск, а также направленности на систематическое получение прибыли не допускают сомнений в своей обязательности, то вызывающий и ранее ряд вопросов *признак обязательной регистрации предпринимателя*⁷⁷ с принятием Федерального закона от 26.07.2017 № 199-ФЗ⁷⁸ (далее – Закон № 199-ФЗ), на наш взгляд, окончательно утратил свое значение как обязательного критерия и перешел в разряд факультативных.

При этом несмотря на, казалось бы, уже сложившуюся трактовку признания деятельности предпринимательской даже в отсутствии регистрации лиц, ее осуществляющих, в качестве предпринимателей (а иное означало бы невозможность распространения на них ответственности за ведение такой деятельности), представляется, что до сих пор даже законодательное регулирование данного вопроса достаточно противоречиво.

Так, п. 2 ст. 23 ГК РФ предусмотрена возможность наличия условий *осуществления предпринимательской деятельности гражданами* в отсутствии их регистрации в качестве индивидуальных предпринимателей. Необходимо подчеркнуть, что здесь речь идет непосредственно о предпринимательской деятельности.

Нужно отметить, что современное звучание п. 2 ст. 23 внесено в ГК РФ вышеупомянутым Законом 199-ФЗ, в пояснительной записке которого прямо указано, что он разработан во исполнение постановления Государственной Думы, принятого по проекту федерального закона о внесении изменений в

⁷⁶ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // СЗ РФ. 05.12.1994. № 32. Ст. 3301.

⁷⁷ См., например, п. 4.1 Постановления Конституционного Суда РФ от 27.12.2012 № 34-П «По делу о проверке конституционности положений пункта "в" части первой и части пятой статьи 4 Федерального закона "О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации" в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы» // СЗ РФ. 07.01.2013. № 1. Ст. 78.

⁷⁸ Федеральный закон от 26.07.2017 № 199-ФЗ «О внесении изменений в статьи 2 и 23 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. № 167. 31.07.2017.

Налоговый кодекс Российской Федерации⁷⁹ (далее – НК РФ) «в целях определения правового статуса физических лиц, оказывающих на индивидуальной основе по найму некоторые виды услуг физическим лицам без регистрации в качестве индивидуальных предпринимателей»⁸⁰. Подчеркнем, что в приведенном абзаце пояснительной записки субъекты права законодательной инициативы отказываются прямо называть деятельность по оказанию услуг предпринимательской. Однако в следующем абзаце речь идет о внесении изменений в ГК РФ в отношении «отдельных видов предпринимательской деятельности», которая может быть осуществлена без регистрации в качестве индивидуальных предпринимателей.

Неудивительно, что терминологическая путаница перешла из законопроекта в действующее законодательство: если в ГК РФ деятельность названа предпринимательской, то НК РФ содержит в п. 70 ст. 271 исключения для доходов, полученных *физическими лицами, не являющимися индивидуальными предпринимателями*, при этом изменения в ГК РФ и НК РФ вносились для того, чтобы деятельность самозанятых граждан не признавалась незаконным предпринимательством.

Представляется, что законодателю необходимо определиться и принять оно из двух решений: либо деятельность самозанятых граждан будет считаться предпринимательской деятельностью, не требующей регистрации лиц, ее осуществляющих, в качестве индивидуальных предпринимателей, либо она не будет признаваться предпринимательской вовсе.

Рассмотрим последовательно признаки, или базовые характеристики предпринимательской деятельности через призму правовых позиций КС РФ.

Среди основных характеристик предпринимательской деятельности необходимо отметить то, что она *является по своей сути экономической*. основополагающий характер принципа свободы экономической деятельности для права на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности неоднократно подчеркивался Конституционным судом в его решениях и, как правило, не оспаривается учеными⁸¹. Принцип свободы экономической деятельности лег в основу правила о запрете оценивать обоснованность расходов, уменьшающих доходы налогоплательщика-предпринимателя с точки зрения их экономической целесообразности, а также рациональности, эффективности или

⁷⁹ Налоговый кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 05.08.2000 № 117-ФЗ // СЗ РФ. 07.08.2000. № 32. Ст. 3340.

⁸⁰ Система обеспечения законодательной деятельности: Электронный ресурс. URL: <http://sozd.duma.gov.ru/bill/87981-7> (дата обращения: 26.03.2019).

⁸¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 27.12.2012 № 34-П // Собрание законодательства РФ. 07.01.2013. № 1. Ст. 78; Болгова В.В., Новопавловская Е.Е. Понятие и признаки предпринимательской деятельности в интерпретационной практике Конституционного Суда Российской Федерации // Вестник Волжского университета имени В.Н. Татищева. № 3. Том 1. 2017. С. 47.

полученного результата⁸². С другой стороны, КС РФ, ссылаясь на правоприменительную практику ВАС РФ, выстраивает концепции признания налоговой выгоды необоснованной, например, если налогоплательщиком были учтены операции, «не обусловленные разумными экономическими или иными причинами (целями делового характера)»⁸³. Представляется все же, что понятия «рациональности» и «разумности» достаточно сложно разграничиваемы между собой, что позволяет готовить о наличии противоречий в позициях КС РФ. И если государством в лице его органа конституционного контроля все же допускается оценка рациональности экономической деятельности налогоплательщиков-предпринимателей, пределы такого вмешательства и критерии оценки, на наш взгляд, должны быть установлены в налоговом законодательстве.

Безусловно, при рассмотрении характеристик предпринимательской деятельности заслуживает внимания *широкое определение субъекта, который вправе осуществлять предпринимательскую деятельность*. Примечательно в данном контексте дело Е.Г. Финкельштейна, рассмотренное в 2019 г. Конституционным Судом⁸⁴. Заявитель, являющийся гражданином России и Королевства Нидерландов, оспаривал конституционность ст. 19.1 Закона Российской Федерации «О средствах массовой информации»⁸⁵ (далее – Закон о СМИ), в соответствии с положениями которой он был не вправе владеть более 20 процентами акций организации, осуществляющей вещание. Среди прочих положений решения КС РФ отметил, что права заявителя могут быть ограничены Законом о СМИ исходя из конституционно значимой цели безопасности государства (в которую, по мнению КС РФ, необходимо включать и информационную безопасность). Сложно предположить, какой была бы аргументация КС РФ, если бы заявитель оспаривал не нарушение его права собственности и дискриминацию его как лица, обладающего помимо российского также гражданством иностранного государства, а апеллировал бы непосредственно к свободе предпринимательства, поскольку, как указал в свое время судья КС РФ Г.А. Гаджиев, не каждое право может быть ограничено исходя из всех шести целей, предусмотренных ч. 3 ст. 55 Конституции РФ⁸⁶. Хотя, следует отметить, что в науке встречается и другая

⁸² См.: Определение Конституционного Суда РФ от 04.06.2007 № 320-О-П // Собрание законодательства РФ. 09.07.2007. № 28. Ст. 3479.

⁸³ Определение Конституционного Суда РФ от 04.07.2017 № 1440-О // Документ опубликован не был. Доступ из КонсультантПлюс [Электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ARB002&n=508603#08832286874082995> (дата обращения: 30.03.2019).

⁸⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 17.01.2019 № 4-П «По делу о проверке конституционности статьи 19.1 Закона Российской Федерации «О средствах массовой информации» в связи с жалобой гражданина Е.Г. Финкельштейна» // Собрание законодательства РФ. 28.01.2019. № 4. Ст. 359 (Постановление).

⁸⁵ Закон РФ от 27.12.1991 № 2124-1 // Российская газета. № 32. 08.02.1992.

⁸⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 30.10.2003 № 15-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы и жалобами граждан С.А. Бунтмана, К.А. Катаняна и К.С. Рожкова» // Российская газета. № 221. 31.10.2003.

точка зрения, в соответствии с которой и иные, помимо перечисленных в ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, ценности могут выступать в качестве ограничений, или пределов основных прав⁸⁷. Особое мнение (к которому, на наш взгляд, необходимо прислушаться) по рассматриваемому постановлению выразил судья К.В. Арановский, отметивший отсутствие доказательств обоснованности ограничений по настоящему делу конституционно значимыми ценностями.

Характеристика права на осуществление предпринимательской деятельности, предполагающая *использование для этого своих способностей и (или) имущества*, представляется чрезвычайно важной для разграничения понятий частного и публичного интересов. КС РФ в своих решениях неоднократно подчеркивал необходимость достижения баланса при таком разграничении, недопустимость ущемления прав собственников. Вместе с тем в законодательстве еще обнаруживаются нормы, противоречащие провозглашенному принципу. Так, ч. 5 ст. 13 Федерального закона от 05.04.2013 № 43-ФЗ «Об особенностях регулирования отдельных правоотношений в связи с присоединением к субъекту Российской Федерации – городу федерального значения Москве территорий и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁸⁸ в применявшейся до недавнего времени редакции (на сегодняшний день признанной не соответствующей Конституции РФ) предполагала изъятие имущества у собственников для государственных или муниципальных нужд по стоимости, определяемой на день, предшествующий принятию решения о размещении на указанной территории объекта государственного или муниципального значения. При этом законодателем не была принята во внимание длительность процесса изъятия недвижимости от момента принятия такого решения до непосредственного изъятия имущества в случае, к примеру, несогласия собственника с решением и легального использования им механизма попытки защиты своих прав в судебном порядке. О необходимости внесения изменений в рассматриваемый закон недавно высказался КС РФ⁸⁹.

Последней в перечне конституционных характеристик права на осуществление предпринимательской деятельности (но не последней по значению) нами был назван *запрет ограничения права на предпринимательскую деятельность в условиях чрезвычайного положения*.

⁸⁷ Блохин П.Д., Кряжкова О.Н. Как защитить свои права в Конституционном Суде: Практическое руководство по обращению с жалобой в Конституционный Суд России / П.Д. Блохин, О.Н. Кряжкова. 2-е изд., с изм. М.: Институт права и публичной политики, 2015. С. 134-135.

⁸⁸ Собрание законодательства РФ. 08.04.2013. № 14. Ст. 1651.

⁸⁹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 11 февраля 2019 г. № 9-П «По делу о проверке конституционности части 5 статьи 13 Федерального закона "Об особенностях регулирования отдельных правоотношений в связи с присоединением к субъекту Российской Федерации – городу федерального значения Москве территорий и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации" в связи с жалобами граждан А.К. Качковского и А.Г. Федосова» // Российская газета - Федеральный выпуск. № 42. 26.02.2019.

Не вполне понятно, как с избранным правовым регулированием, закрепленным в ч. 3 ст. 56 Конституции РФ, соотносятся положения п. «г» ст. 11 Федерального конституционного закона «О чрезвычайном положении»⁹⁰ (далее – ФКЗ о ЧП), устанавливающего ограничения на осуществление отдельных видов финансово-экономической деятельности, включая перемещение товаров, услуг и финансовых средств, п. «д» рассматриваемой статьи, предполагающего возможность введения особого порядка продаж предметов первой необходимости, п. «и», допускающего возможность приостановления деятельности опасных производств (а такая деятельность может являться предпринимательской), а также п.п. «д» ст. 12 (вводящего ограничения для оружейной, химико-биологической, фармацевтической и иных видов промышленности, осуществляемой, в том числе, в порядке предпринимательской деятельности), «в» ст. 13 ФКЗ о ЧП (допускающего мобилизацию ресурсов, независимо от форм собственности, что также может быть существенным ограничением предпринимательской деятельности).

На возможность ограничения прав предпринимателей, в частности, п. «д» статьи 11 ФКЗ о ЧП указывают и другие ученые⁹¹.

Думается, что обнаруженное противоречие может быть прояснено, скорее, в случае принятия решения по существу рассматриваемых положений ФКЗ о ЧП, примененных в конкретном деле, нежели путем внесения изменений в закон, в который, что следует отметить, изменения за 18 лет вносились лишь 4 раза, и ни разу при этом они не меняли самой сути правового регулирования.

Представляется, что *признак самостоятельности предпринимательской деятельности*, называемый в ст. 2 ГК РФ, тесно взаимосвязан с конституционной характеристикой использования своих способностей и имущества для осуществления предпринимательской деятельности. Отметим, что подчеркивая незыблемость права на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности, КС РФ объясняет и необходимость согласования частной экономической инициативы с интересами как других лиц, так и общества в целом, исходя из понятия публично значимых услуг⁹². Не отрицая необходимости установления законодателем баланса публичных и частных интересов, о котором мы

⁹⁰ «О чрезвычайном положении» Федеральный конституционный закон от 30.05.2001 № 3-ФКЗ // Парламентская газета. № 99. 01.06.2001.

⁹¹ Елисеева В.С. Мониторинг ограничений прав предпринимателей // Юридическая техника. 2018. № 12. С. 476.

⁹² Постановление Конституционного Суда РФ от 16.07.2018 № 32-П «По делу о проверке конституционности пункта 3 статьи 69 Воздушного кодекса Российской Федерации, подпункта 1 пункта 2 статьи 78 Бюджетного кодекса Российской Федерации, а также пунктов 3 и 6 Правил предоставления субсидий из федерального бюджета организациям на возмещение недополученных ими доходов от предоставления услуг по аэропортовому и наземному обеспечению полетов воздушных судов пользователей воздушного пространства, освобожденных в соответствии с законодательством Российской Федерации от платы за эти услуги, в связи с жалобами публичного акционерного общества «Аэропорт Кольцово» и

упоминали ранее, отметим, что в части рассматриваемого решения КС РФ примечательна деталь, вынесенная в Обзор практики КС РФ за 2018 год⁹³, – запрет субъектам предпринимательской деятельности, оказывающим публично значимые услуги, приостанавливать такую деятельность «в любом случае». Признавая важность своевременного получения каждым членом общества публично значимых услуг, хотелось бы, чтобы в законодательстве были четко прописаны также гарантии субъектов предпринимательской деятельности: иначе это не только ставит под угрозу свободу и самостоятельность ее осуществления, но и может привести к отказу кого бы то ни было заниматься предпринимательством, связанным с оказанием публично значимых услуг, в связи с невыгодностью такого процесса и слишком высокими рисками.

Переходя к критерию *осуществления предпринимательской деятельности на свой риск*, следует согласиться с мнением д.ю.н., профессора Г.Ф. Ручкиной в том, что «риск в предпринимательской деятельности обусловлен действиями объективных законов рыночного механизма, свободой осуществления предпринимательской деятельности и конкуренцией»⁹⁴.

КС РФ, характеризуя риски от предпринимательской деятельности, подчеркивает, что несмотря на то, что свобода предпринимательства не предполагает гарантированного результата от осуществления экономической деятельности, тем не менее, защита от рисков действий органов публичной власти, нарушающих сложившийся режим хозяйствования, произвольных и необоснованных, например, внезапно вводящих новые фискальные платежи, презюмируется⁹⁵.

Представляется интересным, отталкиваясь от правовых позиций КС РФ, построить условную шкалу рисков, где в центре будут находиться, как называет их КС РФ, «обычные предпринимательские риски», выше них будут размещаться, к примеру, риски по расчетным форвардным контрактам, которые КС РФ не рассматривает как обычные предпринимательские⁹⁶ (следует отметить здесь особое мнение судьи КС РФ Г.А. Гаджиева, который прямо не соглашается с позицией Конституционного Суда, относя заключение расчетных

акционерного общества «Международный аэропорт Нижний Новгород» // Собрание законодательства РФ. 23.07.2018. № 30. Ст. 4810.

⁹³[Электронный ресурс]. URL: <http://ksrf.ru/ru/Decision/Generalization/Pages/InformationReview2018.aspx>

⁹⁴ Ручкина Г.Ф. Риск в предпринимательской деятельности и его правовое отражение // Экономика. Налоги. Право. № 4. 2013. С. 122.

⁹⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 02.07.2013 № 17-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 5 и статьи 391 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой открытого акционерного общества "Омскшина"» // Российская газета. № 151. 12.07.2013.

⁹⁶ Определение Конституционного Суда РФ от 16.12.2002 № 282-О «О прекращении производства по делу о проверке конституционности статьи 1062 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой коммерческого акционерного банка "Банк Сосьете Жернераль Восток"» // Российская газета. № 244. 28.12.2002.

форвардных контрактов к предпринимательской деятельности). Вероятно, ниже по «степени рискованности», чем обычные предпринимательские риски, допустимо расположить риски в деятельности самозанятых граждан, относительно которой, как мы указывали выше, у законодателя, судя по всему, на настоящий момент не сложилось окончательного мнения.

Критерий направленности на систематическое получение прибыли от продажи товаров, выполнения работ, пользования имуществом или оказания услуг нередко становится определяющим в вопросах отграничения предпринимательской от иных видов деятельности. КС РФ четко отграничивает в своей практике предпринимательскую деятельность от имеющей с ней какое-либо сходство. Так, еще до принятия вышеупомянутого Закона № 199-ФЗ, КС РФ, называя в категории «самозанятые граждане» адвокатов и нотариусов, подтверждал, что деятельность, осуществляемая ими, не является предпринимательской, поскольку ее задача – оказание на профессиональной основе квалифицированной юридической помощи (а не систематическое получение прибыли)⁹⁷. Отграничивает КС РФ от предпринимателей и арбитражных управляющих; решая вопрос о возможности применения принципа равенства по отношению к обязанности страхования вкладов индивидуальных предпринимателей в отличие от вкладов арбитражных управляющих, Конституционный Суд не находит такой необходимости⁹⁸.

Полагаем, что упомянутое недвусмысленное законодательное определение деятельности самозанятых граждан необходимо в том числе и потому, что это позволит избежать лавины обращений в Конституционный Суд самозанятых граждан, чьи права могут быть ущемлены в связи с неопределенностью законодательного регулирования и сложившейся на ее основе судебной практики.

Таким образом, подводя итог настоящему небольшому исследованию, необходимо остановиться на следующих выводах.

1) Признаки предпринимательской деятельности включают в себя как конституционные характеристики (является видом экономической деятельности; широкое определение субъекта осуществления; использование способностей и имущества; невозможность ограничения в условиях чрезвычайного положения), так и характеристики, выделяемые гражданским законодательством: самостоятельность осуществления; осуществление на свой риск, направленность на систематическое получение прибыли.

⁹⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 12.05.2016 № 1144-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Сапсалева Ивана Кузьмича на нарушение его конституционных прав положениями пункта 3 части первой статьи 2 и части седьмой статьи 12 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате» // Вестник Конституционного Суда РФ. № 6. 2016.

⁹⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 09.11.2017 № 2515-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Пименова Дмитрия Владимировича на нарушение его конституционных прав пунктом 1 части 2 статьи 5 и положением части 11.1 статьи 12 Федерального закона «О страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2018. № 1.

2) Обязательность регистрации лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, в установленном законом порядке, на наш взгляд, не должна рассматриваться как необходимый признак предпринимательской деятельности, однако является обязанностью такого лица.

3) Ввиду наличия расхождений в правовом регулировании гражданским и налоговым законодательством деятельности самозанятых граждан в части отнесения либо не отнесения ее к предпринимательской, представляется необходимым единообразное решение данного вопроса.

4) Обнаружившееся противоречие в позициях КС РФ относительно допустимости оценивания рациональности экономической деятельности налогоплательщика-предпринимателя свидетельствует о необходимости установления в налоговом законодательстве пределов вмешательства государственных органов в оценку действий субъекта предпринимательской деятельности и выработки критериев такой оценки.

5) Представляется, что обнаружившаяся неопределенность соответствия положений ФКЗ о ЧП части 3 статьи 56 Конституции может быть разрешена, скорее, вследствие обращения с жалобой в КС РФ после применения норм на практике, нежели путем внесения необходимых поправок без использования такого механизма.

6) Представляется необходимой выработка четких гарантий субъектам предпринимательской деятельности, занимающихся оказанием публично значимых услуг, которые, по мнению КС РФ, не вправе приостанавливать их оказание, поскольку, по нашему мнению, это ставит их в заведомо невыгодное положение и позволяет трактовать предпринимательскую деятельность в таком контексте как обязанность, что недопустимо.

7) Конституционный Суд выработал значительное количество правовых позиций в сфере определения предпринимательской деятельности, отграничения ее от смежных видов деятельности, возможности ограничения права на осуществление предпринимательской деятельности в целях защиты иных конституционно значимых ценностей, однако и в настоящее время КС РФ нередко обращается к вопросам правового регулирования свободы предпринимательства, о чем свидетельствует немалое количество решений, принятых органом конституционного контроля в 2017-2019 гг. и приведенных в настоящей работе.

*И.С. Лапаев, канд. юрид. наук,
доцент кафедры правосудия
Пензенского государственного университета
А.А. Фомин, д-р юрид. наук,
профессор, профессор кафедры
конституционного и административного права СПбГЭУ*

**Институт государственной поддержки семьи, материнства
и детства в системе социальной политики
в сфере преодоления бедности***

Материнство, детство, семья, являясь взаимосвязанной системой конституционных ценностей, отражают цивилизованность и прогрессивность развития общества, выступают своего рода индикаторами степени готовности новых членов социума к преемственной смене поколений, полноценной и достойной жизни. Этим объясняется тот факт, что Конституция РФ объединяет требования защиты государством института материнства, детства, семьи в рамках одной статьи 38 Основного Закона.

Эволюция института государственной защиты материнства, детства и семьи основывается на признании Россией принципов международного права и их отражении во внутренней государственно-правовой политике. Общеизвестные принципы международно-правовой защиты семьи, материнства и детства закреплены в фундаментальных гуманитарных документах о правах человека. Так, право на особое попечение и помощь материнству и младенчеству устанавливаются п. 2 ст. 25 Всеобщей Декларации прав человека, принятой на третьей сессии ГА ООН резолюцией 217А (III) от 10 декабря 1948г. Базовые начала административной и судебной защиты материнства и детства сосредоточены в Европейской социальной хартии №163 (от 3 мая 1996, г. Страсбург), Конвенции МОТ «Об охране материнства» №103 (Женева, 28 июня 1952г.), Конвенции МОТ «О минимальном возрасте для приема на работу» №138 (Женева, 26 июня 1973г.), Конвенции МОТ «О запрещении и немедленных мерах по искоренению наихудших форм детского труда» № 182 (Женева, 17 июня 1999г.).

К числу основополагающих принципов, образующих модель Российской Федерации как социального государства (ч. 2 ст. 7 Конституции РФ), относятся: охрана труда и здоровья людей, в первую очередь детей, обеспечение государственной поддержки семьи, материнства, отцовства и детства, установление государственных гарантий социальной защиты. В государстве, позиционирующим себя социальным провозглашена публичная обязанность гарантировать

* Статья подготовлена при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований в рамках гранта «Эволюция правового регулирования оказания социальной помощи малоимущим и преодоления бедности в России: история и современность» (проект № 18-011-00202).

социальную справедливость, благополучие своих соотечественников. Несмотря на трудности социально-экономической ситуации государственная поддержка материнства и детства, особенно детей-сирот и детей-инвалидов, профилактика материального и социального неблагополучия семей с детьми, поощрение расширенного демографического воспроизводства являются приоритетными направлениями правовой политики в сфере преодоления бедности. Принципы социального государства выступают своего рода базисом государственной политики для принятия мер по охране прав семьи, развитию правового механизма защиты материнства и детства, мотивированию заинтересованности населения в создании здоровой, крепкой семьи.

По прошествии нескольких десятилетий после распада СССР теперь уже можно констатировать, что в области защиты семьи, материнства и детства советское законодательство было одним из самых прогрессивных в мире, их государственная поддержка всегда была одним из приоритетных направлений государственной политики в социальной сфере. Так, в частности, в соответствии со ст. 5 Закона СССР от 27 июня 1968г. № 2834-VII «Об утверждении основ законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье» «Материнство в СССР окружено всенародным почетом и уважением, охраняется и поощряется государством». В советский период государственная поддержка материнства обеспечивалась целым комплексом реальных социально-правовых гарантий. В СССР была учреждена указом Президиума Верховного Совета СССР от 8 июля 1944 года Медаль Материнства, вручавшаяся многодетным матерям. Этим же указом была учреждена государственная награда – Орден «Мать-героиня» для матерей, родивших и воспитавших десять и более детей. О проведении эффективной социальной политики, поддерживающей материнство и детство, в советском союзе свидетельствует ст. 38 Закона СССР от 19 декабря 1969г. «Об утверждении Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о здравоохранении»: «Материнство и детство в СССР охраняется и поощряется государством; женщинам создаются условия, позволяющие сочетать труд с материнством; обеспечиваются правовая защита, материальная и моральная поддержка материнства и детства».

В постсоветский период существования Российского государства материнство, семья, детство продолжают оставаться объектами повышенного внимания со стороны государства, защиты и государственной поддержки (Федеральный закон от 19 мая 1995г. № 81-ФЗ «О государственных пособиях гражданам, имеющим детей», Федеральный закон от 29 декабря 2006г. № 255-ФЗ «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством», Федеральный закон от 29 декабря 2006г. № 256-ФЗ «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей», Федеральный закон от 28 декабря 2017г. № 418-ФЗ «О ежемесячных выплатах семьям, имеющим детей» и др.).

Например, к числу наиболее значимых видов социальной помощи женщинам-матерям и семьям, имеющим детей, в соответствии с действующим российским законодательством относятся следующие.

По уходу за ребенком предоставляется оплачиваемый отпуск до достижения ребенком возраста 1,5 лет и выплачивается пособие, исчисляемое на основе среднего заработка гражданки за последние 2 года до ухода в декрет. В среднем по стране в прошлом 2018 году получалась сумма в 10,5 тысяч рублей. С учетом инфляционного коэффициента предполагается, что к 2020г. пособие достигнет размера 11,1 тысячи рублей. Ориентировочно эту выплату станут получать около 340 000 человек.

С 2007 года действует такая форма поддержки семей с детьми, как материнский (семейный) капитал (Федеральный закон от 29 декабря 2006г № 256-ФЗ «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей»). В настоящее время размер материнского капитала, представляющего собой единовременную государственную субсидию, составляет 453 тыс. 26 руб. Федеральным законом от 28 декабря 2017г. № 418-ФЗ «О ежемесячных выплатах семьям, имеющим детей» были ознаменованы серьезные изменения в вопросах использования материнского капитала и, как следствие, в сфере реализации социальной политики Российской Федерации. Отныне материнский капитал можно потратить на улучшение жилищных условий, на получение образования ребенком (детьми) и некоторые другие социальные цели. Кроме того, Законом № 418-ФЗ от 28 декабря 2017г. была введена программа социальных гарантий в виде ежемесячных выплат из госбюджета в случае рождения первенца. Правда, действие нового нормативного акта распространяется исключительно на граждан РФ, родивших или усыновивших российского подданного, что, на наш взгляд, противоречит такому общепризнанному принципу международного права, как принципу всеобщности социального обеспечения, означающему потенциальное распространение мер социального обеспечения не толь на всех граждан России, но и проживающих на территории нашей страны иностранцев и лиц без гражданства, отсутствие дискриминирующих ограничений и признание права на социальное обеспечение за каждым (ст. 22 Всеобщей Декларации прав человека).

Что касается регионального уровня социальной поддержки семьи, материнства и детства, то в Социальном кодексе Санкт-Петербурга, например, установлена ежемесячная денежная выплата семьям при рождении третьего или последующих детей в размере величины прожиточного минимума для детей до исполнения ребенку трех лет. В Санкт-Петербурге принят Закон от 9 ноября 2011г. № 710-136 «О предоставлении земельных участков для индивидуального жилищного или дачного строительства гражданам, имеющим трех и более детей». Семьи с семью и более детьми в Санкт-Петербурге наделены правом на получение бесплатного транспортного средства в виде пассажирского микроавтобуса. В целях повышения авторитета многодетной семьи в Санкт-Петербурге действует Закон от 6 апреля 2011г. № 176-49 «О почетном звании Санкт-Петербурга "За заслуги в воспитании детей" и премии Санкт-Петербурга "За заслуги в воспитании детей"».

Как видно, в системе социальной политики в сфере преодоления бедности содержание социальной защиты семьи, материнства и детства образуют

меры, выражающиеся в предупреждении социально-опасных (трудных) жизненных ситуаций, ликвидации, компенсации или минимизации их последствий, нацеленные на стабилизацию и повышение качества жизни, обеспечение достойного материального существования⁹⁹. О недостаточной проработанности нормативно-правовой базы в области социальной поддержки материнства, детства, семьи свидетельствует тот факт, что в одном и том же или близком смысловом значении, без четкой дифференциации в нормативно-правовых актах используются понятия «меры социальной поддержки», «льготы», «компенсации», «социальные гарантии», «возмещение вреда» и т.п. Основную лепту в разработку понятия социальной поддержки вносят не юристы, а экономисты, психологи, представители социальной педагогики¹⁰⁰.

Вот почему наряду с выработкой в рамках государственной политики в области защиты семьи, материнства и детства конкретных социально-экономических, демографических, миграционных и т.п. мер, направленных на преодоление бедности, не следует оставлять без внимания сугубо технико-юридические аспекты проблемы правового регулирования предоставления государством социальной помощи семьям с детьми, среди которых одним из важнейших является вопрос исследования понятийно-категориального аппарата¹⁰¹.

В ряду понятий «семья», «материнство», «отцовство», «детство» материнство является базовой категорией. Для того, чтобы получить всестороннее определение понятия «материнство» обратимся к толковому словарю русского языка: материнство рассматривается в качестве «основной биологической функции женского организма, направленной на продолжение человеческого рода и выражающейся в вынашивании, рождении, вскармливании ребенка, т.е. материнство представляет собой некую родственную связь между матерью и ее детьми»¹⁰². Такой уклон в сторону биологического характера при изучении материнства, вызывает вопросы, например, вопрос о том, является ли усыновление (удочерение) – материнством. Очевидно, что при усыновлении ребенка отсутствуют основные биологические признаки материнства, такие как: вынашивание, вскармливание, кровное родство или родственная связь.

⁹⁹ См.: Антипьева Н.В. Правовое регулирование социальной защиты инвалидов в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Пермь, 2000. С. 8; Федорова М.Ю. Социальное страхование как организационно-правовая форма социальной защиты населения: проблемы правового регулирования. Омск, 2000. С. 43.

¹⁰⁰ См.: Астафьева Н.Г., Быкова М.В. Социальная поддержка семей, оказавшихся в трудной ситуации // Социальная педагогика в России. 2010. № 4. С. 24-28; Галагузова М.А., Галагузова Ю.Н., Штинова Г.Н., Тищенко Е.Я., Дьяконов Б.П. Социальная педагогика: курс лекций / Под общ. ред. М.А. Галагузовой. М., 2003.

¹⁰¹ См.: Фомин А.А. Законодательная конструкция «социальная помощь малоимущим»: содержание и соотношение со смежными правовыми понятиями // Российская юстиция. 2019. № 2. С. 6.

¹⁰² Ушаков Д.Н. Большой толковый словарь современного русского языка: 180 000 слов и словосочетаний. М.: Альта-Принт, 2007. С. 634.

Биологические признаки не являются основными и априорными в определении сферы правовой охраны материнства¹⁰³. Имеется в виду то, что материнство – это в равной степени и социальная функция женщины, выражающаяся в заботе и надлежащем воспитании ребенка. Под дефиницией «воспитание ребенка» подразумевается целый комплекс воздействий, в первую очередь, морально-нравственных, духовных, образовательных на протяжении всего периода роста, взросления и формирования личности ребенка. Полноценное, всестороннее развитие ребенка зиждется на его крепком физическом и психическом здоровье. Обеспечить его – одна из основополагающих обязанностей материнства. Подобное восприятие материнства со стороны государства формирует его высокий социальный статус, на который влияет сложившаяся в обществе система моральных ценностей, традиций, духовности.

Как верно пишет В.В. Лазарев, «материнство – есть способность женщины, реализованная в полной мере, рожать, выкармливать, воспитывать ребенка. В то же время, дефиниция «материнство» не сводима лишь к биологическому аспекту – репродуктивной функции женщины... Определение материнства гораздо шире... мать осознает свою ответственность за воспитание, здоровье и социальное взросление ребенка, реализацию его прав и свобод»¹⁰⁴. В.А. Рамих в своем исследовании «Материнство как социокультурный феномен» убедительно обосновывает пригодность для юридической науки определения материнства, формулируемого в рамках социологии: «материнство – это охраняемая государством путем установления правовых гарантий способность и возможность женщины к воспроизводству и воспитанию потомства, являющаяся необходимой основой существования семьи, как социальной ячейки общества»¹⁰⁵.

С учетом сказанного материнство можно определить в качестве сложного социального явления, основанного на устойчивой психо-эмоциональной, обычно родственной или семейной связи женщины и воспитываемого ею ребенка, зарождающегося и проявляющегося в процессе беременности, родов, вскармливания и заботы матери о ребенке в течение всей его жизни. При этом государство берет на себя охрану и защиту этого явления путем установления гарантий с момента рождения ребенка и до его совершеннолетия.

Статья 38 Конституции РФ содержит еще одно понятие – «семья». Термин «семья» выступает в качестве основы семейных правоотношений и является ключевым. В соответствии со ст. 23 Международного пакта о гражданских и политических правах, семья – естественная базовая ячейка социального пространства, обладающая правом на государственную поддержку и публичные гарантии защиты. Между членами одной семьи установлены семейные

¹⁰³ Гурьянова Т.А. Развитие психологической готовности к материнству на стадии планирования беременности, во время беременности и после родов: дис. ... канд. псих. наук. Барнаул, 2004. С. 24.

¹⁰⁴ Научно-практический комментарий к Конституции Российской Федерации / Под ред. В.В. Лазарева. Изд. 3-е, доп., перераб. М.: Спарк, 2004. С. 45.

¹⁰⁵ Рамих В.А. Материнство как социокультурный феномен. Ростов н/Д: ДГТУ, 1995. С. 4.

правовые отношения, которые возникают между родителями и детьми, супругами, внуками и бабушкой (дедушкой), братьями и сестрами, мачехой (отчимом), а также падчерицами (пасынками). Это же относится и к лицам, взявшим на воспитание детей. Речь идет об усыновителях, опекунах, попечителях, приемных родителях и принятых в их семьи детях. Общественная практика свидетельствует о том, что в государственной поддержке традиционно нуждаются семьи, многодетные, неполные, воспитывающие детей-инвалидов. Иными словами, к перечню малоимущих семей, которым оказывается государственная социальная помощь, относятся такие семьи, которые находятся в трудной жизненной ситуации, т.е. обстоятельствах нуждаемости, ухудшающих условия жизнедеятельности, последствия которых нет возможности преодолеть самостоятельно.

От понятия «семьи» неотделимо понятие «отцовства», хотя институт «отцовства» отдельно не выделяется в ст. 38 Конституции РФ. Думается, налицо технико-юридическое упущение, обусловленное особой значимостью института «материнства» в жизни ребенка, незаменимостью матери для адекватного и нормального развития детей. Между тем применение термина материнство неприемлемо и некорректно к процессу воспитания ребенка мужчиной. Согласно ч. 3 ст. 19 Конституции РФ «мужчина и женщина имеют равные права и свободы и равные возможности для их реализации».

В законодательстве практически отсутствует дефиниция такого понятия, употребляемого в ст. 38 Конституции РФ, как «детство». В качестве исключения можно привести ст. 1 Закона Челябинской области от 29 ноября 2001 г. № 54-ЗО «Об охране и защите прав детей в Челябинской области». В ней «детство» определяется в качестве такого временного этапа «жизни и развития человека с момента рождения до совершеннолетия, в течение которого он наделяется обусловленными его возрастом и степенью зрелости правами и обязанностями и обеспечивается особой правовой охраной»¹⁰⁶. «Детство» представляет собой период жизни человека с возрастными рамками до 18 лет (ст. 60 Конституции РФ), в процессе которого ребенок взрослеет, познает мир, получает образование и жизненный опыт, т.е. становится гражданином своей страны, с точки зрения социологии, ребенок проживает период социализации.

В заключение хотелось бы еще раз подчеркнуть, что семейные и брачные отношения являются не только частным делом супружеской пары, но и отношениями, представляющими политическое значение для государства в целом. Государство обязано принимать меры не только по улучшению демографической ситуации в стране, но и разрабатывать действенные механизмы, которые будут способствовать развитию и совершенствованию государственной поддержки института семьи, материнства и детства. Поскольку вопрос о подверженности семей с детьми риску бедности является весьма актуальным.

¹⁰⁶ Неровная Н.Н. Защита и охрана прав детей в Российской Федерации: конституционно-правовое исследование. Челябинск, 2013. С. 7.

Показатели бедности, особенно семей с детьми, в нашей стране, к сожалению, до сих пор очень высоки, подтверждая недостаточность усилий властных структур всех уровней в сфере социальной поддержки и защиты семьи, материнства и детства.

*А.Б. Новиков, д-р юрид. наук,
доцент, зав. кафедрой конституционного
и административного права СПбГЭУ*

*Н.А. Рагозина, канд. юрид. наук,
доцент кафедры конституционного
и административного права СПбГЭУ*

Право и экономика в сфере спорта

Современные правовые исследования отличаются существенной междисциплинарностью и развиваются на этой основе. Соответственно, речь в статье идет не о «некоторых аспектах правового регулирования отношений в сфере физкультуры и спорта». Нас привлекает пример рассматриваемой сферы для характеристики развития правовой системы в целом.

Общественные отношения рассматриваются первоначально в матрице категорий «спорт», «экономика», «право». Матрица двумерная. Хотя при развитии исследования могут применяться матрицы более высокого порядка. Указанная матрица раскрывает сеть взаимосвязанных категорий, дефиниций и относится к разработке доктрины права в исследуемой сфере.

В концентрированном, обобщенном виде мы характеризуем феномен правового воздействия на экономические процессы, связанные так или иначе со спортивной деятельностью и развитием физической культуры. Обратим внимание на то, что «спортивная деятельность» и «физическая культура» открывают когорту базовых экономико-правовых понятий, необходимых для современного определения в целях надлежащего использования в нормативно-правовых актах самого разного уровня.

Правовое воздействие развивается в системе элементов указанной матрицы: «экономика спорта», «правовое (государственное) регулирование и администрирование в сфере спорта», «конституционная экономика» в части укрепления здоровья нации, торжества здорового образа жизни, «спортивное право», «экономическое право» в части его многомерного воздействия в информационном пространстве на формирование «человеческого капитала» как решающего фактора глобальной конкуренции.

Экономика спорта часто воспринимается как бизнес в сфере спорта (спортивный бизнес). В этой связи речь может идти о разновидности предпринимательской деятельности, которая как любая другая подвергается общему и

специальному регулированию. Подчеркнем, что в таком ракурсе спортивная деятельность имеет гражданско-правовой и административно-правовой компонент.

В свете гражданско-правового аспекта необходимо отметить достаточную вариативность (многоликость) спортивного бизнеса (спорт как шоу-бизнес, спорт как наставничество, спорт как сфера управления государственным или корпоративным имуществом и другое). В этой связи, например, требует пристального внимания вопрос разграничения понятий «профессиональный спорт» и «любительский спорт», а также «клубной организации» спорта.

В свете административно-правового компонента может быть выделен специфический административно-правовой режим предпринимательства в сфере спортивной деятельности. Это и есть «правовое (государственное) регулирование и администрирование в сфере спорта». Яркий пример здесь, антидопинговое регулирование.

«Конституционная экономика» применительно к спортивной деятельности и физической культуре отражается в государственной стратегии укрепления здоровья нации, торжества здорового образа жизни. Фактически речь идет в этом аспекте о реализации совокупности конституционных ценностей, связанных с увеличением продолжительности жизни, укреплением здоровья граждан во всех аспектах (включая репродуктивный фактор), комплексным повышением качества жизни, выражающегося прежде всего в вовлечении большинства граждан в оптимистичные жизненные процессы. Среди таких процессов спорт и физическая культура с древнейших времен занимают ключевое место. В то же время необходимо подчеркнуть, что в аспекте «конституционной экономики» физкультура и спорт тесно связаны с медициной в ее профилактическом, предупредительном значении. В этой связи можно полагать, что физкультура и спорт интегрируются с медицинской деятельностью на платформе «упреждающего действия», первоочередной профилактики болезни.

«Спортивное право» представлено ныне, как это было отмечено ранее, публично- и частно-правовыми компонентами и требует перспективной идентификации в системе новых комплексных отраслевых образований. Так, управление в сфере физической культуры и спорта как предмет административно-правового регулирования уже прочно укоренился в современных учебных материалах и научных исследованиях.

«Экономическое право» применительно к спортивной деятельности, как нам представляется, должно рассматриваться в части его многомерного воздействия в информационном и материальном пространстве на формирование «человеческого капитала» (здорового национального ядра) как решающего фактора глобальной конкуренции.

*А.Э. Святогорова, канд.юрид.наук,
доцент кафедры конституционного
и международного права
ЧОУ ВО «Санкт-Петербургский университет
технологий управления и экономики»*

К вопросу о правовых позициях Конституционного Суда РФ в сфере регулирования пенсионных правоотношений

В ходе пленарного заседания Второй конференции «Конституция России: вчера, сегодня, завтра», состоявшейся 10.12.2018 в Президентской библиотеке им. Б.Н. Ельцина, доктор юридических наук, профессор, судья Конституционного Суда РФ в отставке Т.Г. Морщакова, говоря о современном состоянии российской государственности, отметила, что важны не конституционные реформы сами по себе, а то, каков «уровень правовой готовности общества к реальному конституционализму: если принципы заявлены, ясно к чему следует стремиться».

Следуя обозначенной логической посылке, и принимая во внимание провозглашение России, согласно положениям ст.13 Конституции РФ, социальным государством, вполне востребованным представляется взятие Президентом курса на построение именно такого государства.

В послании Президента РФ на 2019 год, говоря о социальном государстве, Путин В.В. отметил, что Россия нуждается в системном и последовательном построении такой модели социального, экономического развития, которая позволит обеспечить наилучшие условия для самореализации человека, а значит, дать достойные ответы на вызовы стремительно меняющегося мира, сохранить Россию как цивилизацию, основанную на собственной идентичности, на многовековых традициях, на культуре наших народов, ценностях и наших традициях.¹⁰⁷ Очевидно, что социальное государство провозглашено не просто как один из ведущих конституционно-правовых принципов, но его построение воспринимается как необходимое условие сохранения национальной идентичности многонационального народа России.

В том же Послании Президент РФ отметил, что добиться поставленных целей гражданское общество будет способно лишь в атмосфере сплочённости общества, готовности всех граждан России достигать успехов в конкретных делах. В данном контексте особый интерес приобретает высказанная Т.Г. Морщакковой мысль о том, что незнание Конституции – не проблема, общество интуитивно чувствует гарантированные ему права.¹⁰⁸

Реальность социальных прав и свобод человека и гражданина, безусловно, является неотъемлемым содержательным элементом России, провозгласившей себя в соответствии с предписаниями ст.ст.1, 7, 39 и ряда других

¹⁰⁷Послание Президента Федеральному Собранию РФ // <http://www.kremlin.ru>

¹⁰⁸Н. Нелюбин. «Продолжаем бить лапками»//Петербургская интернет-газета «Фонтанка.ру». 13.12.2018. // <https://www.fontanka.ru>

положений Конституции РФ подлинно правовым и социальным государством, ориентированным на создание такого политико-правового режима, в условиях которого гарантируется реализация права на достойный уровень жизни и свободное развитие личности.

Научный интерес представляют правовые представления Бондаря Н.С., связывающего сущность современного, подлинно социального государства с реализацией политического управления, нацеленного на достижение равновесия в системе конституционных принципов, базирующегося на основе уважения потребностей как публичной власти, так и, в целом, интересов личности, нуждающейся в реальном и эффективном механизме защиты прав и свобод человека и гражданина, что позволит, в итоге, выстроить оптимальный баланс между ними, как субъектами конституционно-правовых отношений.¹⁰⁹

По сути, речь идет об установлении пределов государственного управления в целом, в том числе, и в сфере регулирования пенсионных правоотношений на основе принципа конституционной законности. Лишь в этом случае, можно говорить о выполнении подлинно социальным государством функции социальной защиты, включающей в себя правовое регулирование трудовых отношений, отношений социального обеспечения граждан (включая пенсионное обеспечение), предоставление социальных услуг и т.д.

Детальное исследование конституционно-правовой природы социального государства в целом и отдельных его сущностных элементов позволило Конституционному Суду РФ сформулировать ряд знаковых для российской государственности решений, сложившихся сегодня в единую правовую позицию относительно понятия, функций, принципов и содержания социального государства.

Так, Конституционный Суд РФ отметил, что конституционная природа России как социального государства, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека, равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от места жительства, предопределяет необходимость достижения баланса конституционно защищаемых ценностей, как в сфере осуществления публичной власти, так и в области гарантированности равным образом всем гражданам их социальных прав.¹¹⁰

¹⁰⁹Бондарь Н.С. Аксиология судебного конституционализма: конституционные ценности в теории и практике конституционного правосудия. Серия "Библиотечка судебного конституционализма". Вып. 2. М.: Юрист, 2013. С. 38.

¹¹⁰ Постановление Конституционного Суда РФ от 15.05.2006 N 5-П "По делу о проверке конституционности положений статьи 153 Федерального закона от 22 августа 2004 года N 122-ФЗ "О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием Федеральных законов "О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон "Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации" и "Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации" в связи с жалобой главы города Твери и Тверской городской Думы"// Вестник КС РФ, N 3, 2006.

Отмечая значимость решений Конституционного Суда РФ, Комкова Г.Н. обращает внимание на то, что, поскольку в целях обеспечения экономической стабильности в стране должна быть обеспечена устойчивость экономической системы (в том числе и путем нахождения справедливого баланса между конституционно значимыми ценностями), то важно, чтобы правовые позиции Конституционного Суда РФ были основаны на балансе интересов рыночной экономики и социального государства. При этом, незыблемость правовых позиций Конституционного Суда России, как высшего органа конституционного контроля, в том числе, и относительно сущности и содержания экономических основ конституционного строя Российской Федерации может рассматриваться как непереносимое условие процветания государства, многонациональный народ которого, в этом случае, получает действительную возможность для свободного развития в условиях реализации конституционного права на достойный уровень жизни.¹¹¹

О таком балансе интересов рыночной экономики и социального государства Конституционный Суд РФ высказался в серии своих решений, отметив, что в сфере регулирования трудовых и иных тесно связанных с ним отношений законодатель должен обеспечить равновесие конституционных прав и свобод, построенное на основе справедливого равнозначного учета, с одной стороны, прав и законных интересов работников, и, с другой стороны и работодателей (выступающих или как стороны трудового договора или же как участники правоотношений социального партнерства), а также предусматривающее необходимый уровень правовой защиты и охраны прав и законных интересов работника, как наиболее уязвимого субъекта трудовых правоотношений. Взятые в единстве и взаимодействии положения являются, по сути, важнейшим принципом регулирования трудовых отношений в современной России, как социальном правовом государстве.¹¹²

Для правопонимания содержания социального государства особую теоретико-правовую ценность имеет Постановление Конституционного Суда РФ

¹¹¹ См.: Актуальные проблемы российского права, 2014, N 6. Г.Н. Комкова «Правовые позиции Конституционного Суда РФ в сфере обеспечения экономической стабильности Российского государства». С.1066

¹¹² См.: Постановления Конституционного Суда РФ от 15 марта 2005 г. №3-П по делу о проверке конституционности положений пункта 2 статьи 278 и статьи 279 Трудового кодекса РФ и абзаца второго пункта 4 статьи 69 Федерального закона "Об акционерных обществах" в связи с запросами Волховского городского суда Ленинградской области, Октябрьского районного суда города Ставрополя и жалобами ряда граждан // Вестник КС РФ. 2005. № 3; от 24 января 2002 г. №3-П по делу о проверке конституционности положений части второй статьи 170 и части второй статьи 235 Кодекса законов о труде Российской Федерации и пункта 3 статьи 25 Федерального закона "О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности" в связи с запросами Зерноградского районного суда Ростовской области и Центрального районного суда города Кемерово // Вестник КС РФ. 2002. N 3; Определения Конституционного Суда РФ от 15 мая 2007 г. №378-О-П. // Вестник КС РФ. 2007. № 6; от 4 ноября 2004 г. №343-О. // Вестник КС РФ. 2005. N 2.

от 16.12.1997 №20-П, в соответствии с предписаниями которого цели государственного управления Российской Федерации как социального государства определяют обязанность государства заботиться о благополучии своих граждан, их социальной защищенности, особенно в условиях, когда по тем или иным причинам отсутствует возможность трудиться (как в силу достижения определенного законом возраста, так и в связи с иными обстоятельствами), а дохода для обеспечения прожиточного минимума себе и своей семье индивид не имеет. В этом случае, Конституционный суд России констатирует, что при наступлении обозначенных обстоятельств человек вправе претендовать на получение адекватной помощи, в том числе, и материального характера, со стороны государства и общества в целом.

Именно в связи с этим Основной закон России полагает, что обязанности подлинно социального государства в обязательном порядке сопряжены с необходимостью реализации механизма охраны труда и здоровья граждан, государственным регулированием минимального размера оплаты труда, а, кроме того, правовым обеспечением государственной поддержки семьи, материнства, отцовства и детства, инвалидов и пожилых граждан, предполагающим развитие системы социальных служб, установление государственных пенсий, пособий, развитие иных гарантий социально-правовой защиты. Очевидно, что эффективное развитие развитой системы социального обеспечения как важнейшего элемента социально-правовой защиты многонационального народа Российской Федерации следует рассматривать как ведущую цель правового и социально ориентированного государства.¹¹³

Именно система обозначенных Конституционным Судом РФ целей социального государства, по сути, определяет содержательные характеристики государственного управления в исследуемой сфере правоотношений.

Поскольку Конституция РФ является, во многом, программно-целевым документом, среди основных черт которого народность, законодатель вполне логично не уделил внимания детальному закреплению механизма реализации конституционного права на получение пенсии.

Однако проведенный анализ правовых позиций Конституционного Суда РФ позволяет утверждать, что конституционно закрепленное право каждого на получение пенсии, хотя и в определенных законом случаях и размере, содержательно является элементом права граждан на социальное обеспечение в общем. Обратим внимание, что согласно положению ст.39 Конституции Российской Федерации законодатель вправе определять механизм реализации конституционного права каждого на получение пенсии, предполагающий, помимо прочего, нормативно-правовое провозглашение перечня оснований назначения пенсий, закрепление условий и методики их расчета. Отдельно высший орган конституционного контроля оговорился о пределах законотворчества в исследуемой

¹¹³ Постановление Конституционного Суда РФ от 16.12.1997 N 20-П "По делу о проверке конституционности положения абзаца шестого пункта 1 статьи 28 Закона Российской Федерации от 19 апреля 1991 года "О занятости населения в Российской Федерации" в редакции от 20 апреля 1996 года" // Вестник КС РФ, № 1, 1998.

сфере правоотношений, напрямую запретив издание нормативно-правовых актов, отменяющих или умаляющих права и свободы граждан России.¹¹⁴

Особое место в механизме реализации права на получение пенсии имеют правовые основания пенсионного обеспечения. Конституционный Суд РФ должное внимание уделил как общим (достижение возраста, наличие трудового стажа), так и специальным основаниям реализации права на получении пенсии.

В свете последних реформ пенсионного законодательства особого внимания заслуживает Определение Конституционного Суда РФ 2000 года, в котором допускалось, что в будущем, при проведении пенсионных преобразований, нельзя исключать вероятность принятия законотворческого решения, по которому пенсионное обеспечение по старости возможно будет назначать и мужчинам и женщинам на равнозначных условиях.

Тем не менее, представляется, что в подобной ситуации под угрозой окажется соблюдение принципа гуманизма, поскольку, предусмотрев для мужчин и женщин различный возраст выхода на пенсию по старости и, прописав необходимость обладания трудовым стажем для назначения пенсии по старости на общих основаниях, законодатель, тем не менее, применил и дифференцированный подход. Например, законодательно предусмотрен порядок выхода на пенсию на особых, льготных условиях, учитывая физиологические и ряд иных различий между мужчинами и женщинами. Кроме того, в условиях построения и развития социального государства нецелесообразно игнорировать особую общественную роль женщины в государства, сопряженную с материнством. Очевидно, что это вполне отвечает предписанию ч.1 ст.38 Конституции России, согласно которому материнство находится под защитой государства, и не может рассматриваться как основание ограничения каких бы то ни было конституционных прав и свобод. Исходя из положения ст.19 Основного закона России, в противном случае, речь будет идти еще и о фиктивности конституционно-правового принципа равенства, а также о возникновении дискриминационных процессов.¹¹⁵

Кроме того, Конституционный Суд России также установил, что граждане могут обращаться за пенсией в любое время после возникновения права

¹¹⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 18.03.2004 № 6-П "По делу о проверке конституционности части второй статьи 6 Закона РФ "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" в связи с запросами Верховного Суда РФ и Мещанского районного суда города Москвы" // Вестник КС РФ, № 2, 2004; Определение Конституционного Суда РФ от 24.11.2005 N 415-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Разуваева Василия Константиновича на нарушение его конституционных прав пунктом 2 статьи 27 Федерального закона "О государственном пенсионном обеспечении в РФ" // Пенсия, № 4, 2006.

¹¹⁵ Определение Конституционного Суда РФ от 21.12.2000г. № 276-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб граждан Березкина Владимира Рейновича, Бушмелева Геннадия Николаевича, Корниенко Николая Николаевича, Кропотова Геннадия Ивановича и Мамаева Александра Степановича на нарушение их права на пенсионное обеспечение положениями статей 10 и 12 Закона Российской Федерации "О государственных пенсиях в Российской Федерации" и статьи 242 КЗоТ РФ"

на нее, независимо от характера их занятий ко времени обращения. Применительно к пенсии по старости в связи с особыми условиями труда это означает, что гражданину, у которого есть необходимый для назначения пенсии трудовой стаж (общий и специальный), но который прекратил работу, не достигнув соответствующего пенсионного возраста, она назначается по достижении этого возраста. Однако названные правовые основания (стаж и возраст) не могут рассматриваться как равнозначные, поскольку их роль в механизме реализации гражданами права на трудовую пенсию различна. Данный вывод основан на том, что, как неоднократно отмечал Конституционный Суд Российской Федерации, пенсии, назначаемые гражданам в связи с трудовой или иной деятельностью, которую законодатель признает общественно полезной, заработаны, заслужены предшествующим трудом.¹¹⁶

Таким образом, Конституционный Суд РФ выявил в качестве оснований реализации права на пенсионное обеспечение трудовой стаж и возраст, указав также на то, что каждый может получить ту пенсию, право на которую было приобретено в период трудовой деятельности, исходя из наличия особых условий труда. Право на пенсию, приобретенное ранее достижения необходимого возраста, может быть реализовано, даже если ко времени достижения пенсионного возраста законодательство, на основе положений которого было приобретено указанное право, уже утратило юридическую силу.

Не меньший интерес представляет и правовая позиция Конституционного Суда РФ относительно конституционно-правовых принципов реализации права на получение пенсии.

Среди них: принципы развития социального законодательства (принцип поддержания доверия граждан закону и действиям государства; принцип обеспечения условий адаптации к законодательным новеллам; принцип смягчения негативных последствий введения законодательных новелл; придание обратной силы закону, ухудшающему положение граждан; принцип специализации правового регулирования)¹¹⁷; принцип правовой справедливости и равенства;¹¹⁸ принцип возмещения вреда, возникшего вследствие осуществления

¹¹⁶ Определение Конституционного Суда РФ от 05.11.2002 № 320-О "По жалобе гражданина Спесивцева Юрия Ивановича на нарушение его конституционных прав положениями пункта "а" части первой статьи 12 и статьи 133.1 Закона Российской Федерации "О государственных пенсиях в Российской Федерации" // Вестник КС РФ, № 2, 2003.

¹¹⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 24.05.2001 № 8-П "По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 1 и статьи 2 Федерального закона "О жилищных субсидиях гражданам, выезжающим из районов Крайнего Севера и приравненных к ним местностей" в связи с жалобами граждан А.С. Стах и Г.И. Хваловой" // Вестник КС РФ, № 5, 2001; Определение Конституционного Суда РФ от 04.12.2003 № 415-О "По запросу группы депутатов Государственной Думы о проверке конституционности части первой статьи 128 Федерального закона "О федеральном бюджете на 2003 год" и подпункта 16 пункта 1 приложения 20 к данному Федеральному закону" // Вестник КС РФ, № 3, 2004

¹¹⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 16.10.1995 № 11-П "По делу о проверке конституционности статьи 124 Закона РСФСР от 20 ноября 1990 года "О государственных

публично-правовой деятельности государства; принцип прецедентности решений Конституционного Суда РФ в сфере пенсионного обеспечения¹¹⁹.

Если изучению содержания принципов правовой справедливости и равенства, принцип возмещения вреда, возникшего вследствие осуществления публично-правовой деятельности государства; принцип прецедентности решений Конституционного Суда РФ в сфере пенсионного обеспечения конституционно-правовая доктрина уделила достаточное внимание, то дефицит публикаций, содержащих информацию о сущности принципов развития социального законодательства, очевиден. Поэтому целесообразно уделить этому внимание в настоящей публикации.

Исследовав принципы развития социального законодательства, Конституционный Суд РФ сформулировал содержание принципа поддержания доверия граждан закону и действиям государства как сохранение разумной стабильности правового регулирования и недопустимость внесения произвольных изменений в действующую систему норм, а также предоставление гражданам в случае необходимости возможности, в частности посредством установления временного регулирования, в течение некоего разумного переходного периода адаптироваться к вносимым изменениям, в том числе, при решении вопроса о выборе места жительства и работы.

Более того, внося в действующее правовое регулирование изменения, оказывающие неблагоприятное воздействие на правовое положение граждан, законодатель должен обеспечивать соблюдение конституционных требований, в частности вытекающих из принципа поддержания доверия граждан к закону и действиям государства, который предполагает оптимальное сочетание разумной стабильности законодательства, предсказуемости его развития и недопустимости произвольных, конституционно не обоснованных изменений, затрагивающих права граждан.

Несоблюдение принципов развития социального законодательства, в целом, Конституционный Суд РФ рассматривает как прямой отказ государства от реализации принятых на себя в отношении граждан (в соответствии с предписаниями ранее принятых нормативно-правовых и правоприменительных актов) публично-правовых обязательств. Ориентирование органов публичной власти исключительно на реализацию новейшего законодательства в сочетании с игнорированием ранее принятого законодательства подрывает доверие

пенсиях в РСФСР" в связи с жалобами граждан Г.Г. Ардерихина, Н.Г. Попкова, Г.А. Бобырева, Н.В. Коцюбки"// РГ, № 206, 21.10.1995; Постановление Конституционного Суда РФ от 15.06.1998 № 18-П "По делу о проверке конституционности положений статей 2, 5 и 6 Закона Российской Федерации от 2 июля 1993 года "О выплате пенсий гражданам, выезжающим на постоянное жительство за пределы Российской Федерации" в связи с жалобами ряда граждан"// Вестник КС РФ, № 5, 1998 и др.

¹¹⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 16.06.1998 № 19-П "По делу о толковании отдельных положений статей 125, 126 и 127 Конституции Российской Федерации"// Вестник КС РФ, № 5, 1998

к закону и государству в целом. В связи с этим, вводя законодательные новеллы, федеральный законодатель должен предусмотреть компенсаторный механизм, позволяющий устранить негативные последствия реформирования социального законодательства. В противном случае закону, ухудшающему положение граждан, придавалась бы обратная сила, что недопустимо. Таким образом, изменяя законодательство в сфере регулирования пенсионных правоотношений, публично-правовая власть должна стремиться достичь такую цель государственного управления, как смягчение негативных последствий рассматриваемых реформ.

Очевидно, что в данном контексте и применимо к заявленной теме исследования, следует говорить о многоплановости значения понятия «смягчение негативных последствий изменений законодательства в социальной сфере», воспринимаемого, во-первых, как принцип развития социального законодательства; во-вторых, как цель государственного управления в сфере регулирования пенсионных правоотношений; в-третьих, как пределы реализации публичной власти в сфере воздействия на пенсионные правоотношения.

Принимая во внимание современное состояние российской государственности и основываясь на результатах исследования ключевых правовых позиций Конституционного Суда РФ в сфере регулирования пенсионных правоотношений, представляется возможным сформулировать понятие социального государства, отражающее его сущность и содержание.

Социальным государством может быть названо государство, в котором созданы наилучшие реальные условия для самореализации человека, ориентированного на сохранение национальной идентичности многонационального народа России путем реализации права на достойный уровень жизни и свободное развитие человека и гражданина, а также вступающего в общественные отношения с государством на основе баланса конституционных ценностей, предусматривающих неуклонное следование принципу конституционной законности при осуществлении государством функции социальной защиты, включая пенсионное обеспечение.

*Я.К. Чепенко, канд. юрид. наук,
начальник отдела обеспечения деятельности
первого проректора по учебной и методической работе СПбГУ*

Влияние цифровой экономики на цифровую трансформацию университетов

В.В. Путин сформулировал необходимость движения общества к «цифровой экономике», включая обеспечение всеобщей цифровой грамотности,

для чего следует «серьезно усовершенствовать систему образования на всех уровнях: от школы до высших учебных заведений»¹²⁰.

Уже сейчас требуются радикальные изменения в разных областях – информационной, социальной, производственной, правовой и т.д. На этом фоне закономерным процессом становится цифровая трансформация системы образования и в частности – цифровая трансформация университетов. Процесс этот начался не сегодня и может быть разделен на несколько этапов.

Первый этап – это информатизация университета. Этап сопровождается закупкой программного обеспечения, а также освоением научно-педагогическими работниками всего информационно-технологического богатства в его динамичном развитии. Например, для Санкт-Петербургского государственного университета (далее — СПбГУ) прорыв в информатизации и завершение этого этапа связаны с Национальным проектом «Образование» 2005-2010 годов¹²¹, в частности – с победой в конкурсе инновационных программ вузов, объявленном Минобрнауки в 2006 году. Финансирование в рамках конкурса позволило создать в СПбГУ инновационную образовательную среду, обеспеченную необходимой информационно-коммуникативной инфраструктурой, которая впоследствии только достраивалась и модернизировалась.

Второй этап – это цифровизация университета. Этот этап в СПбГУ связан с утверждением в 2010 году и последующей реализацией Программы развития СПбГУ до 2020 года¹²². Информационные системы (далее – ИС) и технологии были определены учредителем СПбГУ – Правительством РФ в качестве Приоритетного направления развития университета. В целях развития инфраструктуры в Научном парке СПбГУ был создан Ресурсный центр «Вычислительный центр СПбГУ», который обеспечивает развитие и функционирование цифровой среды для образования и научных исследований. В рамках цифровизации в СПбГУ приобретены или созданы силами своих программистов ИС, которые обеспечивают цифровую поддержку всех направлений деятельности университета: в части научной деятельности создана система сопровождения научных исследований «Pure Elsevier СПбГУ», которая соответствует самым современным требованиям: интеграции с научными базами данных Scopus и Web of Science, поддержки учета достижений исследователей, поддержки грантов и научных проектов и т.п.

В части образовательной деятельности разработана ИС «Обучение», модули которой поддерживают организацию, учебную и учебно-методическую деятельность университета. Для целей науки и образования создан Репозиторий СПбГУ на базе ИС «Dspace СПбГУ». Наконец, целый ряд ИС обеспечивают административно-хозяйственную деятельность и документооборот – «1С бухгалтерия», «Турбо 9», СЭДД «Дело» и др.

¹²⁰ Выступление В.В. Путина на ПМЭФ, 02.06.2017. стенографический отчет / [Электронный ресурс]. — URL: https://echo.msk.ru/blog/day_video/1992718-echo/.

¹²¹ <https://strategy24.ru>.

¹²² Распоряжение Правительства РФ от 07 октября 2010 года № 1696-р // СПС «Консультант плюс».

Развитие электронной среды для всех направлений деятельности закономерно приводит к наступлению третьего этапа информационно-технологического развития университета – его цифровой трансформации. В рамках цифровой трансформации информационные технологии постепенно превращаются в «производительную силу» и начинают оказывать существенное влияние на все бизнес-процессы университета. Более того, в ряде случаев они начинают определять условия реализации этих процессов, требовать изменения их правового обеспечения, качества кадрового состава и направления финансовых потоков. При этом цифровая трансформация не является самоцелью – она вытекает, прежде всего, из требований, которые изменяющийся рынок труда предъявляет к выпускникам.

Создание цифровой экономики подразумевает трансформацию человеческого капитала (то есть, в том числе идентификация новых компетенций и создание системы обучения, направленной на формирование этих компетенций у экономически активного населения страны и у выпускников будущего). Таким образом, трансформации подвергаются не только содержание образования, но и способы и экосреда его получения, социальные и профессиональные роли участников образовательного процесса.

Трансформация требований к выпускникам:

- все профессиональные компетенции должны подразумевать навыки использования цифровых инструментов и учитывать цифровую трансформацию сферы профессиональной деятельности;
- формирование навыков критического мышления как инструмента ориентации в большом объеме информации;
- перенос акцента с получения набора навыков и умений по результатам обучения на построение траектории обучения в течение всей профессиональной жизни (умение идентифицировать упущенные навыки, найти способ восполнить пробел и т.д.);
- важность навыков безопасного поведения в цифровой среде (как профессиональной, так и социальной).

Трансформация образовательных программ:

- Адаптивное обучение/ adaptive learning —персонифицированная образовательная программа, разработанная с учетом образовательных потребностей студента: индивидуальная траектория обучения; индивидуализация образовательного контента, глубины/уровня изучения материала и используемых оценочных средств. Адаптация производится на основе IT-инструментов предсказания поведения обучающегося и анализа его поведения в процессе освоения программы;
- создание образовательных программ по нескольким направлениям/специальностям (с целью удовлетворения потребностей в специалистах в сферах профессиональной деятельности, возникновение которых прогнозируется в ближайшем будущем);

- более эффективное использование аудиторного времени: методики перевернутого класса (изучение лекционного материала вне аудитории); MOOCs ведущих вузов и т.д.;

- учет трансформации процесса обучения современного поколения: геймификация, микрообучение, широкое использование инструментов виртуальной и дополненной реальности в обучении;

- дополнение (а в дальнейшем и замена) традиционных документов об образовании и /или квалификации цифровым портретом выпускника: индивидуальный профиль компетенций (не только профессиональных, но и личностных), опыт, достижения, характеристики, лучшие работы. Профиль формируется и пополняется на протяжении всей профессиональной жизни владельца.

Трансформация образовательной среды:

- Студент является не только обучаемым, но и генерирует новые знания, с этой точки зрения важно создание сообществ, платформ для взаимодействия, возможностей участия в научной деятельности;

- Университет – не только и не столько место предоставления образовательных услуг, но и социальный институт, предоставляющий площадки для общения, обсуждения, совместной работы, направленных на решение задач развития общества в целом и местного сообщества (гражданская наука, возможности для самообразования, поддержка выпускников и т.д.);

- возможность выбора студентом места и формата освоения учебного материала (в части, одобренной вузом): в аудитории/вне аудитории, MOOCs;

- развитие института тьюторов (помощь студентам в выборе траекторий обучения, формата освоения курсов и т.д.);

- трансформация роли и компетенций преподавателей: выстраивание процесса обучения с ориентацией на получение навыков и умений, прогнозирование направлений развития профессиональной сферы; широкое использование современных, цифровых в том числе, технологий обучения.

В заключении хотелось бы отметить, что цифровая трансформация университета не может происходить отдельно от трансформации всей системы образования. Содержательная непрерывность системы образования и преемственность всех уровней образования – одно из ключевых достижений действующего Закона «Об образовании в РФ»¹²³. Сегодня управленческие функции в области школьного и среднего профессионального образования с одной стороны, и высшего образования с другой, разделены между Министерством просвещения РФ и Министерством науки и высшего образования РФ. Сейчас очень важно найти решения, которые в сложившихся условиях не допустят возникновения разрывов в единстве системы образования на стадии цифровой трансформации.

¹²³ Федеральный закон от 29.12.2012 № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» // СПС «Консультант плюс».

*Ю.А. Ялунер,
аспирант кафедры конституционного права
Санкт-Петербургский государственный университет*

Методология конституционного и конвенционного толкования

В настоящее время вопрос определения методологии толкования Конституции РФ и Конвенции о защите прав человека и основных свобод обострился вследствие введения механизма проверки Конституционным Судом РФ совместимости правовых позиций Европейского Суда по правам человека с российской Конституцией¹²⁴. Более того, в настоящий момент уже имеется практика применения Конституционным Судом нового полномочия - речь идет о постановлениях Конституционного Суда о возможности исполнения решений ЕСПЧ по делу «Анчугов и Гладков против России»¹²⁵ и «Нефтяная компания «ЮКОС» против России»¹²⁶. В обоих случаях Конституционным Судом вынесено решение о неисполнении решений ЕСПЧ ввиду противоречия конституционным ценностям России. Вопрос о методологии конституционного и конвенционного толкования становится актуальным ввиду наличия противоречий в содержании прав между ЕСПЧ и Конституционным Судом РФ. Перед исследователем встает вопрос о методах, ключевых элементах, которые являлись основой и были приняты во внимание (или отвергнуты) при осуществлении толкования соответствующего права. Отметим, что в контексте соотношения конвенционного и российского конституционного толкования проблема обостряется ввиду положения ч. 4 ст. 15 Конституции, согласно которому общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора. Хотя в ч. 4 ст. 15 Конституции напрямую вопрос о соотношении ЕСПЧ и Конституции не решен, права из Конвенции и Конституции, несмотря на их закрепление в источниках национального и международного регулирования, родственны. Конституционный Суд выражает приверженность международным стандартам, что согласуется с положениями преамбулы к Конституции об осознании РФ себя как части мирового сообщества. Таким образом, актуальность исследования вопроса о методах толкования, используемых ЕСПЧ и Конституционным Судом, не вызывает сомнений.

Необходимо отметить тот факт, что между ЕСПЧ и российским Конституционным Судом есть общая черта, которая заключается в необходимости учета разнообразных взглядов. Как для ЕСПЧ, так и для Конституционного

¹²⁴ П. 3.2. ст. 3 Федерального конституционного закона от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации».

¹²⁵ См. постановление Конституционного Суда РФ от 19.04.2016 № 12-П.

¹²⁶ См. постановление Конституционного Суда РФ от 19.01.2017 № 1-П.

Суда РФ имеет место необходимость принятия во внимание культурных различий народов, однако ЕСПЧ также анализирует правовую и политическую систему страны-члена Конвенции для выявления наличия, отсутствия или «движения» к европейскому консенсусу.

Согласно ст. 32 ЕКПЧ, Европейский Суд по правам человека является компетентным органом по осуществлению официального толкования Конвенции. Базовый принцип толкования Европейской конвенции получил свое закрепление в ст. 31 Венской Конвенции о праве международных договоров. Так, договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора. Для целей толкования договора контекст охватывает, кроме текста, включая преамбулу, и приложения. Целью Европейской конвенции является защита личных прав человека, а также поддержание и развитие идеалов и ценностей демократического общества¹²⁷. Например, согласно толкованию п. 1 ст. 6 Конвенции, право на справедливое судебное разбирательство включает в себя исполнение решения, вынесенного любым судом¹²⁸. Кроме правила толкования договора в соответствии с его целью, в своей деятельности ЕСПЧ выработал ряд принципов толкования Конвенции.

Во-первых, речь идет о балансе эволюционного толкования Конвенции и доктрины *margin of appreciation* (свободы усмотрения государства в мерах по исполнению решения ЕСПЧ). Понятие эволюционного толкования подразумевает, что Конвенция – это живой инструмент, интерпретировать который необходимо в свете условий сегодняшнего дня¹²⁹.

Положительным аспектом такого толкования является последовательное расширение границ защиты прав человека. Некоторые исследователи говорят о неизбежности эволюционного толкования, так как в противном случае речь может идти о стагнации механизма защиты прав человека¹³⁰. Такой либеральный подход Европейского Суда по правам человека к необходимости расширения защиты прав человека нуждается в балансировке, инструментом которой служит доктрина *margin of appreciation* (свобода усмотрения государства). Речь идет о том, что без выбора самим государством мер по исполнению решения ЕСПЧ, которое зачастую расширяет границы защиты прав человека, у решений ЕСПЧ отсутствовал бы необходимый элемент судебного решения – возможность его исполнения. Однако не все исследователи полагают, что такой «инструмент» - доктрина *margin of appreciation* – является достаточным средством

¹²⁷ Постановление ЕСПЧ по делам «Soering v. UK» (1989), жалоба № 14038/88, «Handyside v. UK» (1976), жалоба № 5493/72.

¹²⁸ Постановление ЕСПЧ по делу «Hornsby v. Greece» (1997), жалоба № 18357/91.

¹²⁹ Постановление ЕСПЧ по делу «Tyren v. UK» (1978), жалоба № 5856/72. Подробнее об этом см.: Oxford University Press Vol. 6 No. 3, 4, 2008 Garlicki L. «Cooperation of courts: The role of supranational jurisdictions in Europe». P. 509-530.

¹³⁰ German Law Journal Vol. 12 No. 10, 2011 Dzehtsiarou K. «European Consensus and the Evolutionary Interpretation of the European Convention on Human Rights». P. 1730-1745.

для поиска баланса. Так, В.Д. Зорькин отмечает переход эволюционного толкования в судебный активизм в его негативном смысле. Речь идет о переходе от текстуальной трактовки ЕКПЧ к ее изменению, дописыванию¹³¹. А.И. Ковлер также подчеркивает, что государства-участники Конвенции возложили на ЕСПЧ полномочия по толкованию (interpretation) и применению (application) ЕКПЧ, однако речь не идет о ее пересмотре (revision)¹³². Таким образом, возникает проблема отличия «нового права» от нового аспекта уже закрепленного в Конвенции права. Здесь необходима последовательность ЕСПЧ в применении собственных правовых позиций и четкое обоснование ее изменения со ссылкой на конкретные исследования об изменении условий, приводящих к «эволюции» толкования. Иными словами, необходим баланс между стабильностью и развитием. В противном случае речь идет о чрезмерном судебном активизме.

Одним из вопросов, которые ЕСПЧ решает при толковании прав является наличие или отсутствие европейского консенсуса по определенному вопросу. Например, в 1981 году имело место нарушение прав заявителя в связи с криминализацией в Северной Ирландии «противоестественных половых связей», поскольку в большинстве стран Совета Европы гомосексуализм больше не был преступным, то есть по этому вопросу достигнут консенсус¹³³.

Кроме того, в своей деятельности ЕСПЧ осуществляет толкование, которое обеспечит эффективную защиту прав заявителя. Эффективная защита подразумевает не только выплату компенсации, но также прекращение нарушения прав заявителя, а также предотвращение подобных нарушений со стороны государства в дальнейшем. О необходимости гарантирования прав на практическом, а не теоретическом уровне ЕСПЧ высказался в 1980 году¹³⁴.

Обобщая вышеизложенное, обратимся к исследователю феномена судебного активизма П. Махони¹³⁵, который подчеркивал устремленность в будущее ЕКПЧ, что вытекает из ее преамбулы и конструкции формулировок. Поэтому без эволюционного толкования Конвенция стала бы декларацией, мертвым документом, что безусловно порадовало бы государства-участники. Действительно, ведь Конвенция налагает на государства дополнительные неудобства по пересмотру собственных институтов и практики их применения, что зачастую влечет для государства финансовые издержки. Однако иной подход невозможен в демократическом государстве, где права и свободы человека являются высшей ценностью. Тем не менее, ЕСПЧ не легитимизован государствами-участниками для создания новых прав и свобод.

¹³¹ Российская газета, 21.10.2015 Зорькин В.Д. «Россия и Страсбург». URL: <https://rg.ru/2015/10/21/zorkin.html> (дата обращения: 04.03.2019).

¹³² Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения №3, 2016 Ковлер А.И. «Эволютивное толкование Европейской конвенции по правам человека: возможности и пределы. Европейский Суд по правам человека как субъект толкования права». С. 97.

¹³³ Постановление ЕСПЧ по делу «Dudgeon v. UK» (1981), жалоба № 7525/76.

¹³⁴ Постановление ЕСПЧ по делу «Artico v. Italy» (1980), жалоба № 6694/74.

¹³⁵ Human Rights Law Journal Vol. 11 No. 1-2, 1990 Mahoney P. «Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin». P. 57-88.

В России современная методология толкования Конституции основана на обеспечении верховенства Конституции, выявлении конституционных ценностей, составляющих конституционную идентичность Российской Федерации, и недопущении их ограничения или умаления. С помощью конституционных ценностей происходит своего рода приращение и актуализация нормативного содержания соответствующих норм, институтов, принципов, а также установление их сбалансированного взаимодействия¹³⁶. Данный метод толкования ярко проявляет себя в вышеназванных решениях Конституционного Суда, предметом которых являлась возможность исполнения решений ЕСПЧ в России.

Кроме того, Конституционный Суд при толковании руководствуется не только буквальным смыслом, но и духом Конституции, об этом неоднократно высказывался Конституционный Суд¹³⁷.

Резюмируя вышеизложенное, методология конституционного толкования в России опирается на доктрину живого права, ведь без толкования Конституционного Суда нормы Конституции уже не воспринимаются. Так, Конституционный Суд является как хранителем, так и преобразователем Конституции.

Общим для конституционного и конвенционного толкования является использование принципа пропорциональности (балансирования, взвешивания), который в доктрине рассматривается как глобальная аналитическая система конституционного анализа¹³⁸.

Использование принципа пропорциональности неразрывно связано с проблемой судебного активизма, ведь необходимо взвешивание, какое право нуждается в повышенной защите, а какое может быть ограничено. Г. Вайпан здесь полагает, что существует риск потенциальной неограниченной дискреции судебной власти при определении «важности» того или иного принципа. В конечном счете концепция пропорциональности никак не ограничивает усмотрение правоприменителя, позволяя осуществлять политический выбор под видом юридического решения¹³⁹. Тем не менее, в доктрине разработана методология применения принципа пропорциональности. Так, согласно Р. Алекси, все права подразделяются на права-принципы и права-правила. Правовые принципы представляют собой требования, которые реализуются в той или иной степени, в зависимости от фактических и юридических возможностей. Правовые правила же либо выполняются в конкретном случае, либо

¹³⁶ См. Бондарь Н.С. Аксиология судебного конституционализма: конституционные ценности в теории и практике судебного конституционализма. М.: Юрист, 2013. 184 с.

¹³⁷ См. постановления Конституционного Суда РФ от 27.01.1993 № 1-П, от 21.12.2005 № 13-П.

¹³⁸ Петербургский юрист №1, 2016 Белов С.А. «Рациональность судебной балансировки конституционных ценностей с помощью теста на пропорциональность». С. 68.

¹³⁹ Международное правосудие № 2(14), 2015 Вайпан Г. «Концепция пропорциональности в современном международном праве: малое зло ради великого блага». С. 84.

нет. Однако здесь отметим, что сама потребность во взвешивании обусловлена конкуренцией ценностей соответствующих принципов.

В литературе зачастую происходит смешение принципа пропорциональности с методом категоризации прав (Р. Дворкин), который подразделяет интересы со статусом прав и без такового, согласование интересов зависит от пределов действия прав. Критериями в данном случае выступают понятие человеческого достоинства, положение личности в обществе, степень влияния государства на осуществление человеком своих прав¹⁴⁰.

Говоря о важности понимания методологии толкования конвенций и национальных конституций, их общих чертах и отличиях, следует обратиться к позиции Е.В. Тимошиной¹⁴¹, которая полагает возможной поляризацию общества путем понимания прав человека на основе различных мировоззренческих картин. Здесь возникает проблема восприятия судебного решения, его общезначимости и убедительности аргументации. Данный вывод в полной мере применим к ситуации различных методологических основ толкования Конституции РФ и ЕКПЧ. Конституционный Суд руководствуется ценностным подходом, который заключается в защите национальной идентичности, в то время как ЕСПЧ, придерживаясь принципа эволюционного толкования, расширяет границы защиты прав человека, чем накладывает на государства дополнительные обязанности по пересмотру собственной практики и обеспечения мер по недопущению нарушения прав в дальнейшем.

¹⁴⁰ См. Сравнительное конституционное обозрение № 3(106), 2015 Вайпан Г. «Принцип пропорциональности и аргументация в сфере ограничений прав человека: от Р. Алекси к Р. Дворкину и обратно». С. 37-54.

¹⁴¹ Вестник РУДН. Серия: Юридические науки № 4, 2017 Тимошина Е.В. «Проблема юстициальности прав человека в ситуациях их конкуренции и принцип пропорциональности». С. 464-485.

РАЗДЕЛ III**СТАТЬИ УЧАСТНИКОВ СЕКЦИИ
«ФИНАНСОВОЕ ПРАВО»**

**Ответственный за организацию работы секции – зав. кафедрой
финансового права д-р юрид. наук Е.Л. Васянина**

F. Parillo, *Sapienza University
of Rome - School of Specialization for
Legal Professions*

**From Basel III to Basel IV: Recent innovations introduced by
Basel Accords**

The Basel Accords are drafted by the Basel Committee on Banking Supervision, which is one of the technical committees of the Bank for International Settlements, and responds to the Group of Governors of the Group of Ten. Basel Accords impose capital requirements and other requirements on internationally active banks, with the intention of creating a level playing field. Just to set a timeline, we can say that Basel I was approved in 1988, and it established a proportion of the 8% between the capital of a bank and its risk weighted assets. Basel II followed in 2004, innovating the methodologies for calculating the risks associated with bank exposures and introducing the distinction between the standardized approach and the internal ratings based approach. Basel III was published in 2010 in the aftermath of the world financial crisis, and it raised capital as well as liquidity requirements; requirements that have been increased by Basel IV at the end of 2017.

Basel Accords embody a peculiar phenomenon in the banking and financial law landscape: although they are formally devoid of any legal binding force, they are in fact respected as if they were hard law instruments. Basel Accords technically constitute mere agreements between central banks, or other supervisory authorities, that are members of the Basel Committee, and therefore are soft law instruments. They are designed to apply to all internationally active banks through regulatory instruments enacted by each single central bank.

In the English language they are always defined as “accords” and never as “agreements” to avoid any confusion on a terminological level, as the members of the Basel Committee and the institutions that they represent do not have the power to sign treaties or other international agreements.¹⁴² Basel Accords are not even signed, neither by the members of the Committee, nor by the Group of 10 Governors, there is only a footnote in every accord that enlists which institutions are represented in the Committee.¹⁴³

¹⁴² Hayward, Peter, *Prospects for international co-operation by bank supervisors*, in Norton J.J., *Bank Regulation and Supervision in the 1990s*, Lloyd’s of London Press Ltd., 1991, p. 67.

¹⁴³ Goodhart, Charles, *The Basel Committee on Bank Supervision, A History of the Early Years 1974 – 1997*, Cambridge University Press, 2011, p. 544.

The Basel Committee formally has no supranational supervisory authority, its role is simply to formulate standards, guidelines and recommendations, that then should be approved by the Group of Ten, and if the Governors of the Group decide to do so, as often happens, they are held responsible in the first place for adopting the rules in their respective countries. The accords do not include any clause that holds regulators from each member country accountable to one another for enforcing the standards contained therein, and there are no enforcement mechanisms that can be applied if the rules are not followed voluntarily. On the other hand, even if there are no applicable legal remedies, the market itself provides incentives that, in a sense, “force” Member States, supervisors and banks to respect the rules established by the accords.¹⁴⁴ As a matter of fact, Basel requirements have quickly established themselves as the minimum standards for capital regulation, recognized throughout the world, and consequently, any bank, central or otherwise, even if it is based in a country that is not a member of the Basel Committee, is compelled to adapt to the standards, because of the pressure it receives from investors, rating agencies, other banks and financial market participants.¹⁴⁵ Compliance with Basel standards is seen as a necessity for developed countries regardless of their participation in the G-10, and is considered as a badge of reliability for developing nations.

The Basel accords have been criticized in the past, mostly because some fear that they may cause a “credit crunch”, and more recently because they did not prevent the world financial crisis. So, with Basel III and Basel IV, the Basel Committee tried to lay down rules that could avoid the reoccurrence of an event with the same negative impact on a global scale, and in general to make the international financial system more stable for the future.

Basel III

The promulgation of Basel III in 2010 was widely supported by G20 leaders,¹⁴⁶ with the goal of fortifying the resilience of banks in the aftermath of the world financial crisis, and it was considered a great achievement for the Basel Committee on Banking. Basel III was the first accord to take into consideration also macro-prudential aspects linked to the systemic risks inherent in the banking system. In particular, the main innovations introduced by Basel III were that:

- While it maintained the 8% proportion between capital and risk weighted assets, the Tier 1 or Core capital was raised from 4% to 6%, of which the common equity component (which basically consists of paid-up shares and undistributed reserves) must represent at least 4.5%.
- In addition, a 2.5% capital conservation buffer has been introduced which must also be composed of common equity;
- Furthermore, a countercyclical buffer was introduced, with the function of protecting the stability of the banking sector in times of excessive credit growth and

¹⁴⁴ Lastra, Rosa, *Central banking and banking regulation*, Financial Markets Group, London School of Economics and Political Science, 1996, p. 287.

¹⁴⁵ Schooner, Heidi M. and Taylor, Michael W., *Global Bank Regulation: Principles and Policies*, Elsevier, 2009, pp. 137.

¹⁴⁶ G20 Seoul Summit Document, Seoul, South Korea (Nov. 12, 2010), point 29.

asset bubbles; this buffer can be imposed within a range between 0 and 2.5%, at the discretion of each national regulator.

- Besides, Basel 3 also changed the definition of capital, which should now be composed of higher quality elements with greater loss absorption capacity.

- In addition to this, Basel III imposes another requirement, a minimum leverage ratio of 3%, which is a ratio between tier 1 capital and the total assets of the bank not weighted for risk (at nominal value).¹⁴⁷

Basel III also contains liquidity requirements, given that during the financial crisis many banks, despite retaining adequate capital levels, faced problems because of a lack of liquidity. It introduced two tests, the first one is the Liquidity Coverage Ratio whereby a bank must have sufficient liquid assets to compensate significant cash outflows in a series of stress scenarios over a one-month time horizon;¹⁴⁸ the second is the Net Stable Funding Ratio which requires a minimum amount of funding to come from stable resources over a one-year time horizon.

Notwithstanding these innovations, a revision of Basel III seemed necessary just a few years after its approval. The main reasons for criticism against Basel III were that:

- it could not effectively prevent systemic shocks;
- the requirements were considered too complex to apply and to supervise;
- it continued to allow the use of the internal rating based approach which is considered to be not always reliable;

- After the world financial crisis, market operators and the public started to doubt the risk-weighted capital ratios reported by banks. Even the Basel Committee conducted some quantitative studies that brought to light a substantial variability in banks' calculations of risk weighted assets;¹⁴⁹

- On this subject we must note that, to solve the problems arising from the use of different internal models, considering that in the EU approximately 7000 different models were applied, the European Central Bank launched a program for the harmonization and review of these models called "Targeted Review of Internal Models" or TRIM.¹⁵⁰

- Basel 3, according to some, also did not capture some types of off balance sheet risks, and its disclosure requirements were incomplete.

In the European Union Basel III was implemented through a directive and a regulation, Directive 2013/36/EU on access to the activity of credit institutions and

¹⁴⁷ Basel Committee on Banking Supervision, *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*, December 2010

¹⁴⁸ D. K. Tarullo, *Testimony Before the Committee on Financial Services of the U.S. House of Representatives*, June 16, 2011, p. 3.

¹⁴⁹ M. Behn, R. Haselmann and V. Vig, *The Limits of Model-Based Regulation*, European Central Bank Working Paper No. 1928, 2016, p. 25; M.C. Plosser and J.A.C. Santos, *Banks' Incentives and the Quality of Internal Risk Models*, Federal Reserve Bank of New York, Staff Report No. 704, 2014, p. 2.

¹⁵⁰ European Central Bank, *Information on the current version (February 2017) of the guide to the Targeted Review of Internal Models (TRIM)*, February 2017.

the prudential supervision of credit institutions and investment firms, and Regulation n. 575/2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms. This was the first time that the European Union decided to implement the Basel rules, and most notably the part concerning capital requirements, using the regulation instrument, and this is obviously significant because its self-executing effectiveness should guarantee a uniform and harmonized implementation throughout the European Union, avoiding the problems arising from the application of different technical details in various member countries.

In the United States, the implementation process is complicated by the existence of different supervisors, each one supervising just a portion of the banking sector, and in charge for the implementation of Basel Rules for their area of jurisdiction, although for the implementation of Basel III all the American supervisors agreed on the promulgation of common rules contained in a single document commonly referred to as the Final U.S. Rules. The Final Rules adopted the definition of capital as formulated in Basel III, including the requirements for the composition of Tier 1 Capital and its Common Equity component, and adopted the leverage ratio and the countercyclical buffer, although only for larger banks. In the United States, however, there are problems of compatibility between Basel 3 and the Dodd Frank Act of 2010, which for example prohibits the use of external agency ratings; and even more so with the Financial Choice Act wanted by the Trump administration, which allows small banks to apply only a 10% leverage ratio, thus exempting them from many of the requirements imposed by Basel III (in this sense these provisions of the Financial Choice Act have been described by commentators as an “off-ramp” from both the Dodd Frank Act and Basel requirements).

Basel IV

In December 2017 the Basel committee published a new document entitled *Basel III: Finalizing Post-Crisis Reforms*, which formally is a revision of Basel III, but which is commonly referred to as Basel IV.

The main part of Basel IV is a revision of the way through which risk weighted assets are calculated, to reduce their excessive variability, to re-establish the trustworthiness of the calculation models and to enhance the comparability of capital ratios. In order to achieve these goals, Basel IV introduced:

- a revision of the standardized approach, in order to make it more robust and more sensitive to risk, attributing new risk weights to many types of exposures;
- the prohibition to use the advanced internal ratings based approach for certain classes of exposures (especially equity and exposures to large companies and banks);
- an additional leverage ratio was introduced only for global systemically important banks;
- Moreover a capital floor was established, according to which the capital requirements calculated using the internal models cannot be inferior to the 72.5% of what it would have resulted if the calculation was made with the standardized approach.

- Finally for what concerns operational risks, it was decided to replace internal models with standardized rules.¹⁵¹

The deadline for the entry into force of Basel IV is scheduled for January 2022.

Basel IV was well received but it also raised some concerns: since the financial sector is by nature dynamic, a regulatory response may not fully grasp the changes that are occurring in the market. However, to keep up with this dynamism the rules should change continuously and should even be able to anticipate these changes. Moreover, compliance with new regulatory frameworks always brings costs to the operators, and in the end it may favor larger banks, which have the means to comply, while smaller institutions would struggle. This would in turn favor the dimensional growth and the concentration of bank conglomerates, thus exacerbating the too-big-too-fail problem.

Finally, some argued that capital requirements in general, and Basel Accords specifically, may encourage shadow banking, because if traditional banking activities are more heavily regulated, operators may prefer to move their operations away from the traditional banking business into the less regulated shadow banking sector, as historical data shows that activity typically flows to the less regulated sector.¹⁵² Another threat to the Basel Accords is the growth of *Fintech*. In conclusion, in spite of their inevitable shortcomings, it should be safe to say that Basel III and IV introduced important innovations, that overall enhance the stability of the banking sector, rather than making it worse.

*Е.М. Андреева, д-р юрид. наук,
доцент кафедры финансового права СПбГЭУ*

Бюджетный кодекс Российской Федерации и документы стратегического планирования

Целями данного небольшого исследования являются, во-первых, установить степень отражения документов стратегического планирования в бюджетном законодательстве Российской Федерации, в частности, в Бюджетном кодексе Российской Федерации, во-вторых, проследить, насколько российское бюджетное законодательство способствует достижению экономических и социальных ориентиров развития нашей страны, установленных в документах стратегического планирования.

¹⁵¹ Basel Committee on Banking Supervision, Basel III: Finalising post-crisis reforms (Basel IV), December 2017.

¹⁵² Claessens, Poszar, Ratnovski, Singh, Shadow Banking: Economics and Policy, IMF Staff Discussion Note, 2012.

Социально-экономическая политика Российской Федерации в настоящее время закреплена в целом комплексе документов, которые имеют общее название «Документы стратегического планирования Российской Федерации». Их перечень и содержание определены в Федеральном законе от 28 июня 2014 года № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации» (далее – Закон о стратегическом планировании). Согласно двум первым статьям названного закона, он устанавливает правовые основы стратегического планирования в Российской Федерации, под которым понимается деятельность по целеполаганию, прогнозированию, планированию и программированию социально-экономического развития Российской Федерации, отраслей экономики и сфер государственного и муниципального управления, обеспечения национальной безопасности Российской Федерации.

Документы стратегического планирования, следуя логике закона, можно разделить на документы целеполагания, прогнозирования, планирования и программирования. При этом самыми важными следует признать документы целеполагания, определяющие **направления, цели и приоритеты социально-экономического развития и обеспечения национальной безопасности Российской Федерации**.

Однако, если ранжировать данные документы по стадиям стратегического планирования, то на первое место нужно было бы поставить прогнозирование, затем целеполагание, планирование и программирование, поскольку планы развития должны быть реалистичными. К документам **прогнозирования** Закон о стратегическом планировании причисляет прогноз научно-технологического развития, стратегический прогноз, прогнозы социально-экономического развития Российской Федерации на долгосрочный и среднесрочный периоды, а также бюджетный прогноз РФ на долгосрочный период.

Если ознакомиться со списком **документов целеполагания**, то к ним, в частности, относятся ежегодное послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации (далее – послание Президента); стратегия социально-экономического развития Российской Федерации; стратегия национальной безопасности Российской Федерации; стратегия научно-технологического развития Российской Федерации.

И здесь мы не согласны с законодателем, который к документам целеполагания относит перечисленные выше стратегии. Дело в том, что стратегия – от древне-греческого «искусство полководца» определяется как способ действий, общий, не детализированный план какой-либо деятельности, охватывающий длительный период времени, способ достижения сложной цели, являющейся неопределённой и главной для управленца на данный момент, в дальнейшем корректируемой под изменившиеся условия существования управленца-стратега¹⁵³. Исходя из данной формулировки можно сделать вывод, что

¹⁵³ Общедоступная универсальная интернет-энциклопедия. // <https://ru.wikipedia.org>. Дата обращения 20.03.2019г.

стратегии, в том числе стратегия социального-экономического развития Российской Федерации, относится к документам планирования. В то время как послание Президента действительно закладывает основные направления внутренней и внешней политики государства (ст. 84 Конституции Российской Федерации), а значит задает основной вектор развития России.

В любом случае и послание Президента, и три названные стратегии, как уже указывалось, являются главными документами стратегического планирования в Российской Федерации. Именно на их основе разрабатываются конкретные мероприятия по реализации поставленных целей. Они определяются в документах планирования и программирования. Согласно Закону о стратегическом планировании (статья 3), планирование и программирование - это деятельность, направленная на достижение целей и приоритетов, разрабатываемых в рамках целеполагания.

Примечательно, что в указанной статье законодатель разделяет понятия планирование и программирование, а в статье 11 наоборот объединяет. Полагаем, что документы планирования и программирования следует разделять. Так, к документам планирования необходимо отнести основные направления деятельности Правительства Российской Федерации, планы деятельности федеральных органов исполнительной власти и иные планы в сфере социально-экономического развития и обеспечения национальной безопасности Российской Федерации, а также схему территориального планирования Российской Федерации. В то время как документами программирования очевидно являются государственные и муниципальные программы. Примечательно, что Бюджетный кодекс Российской Федерации содержит понятие бюджетное планирование и относит Бюджетный прогноз Российской Федерации к таким документам, а не документам прогнозирования, как это делает Закон о стратегическом планировании.

Представленный перечень документов стратегического планирования наглядно демонстрирует их значение. Они не только определяют темп и закрепляют показатели (ориентиры) экономического роста Российской Федерации, но и содержат конкретную стратегию их достижения.

Вернемся к предмету нашего исследования и попытаемся ответить на первый вопрос, отражены ли названные выше документы в Бюджетном кодексе Российской Федерации. Оказалось, что только 5 из 14 документов стратегического планирования Российской Федерации упоминаются в БК РФ. Из них, два документа в области прогнозирования, один в области целеполагания и два в области программирования. Поскольку сам по себе бюджет можно определить как финансовый план (прогноз), а также исходя из принципа достоверности бюджета, закреплённого в статье 28 Бюджетного кодекса Российской Федерации, из всех документов стратегического планирования, документы прогнозирования и планирования должны были быть представлены в бюджетном законодательстве наиболее полно. Однако, это не так. Согласно статье 172 БК РФ составление бюджетов основывается на четырех документах стратегического планирования - послании Президента, бюджетном прогнозе

на долгосрочный период, прогнозе социально-экономического развития Российской Федерации, а также государственных программах.

Необходимо заострить внимание на том, что послания Президента не имеют сроков подготовки и оглашения, также нормативно не установлен период, который должны охватывать их программные положения. Единственное, что точно известно - это ежегодный характер посланий. Анализ показывает, что в 2014-2016 годах¹⁵⁴ Президент Российской Федерации выступал с посланиями в начале декабря, а в 2018, 2019 годах он выступил соответственно в феврале и марте текущего года¹⁵⁵. И в первом, и втором случаях эти даты выходят за временные рамки стадии составления (и даже утверждения) бюджетов и изложенные в посланиях Президента направления внешней и внутренней политики не могут быть учтены при составлении бюджетов на плановый период при нормальном течении сроков бюджетного процесса. Кроме того, законодатель допускает использование при составлении бюджетов **проектов** бюджетного прогноза и **проектов** государственных программ. Соответственно можно смоделировать ситуацию, при которой бюджет будет принят без утверждения упомянутых документов стратегического планирования.

Таким образом, получается, что при составлении бюджетов в полной мере может быть учтен только один документ – это прогноз социально-экономического развития Российской Федерации на среднесрочный период. Действительно, в статье 169 кодекса сказано, что проект бюджета составляется на основе прогноза социально-экономического развития в целях финансового обеспечения расходных обязательств. Однако, как видно из приведенной нормы, **эта связь скорее «обратная», когда объем, в первую очередь, бюджетных доходов и обоснованных этими доходами планируемых расходов должен быть реалистичным и базироваться на прогнозе развития нашей экономики.** Действительно, прогнозы социально-экономического развития Российской Федерации на 2016-2018, 2017-2019, 2018-2020 годы (на следующий трехлетний период прогноз отсутствует) размещены на сайте Министерства экономического развития Российской Федерации¹⁵⁶. Примечательно, что при формировании бюджета, как следует из системного толкования статей 169, 172 Бюджетного кодекса Российской Федерации, используются именно среднесрочные (принимаемые на трехлетний период), а не долгосрочные прогнозы. Это правильно в условиях глобализации и нестабильности политической ситуации и мировой экономики, тем не менее, не дает возможности спланировать реализацию объективно длительных проектов и решение долгосрочных перспективных задач.

¹⁵⁴ С этого года Президент Российской Федерации не выступает с бюджетными посланиями.

¹⁵⁵ Официальный сайт Президента Российской Федерации. // <http://kremlin.ru>. Дата обращения 21.02.2019г.

¹⁵⁶ Официальный сайт Министерства экономического развития Российской Федерации. // <http://economy.gov.ru/minec/activity/sections/macro/prognoz>. Дата обращения 06.02.2019г.

Тем не менее, важнее проследить прямую (а не обратную) зависимость между бюджетным регулированием и экономическими устремлениями нашего руководства. Полагаем, что не только «прогноз», но и «план» экономического развития России должен находить свое отражение в национальном финансовом законодательстве.

Фактически в бюджетном законодательстве и в бюджете отражаются только бюджетные ассигнования на реализацию государственных (муниципальных) программ (ст. 179 Бюджетного кодекса Российской Федерации). Программно-целевой метод в настоящее время является основным в бюджетном процессе.

Однако, программы, как следует из Закона о стратегическом планировании – это документы стратегического планирования последнего уровня – уровня реализации. И здесь следует заметить, что сами по себе программы, которыми пестрят сегодня законы о бюджете, охватывают как расходы, имеющие инвестиционное значение, так и текущие «повседневные» расходы государства, что нивелирует их ценность. Кроме того, они распределены по разным направлениям и не составляют некую систему. Соответственно, в них не прослеживаются в полном объеме цели и задачи социально-экономического развития России.

Теперь попробуем ответить на второй вопрос - а должно ли в Бюджетном кодексе Российской Федерации упоминаться о целях социально-экономической политики России и должны ли они вообще учитываться при составлении и исполнении бюджетов публично-правовых образований? Ответ очевидный, ведь стратегическое планирование направлено на решение задач устойчивого социально-экономического развития Российской Федерации и обеспечение ее национальной безопасности. Соответственно, при составлении текущих финансовых планов и их исполнении бюджетные средства должны, в первую очередь, направляться на поддержку и стимулирование тех отраслей народного хозяйства, отдельных проектов, которые призваны играть ведущую роль в укреплении экономики России.

Между тем, специфика централизованных денежных фондов, в отличие от частных финансов, заключается в том, что, являясь достоянием всех граждан государства, их распределение и расходование должно вестись по особым правилам. Сказанное говорит о том, что при решении вопроса о направлениях бюджетных вложений в экономику нужно подходить с особой осторожностью. Однако без взаимного проникновения и гармонизации норм Бюджетного кодекса Российской Федерации и Федерального закона о стратегическом планировании не обойтись.

Само слово «экономика» и производные от него слова в Бюджетном кодексе Российской Федерации в основном употребляются в словосочетании «прогноз социально-экономического развития», «экономический союз». В этой связи интересна поправка в статью 6 кодекса, внесенная в декабре 2018 года Федеральным законом от 25 декабря 2018 года № 494-ФЗ «О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации». Впервые с момента его

вступления в силу в нем появилось словосочетание «цели социально-экономической политики публично-правового образования». Однако, оно используется только для расшифровки нового понятия «налоговые расходы публично-правового образования» и только применительно к нему.

На основании проведенного исследования сделаем вывод о том, что в настоящее время в бюджетном законодательстве целеполагание в области экономического развития России не находит своего должного отражения. В качестве предложения считаем необходимым внести в Бюджетный кодекс Российской Федерации два новых принципа, способствующих решению данной проблемы, а именно принцип учета приоритетов социально-экономической политики и целей социально-экономического развития Российской Федерации при формировании и исполнении бюджетов и принцип ответственности участников бюджетного процесса за реализацию документов стратегического планирования. Кроме того, считаем необходимым дополнить перечень документов, на которых основывается составление проектов бюджетов бюджетной системы Российской Федерации, документами стратегического планирования в области целеполагания и планирования.

*Е.Г. Беликов, д-р юрид. наук,
профессор кафедры финансового,
банковского и таможенного
права Саратовской государственной
юридической академии*

Финансовая правосубъектность в условиях цифровизации экономики: перспективы расширения и реализации¹⁵⁷

Как известно, правосубъектность является одной из важнейших категорий юридической науки, поскольку она выступает обязательным условием правового статуса субъекта и специальной предпосылкой возникновения правоотношения в целом. В последнем реализуются права и обязанности его участников, обусловленные, в свою очередь, их правосубъектностью. Вопросы установления, расширения и реализации правосубъектности, в частности в сфере публичных финансов (финансовой правосубъектности), становятся особенно актуальными в условиях цифровизации экономики, когда стремительно развивающиеся информационные технологии проникают в различ-

¹⁵⁷ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16102.

ные сферы общественной жизни и требуют трансформации правового регулирования использования информационных потоков и ресурсов, в том числе в сфере публичных финансовых отношений.

Согласно правительственной программе «Цифровая экономика Российской Федерации»¹⁵⁸ одним из базовых направлений развития цифровой экономики выступает, в частности, нормативное правовое регулирование. При этом в качестве конечной цели по рассматриваемому направлению Правительство РФ ставит реализацию к 2024 г. концепции комплексного правового регулирования отношений, возникающих в связи с развитием цифровой экономики, которая обеспечит благоприятный правовой режим для возникновения и развития современных технологий и экономической деятельности, связанной с их использованием. Проект данной концепции должен включать, в частности, основные понятия и принципы правового регулирования цифровой экономики; особенности осуществления основных видов деятельности в цифровой экономике, права и обязанности ее участников, виды и объекты правоотношений, юридические факты, обуславливающие их возникновение; виды ответственности субъектов правоотношений в цифровой экономике и механизмы ее реализации. Таким образом, важной составляющей этой концепции является четкое определение правового статуса, включая правосубъектность, участников указанных правоотношений в условиях новой экономической реальности. Это, как представляется, в полной мере касается и исследования правосубъектности участников финансовых правоотношений в условиях адаптации финансово-правового регулирования к процессам цифровизации экономики. К направлениям такого исследования можно отнести, например, выработку финансово-правового инструментария, связанного с использованием информационных технологий, и базовых идей, определяющих требования к применению указанных технологий в финансовой сфере на основе сочетания публичных и частных интересов.

Информационные технологии применительно к финансовой правосубъектности можно рассматривать в качестве двух факторов. С одной стороны, они могут служить современным средством реализации субъектами финансовых правоотношений своей финансовой правосубъектности. С другой стороны, их использование может обуславливать изменение содержания правосубъектности властных и подвластных участников финансовых правоотношений, что вызвано необходимостью установления для них дополнительных прав и обязанностей.

Что касается первого фактора, то, например, такой информационный ресурс, как личный кабинет налогоплательщика, может быть использован налоговыми органами и налогоплательщиками для реализации своих прав и обязанностей, обусловленных их налоговой правосубъектностью, в случаях, предусмотренных НК РФ (п. 1 ст. 11. 2 НК РФ). Кроме того, в настоящее время

¹⁵⁸ См.: Распоряжение Правительства РФ от 28 июля 2017 г. № 1632-р «Об утверждении программы «Цифровая экономика Российской Федерации» // СЗ РФ. 2017. № 32. Ст. 5138.

участниками бюджетного процесса (например, Федеральным казначейством, администраторами доходов бюджетов и др.) активно используется для реализации своих бюджетных полномочий государственная интегрированная информационная система управления общественными финансами «Электронный бюджет», в том ее составная часть – Единый портал бюджетной системы Российской Федерации (ст. 36 БК РФ).

Можно также привести несколько примеров влияния использования информационных технологий на расширение прав и обязанностей у участников финансовых правоотношений. Так, получение физическим лицом доступа в личный кабинет налогоплательщика влечет автоматически обязанность налогового органа в рамках осуществления им полномочий по налоговому контролю предоставлять налогоплательщику целый ряд документов (заявления, налоговую декларацию, уведомления и др.)¹⁵⁹ только в электронной форме. Если же налогоплательщик изъявит желание получить указанные документы на бумажном носителе, ему требуется направить в любой налоговый орган по своему выбору уведомление о необходимости получения документов на бумажном носителе¹⁶⁰. Для некоторых категорий налогоплательщиков – организаций (в том числе иностранных организаций, оказывающих услуги в электронной форме, применительно к НДС) установлена обязанность предоставлять налоговую декларацию в электронной форме по установленным форматам через оператора электронного документооборота.

В связи с планируемой легализацией обращения цифровых финансовых активов на территории России отдельные полномочия будут возложены на Банк России, что потребует осмысления направлений трансформации его финансовой правосубъектности. В частности, в соответствии с проектом Федерального закона «О цифровых финансовых активах», принятым Государственной Думой в первом чтении¹⁶¹, у Банка России как участника правоотношений в области обращения цифровых финансовых активов в рамках реализации им нормотворческой функции могут появиться дополнительные полномочия. Так, предполагается, что, во-первых, Банк России по согласованию с Правительством РФ будет устанавливать перечень, порядок и условия совершения иных сделок по обмену цифровых финансовых активов, которые могут совершаться на территории РФ, т.е. кроме тех операций, которые будут предусмотрены законодательно: сделок по обмену токенов на российскую и иностранную валюту через

¹⁵⁹ См.: Приказ ФНС России от 17 марта 2017 г. № СА-7-6/220@ «О вводе в промышленную эксплуатацию модернизированного программного обеспечения интерактивного сервиса «Личный кабинет налогоплательщика для физических лиц» в части унификации способов транспортной составляющей электронного документооборота». Документ не опубликован // СПС «КонсультантПлюс» (Дата обращения: 15.02.2019).

¹⁶⁰ См.: Приказ ФНС России от 12 февраля 2018 г. № ММВ-7-17/87@ «Об утверждении формы уведомления о необходимости получения документов на бумажном носителе и формата представления уведомления о необходимости получения документов на бумажном носителе в электронной форме» // <http://www.pravo.gov.ru>. 14.03.2018.

¹⁶¹ URL: <http://sozd.parliament.gov.ru/bill/419059-7> (дата обращения: 13.10.2018).

оператора обмена цифровых финансовых активов. Во-вторых, он будет устанавливать порядок открытия, хранения информации о цифровых записях, содержащих сведения о сделках с токенами и иными цифровыми финансовыми активами. Цифровые записи должны будут храниться в цифровых кошельках, открытых сторонам сделки оператором обмена цифровых финансовых активов. В третьих, Центральный банк РФ будет регламентировать порядок ведения, закрытия цифрового кошелька, а также требования к его защите. Кроме того, в рамках реализации правоприменительной функции Банк России обязан будет регистрировать Правила организованных торгов цифровыми финансовыми активами, в соответствии с которыми должны будут осуществляться сделки по обмену токенов на российскую и иностранную валюту, заключаемые с привлечением оператора обмена цифровых финансовых активов, являющегося организатором торговли.

Ряд обязанностей публичного характера, связанных с выпуском токенов, будет возложен и на эмитентов цифровых финансовых активов. В частности, сам процесс выпуска токенов, исходя из законопроекта, представляется сильно забюрократизированным, что можно объяснить опасением легализации доходов, полученных преступным путем, либо финансирования терроризма и экстремизма. Он предполагает возложение на эмитентов токенов обязанностей публиковать в сети «Интернет» ряд документов, содержащих массу информации: инвестиционного меморандума, публичной оферты о выпуске токенов, иных определенных эмитентом документов, а также заключать договоры с каждым приобретателем токенов.

Цифровая экономика требует развития электронного документооборота, что актуализирует вопрос о финансировании расходов, связанных с разработкой и внедрением цифровых технологий. Возложение на налогоплательщика в ранее указанных случаях обязанности предоставлять документы электронной форме, а также тенденция к расширению категорий налогоплательщиков, для которых такой способ электронного взаимодействия с налоговыми органами станет обязательным, обуславливают необходимость установления налогово-правовых стимулов для внедрения и использования цифровых технологий. В качестве одного из таких стимулов, как представляется, может быть включение в состав внереализационных расходов, не связанных с производством и реализацией, по налогу на прибыль организаций затрат на установку и эксплуатацию систем электронного документооборота. Аналогичный стимул уже предусмотрен по налогу на прибыль организаций в виде отнесения к внереализационным расходам расходов на услуги банков, включая услуги, связанные с установкой и эксплуатацией электронных систем документооборота между банком и клиентами (подп. 15 п. 1 ст. 265 НК РФ).

В рамках дальнейшей разработки проблемы налоговой правосубъектности в условиях развития цифровой экономики требуют исследования вопросы установления налогов, объекты обложения которыми связаны с рынком цифровых технологий (например, в области электронной торговли, при использо-

вании технологии распределенных реестров). Кроме того, необходимо оценить и определить возможную правосубъектность налогоплательщиков – коммерческих организаций и индивидуальных предпринимателей, осуществляющих деятельность в сфере цифровых технологий (в том числе наделении отечественных разработчиков программного обеспечения и интернет-компаний правами по использованию налоговых стимулов).

Использование некоторых цифровых технологий, информационных ресурсов может выступать не только в качестве финансово-правового стимула для одних категорий субъектов правоотношений, но и представлять собой определенные финансово-правовые ограничения для других. Так, правом на использование личного кабинета налогоплательщика обладают не все категории налогоплательщиков, а только физические лица, не являющиеся индивидуальными предпринимателями и лицами, занимающимися частной практикой, а также иностранные организации, оказывающие услуги в электронной форме, указанные в п. 1 ст. 174.2 НК РФ. Таким образом, можно констатировать, что в данном случае принцип равноправия налогоплательщиков распространяется не на всех налогоплательщиков в целом, а действует применительно к отдельным категориям налогоплательщиков, для которых в определенных случаях предусматривается упрощенный порядок реализации своих прав и обязанностей. Так, при реализации возможности использования личного кабинета налогоплательщика физическим лицам, вышеуказанным иностранным организациям для передачи в налоговый орган документов в электронной форме достаточно усиленной неквалифицированной электронной подписи для признания их электронными документами, равнозначными документам на бумажном носителе, подписанным собственноручной подписью налогоплательщика. При этом большинству организаций, индивидуальным предпринимателям, лицам, занимающимся частной практикой, для предоставления сведений в электронной форме, связанных с осуществляемой ими предпринимательской или профессиональной деятельностью, требуется квалифицированная электронная подпись.

Таким образом, вопросы финансовой правосубъектности в условиях цифровизации экономики требуют проведения концептуального исследования с учетом ряда факторов, что обусловлено доктриной финансового права, финансово-правовой политикой, выраженной в программных документах Российского государства, и другими обстоятельствами. В частности, информационные технологии применительно к финансовой право-субъектности можно рассматривать в качестве двух факторов: современного средства реализации субъектами финансовых правоотношений своей финансовой правосубъектности и условия трансформации ее содержания. Кроме того, следует внести ряд изменений и дополнений в финансовое законодательство относительно установления дополнительных прав, обязанностей и ответственности участников финансовых правоотношений, обусловленных внедрением и использованием цифровых технологий.

*Е. Л. Васянина, д-р юрид. наук,
зав. кафедрой финансового права СПбГЭУ*

Современные проблемы применения финансового законодательства в Российской Федерации

Финансовое законодательство, являясь одним из ключевых регуляторов рыночной экономики, периодически претерпевает изменения. Так, с даты введения в действие Бюджетного и Налогового кодексов осуществлялось внесение многочисленных изменений и дополнений в их положения. Например, с 2000 года было принято более ста федеральных законов, вносящих изменения или приостанавливающих действие отдельных положений БК РФ. За период с 2014-2018 г. г. было принято около трехсот фискальных законов, вносящих изменения и дополнения в НК РФ.

Сложившаяся ситуация не способствует стабильности применения финансового законодательства и позволяет констатировать тот факт, что БК РФ и НК РФ стали неэффективными инструментами регулирования финансовых отношений.

Помимо изложенного сложившийся в современных условиях механизм финансово-правового регулирования обладает следующими недостатками: чрезмерная свобода подзаконного нормативного правового регулирования; широта дискреционных полномочий органов финансового контроля; фрагментарное регулирование со стороны актов финансового законодательства финансовых обязательств, играющих ключевую роль в механизме реализации финансовой системы государства; отсутствие в финансовых законах критериев применения межотраслевых юридических конструкций в целях регулирования финансовых отношений.

Чрезмерный объем подзаконного нормативного правового регулирования, сформированный в финансово-правовой сфере, приводит к тому, что акты финансового законодательства (например, НК РФ и БК РФ) переписываются на уровне подзаконных нормативных правовых актов, что проявляется в неограниченном усмотрении в правоприменении. В результате, развитие правоприменительной практики в отдельных случаях идет в разрез с действующим законодательством. Так, не единичными являются случаи, когда ФНС России принимает письма, устанавливающие нормы, которых нет в НК РФ. Ярким примером изложенного является письмо ФНС России, закрепляющее порядок работы комиссий по легализации налоговых баз, правовой режим которых не имеет закрепления в НК РФ. Кроме того, ФНС России было разработано письмо, разъясняющее не установленный НК РФ порядок аннулирования налоговых деклараций¹⁶². Указанное письмо было отозвано с исполнения на основании письма Минюста Российской Федерации¹⁶³.

¹⁶² Письмо ФНС России от 10 июля 2018 № ЕД-4-15/13247@ (ред. от 21.09.2018) «О профилактике нарушений налогового законодательства».

¹⁶³ Письмо Министерства юстиции РФ от 10 октября 2018 г. № 01/133775-ЮЛ «О письме ФНС России от 10.07.2018 N ЕД-4-15/13247».

Широта дискреционных полномочий органов финансового контроля приводит к тому, что меры ответственности могут быть применены к участникам гражданского оборота за проведение процедур, реализация которых прямо не запрещена действующим законодательством. Так, проведение предусмотренной ГК РФ процедуры реорганизации юридического лица в форме разделения в целях применения специальных налоговых режимов, может быть квалифицировано налоговыми органами как необоснованная налоговая выгода и являться основанием для привлечения к юридической ответственности.

Помимо изложенного реализация контрольно-надзорных мероприятий обеспечивается применяемыми органами финансового контроля «мерами мягкой силы»¹⁶⁴, порядок реализации которых не имеет закрепления в актах финансового законодательства (письма налоговых органов с предложением добровольно заплатить налог под угрозой обращения в правоохранительные органы, усиленный налоговый контроль, вызовы в инспекцию и т.д.).

Такой подход к реализации контрольно-надзорной функции подрывает принцип определенности финансово-правовой нормы и приводит к ослаблению гарантий защиты прав участников гражданского оборота.

Полагаем, что причина применения органами финансового контроля в рамках контрольно-надзорных мероприятий процедур, не закрепленных действующим законодательством, кроется в отсутствии конкретизации обязанностей этих органов. Иными словами, в настоящий момент времени государственные функции подменяют обязанности государственных органов, в результате чего «...органы финансового контроля наделены правом осуществления контроля, но не обязанностью осуществления контроля»¹⁶⁵.

Учитывая изложенное отсутствие четко закрепленных нормативными правовыми актами обязанностей предоставляет органам финансового контроля необоснованно широкие пределы усмотрения при выборе инструментов реализации контрольно-надзорной функции.

Другая группа проблем, возникающих в сфере применения финансового законодательства, связана с отсутствием должного внимания со стороны законодателя к категории «финансовое обязательство», играющего ключевую роль в механизме реализации финансовой системы государства. Например, неполноценное регулирование финансовыми законами обязательств в сфере банковского кредитования приводит к нарушениям конституционных гарантий защиты прав граждан. Так, предоставление потребительского кредита сопровождается понуждением к заключению договора страхования, возлагающего на лицо дополнительное обременение по уплате страховой премии. При этом

¹⁶⁴ Брызгалин А. В. Две тысячи девятнадцатый год и современная налоговая политика // www.nalog-briz.ru (Дата обращения 20 апреля 2019 г.).

¹⁶⁵ Запольский С. В. Об эволюции исполнительной власти и методах ее осуществления // Оппонент. 2015. С. 12-14.

договор страхования превращается в акцессорное обязательство, что в корне противоречит положениям гражданского законодательства.

Кроме того, неоднозначно складывается судебная практика по вопросу о возврате страховой премии в случае досрочного расторжения кредитного договора.

Фрагментарное регулирование со стороны актов финансового законодательства обязательств в сфере банковского кредитования приводит к тому, что применение кредитного механизма наносит серьезный ущерб экономике отдельных регионов и государству в целом. Яркой иллюстрацией изложенного является предоставление финансовой помощи из федерального бюджета субъектам РФ через механизм банковского кредитования. Так, стартовавшая в 2015 году система докапитализации банков за счет имущественного взноса из бюджета привела к тому, что субъекты Российской Федерации получали финансовую помощь не напрямую из бюджета, а в рамках кредитных договоров через коммерческие структуры, т. е. банки¹⁶⁶. Это привело регионы в долговую яму. По официальным данным на начало 2018 года у некоторых регионов полученные кредиты существенно превышали весь годовой доход, а долг 11 регионов составлял более 50 % доходов¹⁶⁷.

Сложившийся в Российской Федерации механизм предоставления субординированных кредитов (займов, депозитов), позволяющий банкам в одностороннем порядке прекратить обязательства перед кредиторами в целях возложения на них бремени расходов по оздоровлению банка, способен нанести ущерб не только частным субъектам (физическим лицам и организациям), но и публично-правовым образованиям. Например, на практике имеет место ситуация, когда в инструмент санации банковской системы в случае снижения норматива достаточности собственных средств банка превращаются средства публично-правового образования. Так, банком в одностороннем порядке были прекращены обязательства по договору субординированного депозита, в рамках которого были задействованы денежные средства АО «Региональный Фонд», единственным акционером которого является Республика Башкортостан в лице Министерства земельных и имущественных отношений.

Сложившаяся ситуация свидетельствует о том, что правовой режим денежных средств вкладчиков не находит должного закрепления в действующем законодательстве. Так, КС РФ в решении по жалобе АО «Региональный фонд» отметил, что правовой режим субординированного кредита (депозита,

¹⁶⁶ «Порядок и условия размещения имущественного взноса Российской Федерации в имущество Государственной корпорации «Агентство по страхованию вкладов» в субординированные обязательства и привилегированные акции банков" (утв. решением Совета директоров ГК "Агентство по страхованию вкладов" от 13.01.2015 (протокол N 1, раздел I)) (ред. от 17.07.2015) // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶⁷ Минфин отдал регионы с населением в «рабство» госбанкам // <https://zen.yandex.ru/media/sonmaxru>, (Дата обращения 11 января 2018 г.)

займа, облигационного займа), отличается от договоров займа и кредита, заключаемых в соответствии с гл. 42 ГК РФ, а потому не может рассматриваться как нарушающее конституционные права.

Неполноценное регулирование финансовым законодательством Российской Федерации обеспеченных кредитными нотами обязательств, вытекающих из субординированных кредитов, (займов, депозитов), приводит к недобросовестному поведению банков. В результате, нередко являются ситуации, когда средства, полученные банками от продажи вкладчикам кредитных нот, умышленно превращаются в капитал банка.

Как уже было продемонстрировано на конкретных примерах, применение без соответствующих ограничений в механизме финансово-правового регулирования диспозитивных элементов, фрагментарное регулирование финансовых обязательств со стороны актов финансового законодательства может нанести ущерб не только частным субъектам, но и экономике государства в целом.

Анализ законодательства, а также правоприменительной практики позволяет сформулировать следующие выводы.

1. Сформированный законодателем подход к регулированию финансовых отношений, базирующийся на преодолении разрыва между отраслями права, нуждается в конкретизации. Определение критериев применения межотраслевых юридических конструкций в механизме регулирования финансовых отношений возможно через закрепление на уровне финансового законодательства правовой природы, признаков, а также особенностей правового регулирования отдельных типов финансовых обязательственных правоотношений.

2. Механизм финансово-правового регулирования должен основываться на эффективной системе государственного управления, базирующейся на разграничении государственных функций между органами исполнительной власти.

Полагаем, что в целях совершенствования контрольно-надзорной деятельности, играющей ключевую роль в механизме государственного управления, применение регуляторной гильотины не исключает проведение работы по конкретизации обязанностей контролирующих органов, что позволит избежать неограниченного усмотрения при выборе органами финансового контроля инструментов реализации контрольно-надзорной функции.

*Е. Н. Горбунова, канд. юрид наук,
доцент, и.о. зав. кафедрой
гражданского права, гражданского и арбитражного
процессов Югорского государственного
университета*

Основные изменения законодательства при налогообложении добычи нефти как результат налоговой реформы в России

Федеральным законом от 19.07.2018 № 199-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса РФ»¹⁶⁸ Налоговый кодекс РФ дополнен главой 25.4 «Налог на дополнительный доход от добычи углеводородного сырья», которая вступила в силу с 1 января 2019 г. (далее – НДД).

Прежде чем перейти к изучению абсолютно нового налога для российской налоговой системы, необходимо обратиться к содержанию основных предпосылок введения данного налога в налоговую систему. Безусловно в настоящее время разрабатываются и обсуждаются исследования в отношении новых налоговых механизмов для налогообложения дополнительного дохода или финансового результата нефтяных компаний. Так как разработка конкретных налоговых механизмов для нефтяной отрасли, являющихся инструментами изъятия сверхдоходов в нефтяной отрасли являются одним из основных показателей доходности бюджетной системы России. В последние пару лет вопрос о введении нового налога для нефтяной отрасли являлся широко обсуждаемым как в научной литературе, так и в органах исполнительной и законодательной власти Российской Федерации.

Как показывает практика взимания налогов с нефтяной отрасли, а именно действующий в настоящее время механизм взимания налогов с оборота, действующая на сегодняшний день налоговая система не отвечает современным вызовам и не готова к серьезным изменениям в мировой экономике. Кроме того, действующий режим налогообложения нефтяных компаний привел к многочисленным налоговым и таможенным льготам, что в конечном итоге приведет лишь к уменьшению собираемости налогов с нефтяной отрасли и отсутствием инвестиций в данную отрасль.

С другой стороны, отсутствие инвестиций в разработку новых нефтяных месторождений приводит к увеличению истощенности разрабатываемых запасов нефти, что в ближайшем будущем приведет к уменьшению объемов добываемой нефти и как следствие к уменьшению налоговых поступлений от нефтяной отрасли в бюджетную систему РФ.

¹⁶⁸ Федеральный закон от 19.07.2018 № 199-ФЗ (ред. от 27.11.2018) «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 23.07.2018. № 30. ст. 4534.

Так же год от года возрастает доля трудноизвлекаемых запасов (низкорентабельных). В силу высокой себестоимости добычи, высокая рентабельность трудноизвлекаемых запасов нефти почти невозможна. Введя достаточное количество преференций, необходим строгий контроль потерь бюджета, так как недобросовестные налогоплательщики пользуются недостатками действующей законодательной базы¹⁶⁹.

С учетом выше изложенного, необходимо констатировать, что, система налогообложения нефтяной отрасли в России должна быть построена так, чтобы у нефтяных компаний после налогообложения оставались активы для вложения в поиск, разведку и освоение новых нефтяных месторождений. Кроме того налоговая политика при налогообложении нефтяных компаний должна строиться таким образом, что бы не отпугивать инвесторов, прежде всего своей нестабильностью и противоречивостью отдельных норм. Также думается, необходимо пересмотреть законодательную базу в части всей цепочки поиска, разведки, добычи и реализации нефти.

По мнению автора, одним из приоритетных направлений совершенствования налоговой политики в нефтяной отрасли является налогообложение дополнительного дохода и финансового результат нефтяных компаний.

Еще в 2014 году премьер-министр Российской Федерации Д. Медведев поручил Правительству РФ провести налоговый эксперимент — заменить НДС на сборы, которые бы учитывали расходы компаний¹⁷⁰. Однако эксперимент затянулся на долгие годы.

Думается, что основой для дальнейших направлений финансово-правовой политики государства в совершенствовании системы налогообложения нефтяной отрасли и достижения стратегической цели налоговой реформы должно послужить создание такой правовой модели налогообложения нефтяной отрасли, которая бы отвечала современным международным вызовам и соблюдала правовой баланс между государством, нефтяными компаниями и населением страны через введение новых справедливых налоговых механизмов налогообложения.

Как отмечают многие ученые проводимые исследования данной проблематики, действующая на сегодняшний день налоговая система при налогообложении нефтяных компаний препятствует инвестированию в поиск и разработку новых месторождений и так же не стимулирует нефтяные компании при ведении добычи нефти на истощенных месторождениях.

Исторически так сложилось, что основной функцией налогов является фискальная функция. При помощи фискальной функции государство реализует основные задачи, стоящие перед ним, а именно пополнение бюджета страны за счет налоговых доходов.

¹⁶⁹ Михалева О. Л., Дубровина И. Л. Роль налога на добычу полезных ископаемых в доходной части бюджета Российской Федерации // Материалы 13-й Международной научно-практической конференции. Самара. 2014. С. 282-284.

¹⁷⁰ См.: Дармин А. Налог на финансовый результат: пора делать выбор. 26.05.2015. Режим доступа: <http://www.transport-nefti.com/blog/4911> (дата обращения 20.02.2019).

Опыт реализации фискальной функции при налогообложении именно нефтяной отрасли показал, что фискальная политика государства привела к ухудшению состояния нефтяной отрасли, к значительному сокращению инвестиционных проектов в отрасль, к сокращению количества новых месторождений и т.д.

Думается, пришло время, когда государство должно задуматься о переходе к стимулирующей функции налогообложения для нефтяной отрасли с целью восстановления нефтяной отрасли, стабилизации налоговых поступлений в бюджетную систему РФ и т.д.

При этом одним из направлений налоговой политики в нефтяной отрасли является разработка подходов, позволяющих снизить темпы падения добычи нефти, экономически стимулировать работы по малодебитному фонду и вводу бездействующих скважин.

Позицию автора также поддерживает Е. Н. Жаворонкова, которая пишет, что "грамотное налогообложение и налоговая политика со стороны государства в отношении предприятий нефтедобывающей промышленности должна преследовать две цели: во-первых, необходимо пополнять бюджет РФ, а во-вторых, стимулировать разработку новых месторождений"¹⁷¹.

Таким образом, с учетом выше изложенного, думается, что при разработке правовой концепции налогообложения нефтяной отрасли необходимо основываться на следующих, по мнению автора подходах:

Во-первых, необходим переход от налогообложения валового дохода нефтяных компаний к налогообложению финансового результата компаний;

Во-вторых, необходимо стимулирование со стороны государства к рациональному использованию недрами и увеличение процента извлечения из месторождений нефти;

В-третьих, необходима бюджетная эффективность и стабильность поступлений налогов от нефтяной отрасли, с целью реализации основных задач стоящих перед государством;

В-четвертых, простота администрирования налогов.

При этом нужно осознавать, что согласно Основным направлениям налоговой политики Российской Федерации на 2018 год и на плановый период 2019 и 2020 годов¹⁷² налоговая политика Российской Федерации должна отвечать современным глобальным вызовам, среди которых, прежде всего, санкции, введенные против России, и низкие цены на нефть.

Для того чтобы налоговая политика государства отвечала современным вызовам и реалиям нефтяной отрасли была предложена налоговая реформа с введением нового налога НДД.

¹⁷¹ Жаворонкова Е. Н. Анализ налоговой нагрузки в нефтяной отрасли в разрезе крупнейших российских и иностранных нефтяных компаний // Государственное управление. Электронный вестник. 2015. № 50. С. 23-46.

¹⁷² Текст документа приведен в соответствии с публикацией на сайте <http://www.minfin.ru> (официальный сайт Министерства финансов РФ) по состоянию на 03.10.2017. СПС КонсультантПлюс. Документ опубликован не был.

После многолетних дискуссий Правительство РФ решило реализовать инициативу введения НДС, в том числе и от нефти. Распоряжением Правительства РФ от 25.11.2017 № 2613-р¹⁷³ в Государственную Думу РФ был внесен очередной проект Федерального закона «О внесении изменений в Налоговый кодекс РФ (в части введения налога на дополнительный доход от добычи углеводородного сырья)»¹⁷⁴.

ФЗ от 19.07.2018 № 199-ФЗ Налоговый кодекс РФ дополнен главой 25.4 «Налог на дополнительный доход от добычи углеводородного сырья», которая вступила в силу с 1 января 2019 г.

Итак, согласно закону о НДС налогоплательщиками признаются компании, осуществляющие определенные в законе о НДС виды деятельности¹⁷⁵ и являющиеся пользователями недр на основании лицензий.

¹⁷³ См.: Распоряжение Правительства РФ от 25.11.2017 № 2613-р «О проекте федерального закона «О внесении изменений в Налоговый кодекс Российской Федерации (в части введения налога на дополнительный доход от добычи углеводородного сырья)». Собрание законодательства РФ, 04.12.2017, № 49, ст. 7488.

¹⁷⁴ См.: О проекте федерального закона № 325651-7 «О внесении изменений в Налоговый кодекс Российской Федерации (в части введения налога на дополнительный доход от добычи углеводородного сырья)». Официальный сайт Государственной Думы РФ. Режим доступа: <http://docs.cntd.ru/document/557042645> (дата обращения 30.01.2019).

¹⁷⁵ Согласно статье 333.43 закона о НДС к деятельности налогоплательщика по освоению участка недр в целях добычи углеводородного сырья на участке недр относятся следующие виды деятельности, осуществляемые таким налогоплательщиком собственными силами или с привлечением третьих лиц:

- 1) деятельность по поиску и оценке месторождений углеводородного сырья, разведке, добыче (извлечению из недр) углеводородного сырья (любой смеси в газообразном и (или) жидком состоянии, содержащей углеводородное сырье) на участке недр;
- 2) деятельность по транспортировке углеводородного сырья (любой смеси в газообразном и (или) жидком состоянии, содержащей углеводородное сырье), добытого на участке недр, от мест добычи до мест подготовки углеводородного сырья, мест сдачи третьим лицам для транспортировки и (или) для подготовки углеводородного сырья, мест реализации углеводородного сырья третьим лицам без сдачи третьим лицам для транспортировки;
- 3) деятельность по подготовке углеводородного сырья - разделение любой смеси в газообразном и (или) жидком состоянии, содержащей углеводородное сырье, на производные смеси, содержащие отдельные виды углеводородного сырья; доведение углеводородного сырья (в том числе на мощностях третьих лиц) до качества, при котором такое сырье признается товаром в отношении налогоплательщика;
- 4) деятельность по хранению углеводородного сырья (любой смеси в газообразном и (или) жидком состоянии, содержащей углеводородное сырье), добытого на участке недр;
- 5) деятельность по созданию объектов утилизации (переработки) попутного газа, предусмотренных техническими проектами разработки месторождений полезных ископаемых и иной проектной документацией на выполнение работ, связанных с использованием участком недр, согласованными в порядке, установленном законодательством Российской Федерации о недрах;
- 6) деятельность по сдаче в аренду лицу, оказывающему услуги (выполняющему работы) налогоплательщику, связанные с осуществлением одного или нескольких видов деятельности, указанных в подпунктах 1 - 5 настоящего пункта, имущества, используемого при осуществлении указанных видов деятельности.

Объектом налогообложения по НДД признается дополнительный доход полученный компаниями на четырех группах участков недр¹⁷⁶.

При этом под дополнительным доходом признается расчетная выручка от реализации углеводородного сырья¹⁷⁷, добытого на участке недр, уменьшенная последовательно на величину фактических расходов по добыче углеводородного сырья на участке недр¹⁷⁸ и величину расчетных расходов по добыче углеводородного сырья на участке недр¹⁷⁹.

Налоговая база по НДД формируется отдельно по каждому участку недр на который получена лицензия и представляет собой денежное выражение дополнительного дохода от добычи углеводородного сырья. Налоговая ставка по НДД составляет 50%.

Проанализировав положения закона о НДД можно констатировать, что данные изменения позволят перераспределить фискальную нагрузку и перенести основную ее часть на более поздние этапы разработки месторождений, то есть после их выхода на проектную мощность. В зависимости от результатов по внедрению НДД на пилотных проектах будет приниматься решение о корректировке и расширении периметра его применения.

По мнению ряда ученых «в целом закон о введении НДД является своевременным и соответствует международным тенденциям. При должном налоговом администрировании НДД даст стимул для развития низкорентабельных шельфовых месторождений»¹⁸⁰.

Таким образом, по мнению автора, новый порядок налогообложения позволит налогоплательщику, осуществляющему добычу нефти, до определённой степени разделить с государством риски и успех освоения участка

¹⁷⁶ Согласно статье 333.45 закона о НДД первая группа - новые месторождения в Восточной Сибири с выработанностью до 5%. Вторая группа - месторождения, пользующиеся льготой по экспортной пошлине. Третья группа - месторождения в Западной Сибири с выработанностью от 10% до 80% (при квоте на добычу не более 15 млн. тонн в год). Четвертая группа - новые месторождения Западной Сибири с выработанностью менее 5% и с совокупными запасами не более 51 млн. тонн.

¹⁷⁷ Примечание. В целях налогообложения НДД под расчетной выручкой понимается сумма величин расчетной выручки от реализации углеводородного сырья, добытого на участке недр, за каждый календарный месяц налогового (отчетного) периода.

¹⁷⁸ Примечание. В целях налогообложения НДД фактическими расходами по добыче углеводородного сырья на участке недр признаются затраты, понесенные налогоплательщиком и непосредственно связанные с деятельностью по освоению такого участка недр, при условии, что они отвечают требованиям для признания затрат в качестве произведенных расходов, уменьшающих полученные доходы при исчислении налога на прибыль организаций в соответствии с главой 25 НК РФ.

¹⁷⁹ Примечание. Расчетными расходами по добыче углеводородного сырья на участке недр признается сумма следующих видов расходов:

- 1) расчетная вывозная таможенная пошлина на нефть;
- 2) расчетные расходы на транспортировку нефти.

¹⁸⁰ Уваров П. О., Адаева А. А., Алиасхабов З. А. Последствия введения налога на добавленный доход как составляющая налоговой реформы нефтяной отрасли на примере Южно-Киринского месторождения // Управление экономическими системами: электронный научный журнал. 2017. № 5. С. 31-36.

недр. При это основная налоговая нагрузка переносится на более поздний период жизни месторождения и предполагает уплату основной части НДС только после выхода проекта на окупаемость. Уровень налога будет зависеть от доходности каждого конкретного участка недр. Если разработка принесет прибыль, налогоплательщик отдаст 50% расчетной прибыли государству. Такой подход позволит ввести в разработку низкорентабельные месторождения углеводородного сырья.

*Ю.М. Литвинова, канд. юрид. наук,
доцент кафедры государственного права
Ленинградского государственного университета им. А.С. Пушкина*

Цифровые векторы налогообложения

*Точка зрения правительства на экономику может быть
выражена в нескольких простых фразах:
если что-то работает – облагай это налогом,
если оно продолжает работать – регулируй,
а если остановилось – субсидируй
(Рональд Рейган – 40-й Президент США)*

Трансформация общественных отношений в эпоху технологических инноваций не может не влиять на вопросы налогообложения. С изменением общественных формаций менялись форма налогов, объекты налогообложения. Возможно, последствия цифровой революции окажут свое воздействие на сущность и правовые основы таких понятий как: налог и налогообложение, механизм налогового контроля и налогового администрирования, профессия налогового инспектора и юриста по налоговым спорам, налогового консультанта.

Попытка ответа на подобные вопросы тесно связана с факторами развития электронной коммерции, интернет-банкинга, рынка криптовалют, а также иных платформенных сервисов и приложений. В связи с переводом многих товаров, работ услуг онлайн, возможно ожидать снижения государственных доходов. Так, в исследовании, проведенном группой ученых из университета Стэнфорда (OneHundredYearStudyonArtificialIntelligence), отмечается, что в результате применения искусственного интеллекта могут существенно снизиться доходы бюджетов от уплаты налогов на доходы и прибыль. В связи с этим, в случае существенной зависимости бюджетов от указанного источника доходов применение искусственного интеллекта может негативно сказаться на бюджетах. Например, многие муниципалитеты получающие доходы от

уплаты штрафов за превышение скорости, а также за нарушение правил парковки, вынуждены будут искать другие источники доходов, поскольку беспилотные автомобили смогут заменить людей и не нарушать закон, соответственно. В связи с этим органы государственной власти в целях сбалансирования бюджетов в свете возможности применения искусственного интеллекта могут принимать законодательство, замедляющее или меняющее направление развития технологий¹⁸¹.

Трансформация общественных отношений в данном направлении может привести к снижению налоговых доходов бюджета. В связи с этим успешная реализация фискальной функции государства во многом будет зависеть от поиска властью иных источников дохода либо пересмотра системы налогового законодательства и (или) администрирования.

Так, в Южной Корее подготовлен проект законодательного акта, регламентирующего введение налога на роботов. Подобная мера вызвана опасениями властей страны относительно возможных масштабных сокращений работников на некоторых производствах, вызванных использованием роботов. В связи с этим предлагается сократить некоторые налоговые льготы для предприятий, применяющих робототехнику в своей деятельности. Между тем, по мнению организаций, применяющих роботов, а также производителей и разработчиков роботов, подобные новеллы не пойдут на пользу, как инновационному развитию робототехники, так и бизнесу¹⁸². Предложения подобного толка есть в США. Предлагается облагать налогом только те компании, которые заменяют работников роботами. Средства, полученные от уплаты указанного налога, предполагается направить на развитие образовательных программ¹⁸³.

В связи с автоматизацией производства Билл Гейтс полагает, что и труд роботов, равно как и человеческий, должен облагаться налогом¹⁸⁴.

По мнению профессора Шмидхубера, многие страны в скором времени обратятся к вопросу введения безусловного основного дохода, т.е. ежемесячной выплаты жителям государства пособия, которое позволит людям заниматься работой, не имеющей особого значения для развития экономики. Однако подобные выплаты потребуют пополнения бюджетов стран, что повлечет налогообложение владельцев робототехники, поскольку именно роботы вытеснили рабочие места людей. В противном случае будет спровоцировано восстание людей против машин¹⁸⁵.

Во Франции предлагается взимать налог с доходов крупных интернет-компаний. Речь идет о Google, Amazon, Facebook и Apple (GAFA), а также

¹⁸¹One Hundred Year Study on Artificial Intelligence (AI100) // <https://ai100.stanford.edu/> P. 47-48

¹⁸²<https://robo-hunter.com/news/nalog-na-robotov-v-yjnoi-koree-blizko-kak-nikогда7521>

¹⁸³<https://robo-hunter.com/news/v-ssha-predlozili-vvesti-nalog-na-robotov6631>

¹⁸⁴<https://robo-hunter.com/news/bill-geits-predlozil-vvesti-nalog-na-robotizirovannii-trud6462>

¹⁸⁵<https://robo-hunter.com/news/esli-vladelci-robotov-otkajutsya-platit-nalogi-posleduet-vosstanie-lyudei-protiv-mashin>

Uber, Airbnb, Booking и французской Criteo, специализирующейся на онлайн-рекламе. Система налогообложения в 21-м веке должна основываться на том, что имеет сегодня ценность, и это – «данные», – отметил министр финансов Франции Брюно Ле Мэр¹⁸⁶.

21 марта 2018 года Европейская комиссия предложила ввести налог на цифровые услуги, облагаемые налогом на доходы, получаемые в результате предоставления определенных видов цифровой деятельности, а также ввести новый режим, касающийся налогообложения корпораций «со значительным цифровым присутствием»¹⁸⁷. В цифровой экономике главной проблемой и потенциальным источником разногласий между странами является вопрос о том, где создается ценность. Хотя страны согласны с тем, что прибыль транснациональной корпорации должна облагаться налогом в тех юрисдикциях, в которых она создает стоимость, некоторые страны утверждают, что ценность для компаний в цифровой экономике обусловлена такими факторами, как участие пользователей или местоположение пользователей»¹⁸⁸.

Меры, принимаемые для решения выявленных налоговых проблем, должны координироваться на международном уровне, чтобы избежать опасности двойного или множественного налогообложения.

В США также приняты важные меры в этом направлении. Так, Верховный суд США 21 июня 2018 года вынес решение по делу Южная Дакота против Wayfair, Inc., в соответствии с которым штаты США могут взимать налог с продаж с интернет-магазинов, несмотря на отсутствие их «физического присутствия». Данное решение может повлиять на неамериканские компании, которые совершают продажи в Соединенных Штатах, однако, не имеют там «физического присутствия». Подобная практика вполне может оказать воздействие на иные налоги в США, например, корпоративные, которые могут применяться к доходу лица, осуществляющего значительную коммерческую деятельность в государстве без «физического присутствия» на его территории¹⁸⁹.

Налоговый кодекс Российской Федерации – один из лидеров по количеству внесенных изменений. Сайт ФНС России следует назвать одним из самых содержательных и прогрессивных по наполнению, в настоящее время содержит 12 разделов, позволяющих, например, создать свой бизнес, получить сведения из реестров, уплатить налоги или сборы, проверить риски для бизнеса и др. Все это (или отдельные этапы) переведены в онлайн режим.

Налоговый контроль, думается, будет становиться все более автоматизированным. Проследить подобную трансформацию возможно на примере НДС. Так, до введения в эксплуатацию автоматизированной системы контроля АСК НДС-2 налоговый орган вынужден был проводить встречные проверки

¹⁸⁶<https://rg.ru/2019/03/07/franciia-vvedet-cifrovoj-nalog-na-gigantov-interneta.html>

¹⁸⁷http://www.ibfed.org.uk/wp-content/uploads/2018/09/6.-IBFed-Paper-to-the-OECD_25-September-2018-2.pdf

¹⁸⁸<https://www.ebf.eu/priorities/digitaltransformation/taxation-of-the-digital-economy/>

¹⁸⁹ Taxation of the Digital Economy //The European Banking Federation http://www.ibfed.org.uk/wp-content/uploads/2018/09/6.-IBFed-Paper-to-the-OECD_25-September-2018-2.pdf

для подтверждения взаимоотношений между контрагентами. С 2015 года процесс администрирования был значительно упрощен. Автоматизация налогового контроля позволяет сопоставлять данные первичных документов налогоплательщика и его контрагента, выстраивать цепочки контрагентов, устанавливать обоснованность (либо необоснованность) налоговой выгоды.

С учетом развития технологий, автоматизация работы налоговых ведомств, появление различных электронных сервисов налоговой службы направлены на повышение эффективности их работы. Указанные факторы способствуют реализации принципов экономности и удобства налогообложения, заложенных еще Адамом Смитом¹⁹⁰.

«Сегодня «экономика по требованию» кардинально меняет наши взаимоотношения с работой и общественной структурой... Для людей, находящихся в облаке, основным преимуществом является свобода (работать или не работать) и беспрецедентная мобильность, которую они получают, являясь частью глобальной виртуальной сети... Хотя человеческое облако находится в возрасте младенчества, уже накоплены значительные данные том, что это связано с «негласным выводом в офшор» («негласным»), потому что платформы человеческого облака нигде не числятся и не обязаны раскрывать своих данных»¹⁹¹. Можно предположить, что «экономика по требованию» может повлечь: лишение трудовых прав. Отсутствие необходимости трудоустройства, некая свобода и *фриланс* повлекут массовый отказ от заключения трудовых и гражданско-правовых договоров, как следствие, социальных выплат и уплаты налогов.

Перевод многих услуг онлайн обуславливает необходимость налогового администрирования, например, интернет-доходов: доходов интернет-магазинов, доходов блогеров, онлайн-казино и онлайн игр. Например, Департамент налоговой и таможенно-тарифной политики Министерства финансов Российской Федерации разъяснил, что обязанность платить налоги распространяется на всех налогоплательщиков в качестве безусловного требования государства, в том числе на блогеров, получающих доходы. А налогоплательщики, уклоняющиеся от исполнения налоговых обязательств, выявляются в результате контрольной работы налоговых органов. Контрольная работа по привлечению указанных лиц к декларированию полученных доходов ведется на постоянной основе в установленном порядке¹⁹².

Подобная трансформация, думается, требует планомерного пересмотра законодательства о налогах и сборах с его последующим изменением и дополнением соответственно появляющимся нормам других отраслей права и зако-

¹⁹⁰ Смит Адам Исследование о природе и причинах богатства народов / Адам Смит ; [пер. с англ. П. Клюкина]. М. : Эксмо, 2016.

¹⁹¹ Шваб, Клаус. Четвертая промышленная революция : [перевод с английского] / Клаус Шваб. – Москва: Издательство «Эксмо», 2018. – 288 с. – С. 81-82.

¹⁹² Письмо Минфина России от 20 августа 2018 г. № 03-04-05/58764 // Документ опубликован не был. Использован текст, содержащийся в СПС «КонсультантПлюс».

нодательства. Так, получение дохода от выигрышей, инвестиционной деятельности, предпринимательской деятельности в сети может подпадать под регулирование главы 23 НК РФ «Налог на доходы физических лиц» (при соответствующем ее дополнении сообразно меняющимся реалиям). Например, будут ли облагаться НДФЛ доходы от сделок с цифровыми правами, норма о которых появилась в ГК РФ? Подлежит ли обложению НДФЛ доход, полученный от сделки в виртуальном мире¹⁹³, но за реальные деньги? Вопрос применяемой юрисдикции в таком случае также остается открытым.

«Куда важнее тот факт, что на сегодняшний день, по крайней мере, некоторые виртуальные миры уже едва ли могут в полной мере избегать «защиты» от права реального мира, которую им мог бы обеспечить сугубо игровой статус. Объекты, используемые аватарами в моделируемых компьютерными средствами пространствах, нередко вовлечены в реальный экономический оборот, и эта доля рынка растет. Такое качество отдельных виртуальных миров заслуживает отдельного внимания»¹⁹⁴; а вопросы правовой природы виртуальных объектов в многопользовательских играх¹⁹⁵, наличия у пользователя права собственности на виртуальный товар приобретают дополнительной научной проработки¹⁹⁶.

С учетом трансформации общественных отношений возможно говорить о снижении доходов бюджетов бюджетной системы. В связи с этим государства обеспокоены вопросами реформирования налоговой системы. В цифровой экономике главной проблемой и потенциальным источником разногласий между странами является вопрос о том, где создается ценность. Это влияет на выбор юрисдикции, в которой будет уплачен налог. По общему правилу прибыль транснациональной корпорации должна облагаться налогом в тех юрисдикциях, в которых она создает стоимость. Между тем предлагается учитывать такие факторы, как участие пользователей или их местоположение. Поиск путей решения возможно производить в нескольких плоскостях: введение новых налогов, повышение эффективности налогового администрирования; пересмотр системы налогового законодательства. Однако меры, принимаемые для решения выявленных проблем, должны координироваться на международном уровне, чтобы избежать опасности двойного или множественного налогообложения.

¹⁹³ Дюранске Б.Т., Кейн Ш.Ф. Виртуальные миры, реальные проблемы // Правоведение. 2013. № 2 (307). С. 115-134.

¹⁹⁴ Архипов В.В. Виртуальное право: новое направление юридических исследований // Правоведение. 2013. № 2. С. 100.

¹⁹⁵ Савельев А.И. Правовая природа виртуальных объектов, приобретаемых за реальные деньги в многопользовательских играх // Вестник гражданского права. 2014. Т. 14. № 1.

¹⁹⁶ Проничева Е.Ю., Азизова Е.А. Виртуальный мир: вызов современному налогообложению // Закон. 2014. № 9. С. 101.

Р.М. Мирзаев,
*аспирант отдела финансового, налогового
и бюджетного законодательства
Института законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве РФ,
ведущий специалист по налоговому учету
ООО «ГЛОВИС РУС»*

Фискальные полномочия субъектов Российской Федерации

Проблема реализации субъектами Российской Федерации фискальных полномочий является предметом острых политических дискуссий и научных исследований. Некоторые авторы относят наличие фискальных полномочий у субъектов Российской Федерации к одному из критериев наличия финансовой устойчивости государства¹⁹⁷. В связи с этим, в настоящей статье предлагается обзор имеющихся фискальных полномочий субъектов Российской Федерации.

Категория «фискальные полномочия», как правовой феномен, существует в науке¹⁹⁸ и практике¹⁹⁹, однако, в настоящее время, не имеет определения.

Понимая термин «полномочия» как «права и обязанности по управлению определенной сферой общественных отношений»²⁰⁰, а «фискальные» (от лат. *fiscus* – корзина, в т.ч. для сбора денег²⁰¹), как связанные с формированием публичных фондов денежных средств²⁰², мы понимаем фискальные полномочия, как права и обязанности по управлению процессом формирования публичных фондов денежных средств.

В то же время, конкретное определение прав и обязанностей, лежащих в основе фискальных полномочий, затруднено. Так, в БК РФ преобладают нормы-дефиниции, и недостаточно ясно сформулированы права и обязанности участников финансовых правоотношений²⁰³.

¹⁹⁷ См.: Вершило Т.А. К вопросу об устойчивости бюджетной системы как основы финансовой безопасности государства// Финансовое право. 2016. № 8. С.14-18

¹⁹⁸ См. например: Крусс В.И. Конституционализация фискально-экономических обязанностей в Российской Федерации: монография. М.: Норма, Инфра-М, 2017

¹⁹⁹ Дмитрий Медведев: «... дополнительные фискальные полномочия российских регионов» [Электронный ресурс]// Сайт Финансового агентства города Москвы <https://moscowdebt.mos.ru/presscenter/news/detail/1300000.html> (Дата обращения: 19.03.2019)

²⁰⁰ Хабриева Т.Я. Роль субъектов Российской Федерации в государственном управлении в сфере миграции// Журнал российского права. 2008. №4 (136). С. 3-16

²⁰¹ Фасмер М. Этимологический словарь русского языка. В 4-х т.: пер. с нем. 2-е изд., стереотип. М.: Прогресс, 1986-1987

²⁰² Васянина Е.Л. Фискальное право России: монография/ под ред. С.В. Запольского. М.: Контракт, 2013

²⁰³ См.: Кудряшова Е.В. Юридическая техника Бюджетного кодекса РФ как фактор повышения его стабильности// Финансовое право. 2019. № 1. С. 18-20

В настоящий момент времени условно выделяется три аспекта фискальных полномочий: введение фискальных платежей, обязательных к уплате частными субъектами; учреждение публичных фондов и установление порядка их формирования; обеспечение надлежащего поведения участников процесса формирования публичных фондов.

Фискальные полномочия неразрывно связаны с правом на бюджет, как централизованный фонд публичных денежных средств, которое в равной степени имеют как Российская Федерация, так и её субъекты и муниципалитеты²⁰⁴. Бюджет субъекта Российской Федерации, как и иные публичные фонды, формируется из доходов, от которых зависит выполнение задач и функций субъекта РФ²⁰⁵.

В науке отмечается, что при формировании бюджетов государства должны придерживаться общего подхода к налогообложению на своей территории²⁰⁶. В практике федеративных государств существуют разные способы формирования бюджетов субъектов федерации: от наличия в каждом субъекте федерации собственной фискальной системы, до получения отчислений в бюджеты субъектов из федерального бюджета. Российская Федерация применяет смешанную систему формирования бюджетов, когда бюджеты субъектов формируются за счет закрепленных за ними налогов, за счет федеральных налогов, зачисляемых в бюджеты субъектов по нормативам, и за счет перечислений из вышестоящих бюджетов (межбюджетных трансфертов)²⁰⁷.

В отношении фискальных доходов данная модель в Российской Федерации выражается, в первую очередь, в трёхуровневой системе налогов и сборов: федеральные, региональные и местные налоги²⁰⁸. Закрепление налога за соответствующим уровнем в НК РФ не означает, что налог зачисляется в соответствующий уровень бюджета. Так, например, налог на доходы физических лиц, являющийся федеральным налогом²⁰⁹, в федеральный бюджет не зачисляется,

²⁰⁴ См.: Кудряшова Е.В. Лекции по бюджетному праву: учебное пособие/ Е.В. Кудряшова. М.: Финакадемия, 2010; Омелехина Н.В. Бюджетная система Российской Федерации в системе институтов финансовой безопасности государства// Журнал российского права. 2017. № 7. С.81-93

²⁰⁵ См.: Поветкина Н.А. Роль и значение доходов бюджета// Финансовое право. 2015. № 6. С. 15-21; Кучеров И.И. Слагаемые финансовой безопасности и её правовое обеспечение// Журнал российского права. 2017. № 6. С.69-79; Кучеров И.И., Поветкина Н.А., Акопян А.О. Риски финансовой безопасности: правовой формат: монография/ И.И. Кучеров, Н.А. Поветкина, О.А. Акопян и др.; отв. ред. И.И. Кучеров, Н.А. Поветкина. М.: ИЗиСП, Норма, Инфра-М, 2018

²⁰⁶ См.: Шашкова А.В. Переход от доиндустриального к индустриальному обществу: смена модели налоговой политики// Финансовое право. 2017. № 5. С.39-42

²⁰⁷ См.: Васильева Н.В. Распределение доходов между различными уровнями публичной власти// Iexrussica. 2014. № 12. С.1411-1419

²⁰⁸ См.: ст.12 Налогового Кодекса РФ (часть первая) от 31.07.1998 № 146-ФЗ// Российская газета, № 148-149, 06.08.1998

²⁰⁹ См.: п.3 ст.13 Налогового Кодекса РФ (часть первая) от 31.07.1998 № 146-ФЗ// Российская газета, № 148-149, 06.08.1998

а распределяется по нормативам 85% в бюджет субъекта Российской Федерации²¹⁰, 10% - в бюджеты городских поселений²¹¹, 5% - в бюджеты муниципальных районов²¹². Таким образом, трехуровневая система налогов и сборов определяет не столько порядок формирования бюджетов разных уровней, сколько определяет уровни регулирования данных налогов, разграничение фискальных полномочий между данными уровнями.

В контексте первого аспекта фискальных полномочий, обозначенного выше, нас интересуют фискальные полномочия субъектов РФ, в первую очередь, в отношении региональных налогов. В настоящее время к региональным налогам отнесены: транспортный налог, налог на имущество организаций, налог на игорный бизнес.

Действующее регулирование фискальных полномочий субъектов Российской Федерации в отношении региональных налогов во многом основано на правовых позициях Конституционного Суда Российской Федерации, согласно которым государственный (в т.ч. и фискальный) суверенитет принадлежит только Российской Федерации в целом. Субъекты Российской Федерации не обладают собственным суверенитетом²¹³ (в т.ч. и фискальным суверенитетом), могут осуществлять регулирование в налоговой сфере только в рамках, установленных федеральным законом, и в отношении перечня региональных налогов, установленного федеральным законодателем²¹⁴, соответственно, не могут обладать неограниченными фискальными полномочиями на своей территории.

Основным полномочием субъекта Российской Федерации является право вводить или не вводить к уплате соответствующий региональный налог, установленный НК РФ, к уплате на своей территории²¹⁵.

Помимо права решать вводить или не вводить налог, субъект РФ, вводя налог к уплате, может, в пределах, предусмотренных НК РФ, устанавливать налоговые ставки, порядок и сроки уплаты налогов, налоговые льготы²¹⁶. Данные права, исходя из текста НК РФ и действующей практики, не являются абсолютными и могут быть ограничены в зависимости от усмотрения федерального законодателя.

Так, в соответствии с Федеральным законом от 2 декабря 2013 № 334-ФЗ «О внесении изменений в часть вторую Налогового Кодекса Российской

²¹⁰ См.: абз.4 п.2 ст.56 Бюджетного Кодекса РФ от 31.07.1998 № 145-ФЗ// Российская газета, № 153-154, 12.08.1998

²¹¹ См.: абз.2 п.2 ст.61 Бюджетного Кодекса РФ от 31.07.1998 № 145-ФЗ// Российская газета, № 153-154, 12.08.1998

²¹² См.: абз.2 п.2 ст.61.1 Бюджетного Кодекса РФ от 31.07.1998 № 145-ФЗ// Российская газета, № 153-154, 12.08.1998

²¹³ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 07.06.2000 № 10-П// Вестник Конституционного Суда РФ, № 5, 2000

²¹⁴ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 21.03.1997 № 5-П// Вестник Конституционного Суда РФ, № 4, 1997

²¹⁵ См.: п.3 ст.12 Налогового Кодекса РФ (часть первая) от 31.07.1998 № 146-ФЗ// Российская газета, № 148-149, 06.08.1998

²¹⁶ Там же

Федерации и статью 5 Закона Российской Федерации «О налогах на имущество физических лиц» с 1 января 2015 года срок уплаты транспортного налога для физических лиц, который ранее мог быть установлен законом субъекта РФ в пределах, предусмотренных НК РФ, был установлен на уровне НК РФ без права его изменения законом субъекта РФ²¹⁷.

По поводу возможности установления налоговых льгот в отношении региональных налогов, следует отметить, что налоговые льготы по таким налогам в настоящее время устанавливаются сразу на двух уровнях – федеральном и региональном. Полномочия субъектов РФ в отношении налоговых льгот планируется расширить за счёт механизма «двух ключей», идея которого заключается в возможности действия федеральной налоговой льготы на территории субъекта Российской Федерации только в случае принятия субъектом соответствующего закона. Данный механизм как институт не нашёл в настоящее время своего закрепления в первой части НК РФ и используется путём внесения точечных поправок во вторую часть НК РФ²¹⁸.

Более того, как показывает складывающаяся практика высших судебных инстанций, в законодательстве не нашла разрешения проблема определения степени свободы регионального законодателя при реализации процедуры установления (отмены) налоговой льготы.

Так, Конституционный Суд Российской Федерации при рассмотрении жалобы о проверке конституционности положений Закона Челябинской области, которым применение налоговой льготы по транспортному налогу было ограничено, не согласился с позицией Уставного Суда Челябинской области и признал полную свободу законодателя по установлению и отмене налоговой льготы, что противоречит закреплённому в ст. 3 НК РФ принципу экономической обоснованности налога²¹⁹.

Помимо фискальных полномочий в отношении региональных налогов, в последнее время всё чаще предоставляются полномочия субъектам Российской Федерации и в отношении федеральных и местных налогов.

Предоставляемые полномочия можно условно разделить на две группы: полномочия, связанные со стимулированием инвестиционной деятельности; полномочия, связанные с имущественными отношениями.

Налоги, уплачиваемые в связи со специальными налоговыми режимами, отнесены к федеральным налогам. Однако в установленных НК РФ случаях и

²¹⁷ См.: п.3 ст.1 Федерального закона от 02.12.2013 № 334-ФЗ «О внесении изменений в часть вторую Налогового Кодекса Российской Федерации и статью 5 Закона Российской Федерации «О налогах на имущество физических лиц»// Российская газета, № 273, 04.12.2013

²¹⁸ Например ст. 381. 1 НК РФ закрепляет налоговые льготы по налогу на имущество в отношении объектов, имеющих высокую энергетическую эффективность и имущества, расположенного в российской части (российском секторе) дна Каспийского моря См.: п.21, 24 ст.381. ст.381.1 Налогового Кодекса Российской Федерации (часть вторая) от 05.08.2000 № 117-ФЗ// Собрание законодательства РФ, 07.08.2000, № 32, ст.3340

²¹⁹ Васянина Е. Л. Проблемы реализации механизма налогообложения в Российской Федерации // Налоги. 2017. № 6. С. 3-7.

пределах субъекты Российской Федерации вправе устанавливать виды предпринимательской деятельности, в отношении которых применяется данный режим, ограничения на применение специального налогового режима, налоговые ставки, особенности определения налоговой базы и налоговые льготы²²⁰. Следует также отметить, что налоги, уплачиваемые в связи со специальными налоговыми режимами, в федеральный бюджет не зачисляются²²¹.

Субъекты Российской Федерации могут, в частности, снижать ставки налога, уплачиваемого в связи с применением упрощенной системы налогообложения²²², и единого сельскохозяйственного налога²²³, а также устанавливать ставку в размере 0% в определенных НК РФ случаях для налога, уплачиваемого в связи с применением патентной системы налогообложения²²⁴. Следует отметить, что из указанных налогов в бюджет субъекта Российской Федерации зачисляется только налог, уплачиваемый в связи с применением упрощенной системы налогообложения²²⁵.

Исходя из изложенного, можно заметить, что в регулировании фискальных полномочий субъектов Российской Федерации, связанных с введением и взиманием фискальных платежей, отсутствует системность, многие полномочия носят «точечный» характер, даже в отношении региональных налогов, пределы усмотрения субъекта Российской Федерации по которым могут быть изменены федеральным законодателем в одностороннем порядке.

В качестве второго аспекта фискальных полномочий нами выше упоминались полномочия, связанные с учреждением публичных фондов и установлением порядка их формирования. Субъекты Российской Федерации вправе создавать целевые фонды внутри бюджета, такие как инвестиционные фонды²²⁶, дорожные фонды²²⁷. При этом, если в отношении инвестиционных фондов субъект РФ самостоятельно устанавливает порядок их формирования, то в отношении дорожных фондов порядок формирования установлен БК РФ.

Значительными полномочиями субъект Российской Федерации обладает в отношении порядка формирования бюджетов муниципалитетов на своей

²²⁰ См.: п.7 ст.12 Налогового Кодекса РФ (часть первая) от 31.07.1998 № 146-ФЗ// Российская газета, № 148-149, 06.08.1998

²²¹ См.: ст. 50 Бюджетного Кодекса РФ от 31.07.1998 № 145-ФЗ// Российская газета, № 153-154, 12.08.1998

²²² См.: ст.346.20 Налогового Кодекса Российской Федерации (часть вторая) от 05.08.2000 № 117-ФЗ// Собрание законодательства РФ, 07.08.2000, № 32, ст.3340

²²³ См.: ст.346.8 Налогового Кодекса Российской Федерации (часть вторая) от 05.08.2000 № 117-ФЗ// Собрание законодательства РФ, 07.08.2000, № 32, ст.3340

²²⁴ См.: ст.346.50 Налогового Кодекса Российской Федерации (часть вторая) от 05.08.2000 № 117-ФЗ// Собрание законодательства РФ, 07.08.2000, № 32, ст.3340

²²⁵ См.: ст.56 Бюджетного Кодекса РФ от 31.07.1998 № 145-ФЗ// Российская газета, № 153-154, 12.08.1998

²²⁶ См.: ст.179.2 Бюджетного Кодекса РФ от 31.07.1998 № 145-ФЗ// Российская газета, № 153-154, 12.08.1998

²²⁷ См.: ст.179.4 Бюджетного Кодекса РФ от 31.07.1998 № 145-ФЗ// Российская газета, № 153-154, 12.08.1998

территории, имея возможность устанавливать дополнительные нормативы отчислений от региональных налогов и федеральных налогов, зачисляемых в бюджет субъекта РФ, в местные бюджеты²²⁸.

Отдельно следует упомянуть такие субъекты Российской Федерации как города федерального значения. Данные публично-правовые образования осуществляют полномочия по введению в действие как региональных, так и местных налогов, предусмотренных НК РФ²²⁹. Кроме того, города федерального значения самостоятельно на своей территории определяют порядок установления и значения нормативов отчислений от федеральных и региональных налогов и сборов (в т.ч. налогов, предусмотренных специальными налоговыми режимами), в бюджеты внутригородских муниципальных образований²³⁰.

По поводу третьего аспекта фискальных полномочий – обеспечение надлежащего поведения участников процесса формирования публичных денежных фондов – необходимо обозначить следующее.

Порядок формирования доходной базы бюджетов обеспечивается мерами принуждения, стимулирования и поощрения²³¹. Однако указанные полномочия у субъектов Российской Федерации практически отсутствуют. Так, контроль в сфере взимания налоговых платежей осуществляет федеральный орган исполнительной власти – Федеральная налоговая служба России²³², собственных контрольных налоговых органов субъекты Российской Федерации не имеет.

Кассовое обслуживание исполнения бюджетов субъектов Российской Федерации также осуществляется федеральным органом исполнительной власти – Федеральным казначейством России²³³.

Приведенный обзор показывает проблему ограниченности фискальных полномочий субъектов Российской Федерации, объем которых зависит от усмотрения федерального законодателя. Субъекты Российской Федерации осуществляют только те фискальные полномочия, которые им предоставляются федеральным законодателем. Надлежащая реализация данных полномочий обеспечивается федеральными органами государственной власти. Несмотря на изменения, направленные на расширение фискальных полномочий субъектов Российской Федерации, данные изменения носят часто точечный и не всегда последовательный характер.

²²⁸ См.: ст.58 Бюджетного Кодекса РФ от 31.07.1998 № 145-ФЗ// Российская газета, № 153-154, 12.08.1998

²²⁹ См.: абз.5 ст.4 Налогового Кодекса РФ (часть первая) от 31.07.1998 № 146-ФЗ// Российская газета, № 148-149, 06.08.1998

²³⁰ См.: п.4 ст.58 Бюджетного Кодекса РФ от 31.07.1998 № 145-ФЗ// Российская газета, № 153-154, 12.08.1998

²³¹ См.: Ильин А.Ю. Предупреждение налоговых правонарушений – основа обеспечения эффективного налогообложения. *Налоги (газета)*. 2018. № 24. С.15-17

²³² См.: п. 5.1.1 Положения о Федеральной налоговой службе РФ (утверждено Постановлением Правительства РФ)// Российская газета, № 219, 06.10.2004

²³³ См.: п.5.9, 5.13 Положения о Федеральном казначействе РФ (утверждено Постановлением Правительства РФ от 01.12.2004 № 703)// Российская газета, № 272, 08.12.2004

*С.М. Миронова, канд. юрид. наук, доцент
доцент кафедры финансового и предпринимательского права
Волгоградский институт управления –
филиала РАНХиГС*

Финансово-правовые последствия создания в России муниципальных округов

Одним из основных принципов российского финансового права, сформулированных Н.И. Химичевой, является самостоятельность органов местного самоуправления в формировании и использовании местных финансов. Статья 131 Конституции РФ определяет, что местное самоуправления осуществляется в городских, сельских поселениях и на других территориях. По состоянию на 1 января 2018 года число муниципальных образований в России составляет 21946. Эта цифра не является постоянной, поскольку число муниципальных образований все время меняется (преимущественно в сторону сокращения), чему способствуют различные причины, в первую очередь именно отсутствие достаточных собственных финансовых ресурсов. Помимо традиционно называемых экономических причин в числе основных также обозначают негативные тенденции демографического развития (вымирания сел и поселков, миграция населения, депопуляция территорий и пр.), а также совершенствование системы оказания публичных услуг. При этом следует согласиться с председателем Комитета Государственной Думы по федеративному устройству и вопросам местного самоуправления А.Н. Диденко, подмена экономического развития муниципальных образований их территориальными преобразованиями недопустима²³⁴. В целом, за 12 лет число муниципальных образований уменьшилось всего 10,3%, т.е. назвать такое сокращение существенным нельзя²³⁵.

Необходимо отметить, что процесс преобразования муниципальных образований (в большей степени их объединения и укрупнения) присущ не только России, но и зарубежным странам. Как отмечается в литературе, укрупнение общин в последние 15 лет были запланированы либо реализованы полностью или частично в большинстве стран ОЭСР²³⁶. Несмотря на то, что не существует единых моделей и методик, по которым проводится территориальная организация местного самоуправления в разных странах, тем не менее,

²³⁴ Эволюция местного самоуправления. Чего ожидать? // <http://bujet.ru/article/346779.php> (дата обращения 13.07.2018).

²³⁵ Например, после объединения муниципалитетов, начавшейся в 1952 году, в Швеции их число сократилось с 1037 до 279, в Бельгии в результате реформы 1977 года число коммун резко сократилось: с 2669 до 589. См.: Шатров И. Муниципальная власть по-европейски // <https://www.cfin.ru/press/boss/2002-10/09.shtml>

²³⁶ Маркварт Э.Э., Францке Й. Территориальное реформирование местного самоуправления в Германии и России на современном этапе // *Пространственная экономика*. 2017. № 3. С. 43.

причины таких преобразований, как правило, те же, что и в России – низкая финансовая самостоятельность, сложность в предоставлении услуг населению, соответственно одним из аргументов в поддержку объединения общин выступает «экономия издержек при производстве публичных услуг»²³⁷.

Например, в Японии «На слиянии городов, поселков и деревень настаивали в первую очередь деловые круги, усматривая в этом предпосылку лучшего экономического развития. Большинство же местного населения и властей высказывало опасение, что удаление администрации от жителей приведет к ослаблению внимания к их непосредственным нуждам»²³⁸.

В Канаде укрупнение муниципальных образований проводилось, начиная с 1995 года, и затронуло ряд территорий²³⁹. При этом А.А. Ларичев называет ряд проблем, не решенных в связи с укрупнением канадских муниципалитетов, например: «Данные по г. Торонто свидетельствуют не только об отсутствии экономии бюджетных средств на предоставление местных услуг, полученной при слиянии, но и увеличении затрат вследствие необходимости инфраструктурного выравнивания объединяемых муниципалитетов», в связи с чем «консолидация не может рассматриваться как панацея, ... необходимо изучение применимости таких инструментов, как межмуниципальные соглашения»²⁴⁰.

В Норвегии на государственном уровне были определены такие цели муниципальной реформы, которые касались финансовой стороны: доступность и качество услуг для населения; формирование финансовой устойчивых муниципальных образований». Оптимизация расходов на органы местного самоуправления является одним из ключевых факторов начала реформ²⁴¹.

В Германии в качестве обоснования необходимости изменений в восточных землях приводятся такие аргументы, как недостаточное финансовое выравнивание муниципалитетов, слабое финансовое положение общин и высокая кредитная задолженность многих муниципалитетов²⁴².

Экономия бюджетных расходов, выравнивание бюджетной обеспеченности указывается в качестве аргументации к объединению муниципалитетов и в российских региональных программах. Например, в Концепции территориальной организации местного самоуправления в Сахалинской области в качестве достоинства объединения поселений в городской округ называется

²³⁷Маркварт Э.Э., Францке Й. Указ.соч. С. 43.

²³⁸ Сенаторов А.И. Очерки административной реформы в Японии. – М.: Ин-т Дальн. Востока РАН, 2004. С. 57.

²³⁹ Ларичев А.А. Корпоративная модель местного самоуправления: генезис, опыт реализации на примере Канады и его применимость в российских условиях: дисс...д.ю.н. М., 2018. С. 353.

²⁴⁰ Ларичев А.А. Указ. Соч. С. 355-356.

²⁴¹ Леонтьева А.Н., Виноградова М.В., Шумилов М.М., Кекконен А.А. Современные вызовы развитию местного самоуправления в России и Норвегии // Управленческое консультирование. 2016. № 3 (87). С. 138.

²⁴²Маркварт Э.Э., Францке Й. Территориальное реформирование местного самоуправления в Германии и России на современном этапе // Пространственная экономика. 2017. № 3. С. 47.

«Самостоятельное принятие решений органами местного самоуправления городского округа по вопросам выравнивания бюджетной обеспеченности между населенными пунктами, входящими в состав городского округа с целью обеспечения возлагающихся на них полномочий, в том числе и государственных»²⁴³. В Концепции развития местного самоуправления в Кировской области на 2009-2012 годы называют даже конкретные результаты, которые можно достигнуть в связи с преобразованиями муниципальных образований области: «решить вопрос низкой бюджетной доходности и низкого налогового потенциала (объём налоговых и иных поступлений в бюджеты всех уровней на душу населения ниже 2 тыс. рублей)»²⁴⁴.

В России одной из основных тенденций последнего времени следует назвать объединение муниципальных районов, городских и сельских поселений в городские округа. Лидерами объединения можно назвать Московскую область (с 1 января 2010 года по 1 января 2018 года число сельских поселений сократилось с 193 до 94, что составило 51,3%, т.е. число сельских поселений сократилось более, чем в два раза; число муниципальных районов сократилось с 36 до 16, что составило 55,6%, т.е. число муниципальных районов сократилось более, чем в два раза; число городских округов выросло с 38 до 51), Калининградскую область (с 1 января 2010 года по 1 января 2018 года число сельских поселений сократилось с 47 до 4, что составило 91,5%, т.е. сокращение в 11,75 раза(!); число городских поселений сократилось с 19 до 6, что составило 68,4%, а общее число поселений уменьшилось в 6,6 раза; число муниципальных районов сократилось с 15 до 3, что составило 80%, или уменьшилось в 5 раз; число городских округов выросло с 7 до 19), Ставропольский край (с 1 января 2010 года по 1 января 2018 года число сельских поселений сократилось с 281 до 166, что составило 40,9%; число городских округов выросло с 1 до 17), Нижегородскую область (с 1 января 2010 года по 1 января 2018 года число сельских поселений сократилось с 336 до 275, число городских округов выросло с 4 до 14, т.е. в 3,5 раза), Магаданскую область (полностью ликвидированы муниципальные районы и поселения, преобразованы в городские округа, в целом число муниципальных образований сократилось в 5,4 раза).

Как видно из представленных примеров объединение поселений и муниципальных районов в городские округа не соответствует правовой природе городских округов, поскольку в таких вновь созданных муниципальных образованиях зачастую большая часть населения проживает на сельской территории, а размер городского округа становится неоправданно большим. Показательным в этом отношении является Магаданская область, например, Северо-

²⁴³ Распоряжение администрации Сахалинской области от 11 июня 2004 года № 324-РА «О Концепции территориальной организации местного самоуправления в Сахалинской области» // <http://docs.pravo.ru/document/view/11799134/>

²⁴⁴ Распоряжение Правительства Кировской области от 28.04.2009 № 86 «О Концепции развития местного самоуправления в Кировской области на 2009-2012 годы» // <http://docs.cntd.ru/document/973022556>

Эвенкский городской округ располагается на территории в 102 тыс. кв.км. с плотностью населения 0,02 человека на кв.км.²⁴⁵

Все это вызвало необходимость создания нового типа муниципального образования, который отвечал бы требованиям объединения сельских территорий – муниципального округа. Законопроект № 631751-7 «О внесении изменений в Федеральный закон "Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации"» (в части совершенствования вопросов территориальной организации местного самоуправления) был внесен в Государственную Думу РФ 23 января 2019 года, а уже 18 апреля 2019 года принят в третьем окончательном чтении.

Создание муниципальных округов направлено на возможность объединения нескольких небольших муниципальных образований поселенческого уровня в одно муниципальное образование. Если первоначально в законопроекте было «три и более объединенных общей территорией населенных пунктов, не являющихся муниципалитетами», то в уже принятом законе «несколько объединенных общей территорией населенных пунктов», что не ограничивает число муниципальных образований, которые могут участвовать в объединении. При этом максимальное число муниципалитетов, участвующих в таком объединении, законом не ограничено, что фактически может привести к упразднению муниципального района и входящих в его состав поселений при вхождении их в состав муниципального округа. В этих случаях двухуровневое местное самоуправление сменится одноуровневым. Эксперты подвергают критике данный закон. Так, Эмиль Маркварт, президент Европейского клуба экспертов МСУ (ЕКЭМСУ), назвал идею муниципальных округов "закапыванием" МСУ, неугодного губернаторам, и отметил, что «муниципальный округ ничем не отличается от искусственно созданного городского округа»²⁴⁶.

Создание муниципального округа возможно не только в результате объединения муниципальных образований, но и в результате преобразования в муниципальные округа городских округов, «которые не соответствуют требованиям к доле населения, проживающего в городах и (или) иных городских населенных пунктах, и площади территории городского округа либо к плотности населения на территории городского округа». Такие преобразования должны быть произведены в переходный период, установленный до 1 января 2025 года.

Таким образом, можно прогнозировать создание в ближайшее время муниципальных округов, как путем объединения поселений (что продолжит тенденцию сокращения муниципальных образований), так и путем преобразова-

²⁴⁵ База показателей муниципальных образований. Магаданская область // <http://www.gks.ru/dbscripts/munst/munst44/DBInet.cgi> (дата обращения 12.03.2019).

²⁴⁶ Местное самоукрупнение. Госдума поработает над законом о создании муниципальных округов // Газета "Коммерсантъ" № 20 от 05.02.2019, стр. 1. <https://www.kommersant.ru/doc/3874050>.

ния городских округов. И в том, и в другом случае нужно предусмотреть особенности решения финансовых вопросов вновь создаваемых муниципальных образований. В связи с этим возникает вопрос о целесообразности внесения изменений в бюджетное и налоговое законодательство, в части наделения муниципальных округов соответствующими полномочиями.

В процессе рассмотрения законопроекта Государственным Собранием (Ил Тумэн) Республики Саха (Якутия) была предложена поправка в ст. 2 законопроекта о дополнении ее следующим положением: «Изменения в Бюджетный кодекс Российской Федерации, Налоговый кодекс Российской Федерации в части установления местных налогов и сборов муниципальных округов подлежат принятию в срок до 1 января 2020 года.». Данная поправка была отклонена, и в итоговом варианте закона нашло отражение положение, в соответствии с которым на переходный период «муниципальные округа участвуют в бюджетных и налоговых отношениях, а органы местного самоуправления муниципальных округов решают вопросы местного значения, осуществляют установленные полномочия и права ... наравне с городскими округами и органами местного самоуправления городских округов». Указанные положения только подтверждают схожесть муниципальных округов с городскими округами, что представляется не совсем оправданным, поскольку муниципальные округа, отличаясь от городских округов именно территориальными особенностями, связанными с наличием сельских территорий в составе муниципального округа, должны учитывать специфику поселенческого уровня. Вместе с тем, в некоторых случаях это может быть выгодно сельским поселениям, например, в том случае, когда несколько сельских поселений (без участия муниципального района) объединятся в муниципальный округ, то в местных бюджет будет поступать 15% НДФЛ (как предусмотрено Бюджетным кодексом РФ для городских округов) против 2% НДФЛ, поступающего в бюджеты сельских поселений. В этом случае муниципальный округ сможет распоряжаться большей суммой налоговых доходов, поступающих в бюджет.

В то же время сохраняется опасность ликвидации поселенческого уровня местного самоуправления. Как отмечается в Пояснительной записке к законопроекту, «новый вид муниципального образования обеспечивает возможность консолидации представительских и административных ресурсов, в том числе на сельских территориях, в целях оптимизации расходов на содержание органов местного самоуправления посредством создания одноуровневой системы местного самоуправления, там, где это целесообразно». Таким образом, введение муниципальных округов для дополнительного обеспечения вариативности подходов к осуществлению местного самоуправления, также направлено, в первую очередь, на финансовую оптимизацию местного самоуправления.

Зарубежная практика показывает, что экономия финансовых средств, как основной довод в пользу объединения муниципалитетов, представляется весьма спорным. Так, немецкие исследователи, анализируя влияние реформы

по территориальному изменению местного самоуправления через такой параметр, как экономичность / экономия / экономическая эффективность (Wirtschaftlichkeit), сделали вывод о спорности его позитивного эффекта²⁴⁷. Другие авторы отмечают отсутствие каких-либо измеримых показателей, которые свидетельствовали бы о повышении эффективности при объединении муниципалитетов, и заявляют, что объединение общин не является гарантией более высокой экономической эффективности²⁴⁸, а оценка муниципальных реформ не подтверждает ожидаемый эффект экономии²⁴⁹, а в некоторых случаях отмечается обратный эффект в виде роста расходов²⁵⁰.

Отрицательный опыт экономической эффективности наблюдается и в Канаде. Как отмечает А.А. Ларичев, данные по г. Торонто «свидетельствуют не только об отсутствии экономии бюджетных средств на предоставление местных услуг, полученной при слиянии, но и увеличении затрат вследствие необходимости инфраструктурного выравнивания объединяемых муниципалитетов»²⁵¹.

В зарубежных странах, как отмечают российские исследователи, «наметился разворот в так называемом «кластере ценностей», на который опираются идеи реформирования: если в недавнем прошлом доминировала парадигма экономии издержек, то сейчас во главу угла ставится идея устойчивой и высококвалифицированной местной администрации»²⁵², происходит отказ от идеи снижения издержек и «удешевления» системы управления.

Несмотря на то, что в литературе встречаются доводы о бюджетной эффективности объединения муниципальных образований за счет сокращения расходов на управление²⁵³, в России практика также показывает обратные при-

²⁴⁷Kuhlmann S., Seyfried M., Siegel J. Wirkungen von Gebietsreformen: GutachtenimAuftrag des Ministeriums des Inneren und fürKommunales des Landes Brandenburg. Stand der Forschung und Empfehlungenfür das Land Brandenburg. Potsdam, 2017. Available at: <https://www.uni-potsdam.de/fileadmin01/projects/ls-kuhlmann/Gutachten/Gutachten-11-06-17.pdf> (accessed May 2017). P. 6.

²⁴⁸Haug P., Illy A. Größeistnichtalles – Die Effizienz der kommunalenLeistungserstellung am Beispiel Sachsen-Anhalts // WirtschaftimWandel. 17 (10). 2011. S. 355.

²⁴⁹Rösel F. SparenGebietsreformen Geld? – EinÜberblicküberaktuelleStudien // AKADEMIE ONLINE. 2017. No. 2. S. 45–49. URL: <https://www.vwa-akademie-online.de/wissenschaft-und-praxis/sparen-gebietsreformen-geld-ein-ueberblick-aktueller-studien> (датаобращения: 15.07.2018).

²⁵⁰ Erhard C. Kreisfusion hat Verwaltungoffenbarteurergemacht URL: <https://kommunal.de/index.php/kreisfusion-teuer> (датаобращения 14.07.2018).

²⁵¹ Ларичев А.А. Корпоративная модель местного самоуправления: генезис, опыт реализации на примере Канады и его применимость в российских условиях: дисс... д.ю.н. М., 2018. С. 355-356.

²⁵²Маркварт Э.Э., Францке Й. Территориальное реформирование местного самоуправления в Германии и России на современном этапе // Пространственная экономика. 2017. № 3. С. 49.

²⁵³Кайль Я.Я. Оптимизация количества муниципальных образований в Российской Федерации: состояние, проблемы, перспективы // Национальные интересы: приоритеты и безопасность. 2013. №18. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/optimizatsiya-kolichestva>

меры: «объединение, результатом которого стало создание канадского муниципалитета Галифакс, согласно проектам, должно было стоить 10 млн. канадских долларов, но в реальности это сумма была превышена в 4 раза, в то время как ожидаемая экономия от эффекта масштаба не произошла. Более того, возникла необходимость в повышении налогов для населения, а задолженность муниципального бюджета возросла»²⁵⁴. В то же время пока принцип экономичности расходования бюджетных средств остается одним из основных в качестве обоснования проведения территориальной реформы местного самоуправления.

В связи с решением данного вопроса в политической плоскости, необходимо хотя бы при объединении муниципалитетов просчитывать экономическую эффективность такого объединения и предоставлять муниципальным образованиям гарантии сохранения бюджетных ресурсов на том же уровне, что и до объединения. Представляется, что такого рода гарантии можно отнести к гарантиям деятельности муниципального образования, входящим в его финансово-правовой статус²⁵⁵. Особенно это актуально в том случае, когда объединение муниципальных образований происходит не на добровольной основе, а по инициативе субъектов РФ. В этом случае последние должны не только полностью обеспечивать финансовую составляющую преобразования муниципалитетов, взять большую часть расходов с этим связанных на себя, но и гарантировать муниципальным образованиям такой же уровень финансового обеспечения, что и до объединения. Таки гарантии муниципальных образований сопоставимы «наличием «ответственности» вышестоящего бюджета за сбалансированность, то есть надлежащую обеспеченность источниками доходов, нижестоящих бюджетов»²⁵⁶.

Например, в Германии для общин, ступивших на путь добровольного объединения, как правило, предусматривается финансовое стимулирование за счет средств земельного бюджета, федеральные земли стали выделять гораздо большие финансовые средства на его реализацию: «земля Бранденбург обязалась не только понести все разовые расходы, связанные с территориальными реформами, но и рассчитаться по всем кассовым кредитам затрагиваемых реформой муниципалитетов и предоставить специальные субсидии для компенсации дополнительных финансовых обременений, связанных с интеграцией

munitsipalnyh-obrazovaniy-v-rossiyskoy-federatsii-sostoyanie-problemy-perspektivy (дата обращения: 09.07.2018).

²⁵⁴ Леонтьева А.Н. Институциональные аспекты местного самоуправления в России и Норвегии: проблемы и перспективы // Экономика Северо-Запада: проблемы и перспективы развития. 2016. № 1 (50). С. 106.

²⁵⁵ Миронова С.М. Гарантии как элемент финансово-правового статуса муниципальных образований // Вестник Сибирской академии права, экономики и управления. 2012. № 2(6). С. 28-30.

²⁵⁶ Шевелева Н.А. Бюджетное выравнивание в России как способ гармонизации межбюджетных отношений (2000 - 2015) // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 2. С. 32 – 44.

городов в состав муниципальных районов (аналогичные меры ранее использовала в ходе муниципальной реформы земля Саксония)»²⁵⁷.

Поскольку в России отсутствует общегосударственная концепция территориального реформирования местного самоуправления, которая бы предусматривала бы такие финансовые механизмы поддержки преобразования муниципальных образований, на федеральном уровне нормативные акты, регулирующие данные вопросы, отсутствуют.

Следует поддержать предложения Я.Я. Кайль о необходимости принятия ряда мер, направленных финансовую поддержку вновь созданных муниципальных образований, например «предусмотреть переходный период, при котором принятые бюджеты МО сохраняются до конца финансового года»²⁵⁸. Опыт зарубежных стран показывает, что такой период может длиться дольше, от 3 до 15 лет, что целесообразно предусмотреть в региональном законодательстве в качестве обязательной гарантии муниципальных образований.

В литературе высказывается точка зрения, что одной из причин укрупнения муниципалитетов является выравнивание бюджетной обеспеченности²⁵⁹. Несмотря на то, что законодатель закрепляет термин «выравнивание бюджетной обеспеченности», само понятие нормативно не раскрывается, а в литературе помимо приведенного термина, можно встретить также понятие «бюджетное выравнивание», «финансовое выравнивание»²⁶⁰. По мнению О.С. Морозовой, «финансовое выравнивание представляет собой и систему норм, регулирующих отношения по распределению полномочий, доходов и расходов между различными уровнями власти в федеративном государстве, и систему правоотношений, складывающихся между различными уровнями власти в федеративном государстве в процессе такого распределения»²⁶¹.

Е.А. Бочкарева называет бюджетное выравнивание одним из наиболее совершенных методов бюджетного регулирования и определяет его «как процесс доведения размера доходов соответствующего бюджета до величины его расходных обязательств, направленный на сближение возможностей субъектов Российской Федерации и муниципальных образований предоставлять населению бюджетные услуги»²⁶², а его значение «состоит в том, что в про-

²⁵⁷Маркварт Э.Э., Францке Й. Территориальное реформирование местного самоуправления в Германии и России на современном этапе // *Пространственная экономика*. 2017. № 3. С. 46, 49.

²⁵⁸Кайль Я.Я. Оптимизация количества муниципальных образований в Российской Федерации: состояние, проблемы, перспективы // *Национальные интересы: приоритеты и безопасность*. 2013. №18. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/optimizatsiya-kolichestva-munitsipalnyh-obrazovaniy-v-rossiyskoy-federatsii-sostoyanie-problemy-perspektivy> (дата обращения: 09.07.2018).

²⁵⁹Косинский П.Д. Преобразование муниципальных образований как способ выравнивания бюджетной обеспеченности // *Муниципальная служба: правовые вопросы*. 2015. № 2. С. 6 - 10.

²⁶⁰См.: Морозова О.С. Финансовое выравнивание и его принципы в бюджетном законодательстве Германии // *Актуальные проблемы российского права*. 2016. №10 (71).

²⁶¹Там же. С. 203.

²⁶²Бочкарева Е.А. Правовая модель сбалансированной бюджетной системы в Российской Федерации: дисс... д.ю.н. М., 2014. С. 72.

цессе применения его методов в целях достижения сбалансированности бюджетной системы в Российской Федерации реализуются системные взаимосвязи ее иерархически расположенных элементов, возникают общественные отношения, которые формализуются посредством норм бюджетного права»²⁶³.

Н.А. Шевелева сущность явления "выравнивание бюджетной обеспеченности" в российской интерпретации определяет как создание системы правового регулирования, позволяющего финансово обеспечить исполнение расходных полномочий, закрепленных за соответствующим уровнем публичной власти, за счет межбюджетных трансфертов - дотаций на выравнивание бюджетной обеспеченности²⁶⁴.

В.В. Уксусов относит к правовым гарантиям муниципальных образований гарантии объективности критериев финансового выравнивания²⁶⁵. При этом в литературе отмечается, что «закрепленная законодательством система выравнивания бюджетной обеспеченности не является безупречной с точки зрения справедливости распределения финансовых средств между муниципальными образованиями»²⁶⁶. Как отмечает П.Д. Косинский, реализация подхода выравнивания бюджетной обеспеченности муниципальных образований выделяемыми дотациями из вышестоящего бюджета, которые компенсируются встречными финансовыми потоками, способствует возникновению противоречий между уровнями бюджетной системы. А это, в свою очередь, ставит под сомнение конституционный принцип независимости местного самоуправления от органов государственной власти²⁶⁷.

Таким образом, фактически система выравнивания бюджетной обеспеченности не способствует развитию муниципальных образований, поскольку у муниципалитетов отсутствует стимул к развитию доходов местных бюджетов (можно обозначить это как проблему «жизни за чужой счет»). В то же время на важность стимулирования активного финансового поведения муниципальных образований неоднократно обращалось внимание²⁶⁸.

Реально ли путем объединения муниципальных образований выровнять бюджетную обеспеченность последних, применяя данный инструмент более эффективно? Статья 137, 138 Бюджетного кодекса РФ закрепляют дотации на

²⁶³ Там же. С. 73.

²⁶⁴ Шевелева Н.А. Бюджетное выравнивание в России как способ гармонизации межбюджетных отношений (2000 - 2015) // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 2. С. 32 - 44.

²⁶⁵ См.: Уксусов В.В. Муниципальное образование как субъект финансового права: диссертация ... к.ю.н. М., 2016. С. 45.

²⁶⁶ Васянина Е.Л. Теоретические основы правового регулирования публичных доходов в Российской Федерации: дисс... д.ю.н. М., 2016. С. 364.

²⁶⁷ Косинский П.Д. Преобразование муниципальных образований как способ выравнивания бюджетной обеспеченности // Муниципальная служба: правовые вопросы. 2015. № 2. С. 6 - 10.

²⁶⁸ Морозова О.С. Финансовое выравнивание и его принципы в бюджетном законодательстве Германии // Актуальные проблемы российского права. 2016. №10 (71). С. 208-209; Пешкова Х.В. Бюджетное устройство государства (русская правовая концепция): дисс... д.ю.н. М., 2014. С. 340.

выравнивание бюджетной обеспеченности поселений (внутригородских районов), муниципальных районов (городских округов, городских округов с внутригородским делением), а также предусматривают возможность замены дотаций на выравнивание бюджетной обеспеченности дополнительными нормативами отчислений в бюджеты муниципальных образований от налога на доходы физических лиц.

Практика Московской области о распределении нормативов отчислений по НДФЛ между муниципальными образованиями (бюджет Московской области на 2018 год) показывает, что недавно созданные городские округа имеют высокий процент отчислений по НДФЛ, что может свидетельствовать о приоритете этих муниципальных образований перед городскими и сельскими поселениями.

Руководствуясь как зарубежной, так и российской практикой, по укрупнению муниципальных образований, в целом следует сделать вывод, что объединение поселений в городские округа, а вслед за ними и в муниципальные округа, не дает однозначного экономического эффекта. Поэтому каждый случай создания муниципального округа должен рассматриваться индивидуально с учетом бюджетной эффективности бюджетных расходов.

*Е.В. Покачалова, д-р юрид. наук,
профессор, зав. кафедрой финансового,
банковского и таможенного права
ФГБУ ВО "СГЮА"*

И.А. Гуляев, аспирант ФГБУ ВО "СГЮА"

Правовые проблемы применения ответственности за нарушение бюджетного законодательства при уплате природоресурсных платежей

Ответственность за нарушение бюджетного законодательства исторически относилась к уголовной ответственности и наступала только за особые должностные преступления, которые были связаны с казной государя, – за казнокрадство. В последнее время правонарушения в бюджетной сфере приобрели массовый (катастрофический) характер. Так, выступая с отчетом о работе контрольного органа в 2017 году в Государственной Думе РФ, Председатель Счетной палаты Российской Федерации в своем докладе привела такие факты: "в 2017 г. было выявлено более 6,5 тыс. нарушений на общую сумму 1,9 трлн руб. Наиболее часто встречающиеся виды нарушений, выявленные Счетной палатой в 2017 г., следующие: нарушения при осуществлении государственных закупок – 2,3 тыс. на сумму более 118,7 млрд руб.; нарушения при формировании и исполнении бюджетов – более 2 тыс. на сумму 599 млрд руб.; нарушения при ведении бухгалтерского учета, составления бюджетной отчетности – 586 на сумму 813,5 млрд руб.

При этом проявилась тенденция увеличения количества нарушений²⁶⁹.

Рассматривая споры, возникающие в связи с нарушением норм, предусматривающих уплату различных природоресурсных платежей, можно отметить следующее.

Недра в пользование могут быть предоставлены только на основании специального государственного разрешения. Таким разрешением согласно ст. 12 Закона РФ «О недрах» является лицензия. При этом данная норма оговаривает неотъемлемые условия, которые должны быть в обязательном порядке отражены в лицензии. Такими обязательными условиями в силу п. 6 ст. 12 Закона являются в числе прочего и условия, которые устанавливаются для платежей, вносимых в бюджет, в случае получения участка недр в пользование.

Так, например, Арбитражным судом Волго-Вятского округа были удовлетворены требования Общества, которое просило признать незаконным решение Минприроды субъекта РФ об отказе в продлении срока действия лицензии на пользование недрами с целью добычи полезных ископаемых. Минприроды субъекта РФ мотивировал отказ о продлении лицензии тем, что Общество не исполнило требования лицензии (не внесло разовый платеж в связи с изменением границ участка недр, предоставленного в пользование Обществу; в течение трех лет не осуществляло добычу строительного песка). Удовлетворяя требования, суд указал на то, что горноотводный акт не является основанием для возникновения обязанности по уплате разового платежа.

Кроме того, можно отметить, что в области взимания разовых платежей и сборов, уплачиваемых при участии в аукционах, полномочия органов разграничены. Вместе с тем на практике возникают вопросы, связанные с порядком учета таких платежей при получении лицензии на право пользования недрами. Так, в постановлении ФАС Западно-Сибирского округа от 17 мая 2010 года № А27-17423/2009²⁷⁰ рассматривался, участвовавшего в аукционе на получение права пользования недрами и уплатившего разовый платеж на получение лицензии. В результате предпринятием лицензия была получена.

В силу ст. 131 Закона о недрах разовый платеж за право пользования участком недр выступает основным критерием выявления победителя при проведении аукциона на право пользования участком недр. Как видно из содержания приведенного законоположения, разовый платеж является платой за предоставление лицензии. Предложив наиболее высокий размер разового платежа, участник аукциона получает лицензию. За полученный разовый платеж

²⁶⁹ Доклад Председателя Счетной палаты Российской Федерации Татьяны Голиковой в Государственной Думе РФ с отчетом о работе контрольного органа в 2017 г. [Электронный ресурс] // сайт Счетной палаты РФ URL: http://www.ach.gov.ru/press_center/news/32167 (дата обращения: 07.03.2019).

²⁷⁰ См.: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 17 мая 2010 г. № А27-17423/2009. Документ опубликован не был. [Электронный ресурс] Доступ из СПС «КонсультантПлюс» // Официальный сайт компании «КонсультантПлюс» URL: http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=AZS&n=85532#09243575_422776807 (дата обращения: 03.07.2018).

от победителя аукциона государство в лице уполномоченного органа выдает ему лицензию. В связи с этим в случае отзыва лицензии в дальнейшем уплаченный разовый платеж возврату не подлежит. Победитель аукциона как субъект предпринимательской деятельности действует своей волей и в своем интересе, самостоятельно, под свою ответственность принимает все необходимые бизнес-решения, в том числе с учетом своих финансовых возможностей определяет размер разового платежа, который он готов уплатить за получение лицензии. Перед принятием решения о прекращении лицензии он должен оценить риск утраты разового платежа. Отметим также и то, что Закон о недрах не предусматривает возможности для государства просто так, без оснований, отозвать лицензию, а если отзыв будет незаконным, то недропользователь не лишен возможности оспорить его в суде. Факт пользования недрами после выдачи лицензии и до момента ее отзыва, наличие или отсутствие вины недропользователя в ее прекращении и другие подобные обстоятельства не имеют правового значения, поскольку разовый платеж должен остаться у государства.

Участникам гражданского оборота также следует учитывать то, что помимо названных платежей в ст. 42 Закона о недрах с них могут взиматься и иные платежи в соответствии с условиями заключенных лицензионных соглашений. Так, согласно ст. 13.1 Закона о недрах основными критериями выявления победителя при проведении конкурса на право пользования участком недр являются научно-технический уровень программ геологического изучения недр и использования участков недр, полнота извлечения полезных ископаемых, вклад в социально-экономическое развитие территории, сроки реализации соответствующих программ, эффективность мероприятий по охране недр и окружающей среды, обеспечение обороны страны и безопасности государства. В связи с этим включение в лицензионное соглашение условий об отчислениях на социально-экономическое развитие территории не противоречит закону и не может быть признано недействительным на этом основании. При уклонении от внесения указанных платежей они могут быть взысканы принудительно в судебном порядке²⁷¹.

Норма ст. 49 Закона о недрах определяет административную и уголовную ответственность за нарушение законодательства РФ о недрах. Вместе с тем в законодательстве акцентируется внимание на том, что само по себе привлечение к ответственности за нарушение законодательства РФ не предусматривает освобождение лиц, совершивших подобное нарушение, от обязанности его устранить с одновременным возмещением причиненного данным лицом вреда.

²⁷¹ См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 5 сентября 2006 г. № 856/06 по делу № А40-18915/04-31-200 // Вестник ВАС РФ. 2006. № 12. Заявление в части взыскания основного долга по платежам на социально-экономическое развитие и неустойки за просрочку исполнения данного обязательства удовлетворено правомерно, поскольку лицензия на пользование недрами закрепляет условия и форму договорных отношений недропользования и может дополняться условиями, непосредственно не установленными законодательством, но не противоречащими ему.

Отдельно уточним, в случае квалификации неуплаты обязательных платежей за недропользование как нарушение условий лицензии будет применена административная ответственность в виде штрафа только в рамках нормы, установленной ст. 7.3 КоАП РФ. Специальными мерами государственного принуждения виновного лица в целях своевременной и полной уплаты платежей за пользование недрами является прекращение предоставленного права пользования недрами, а также штраф за неуплату (административная ответственность). Несмотря на то, что невозможность реализовать право по лицензии не связана с денежными взысканиями в виде недоимок, пеней и штрафов, эта мера является существенной санкцией в случае неуплаты платежа.

При неуплате недропользователь утрачивает возможность получить участок недр для недропользования, а также может быть лишен права пользования недрами в результате досрочного прекращения права пользования участком недр.

Кроме того, важно заметить, что отношения, связанные с принудительным взысканием сумм платежей за недропользование, а также недоимок и пеней, Законом о недрах не предусмотрены, поскольку регламентация данных отношений установлена НК РФ в отношении налога на добычу полезных ископаемых и специального режима при выполнении соглашения о разделе продукции.

Вместо этого предусматриваются меры государственного принуждения, преимущественно определяющие досрочное прекращение права пользования недрами (ст. 20 и 21 Закона о недрах). Несмотря на это, законодатель, регулируя механизм уплаты обязательных платежей за недропользование, использует глагол «взимать», значение которого содержит активные сознательные действия государства в лице соответствующих органов по отношению к недропользователю. Отсутствие механизмов принудительного взыскания неуплаченных сумм платежей не является их существенным отличием от налогов и позволяет нам с уверенностью заявить о несовершенстве законодательства РФ о недрах в части администрирования платежей за пользование недрами.

Несмотря на достаточную регламентацию платежей за пользование недрами, периодически возникают споры при их администрировании. Например, Постановлением Президиума ВАС РФ от 4 февраля 2014 года № ВАС-13728/13 суд отменил принятые по делу судебные решения, оставляя без изменения решение об отказе в возмещении неосновательного обогащения за счет казны РФ, поскольку факт прекращения права пользования недрами в связи с совершением обществом виновных действий не порождает у Российской Федерации обязательств по возврату платежа, уплаченного за получение предоставленного права.

Нарушения, связанные с уплатой арендной платы за лесопользование, носят довольно распространенный характер. Это объясняется тем, что арендаторы участков лесного фонда часто не выполняют своих обязанностей. Большинство нарушений, связанных с внесением обязательных платежей за лесопользование, можно разделить на следующие группы.

Арендаторы ежегодно должны представлять лесную декларацию заявления об использовании лесов в соответствии с проектом их освоения (ст. 26 ЛК РФ).

Арендную плату за пользование лесным участком в части превышения минимального размера арендной платы, устанавливаемого в соответствии с нормами ст. 73 ЛК РФ, следует рассматривать как согласованное сторонами в порядке ст. 421 ГК РФ условие об арендной плате²⁷².

Важно, что неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанности по внесению арендной платы влечет применение мер гражданской ответственности к арендатору. Данное положение основано на том, что имущественные отношения, связанные с оборотом лесных участков и лесных насаждений, регулируются гражданским законодательством (ч.2, ст.3 ЛК РФ).

К мерам гражданской ответственности, которые применимы к арендатору, не исполнившему или ненадлежащим образом исполнившему обязанность по внесению арендной платы, необходимо отнести:

– взыскание процентов на сумму невыплаченной в срок арендной платы (ст.395 ГК РФ);

– возмещение убытков (ст.15, ст.393 ГК РФ);

– взыскание неустойки (штрафа, пени) при наличии соглашения между арендатором и арендодателем, а также если это прямо предусмотрено законодательством (на основании ст. 330-333 ГК РФ).

Кроме того, если иное не предусмотрено договором аренды, в случае существенного нарушения арендатором сроков внесения арендной платы арендодатель вправе потребовать от него досрочного внесения арендной платы в установленный арендодателем срок.

Таким образом, полагаем, что необходимо формирование нового экономического механизма, который должен быть описан и закреплён законодательно, который не только обеспечивал бы устойчивое лесопользование и управление лесами, но и позволял бы формировать доходы государства.

Первую группу споров составляют споры, связанные с невнесением арендной платы, поскольку, заключив договор аренды лесного участка, в силу различных причин арендатор не вносит арендную плату по договору. Так, например, в постановлении Арбитражного суда Дальневосточного округа от 17 ноября 2015 года № Ф03-4822/2015 по делу № А24-1235/2015²⁷³ рассматривался спор между Агентством лесного хозяйства и охраны животного мира

²⁷² См.: Постановление ФАС Центрального округа от 23 августа 2010 г. по делу № А09-804/2010. [Электронный ресурс] Доступ из СПС «КонсультантПлюс» // Официальный сайт компании «КонсультантПлюс» URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ADV&n=90360#025547661814301714> (дата обращения: 06.08.2018).

²⁷³ Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 17 ноября 2015 года № Ф03-4822/2015 по делу № А24-1235/2015. Документ опубликован не был. [Электронный ресурс] Доступ из СПС «КонсультантПлюс» // Официальный сайт компании «КонсультантПлюс» URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ADV&n=90360#023521983048036532> (дата обращения: 19.08.2018).

Камчатского края и ОАО «Камчатавтодор». Между Агентством (арендодатель) и ОАО «Камчатавтодор» (арендатор) в 2013 году был заключен договор аренды лесного участка № 27, по условиям которого арендодатель передал арендатору во временное пользование лесной участок площадью 12,8 га, его местоположение: Камчатский край, Елизовский район, Елизовское лесничество, квартал 279, выделы 1, 2, 19, 22 Елизовского участкового лесничества, номер в государственном лесном реестре 71-2012-07, вид использования лесов – выполнение работ по геологическому изучению недр, разработка месторождений полезных ископаемых.

Указанный договор заключен на срок 20 лет и зарегистрирован в установленном порядке. Арендная плата определена сторонами в пункте 5 договора аренды в размере 88 700 руб. 61 коп. в год. За 2014 год арендная плата Обществом не вносилась, в связи с этим у него образовалась задолженность в размере 88 700 руб. 61 коп.

Агентство претензионным письмом от 9 февраля 2015 года № 458 обратилось к ОАО «Камчатавтодор» с требованием о погашении в течение 10 дней образовавшейся задолженности, а также в случае неудовлетворения данного требования предложило подписать соглашение о расторжении договора аренды лесного участка от 20 июня 2013 г.

Поскольку указанные требования и предложение Обществом в добровольном порядке исполнены не были, Агентство обратилось в арбитражный суд с рассматриваемым иском о взыскании основного долга по арендной плате и расторжении договора аренды. Требования Агентства были судом удовлетворены.

Вторую группу споров, связанных с уплатой арендной платы за лесопользование, составляют споры об увеличении размера арендной платы.

Так, в постановлении Арбитражного суда Уральского округа от 22 января 2018 года № Ф09-8533/17 по делу № А60-24628/2017²⁷⁴ арендодатель указал, что уведомил арендатора об увеличении арендной платы в связи с принятием федерального нормативного акта, уведомление оставлено арендатором без ответа и удовлетворения, поэтому при разрешении спора судом требование удовлетворено, поскольку условиями договора предусмотрена возможность изменения размера арендной платы, устанавливаемого в соответствии с ЛК РФ, подтверждены ненадлежащее исполнение арендатором обязательств по внесению арендной платы, отсутствие доказательств погашения задолженности.

Третью группу споров составляют споры, связанные с нарушением сроков внесения арендной платы за лесопользование, установленной в договоре²⁷⁵.

²⁷⁴ См.: Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 22 января 2018 года № Ф09-8533/17 по делу № А60-24628/2017 [Электронный ресурс] СПС «КонсультантПлюс» // Официальный сайт компании «КонсультантПлюс» URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=AUR&n=187768#0776944337562523> (дата обращения: 23.09.2018).

²⁷⁵ См.: Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 30 июня 2015 г. № Ф07-4429/2015 по делу № А13-13276/2014. [Электронный ресурс] Доступ из СПС «КонсультантПлюс» // Официальный сайт компании «КонсультантПлюс» URL: <http://www.consultant.ru/>

В отношении споров, возникающих с уплатой платежей за водопользование, надо отметить следующее. Можно поддержать мнение авторов коллективной монографии²⁷⁶, которые поднимают вопрос одностороннего характера применения штрафных санкций в рамках администрирования доходов федерального бюджета, поступающих от платы за пользование водными объектами, находящимися в федеральной собственности.

Кроме того, в случае выявления недоимки суммы платы за пользование водными объектами администратор доходов в течение трех рабочих дней со дня выявления недоимки письменно извещает об этом водопользователя. Штраф за забор (изъятие) водных ресурсов в объеме, превышающем установленный договором водопользования объем забора (изъятия) водных ресурсов, исчисляется в соответствии с ч.3, ст.18 Водного кодекса РФ в случае, если водопользователем не заключено дополнительное соглашение об увеличении объема забора (изъятия) водных ресурсов. При этом «интересен факт, что водопользователями, несмотря на примерную форму договора водопользования, не поднимаются вопросы о применении штрафных санкций (пеней) в случае нарушения государственным органом (как стороной такого договора) условий договора, например нарушения сроков подписания дополнительного соглашения об уменьшении размера платы за водопользование»²⁷⁷.

Как подчеркивают эти авторы, получается, что «на практике штрафные санкции, несмотря на ликвидацию разрешительного механизма предоставления права пользования водными объектами (лицензирования), применяются в одностороннем порядке, так как в условиях договора водопользования предусмотрены штрафные санкции только в отношении водопользователя, что нарушает принцип равноправия сторон»²⁷⁸.

Думается, что данное мнение можно поддержать, поскольку его нормативная реализация позволит обеспечить равные условия взаимодействия для обеих сторон договора водопользования²⁷⁹.

Вместе с тем нельзя не согласиться с Н.В. Васильевой, которая отмечает необходимость единого публично-правового регулирования природоресурсных платежей. Она уточняет, данные платежи носят обязательный характер, их поступление в бюджет связано с осуществлением плательщиками деятельности в области природопользования²⁸⁰. В свою очередь, Е.Л. Васянина справедливо

cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ASZ&n=170521# 0035823807461135115 (дата обращения: 25.09.2018).

²⁷⁶ См.: *Право и социальное развитие: новая гуманистическая иерархия ценностей* / [М.М. Аносова, А.А. Аюрова, Ю.Н. Беляева и др.]; отв. ред. А.В. Габов, Н.В. Путило. М.: ИЗиСП; ИНФРА-М, 2015.

²⁷⁷ Там же.

²⁷⁸ Там же.

²⁷⁹ См.: *Прошунин М.М.* Плата за пользование водными объектами, находящимися в федеральной собственности // *Финансово-правовое регулирование обязательных платежей, уплачиваемых в федеральный бюджет Российской Федерации*. М.: Проспект, 2018. С. 224.

²⁸⁰ См.: *Васильева Н.В.* Природоресурсные платежи как вид бюджетных доходов // *Актуальные проблемы российского права*. 2016. № 12. С. 55–64. Цит. по: *Прошунин М.М.* Указ. соч.

подчеркивает, что попытка применить при регулировании публичных платежей договорный режим будет обречена на неудачу, поскольку во всех случаях применение гражданско-правовых механизмов будет блокировать возможность применения мер государственного принуждения²⁸¹.

Соглашаясь с указанными авторами, нельзя забывать о том, что договорные конструкции позволяют эффективнее защищать права и законные интересы пользователей публичных услуг. В связи с этим использование договорных конструкций могло бы несколько смягчить властный императив, который по умолчанию обеспечивается в рамках неналоговых публичных платежей²⁸².

На основании изложенного можно сделать вывод о том, что, поскольку поступление денежных средств в бюджеты бюджетной системы Российской Федерации обусловлено осуществлением плательщиками деятельности в области природопользования и данные платежи носят обязательный характер, применение мер юридической ответственности, носящее регулирующий и контролирующий характер и являющееся важным фактором формирования доходной части бюджетов бюджетной системы Российской Федерации, в то же время служат инструментом охраны окружающей среды.

²⁸¹ См.: *Васянина Е.Л.* Вопросы взимания платы за негативное воздействие на окружающую среду // *Налоги*. 2014. № 4. С. 40–44. Цит. по: *Прошунин М.М.* Указ. соч.

²⁸² См.: Там же.

РАЗДЕЛ IV

СТАТЬИ УЧАСТНИКОВ СЕКЦИИ
«ГРАЖДАНСКОЕ И КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО»

Ответственный за организацию работы секции – доцент кафедры
гражданского и корпоративного права, канд. юрид. наук,
доцент Е.Н. Абрамова

*Е.Н. Абрамова, доцент кафедры гражданского
и корпоративного права СПбГЭУ,
канд. юрид. наук, доцент*

К вопросу о формировании правовой парадигмы цифровой экономики

В настоящее время, несмотря на то, что развитие цифровой экономики в нашей стране широко анонсировано, правоприменитель вынужден действовать *в условиях отсутствия правовой парадигмы* существования новых цифровых явлений, что является одной из центральных правовых проблем цифровой экономики. При этом под отсутствием указанной парадигмы следует понимать не столько отсутствие юридической квалификации и классификации цифровых явлений, сколько неспособность правовой общественности отнестись к технологическим процессам как к техническим аспектам и отграничить их от правовых.

В реальную жизнь многих людей повсеместно вошли современные технологии и понятия, о которых буквально пару лет назад никто не слышал (мы майним криптовалюту, покупаем токены, приобретаем услуги через блокчейн и т.п.), однако законодатель и юридическая доктрина все еще не дали своих однозначных оценок этим и другим новым цифровым явлениям и процессам. И законодатель, и правоприменительные органы, и исследователи-теоретики находятся в замешательстве и в подвешенном состоянии. Законодатель при этом подвергается критике и отовсюду раздаются призывы к срочной регламентации отдельных сегментов цифровой экономики и даются, чаще всего весьма поспешные, рекомендации по их правовой квалификации.

В настоящее время законодательство, призванное регулировать цифровую экономику, только зарождается, и приходится констатировать, что такое зарождение происходит в условиях отсутствия правовой парадигмы цифровой экономики, что влечет низкое качество юридической техники.

Не следует считать, что развитие технического прогресса обязательно с необходимостью должно влечь изменение законодательства. Во-первых, право может относиться нейтрально к тем или иным явлениям и процессам. Во-вторых, возможно применение права по аналогии (как закона, так и права). В-третьих, нормативный акт как источник права не всегда является наиболее предпочтительным при регулировании отдельных правоотношений в отдельных областях жизнедеятельности, и в некоторых случаях правовой обычай или

другой источник права наиболее адекватно регламентирует те или иные, в том числе, новые или заимствованные, отношения и институты. Представляется, что применение указанных аксиоматичных выводов способно решить большинство из так называемых проблем, поставленных реальным сектором экономики перед современными юристами, и изменения законодательства может при этом не потребоваться либо потребоваться в незначительной степени (например, лишь в целях определения терминологии либо места явления в системе права, хотя и с этими задачами наиболее быстро и эффективно способна справиться судебная либо иная правоприменительная практика или доктрина).

Тем не менее, можно заметить преобладание иных тенденций в развитии законодательства, регулирующего процессы цифровой экономики и связанные с ними отношения. Законодатель либо спешит обозначить и урегулировать определенные реальные отношения, но значительно отстает от уровня их развития, либо стремится максимально зарегулировать и ограничить реально сложившиеся отношения, хотя право призвано регулировать последние, а не запрещать, ограничивать либо менять их.

Первую законодательную ошибку, в частности, демонстрирует медицинское законодательство. С 1 января 2018 в силу вступили изменения ФЗ об охране здоровья граждан²⁸³, согласно которым в законодательстве появился такой термин, **как телемедицина**.

Телемедициной, как можно судить из системного толкования новой ст. 36.2 «Особенности медицинском помощи, оказываемой с применением телемедицинских технологий», признается *медицинская помощь с применением телемедицинских технологий*.

Однако еще не вступившие в силу нормы уже ограничивали возможности предоставления государственных и муниципальных услуг в сфере здоровья граждан. Так, посредством телемедицины возможно осуществление исключительно двух медицинских услуг: во-первых, **консультирование**, единственным результатом которого может стать принятие решения о необходимости проведения очного приема (осмотра, консультации) (т.е. заменить очное оказание услуги по консультированию, например, пациентов, проживающих в отдаленных местностях, при срочной необходимости и т.п. случаях, телемедицина не сможет), либо, во-вторых, **дистанционное наблюдение** за состоянием здоровья пациента. Данная телемедицинская услуга не может оказываться в сочетании с дистанционным консультированием, поскольку в соответствии с п.4 ст. 36.2 ФЗ «Об охране здоровья граждан», дистанционное наблюдение за состоянием здоровья пациента назначается лечащим врачом после очного приема.

²⁸³ ФЗ от 21 ноября № 323 «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» в редакции ФЗ от 29 июля 2017 № 242 // СПС Консультант-Плюс.

Таким образом, мы имеем следующую ситуацию. Технологии существуют. О ней знают. В конкретной отрасли она начинает развиваться и развиваться активно. Государство ее развитие финансирует и стимулирует. А право – молчит. В конце концов в нормативный акт вносятся изменения и якобы революционная норма анонсируется – мол, через полгода вступает в силу. Но уже на момент анонса она, как правило, уже не нужна, запоздала, если не устарела. А к моменту ее вступления в силу смысла в ней уже нет – наработана судебная практика, которая прекрасно справляется и без нормы, более того – последняя слишком отстает от экономических реалий и от наработок судебной практики. От такой ситуации нужно избавляться.

Вторая законодательная ошибка, противоположная первой, заключается в поспешном стремлении урегулировать до конца не сформировавшиеся отношения, при чем урегулировать так, чтобы заведомо ограничить возможность их развития. Такая ситуация наблюдается, в частности, в попытках закрепить нормативную регламентацию цифровых финансовых активов.

Весной 2018 года были разработаны и прошли первое чтение в ГД три законопроекта, посвященные цифровым финансовым активам. В частности, в апреле 2018 в ГД после тщательного обсуждения и конкуренции двух пакетов законопроектов: Минфина и ЦБ, в ГД были внесены проекты законов, так сказать, победившего ведомства (МинФина): ФЗ о цифровых финансовых активах и ФЗ об альтернативных способах привлечения инвестиций (краудфандинге), а также - Проект Постановления Правительства РФ «Об аккредитации организаций, предоставляющих возможность выпуска цифровых токенов». Эти законопроекты прошли первое чтение и депутатов торопили с тем, чтобы к лету все акты были приняты. Однако их рассмотрение было отложено до осени и до сих пор их судьба не изменилась.

Ту же судьбу постиг проект ФЗ о внесении изменений в ГК РФ, в частности в ст. 128 ГК и главу 6 ГК в целом, посвященную объектам гражданских прав. Этот проект был инициирован председателем ГД. Причина – необходимость параллельного изменения ГК вместе с введением в оборот новых объектов, поскольку если что и понятно на сегодняшний момент насчет означенных выше цифровых финансовых активах (далее – ЦФА) - так это то, что они, видимо, являются или должны являться объектами гражданских прав.

В соответствии со ст.2 проекта ФЗ о ЦФА, определяющей основные понятия – «ЦФА (криптовалюта и токен) – имущество *в электронной форме, созданное с использованием криптографических средств*. Право собственности на данное имущество удостоверяется путем внесения *цифровых записей в реестр цифровых транзакций*». Подобная формулировка страдает логическими и юридическими ошибками. 1. У имущества не бывает формы с точки зрения права. Какая разница, какая форма у стула? Для юриста – никакой. То же должно быть и в отношении ЦФА. 2. Создание имущества – одно из оснований возникновения права собственности, однако, характеристика создания (как - молотком, интеллектуальным творчеством или другим образом создана вещь) не важна для юриста. 3. Не принято указывать в нормативных

актах, что удостоверяет право собственности, поскольку суды принимают к рассмотрению любые доказательства и оценивает их в совокупности. А данная норма призвана ограничить объем доказательств для сторон? Маловероятно. Это попытка объяснить, но звучит как ограничительная мера.

Таким образом, подобное определение, которое должно бы, казалось, определить явление, т.е. объяснить любому юристу, что такое ЦФА, ничего ему не объяснит, а только запутает. Подобные формулировки во всех указанных проектах в каждой норме. Кроме того, они противоречат друг другу, а зачастую – сами себе, в разных статьях утверждая разное. Юридическая техника всех названных законопроектов настолько низкая, что скорее свидетельствует о ее отсутствии. На взгляд многих исследователей, лучше не иметь никакого нормативного акта о криптовалюте, чем иметь подобные. Фактические экономические отношения в любом случае будут развиваться независимо от того, есть нормативный акт о них или нет. Запутанный, противоречивый, неясный, допускающий двойные или тройные толкования нормативный акт только ухудшит правовое регулирование. Поэтому представляется, что до выработки правовой парадигмы цифровых явлений нельзя допускать разработку нормативной базы цифровой экономики.

Особенно удручающее впечатление вызвал проект изменений в ГК, основной кодифицированный акт, которому должны соответствовать все иные гражданско-правовые нормативные акты. Так, предлагается ввести в ГК новую ст. 141.1 «Цифровые права», под которыми предлагается понимать цифровой код или обозначение (совокупность электронных данных), которыми удостоверяются права на объекты. Подобная формулировка звучит бессмысленно с юридической точки зрения, поскольку цифровое право, являющееся объектом гражданских прав, по мнению авторов законопроекта, должно одновременно (!) удостоверяет права (какие такие? Еще какие-то объекты?) на другие объекты гражданских прав. Подобные трехэтажные конструкции (права на «права на объекты») не только не упростят правовое регулирование или гражданский оборот, но напротив, сделают правоприменение практически невозможным.

При этом авторы законопроекта явно путают объект гражданских прав как благо (и не важно, материально оно или нематериально) и информацию о нем. Так, нельзя считать объектом гражданских прав (тем же цифровым правом) запись в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним, хотя такая запись полностью подпадает под определение цифрового права, предложенное в п.1 ст. 141.1 проекта ГК, поскольку признаки, якобы присущие цифровому праву как определяющие (раз они закреплены в легальной дефиниции), присущи и записи в ЕГРП:

- такая запись представляет собой совокупность электронных данных;
- существует в информационной системе;
- удостоверяет права на объект (недвижимости).

Единственный признак, которому не соответствует запись в ЕГР – информационная система не отвечает установленным законом признакам децентрализованной информационной системы. Но он характеризует вовсе не

запись, а способ ее формирования. Представляется, что запись, криптографический код о криптовалюте, по своей правовой природе аналогична другим записям – в Едином государственном реестре юридических лиц, в реестре держателей именных бездокументарных ценных бумаг и т.п. Все это лишь записи, т.е. доказательства существования прав, но не сами права.

Благо может существовать и принадлежать субъекту независимо от наличия, формы существования и пр. информации о нем. Так, ценная бумага представляет собой форму существования ввне права ее держателя. Наличие ценной бумаги, по общему правилу, подтверждает существование у держателя такого права, а утрата бумаги лишает субъекта возможности подтвердить обладание удостоверенными бумагой правами без ее подлинного экземпляра, но не лишает возможности доказать иным способом факт принадлежности ему прав из ценной бумаги.

Так же и криптовалюта (или цифровые деньги, которые по мнению авторов законопроекта по изменению ГК являются частным случаем цифровых прав) существует независимо от того, может ли субъект доказать ее принадлежность ему. Если владелец биткоина забыл или потерял пароль (код доступа в электронный кошелек или на электронную площадку), это не означает, что он лишился биткоина. Он должен иметь возможность доказать наличие у него криптовалюты иным способом, и этот способ и должен быть обозначен законодателем.

Таким образом, подобные попытки законодателя дать определение цифровым финансовым активам, предложить терминологию и ограничить сферу их применения следует признать вредными и опасными для гражданского оборота. Тем более, что на сегодняшний день подобные попытки потеряли свою актуальность, поскольку судебная практика не стоит на месте.

Буквально в марте 2018 года один из судов отказал в удовлетворении требования о включении в конкурсную массу должника в деле о банкротстве биткоинов, купленных незадолго до возбуждения дела о банкротстве юридического лица. В результате кредиторы лишились возможности получить значительную денежную сумму в конкурсную массу данного должника, потому что суд не усмотрел признаков имущества у криптовалюты, которая не существует в материальной форме и о существовании которой нельзя найти подтверждения в виде банковского счета. Суд не смутил даже тот факт, что для электронных денежных средств, давно признанных законодательно, также не открывается банковский счет, однако электронные деньги признаются законом имуществом. Но уже в мае по аналогичному требованию другой суд²⁸⁴ вынес противоположное решение, включив в конкурсную массу должника криптовалюту, находящуюся на его электронном кошельке, хотя по мнению должника и суда первой инстанции криптовалюта не является объектом гражданских прав и поэтому не подлежит включению в конкурсную массу.

²⁸⁴ Постановление Девятого арб. апелляционного суда г. Москва 15 мая 2018 по делу № А40-124668/2017.

Апелляционный суд исходил из того, что в силу диспозитивности норм гражданского права в ГК отсутствует закрытый перечень объектов гражданских прав, а действующее законодательство не содержит понятия «иное имущество», поэтому «с учетом современных экономических реалий и уровня развития информационных технологий допустимо максимально широкое его толкование». Суд подчеркнул, что «при невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности и справедливости», а криптовалюта не может быть расценена иначе как иное имущество.

Таким образом, суды быстро ориентируются в экономической обстановке, которая диктуется реалиями сегодняшнего дня, и есть надежда, что адекватные правила поведения, т.е. право, будет сформировано, в том числе судами, до того, как будут приняты неадекватные нормативные акты и последние будут лишь вынуждены урегулировать уже сложившиеся отношения, как это должно быть в правовом государстве.

При этом не следует забывать, что регулятивные отношения, в том числе описанные выше, не могут существовать без гарантии их выполнения путем установления охранительных отношений. При нарушении обязанностей, вытекающих из гражданско-правовых и иных обязательств, должна наступать как гражданско-правовая, так и административная и уголовная ответственность, учитывающая особенности отношений в сфере цифровой экономики. Кроме того, необходимо создание реально действующих механизмов защиты прав субъектов.

В частности, в описанном «деле Царькова» суд вынес решение об обязанности должника, И.И. Царькова, передать финансовому управляющему доступ к криптокошельку (передать пароль) для пополнения конкурсной массы. Однако не указывается, каким образом предстоит действовать судебному исполнителю при отказе И. Царькова добровольно исполнить решение суда. Такой механизм принудительного исполнения судебного решения о перечислении средств криптокошелька другому лицу должен быть создан. И такой вопрос представляется более важным и актуальным, чем создание дефиниций или новая классификация существующих несколько веков объектов гражданских прав. Не видится оснований для изменения системы объектов гражданских прав сегодня, если таковая не подверглась изменениям в связи с не менее революционным прогрессом техники при появлении электричества (а тогда появилась новая вещь, не имеющая физического воплощения – электроэнергия), компьютеров и пр.

Таким образом, законодателю следует отказаться от создания системы понятий и перейти к решению реальных проблем правоприменения – созданию механизмов перехода цифровых финансовых активов в порядке сингулярного и универсального правопреемства (наследование, реорганизация юридических лиц, пр.); установлению мер гражданско-правовой, уголовно-правовой и административно-правовой ответственности, а также составов новых правонарушений; т.п.

При этом нецелесообразным представляется нагнетание обстановки и стремление к порождению проблем, которые прекрасно решаются действующим законодательством без его изменения. В частности, не существует проблемы, поставленной в юридической литературе, о субъекте авторского права, субъекте ответственности и т.п. в случае создания новых объектов искусственным интеллектом. Последний сегодня достиг такого уровня развития, что по разработанной программе, по заданному алгоритму, создает новые произведения (литературные, фото- и пр.). Однако надуманной представляется проблема субъекта прав на созданные произведения, это все равно что искать, кому принадлежат фотографии, сделанные на новом фотоаппарате: изобретателю аппарата, его производителю, его собственнику или самому фотоаппарату. Ответ представляется очевидным и он один и тот же как для фотоаппарата, так и для искусственного интеллекта. То же можно сказать и о субъекте ответственности за вред, причиненный искусственным интеллектом – эта «проблема», как и «проблема отнесения криптовалюты к иному имуществу», легко решается по аналогии закона либо аналогии права.

Наконец, чрезвычайно важно в законодательстве и юридической литературе использовать юридический стиль и язык. Опасным и недопустимым представляется определение новых технологических явлений и процессов с использованием неизвестных праву терминов. Право как категория абсолютная, абстрагированная от конкретных физических явлений, способно осознать, применить и обеспечить свой собственный механизм существования виртуальных явлений. Так, блокчейн – это для юриста не «некая цепочка блоков» (подобные формулировки ничего не скажут юристу, но навязываются как в научных статьях, так и в законопроектах), это электронные записи, т.е. электронные документы и их существование аналогично для юриста существованию не только любого другого электронного документа, но и бумажного. Поскольку документ – это всегда документ. Правовая природа каждого из них определяется исходя из одних и тех же правил.

Также и такое понятие, как смарт-контракт (умный контракт). Его определение как «компьютеризированного или криптографического протокола транзакций, содержащего и выполняющего условия договора» стало устоявшимся не только в среде экономистов и программистов, но и цивилистов, однако такое определение не является правовым и не несет смысловой правовой нагрузки. В праве не существует терминов криптографика, транзакция, а протокол – это протокол общего собрания хозяйственного общества или т.п. документ. Кроме того, договор согласно учению о гражданском праве не может выполнять условия ни свои собственные, ни другого договора. Договор – это соглашение сторон, юридический факт, т.е. конкретное явление, обстоятельство реальной жизни. Т.е. указанное определение представляет с точки зрения российского гражданского права «непереводимую игру слов» и ничего более. Оно является результатом заимствования неюридических понятий и терминов, что не может ничего объяснить с точки зрения права. Так

называемый умный контракт по своей правовой природе, которая должна быть выявлена в определении (не важно - в легальном или доктринальном), скорее всего не является договором, а является способом его заключения и исполнения. Именно из этого и нужно исходить, давая ему юридическое определение.

Таким образом, вышеизложенное позволяет заключить, что право способно регламентировать любые новые отношения, независимо от степени их технологической сложности и технической модернизации, даже при отсутствии существенных изменений законодательства. При этом создание правовой парадигмы существования явлений цифровой экономики возможно только на основе юридических приемов и только с использованием юридической терминологии, что, как приходится констатировать, сегодня игнорируется большинством исследователей феномена цифровой экономики, стремящимся использовать технические и экономические понятия без выявления и обозначения юридических аспектов.

*А.Ю. Брагинец, генеральный директор
ООО «Северо-Западный центр
консалтинга и защиты информации»*

Право собственности как основа правового режима информационных объектов

Одной из широко обсуждаемой в научно-практической среде тем остается вопрос о месте, которое должны занять в системе объектов гражданских прав так называемые «цифровые активы», к которым чаще всего относят такие явления экономической жизни как токены и криптовалюты. Тем не менее, соответствующая проблема не ограничивается определением правовой судьбы указанных сущностей, получающих наиболее широкое освещение в СМИ. Очевидно, что информация, выраженная в объективной форме, способна порождать и другие объекты, которые становятся предметом общественных отношений, связанных с их использованием и распределением (электронные файлы, условные единицы виртуальных валют, визуальные порождения компьютерных игр и т.д.). В таких условиях принципиальный вопрос состоит в том, при каких условиях информация может образовывать самостоятельные объекты гражданских прав, и какому правовому режиму такие объекты должны быть подчинены.

Наиболее распространенная точка зрения состоит в том, что описанные выше объекты (далее для удобства изложения они будут именоваться *информационными объектами*) при условии наличия у них экономической ценности могут быть отнесены к «иному имуществу», упоминаемому в норматив-

ном перечне объектов гражданских прав (ст. 128 ГК РФ)²⁸⁵. Поскольку характеристики иных объектов, прямо перечисленных в указанном перечне (например, вещей и охраняемых результатов интеллектуальной деятельности), чаще всего не свойственны информационным объектам, с указанной позицией сложно не согласиться. Тем не менее, квалификация объекта в качестве имущества сама по себе не является достаточной для определения его правовой судьбы. Гораздо более принципиальным является вопрос о том, на каком праве такой объект может принадлежать субъектам оборота. Ведь от ответа именно на этот вопрос будет зависеть состав правомочий, принадлежащих обладателям информационных объектов.

Одним из возможных решений является вывод о возникновении новой (особой) разновидности абсолютных прав, признаваемых в отношении информационных объектов. Так, М.А. Рожкова отмечает, что «назрела потребность в признании существования в системе абсолютных прав помимо вещных и интеллектуальных еще одной разновидности имущественных прав – прав на новые нематериальные объекты». По мнению автора, открытость перечня, зафиксированного в ст. 128 ГК РФ, «создает правовую основу для признания имущественных прав, носящих абсолютный характер, в отношении и таких экономических активов, которые вовсе не упомянуты в отечественном законодательстве либо мельком упоминаются в законе применительно к другим правовым ситуациям, и таких, которые урегулированы в отечественном законодательстве, но в доктрине не были соответствующим образом классифицированы»²⁸⁶.

Рассматривая описанную позицию, нужно учесть следующее. Если относительные права удовлетворяют интересы кредитора непосредственно за счет активных действий обязанного лица, вступившего в относительное правоотношение, абсолютные права по определению связаны с ограничением свободы всех иных участников оборота. В силу этого абсолютное право всегда должно быть явно предусмотрено и определено законом. Между тем, по понятным причинам действующее законодательство не содержит норм, описывающих состав правомочий, принадлежащих обладателям большинства информационных объектов (например, тех же виртуальных валют). Следовательно, до появления новых законоположений, специально рассчитанных на применение к новым видам экономических благ, их фактические держатели вынуждены оставаться без правовой защиты своих интересов. В свете вышеизложенного более оптимальным представляется иной подход к определению правового режима новейших объектов оборота.

²⁸⁵ Савельев А.И. Криптовалюты в системе объектов гражданских прав // Закон. 2017. № 8. С. 136 – 153; Савельев А.И. Правовая природа виртуальных объектов, приобретаемых за реальные деньги в многопользовательских играх // Вестник гражданского права. 2014. № 1. С. 127 – 150.

²⁸⁶ Рожкова М.А. Об имущественных правах на нематериальные объекты в системе абсолютных прав (часть вторая – общее о правах на новые объекты, деловая репутация и некоторые «нематериальные блага») [Электронный ресурс] // Закон.ру. 2018. URL: https://zakon.ru/blog/2018/12/23/ob_imuschestvennyh_pravah_na_nematerialnye_obekty_v_sisteme_absolyutnyh_prav_chast_vtoraya__obschee_#_ftn2.

Как уже отмечено выше, отнесение некоего явления к объектам гражданских прав имеет правовой смысл только при условии одновременного определения правового режима такого явления²⁸⁷. Соответственно, указав среди объектов гражданских прав «иное имущество», законодатель либо имел в виду некий круг объектов, прямо не перечисленных в ст. 128 ГК РФ, но при этом имеющих собственный правовой режим, либо внес в перечень объектов гражданских прав абстрактное понятие, которое определяет группу явлений, не имеющих собственного правового статуса. Последнее предположение, очевидно, является менее предпочтительным. Тем не менее, формулировки закона, которые могут потенциально рассматриваться в качестве устанавливающих правовой режим имущества в целом, интерпретируются в доктрине ограничительным образом.

Например, в ст. 209 ГК РФ законодатель упоминает о праве собственности в отношении «имущества» как такового. Тем не менее, в отечественной цивилистике преобладает позиция, согласно которой объектами права собственности в гражданско-правовом смысле этого слова могут являться только вещи²⁸⁸. Использование законодателем при описании объекта права собственности термина «имущество» рассматривается сторонниками данного подхода как проявление осторожности, связанной с наличием аналогичных формулировок в кодификациях других стран²⁸⁹. Сторонники более широкого понимания, предполагающего признание права собственности в отношении имущества в широком смысле этого слова, не снискали поддержки среди цивилистов. Расширительная интерпретация сферы действия положений о праве собственности считается ими свойственной скорее конституционному праву, которое оперирует абстрактным правом собственности как олицетворением гарантии целостности имущественной сферы граждан.

Ограничительная интерпретация сферы применения положений о праве собственности имеет ряд неочевидных последствий. Отрицая применимость права собственности к иным сущностям, помимо вещей, следует констатировать, что все иные типы имущества подчиняются иному правовому режиму. Однако, если для безналичных денежных средств и бездокументарных ценных бумаг такое решение не порождает практических проблем (в последние годы их правовой режим был весьма подробно урегулирован), то в отношении «иного имущества» аналогичный вывод сделать

²⁸⁷ Белов В.А. Объект субъективного гражданского права, объект гражданского правоотношения и объект гражданского оборота: содержание и соотношение понятий // Объекты гражданского оборота: Сб. статей / Отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2007. С. 6 – 77; Сенчищев В.И. Объект гражданского правоотношения. Общее понятие // Актуальные вопросы гражданского права / Под ред. М.И. Брагинского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. М.: Изд-во «Статут». 1998. С. 139 – 158.

²⁸⁸ Федотов Д.В. Бестелесное имущество в гражданском праве: монография М.: ИНФРА-М, 2017.

²⁸⁹ Рыбалов А.О. Право собственности (комментарии к ст. 209 ГК РФ). М., М-Логос, 2017. С. 15.

нельзя. Фактически, сведение возможных объектов права собственности исключительно к вещам приводит к бессмысленности квалификации более широкой категории имущества в качестве объекта гражданских прав, так как иного правового режима, помимо права собственности, для имущества как такового в законе не предусмотрено.

Критический взгляд на доводы, противопоставляемые признанию права собственности в отношении иных объектов, кроме вещей, не позволяет признать их достаточно убедительными. Так, аргументы лексического толка, ссылающиеся на название Раздела II Части 1 ГК РФ («Право собственности и другие вещные права»), представляются наиболее спорными. Дискуссия фактически сводится к тому, что является в большей степени «случайным»: использование в ст. 209 ГК РФ термина «имущество» вместо «вещь», или же включение указанной статьи в раздел с упомянутым выше названием. Учитывая отсутствие упоминаний о вещах во всех статьях ГК РФ с 209 по 215, с равной степенью обоснованности можно предположить, что они должны были быть выделены в отдельную главу за пределами Раздела II, посвященного вещным правам. В таком случае, указанные статьи образовали бы общие положения о праве собственности как наиболее полном абсолютном праве, а дальнейший текст (начиная со ст. 216) определял бы специфику права собственности на материальные объекты (вещи). Аналогичным образом следует охарактеризовать второй из наиболее популярных аргументов против распространения права собственности на иные объекты, кроме вещей, а именно ссылку на невозможность применения к таким объектам большинства норм о праве собственности. Между тем, все без исключения нормы о праве собственности могут быть применены даже не ко всем вещам, но последним в связи с этим не отказывается в статусе объектов права собственности²⁹⁰.

Д.В. Федотов рассматривает в качестве наиболее убедительного аргумента против распространения права собственности на иные объекты, кроме вещей, невозможность владеть такими объектами²⁹¹. Описанный довод можно было бы признать справедливым при условии достижения хотя бы конвенционального согласия по поводу того, что следует понимать под владением. В то же время, ни о каком консенсусе в данном вопросе говорить не приходится, а, значит, нельзя однозначно констатировать невозможность осуществления данного полномочия в отношении нематериальных объектов. В качестве иллюстрации можно привести позицию К.П. Победоносцева, который понимал под владением прежде всего «содержание предмета в своей власти, с целью и намерением держать его на свое имя, за собой»²⁹². В целом, характеристика

²⁹⁰ Федотов Д.В. К вопросу о включении бестелесного имущества в число объектов права собственности // Юрист. – 2013. – № 23. С. 39 – 42.

²⁹¹ Федотов Д.В. Там же.

²⁹² Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Первая часть: Вотчинные права М.: Статут, 2002. С. 222.

владения через категорию осуществления власти или господства над предметом характерна для воззрений и других авторов²⁹³.

Господство над неким объектом, то есть осуществление контроля над его использованием, может осуществляться и в отсутствие у такого объекта устойчивой вещественной формы. Например, фактическое господство над компьютерными файлами, записанными в память ЭВМ, опосредовано средствами вычислительной техники, которые включают как аппаратную составляющую, так и программное обеспечение. Между тем, опосредованный характер господства в рассматриваемом случае не нивелирует объективный факт его наличия.

С учетом вышеизложенного представляется, что в настоящее время отсутствуют непреодолимые препятствия для буквального толкования текста закона и интерпретации права собственности в качестве наиболее полного абсолютного права, характеризующего принадлежность определенному лицу любого объекта, квалифицируемого как «имущество», а не только вещей. Такой подход согласуется с подходом, описанным в Модельных правилах европейского частного права (DCFR), согласно которым «право собственности» (*ownership*) понимается как «наиболее полное право, которое лицо, «собственник», может иметь в отношении имущества, включая, насколько это согласуется с применимыми законами или правами, предоставленными собственником третьим лицам, исключительное право пользоваться, обладать, изменять, уничтожать, распоряжаться и истребовать имущество»²⁹⁴. Представляется, что такой подход в наибольшей степени соответствует экономическому назначению права собственности как права, опосредующего отношения присвоения внешних по отношению к человеку благ.

В современных экономических условиях следует понимать право собственности как наиболее полное абсолютное право на объект, позволяющее осуществлять владение, пользование и распоряжение объектом, которое должно признается в отношении всех объектов гражданских прав, относимых к имуществу. Безусловно, правовой статус отдельных видов имущества (вещей, бездокументарных ценных бумаг и некоторых других) определяется законом с большей степенью детализации, но это не исключает возможность квалификации в качестве имущества иных объектов, прямо не поименованных в тексте закона (в том числе, информационных).

Условия, при которых информационный объект может быть охарактеризован как имущество – предмет отдельного разговора. Тем не менее, можно с уверенностью сказать, что право служит справедливому распределению благ, а, значит, по мере появления новых их видов они должны не выпадать из сферы правового регулирования до тех пор, пока законодатель не обратит на них внимание, а пользоваться защитой правопорядка.

²⁹³ Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. М.: Статут, 2010. С. 542.

²⁹⁴ Модельные правила европейского частного права / Пер. с англ.; Науч. ред. Н.Ю. Рассказова. М.: Статут, 2013.

В заключение следует отметить, что сказанное выше не стоит воспринимать как призыв пересмотреть представления о содержании права собственности в его узком понимании, то есть как о наиболее полном абсолютном праве, признаваемом в отношении вещей. Тем более, не следует понимать сказанное как призыв распространить положения о вещном праве собственности на все иные виды имущества, не являющиеся вещами. Право собственности на информационные объекты характеризуется триадой правомочий владения, пользования и распоряжения. Однако не вызывает сомнений, что юридическое наполнение указанных правомочий должно зависеть от специфики конкретного информационного объекта. Выявление указанной специфики, а также её влияния на состав принадлежащих собственнику полномочий – одна из важных задач, которую еще предстоит решить ученым и практикам.

*К.О. Брикса, старший преподаватель
кафедры гражданского права
Санкт-Петербургской юридической академии*

Проблемы применения конструкции тотального залога в гражданском праве

С 1 января 2015 года в российском законодательстве начала функционировать новая конструкция обеспечения исполнения обязательств – «тотальный залог», предусматривающий возможность залогодателя в качестве предмета залога указать на залог всего своего имущества, что предусмотрено абз. 2 п. 2 ст. 339 ГК РФ.

Тотальным называют залог всего имущества, которое принадлежит залогодателю на праве собственности на момент заключения договора залога.

Важно отметить, что понятие тотального залога применимо только к коммерческим организациям. Физические лица лишены права заложить таким способом всё принадлежащие им на праве собственности вещи.

Важно отметить, что в науке еще не выработан единообразный подход к обозначению данной обеспечительной конструкции. Так, Р.С. Бевзенко предлагает обозначать такую форму обеспечения термином «тотальный залог»²⁹⁵. В свою очередь, Б.М. Гонгало раскритиковал данный термин и отметил, что слово «тотальный» прочно связано со словом «война»²⁹⁶, как следствие, при-

²⁹⁵ Бевзенко Р.С. Борьба за залог: третий этап реформы залогового права России // Вестник гражданского права. 2015. № 2, С. 30.

²⁹⁶ Кодификация российского частного права 2015 / Под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2015; Гонгало Б.М. Развитие кодификации законодательства о залоге: трансформация понятий // СПС «КонсультантПлюс».

менение данного термина в рамках анализируемой конструкции нецелесообразно. Еще одним вариантом обозначения предусмотренного абз. 2 п. 2 ст. 339 ГК РФ способа обеспечения стал термин «генеральный залог»²⁹⁷, предложенный Е.А. Евдокимовой. А.С. Нарижный предлагает использовать третий вариант – термин «универсальный залог». Возможно, включение в ГК РФ конкретного термина, характеризующего данный вид залога, исключит дальнейшие дискуссии, однако по мнению автора статьи принципиального значения вопрос о наименовании данной конструкции не имеет.

Р.С. Бевзенко сравнивает тотальный залог с известным в праве западных стран плавающим обеспечением (*floating charge*) и отмечает несколько отличительных признаков:

1. Плавающее обеспечение как обременение наступает при просрочке должника, а не с момента установления. Если говорить о тотальном залоге, то имущество считается обремененным с момента установления залога.

2. Плавающее обеспечение не предоставляет полноценного приоритета получившему такое обеспечение кредитору. То есть если на отдельное имущество будет впоследствии установлено фиксированное обеспечение, то оно, даже будучи более поздним по времени, будет иметь приоритет над более ранним плавающим обеспечением. Что касается тотального залога, то там такого не наблюдается²⁹⁸.

Ряд вопросов, регламентирующий тотальный залог, не решен в законодательстве, что вызывает некоторые трудности при применении данного способа обеспечения исполнения обязательств; во многом это обусловлено тем, что регулирование данного вида залога осуществляется всего лишь одним пунктом статьи ГК РФ, что является ничтожно малым по сравнению с объемом параграфа, посвященной залогом как таковому. Можно выделить следующие проблемные вопросы, связанные с договором тотального залога:

1. Не решен вопрос о том, охватывает ли тотальный залог только то имущество, которое принадлежит залогодателю на момент заключения договора залога, или же тотальный залог охватывает еще и то имущество, которое залогодатель приобретет в будущем. По мнению А.А. Маковской «неочевидно, что тотальный залог распространяется на будущие вещи, и такого указания нет в законодательстве. Нет положения о том, что все приобретенное подпадает под тотальный залог, как в залоге товаров в обороте»²⁹⁹. Между тем Р.С. Бевзенко придерживается иной позиции в данном вопросе: он определяет тотальный залог как «купол», который как бы покрывает имущество залогодателя, как следствие, все активы, которые попали либо попадут под этот «купол», автоматически обременяются залогом; из-под этого «купола» вещи

²⁹⁷ Евдокимова Е.А. Сверхстаршинство определенной категории залогодержателей: сравнительно-правовое исследование // Закон. 2015. № 7 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁹⁸ Бевзенко Р.С. Борьба за залог: третий этап реформы залогового права России // Вестник гражданского права. 2015. № 2. С. 30-31.

²⁹⁹ Маковская А.А. Незавершенная реформа норм Гражданского кодекса о вещных правах и ипотека // Закон. 2018. № 12. С. 53-62.

также выходят обремененными³⁰⁰. По мнению автора статьи позиция Р.С. Бевзенко является более обоснованной, однако ничто, кроме нормы закона или выработанной судебной практики, не может ответить на вопрос, какую идею в действительности заложил законодатель при формулировании данной нормы.

2. О. Визгалин указывает на следующий проблемный вопрос: так как при залоге всего имущества режим залога сохраняется при отчуждении имущества, то возникают практические вопросы контроля наличия и состояния такого имущества, согласования передачи любого имущества залогодателя, а также внесения изменений в реестр уведомлений о залоге движимого имущества³⁰¹. Действительно неясно, каким образом нужно фиксировать обременение каждой новой вещи. Если объем имущества залогодателя постоянно увеличивается, то как залогодержатель может уследить за тем, чтобы оно, по выражению Р.С. Бевзенко, своевременно покрылось «куполлом», а не быстро ушло из имущественной массы залогодателя, не успев обремениться залогом?

3. Регистрация уведомления о залоге всего имущества в реестре уведомлений о залоге движимого имущества без указания идентификационных признаков такого имущества является непрактичной и нецелесообразной. С одной стороны, добросовестный приобретатель, проверив данный реестр в отношении юридического лица, должен установить, что все имущество уже обременено залогом. С другой стороны, если приобретатель выберет другой вариант проверки – по идентификационным признакам, которые в данном реестре отсутствуют, то он не поймет, что данное имущество в залоге³⁰², как следствие, покупатель по незнанию может оказаться в ситуации, когда он купит вещь, находящуюся в залоге.

В качестве примера А.А. Зябликов описывает следующую ситуацию: «вы покупаете в магазине дорогую шубу и дарите ее, а через некоторое время к человеку, которому был сделан подарок, приходит исполнитель и забирает шубу для наложения на нее взыскания. В этом случае в силу вступает институт добросовестного приобретателя заложенного имущества. При этом имеет место вопрос о том, был ли такой залог зарегистрирован в органах нотариата в установленном порядке? Если залог был зарегистрирован, то значит ли это, что потребитель «должен был знать» о нем?»³⁰³.

³⁰⁰ Бевзенко Р.С. Борьба за залог: третий этап реформы залогового права России // Вестник гражданского права. 2015. № 2. С. 31.

³⁰¹ Визгалин О. Особенности оформления залога движимого имущества в проектной финансировании // Банковское обозрение. Приложение «BEST PRACTICE». 2017. № 2. С. 86-90.

³⁰² Там же.

³⁰³ Зябликов А.А. Новеллы российского залогового права: глобальное обеспечение и отдельные виды залога // Опыты цивилистического исследования: Сборник статей / Д.В. Гудков, И.И. Зикун, А.А. Зябликов и др. М.: Статут, 2016 // СПС «КонсультантПлюс».

По мнению Р.С. Бевзенко вероятность того, что потребители будут озабочиваться с реестром уведомлений о залоге при заключении сделок по приобретению техники, крайне мала. При этом здесь важно учитывать не столько то, что гражданин-потребитель является стороной со слабой переговорной позицией, а то, что в стандарт потребительского поведения, предшествующего заключению договора не включает анализ тех или иных сторонних информационных ресурсов³⁰⁴.

4. Законодателем не решена проблема обременения тотальным залогом таких видов имущества, для возникновения залога на которые необходимо прохождение специальных процедур, например, регистрации³⁰⁵.

А.Л. Маковский в связи с этим высказывал позицию, согласно которой условие о тотальном залоге означает, что правила об отдельных видах залога действовать не будут. А.Л. Маковский говорил о том, что при ином понимании этого условия, оно утрачивает смысл: «зачем брать в залог «все имущество» предпринимателя, какое может оказаться у него на момент обращения взыскания, если при этом все равно нельзя будет обратиться взыскание на деньги на его счетах?»³⁰⁶.

Прямо противоположной позиции придерживается А.А. Зябликов, указывающий на то, что для отдельных видов имущества (исключительных прав, прав участника общества с ограниченной ответственностью, ценных бумаг, недвижимые вещи) требуется отдельная регистрация, так как нормы, регламентирующие залог указанного имущества, являются специальными по отношению к норме о тотальном залоге³⁰⁷, содержащейся в абз. 2 п. 2 ст. 339 ГК РФ.

А.А. Маковская придерживается аналогичной позиции и отмечает, что тотальный залог, даже будучи учтенным в нотариальном реестре уведомлений о залоге, не может породить залоговые права, если для возникновения залога требуется специальная, правоустанавливающая регистрация (например, залог недвижимости). Это связано с тем, что для такого рода залогов требуется описание заложенного имущества, чего, конечно, нет и не может быть при тотальном залоге³⁰⁸.

По мнению автора статьи позиция А.Л. Маковского является несостоятельной и противоречит началам разумности и справедливости.

Таким образом, можно прийти к выводу о том, что нормы о тотальном залоге не проработаны законодателем должным образом и требуют существенных изменений в части описанных проблемных вопросов. Как следствие, трудно оценить ту роль, которую будет играть данный вид залога на практике.

³⁰⁴ Бевзенко Р.С. Борьба за залог: третий этап реформы залогового права России // Вестник гражданского права. 2015. № 2. С. 32.

³⁰⁵ Нарижный А.С. Универсальный залог в свете законодательства о защите конкуренции // Конкурентное право. 2016. № 3. С. 41-44.

³⁰⁶ Маковский А.Л. Собственный опыт – дорогая школа // Актуальные проблемы частного права: Сборник статей к юбилею П.В. Крашенинникова / Отв. ред. Б.М. Гонгало, В.С. Ем. М.: Статут, 2014 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁰⁷ Зябликов А.А. Указ.соч.

³⁰⁸ Маковская А.А. Незавершенная реформа норм Гражданского кодекса о вещных правах и ипотека // Закон. 2018. № 12. С. 53-62.

*О.И. Горколыцева, аудитор,
Санкт-Петербург*

Вексель – больше не заем

С 1 июня 2018 года в соответствии с Федеральным законом от 26.07.2017 № 212-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» вступили в силу существенные корректировки главы 42 Гражданского кодекса РФ (далее - ГК РФ), посвященной заемным отношениям. Одно из долгожданных изменений - признание утратившей силу статьи 815 ГК РФ, которая содержала легальную дефиницию векселя. Следует отметить, что еще в 2009 году разработчики проекта Концепции о ценных бумагах и финансовых сделках предлагали исключить из ГК РФ статью 815 «Вексель»³⁰⁹. Так, в проекте концепции указывалось, что указанная статья редко использовалась на практике, поскольку соответствующие отношения регулируются специальным законодательством³¹⁰. Не раз подчеркивалось противоречие положений ГК РФ и специального законодательства, а также формального ограничения его применения³¹¹.

На фоне проведенных изменений возникает вопрос о последствиях исключения статьи 815 из ГК РФ, а именно о законности сделок по передаче денежных средств под вексельное обязательство.

Следует отметить, что вопрос о существовании гражданских правоотношений, порождающих вексель (и порождающих обязанность выдать вексель) является далеко не праздным. Согласно статье 16 Приложения № 2 к Женевской конвенции³¹², отношения, которые составляют основание выдачи документа (векселя) остаются за пределами Единообразного закона. То есть предполагается, что действительность вексельного обязательства не может рассматриваться в зависимости от обстоятельств, лежавших в основании выдачи векселя.

³⁰⁹ См.: Проект Концепции развития законодательства о ценных бумагах и финансовых сделках [Электронный ресурс] // Вестник гражданского права. 2009. № 2. С.15. Режим доступа - СПС «Консультант плюс».

³¹⁰ Основополагающими национальными законодательными актами, регулирующими вексельное обращение, являются: Положение о переводном и простом векселе, утвержденное Постановлением ЦИК и СНК СССР от 7 августа 1937 г. № 104/1341 «О введении в действие Положения о переводном и простом векселе» (далее в тексте – Положение о векселях) и Федеральный закон от 11 марта 1997 года № 48-ФЗ «О переводном и простом векселе» (далее в тексте – Закон о векселях).

³¹¹ См.: Проект Концепции развития законодательства о ценных бумагах и финансовых сделках [Электронный ресурс] // Вестник гражданского права. 2009. № 2. С.15. Режим доступа - СПС «Консультант плюс».

³¹² Приложение №2 к Женевской Конвенции о Единообразном законе о переводном и простом векселе от 07.06.1930 г. № 358 [Электронный ресурс]// Режим доступа - СПС «Консультант плюс».

Законодательство не устанавливает (не определяет) конкретной юридической причины выдачи векселя. Ее можно вывести исходя из п.15 Постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 4.12.2000 г. № 33/14 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с обращением векселей» (далее – Постановление № 33/14), где в качестве основания вексельной сделки указываются «личные отношения»³¹³. Под личными отношениями, исходя из Постановления № 33/14, следует понимать все отношения лица, к которому предъявляется требование по векселю, основанные на юридических фактах³¹⁴. Указанные отношения можно установить общегражданским законодательством как возможный, но не исключительный вариант.³¹⁵

На наш взгляд, в качестве наиболее подходящей юридической причины, лежащей в основе выдачи векселя, представляется гражданско-правовая сделка, порождающая собственно обязанность составителя векселя подписать этот документ и вручить его первому держателю. То есть контрагенты должны договориться о выдаче векселя. Однако следует отметить, что основанием выдачи векселя будет любая законная гражданско-правовая сделка, которая по своей природе не входит в противоречие существу сделки по выдаче векселя.

Законодательство не запрещает совершать сделки, при которых одна сторона передает денежные средства, другая их принимая, берет на себя вексельное обязательство. На основании принципа свободы договора (п. 2 ст. 421 ГК РФ) заключение подобного рода сделок возможно с учетом отсутствия противоречий законодательству, в том числе и специальному. Также следует отметить, что в связи с проведенными изменениями, вексель утратил статус «своеобразной долговой расписки», оставаясь при этом ценной бумагой. Соответственно, следует учитывать, что в отсутствие возможности применения положений главы 42 ГК РФ к данным отношениям, необходимо подробно и четко формулировать права и обязанности сторон в рамках конкретных сделок.

Следует отметить, что нахождение определения векселя только лишь в параграфе «заем» в ГК РФ создавало ложное впечатление, что вексель является только лишь инструментом займа - ни больше, ни меньше. Долгое время многие авторы полагали, что неотъемлемое основание выдачи векселя - это сделка займа.

Например, в своем диссертационном исследовании «Вексель в системе российских ценных бумаг» А.В. Габов указывает, что «в переводном векселе плательщик обязуется безо всяких условий вернуть полученные займы денежные суммы в установленный срок»³¹⁶.

³¹³ Постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 4.12.2000 г. № 33/14 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с обращением векселей» // Вестник ВАС РФ. 2001. № 2.

³¹⁴ Там же.

³¹⁵ Гудков Ф. А. Вексель. Порядок использования и особенности налогообложения М.: Эксмо, 2010. С.67.

³¹⁶ Габов А.В. Вексель в системе российских ценных бумаг. Автореф. дисс. канд. юрид. наук: 12.00.03 / Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. М., 1999. С. 12.

Б.М. Митин утверждает, что « вексель представляет собой договор займа, оформленный в виде ценной бумаги с определенным набором реквизитов (ст. 815 ГК РФ). Другими словами, у векселя две стороны: это заем и одновременно имущество, так как ценные бумаги - вид движимого имущества»³¹⁷.

На данный момент развитие вексельных отношений привело к тому, что вексель стал достаточно многофункциональной ценной бумагой. В работах многих авторов прослеживается позиция о том, что законодатель во все и не преследовал цели «привязать» вексель к займу.³¹⁸ Так, например, существующее в экономической литературе мнение, что под термином «облигационный заем» понимаются не только облигации, признаваемые таковыми гражданским правом, но и закладные, векселя и другие инструменты, Е.Н.Абрамова считает неприемлимым, поскольку как юридическая, так и экономическая литература должны основываться на нормах действующего законодательства, а не на отвлеченных теориях, чаще всего зарубежного происхождения³¹⁹.

Среди оснований вексельных обязательств можно выделить «вексельный кредит», получивший достаточно широкое распространение в специальной литературе и судебной практике³²⁰.

Практика применения вексельных кредитов немного преобразовала саму суть отношений. Сейчас клиент получает от векселедателя (обычно это банки) в собственность некоторое количество векселей, выписанных на его имя. Держатель может распоряжаться этими векселями, и остается должен векселедателю денежные средства (номинальную сумму векселей и проценты за пользование). Однако, как правило, данный кредит обычно оформляется в два этапа. Первый – предоставление клиенту денежного кредита (кредитный договор). Второй – приобретение клиентом за счет этих денежных средств, простых векселей у банка-кредитора (договор о приобретении векселей).

Среди оснований следует отметить предусмотренные ст. 414 ГК РФ сделки новации. Первоначальные обязательства прекращаются путем замены их обязательствами, удостоверенными векселем. В основном на практике распространены сделки новации денежных обязательств по оплате товаров, работ, услуг. Также имеют место и применительно к обязательствам, вытекающим из договоров денежного займа и кредита. Действующему гражданскому

³¹⁷ Митин Б.М. Векселя и взаимозачеты: налоги, учет, арбитражная практика. М.: Современная экономика и право. 2000. С.5.

³¹⁸ Белов В.А. Практика вексельного права. М.: ЮрИнформ, 1998. С.23.

³¹⁹ Абрамова Е.Н. К вопросу о понятии облигации // Право и экономика. 2012. № 1. С. 75 - 79.

³²⁰ См.: Суханов Е.А. Гражданско-правовое регулирование банковской деятельности. Учебное пособие / Под ред. Е.А. Суханова. М.: Учебно-консультационный центр «ЮрИнфоР», 1997. С. 61; Вестник ВАС РФ, 1997. № 12. С. 45 – 46; Гудков Ф.А. Вексель. Порядок использования и особенности налогообложения. М.: Эксмо, 2010. С.78.

законодательству не противоречит переоформление векселем даже просроченной задолженности по кредиту и начисленных по нему процентов.³²¹ Операция новации денежных обязательств, вытекающих из депозитного договора, также не противоречит законодательству. Иногда, на практике встречаются случаи, когда банк и клиент прибегали к новации в вексельное обязательство обязательства банка по расчетному счету клиента³²².

Следует упомянуть еще одно основание выдачи векселя – договор купли-продажи товаров, работ, услуг. С одной стороны в данном договоре просматриваются положения о продаже товаров, работ, услуг, а с другой – обязательство покупателя выдать соответствующий вексель. В вексельной литературе нередко подобные отношения называют «формой коммерческого кредита»³²³.

Однако нельзя забывать о том, что понятие «коммерческий кредит» в ГК РФ связывается с пользованием деньгами, предназначенных для оплаты товара. В случае выдачи векселя против товаров, передачи денег вперед оплаты нет, выдача векселя обычно связана с исполнением обязанности покупателя товара, поэтому о пользовании здесь речь не идет. Здесь обязательства одной стороны изначально состояли в том, чтобы передать товар, а другой – выдать вексель. В отличие от выдачи векселя по сделке новации, эта модель отношений не требует никаких соглашений о новации, а также не подразумевает в рамках указанного договора образование иных обязанностей векселедателя, кроме обязательств по выдаче векселя. Обычно в таких договорах указывается, что «оплату товара покупатель осуществляет путем выдачи векселя»³²⁴.

По поводу другого основания выдачи векселя, рассуждения велись еще сто лет назад. Так, В.И. Снигирев указывал в своих работах, что вексель может также служить средством обеспечения обязательства³²⁵. Вексель может обеспечивать исполнение другого (основного) обязательства. Например, если основное обязательство нарушается, то кредитор удовлетворяет свои требования по основному долгу за счет векселя, который был выдан в обеспечение исполнения этого обязательства. Все указанное должно быть оформлено договором.

На данный момент развитие вексельных отношений привело к тому, что вексель стал достаточно многофункциональной ценной бумагой. Исключение из ГК РФ статьи 815 «Вексель» не означает, что под вексель не могут быть предоставлены денежные средства. Вексель можно было упомянуть в любой

³²¹ Письмо ЦБ РФ от 05.02.1996 N 28-4-2-8/138 «О переоформлении просроченной задолженности по кредиту, а также процентов по нему векселем» [Электронный ресурс]// Режим доступа - СПС «Консультант плюс».

³²² Гудков Ф.А. Вексель. Порядок использования и особенности налогообложения М.: Эксмо, 2010. С.85.

³²³ Марков П.А. Судебная практика в вексельных правоотношениях // Право и экономика. 2007. № 4. С. 19.

³²⁴ Савицкая Ю. Кредит, который подходит именно вам // Расчет. 2004. № 1. С. 30.

³²⁵ Снигирев В.И. Дружеские и бронзовые векселя. Историческое, бытовое и юридическое исследование. СПб, 1911. С. 12.

главе ГК РФ, которая регламентирует долговые обязательства, вытекающие из различных договоров. Роль векселя неоценима и неразрывно связана с основаниями его выдачи, которые в современном положении находятся в прямой зависимости от потребности воздействия данной ценной бумаги на имущественные отношения.

*В.В. Грачев, канд. юрид. наук
доцент кафедры гражданского права и процесса
ЯрГУ им. П.Г. Демидова*

Способы обособления объекта доверительного управления

Доверительное управление имуществом предполагает его обособление от иного имущества учредителя управления, а также от имущества доверительного управляющего (п. 1 ст. 1018 ГК РФ). Существует две цели такого обособления: внутренняя и внешняя.

Внутренняя цель состоит в создании имущественной определенности между участниками правоотношения по доверительному управлению. Обособление требуется для контроля за деятельностью доверительного управляющего, в частности за выявлением финансового результата управления, состоянием расчетов с выгодоприобретателем, сохранностью объекта доверительного управления и т.п. В этом случае сведения об обособлении используются только участниками правоотношения.

Внешняя цель обособления предназначена для использования иными лицами, не являющимися субъектами доверительного управления. Это обособление, прежде всего, призвано обеспечить *ограниченный исполнительский иммунитет*, закрепленный в п. 2 ст. 1018 ГК РФ: обращение взыскания по долгам учредителя управления на имущество, переданное им в доверительное управление, не допускается, за исключением несостоятельности (банкротства) этого лица. Является ли имущество объектом доверительного управления, здесь должно быть понятно не только субъектам доверительного управления, но также взыскателю, судебному приставу-исполнителю и т.п.

Я выделяю *четыре способа* обособления: учетный, юридический, физический и финансовый.

По мысли законодателя, обособление достигается, прежде всего, *учетным* путем (п. 1 ст. 1018 ГК РФ). Если управляющим является коммерческая или некоммерческая организация, то объект управления и операции по нему учитываются на отдельном балансе. Хотя индивидуальные предприниматели и граждане, не являющиеся предпринимателями, не составляют бухгалтерскую отчетность в виде бухгалтерского баланса, тем не менее в случае осуществления деятельности по доверительному управлению они также обязаны

обеспечить ведение отдельного учета по типу формирования отдельного баланса. Для некоторых специально-регламентированных видов доверительного управления законодательство устанавливает особые правила учетного обособления. Так, например, при доверительном управлении бездокументарными ценными бумагами паевой инвестиционный фонд должен открыть отдельный счет (счета) депо (п. 2 ст. 15 Федерального закона от 29 ноября 2001 г. № 156-ФЗ (в ред. от 31 декабря 2017 г.) «Об инвестиционных фондах») ³²⁶.

Учетный способ обособления вполне способен удовлетворить участников правоотношения, а именно учредителя управления, доверительного управляющего и выгодоприобретателя. Однако для стороннего лица, в частности, взыскателя, одного этого способа явно недостаточно. Учетная информация может быть недоступна для него, она легко искажается недобросовестным доверительным управляющим и (или) учредителем управления, учет может вестись неуправомоченным на то лицом и т.п. Самое важное, что в отношениях со сторонними лицами учету не придается юридическое значение. При отсутствии учета имущества как переданного в доверительное управление, оно тем не менее может быть признано таковым, и наоборот.

Самостоятельным способом обособления выступает *финансовый* способ, сформулированный в третьем предложении п. 1 ст. 1018 ГК РФ следующим образом: «Для расчетов по деятельности, связанной с доверительным управлением, открывается отдельный банковский счет». Разумеется, он касается только денежных средств. В силу п. 2 ст. 1013 ГК РФ не могут быть самостоятельным объектом доверительного управления деньги, за исключением случаев, предусмотренных законом. Вместе с тем деньги могут быть получены не только от учредителя управления, но и в процессе осуществления деятельности по доверительному управлению. Так, например, на банковский счет зачисляется арендная плата за сданное в аренду имущество учредителя управления, подлежащая в последующем перечислению выгодоприобретателю; если управляющий продал одни ценные бумаги и собирается за счет выручки от продажи приобрести другие, то вырученные денежные средства также должны быть зачислены и списаны с соответствующего банковского счета. Распространяется ли исполнительский иммунитет на эти денежные средства? Ведь в п. 2 ст. 1018 ГК РФ упоминается лишь имущество, *переданное* в доверительное управление.

Закон не содержит прямого ответа на данный вопрос. Согласно п. 2 ст. 1020 ГК РФ права, приобретенные доверительным управляющим в результате своей деятельности, включаются в состав *переданного* в доверительное управление имущества. Видимо, с безличными денежными средствами вопрос должен быть решен аналогичным образом. Поэтому находящиеся на отдельном банковском счете денежные средства подпадают под

³²⁶ Специфика обособления объектов доверительного управления в ПИФе нуждается в специальном исследовании, которое уже проводилось в литературе (см.: Зайцев О.Р. Договор доверительного управления паевым инвестиционным фондом. М., 2006. С. 165 и след.).

действие исполнительского иммунитета. Заинтересованное лицо вправе требовать обращения на них взыскания, доказывая, что они поступили на банковский счет не в соответствии с договором доверительного управления имуществом (например, были перечислены учредителем управления в нарушение п. 2 ст. 1013 ГК РФ).

Более значимым чем учетный способ выступает *юридическое* обособление имущества, предусмотренное предписаниями абз. 1 и 2 п. 1 ст. 1016 ГК РФ, которые требуют указания в договоре состава имущества, передаваемого в доверительное управление. Будучи существенным условием договора, это положение не определяет того, какое имущество передано в управление. Само по себе заключение договора с указанием имущества, подлежащего передаче, не означает передачу имущества управляющему.

Передача может сопровождаться составлением документа, отражающего факт передачи (например, акта приема-передачи). В этом случае имущество считается объектом доверительного управления, если оно фигурирует в договоре доверительного управления и документе о передаче. Если стороны по каким-либо причинам не составили передаточный документ, то доказательством обособления служит наряду с содержанием договора факт нахождения имущества у доверительного управляющего (см. ниже).

Для передачи в доверительное управление недвижимости составление акта приема-передачи необходимо. Согласно второму предложению п. 2 ст. 1017 ГК РФ передача недвижимого имущества в доверительное управление подлежит государственной регистрации в том же порядке, что и переход права собственности на это имущество. Регистрация перехода права собственности осуществляется на основании договора продажи недвижимости и акту или иному документу о передаче, составленному в соответствии с п. 1 ст. 556 ГК РФ. Следовательно, для передачи недвижимого имущества в доверительное управление также необходим акт или иной документ о передаче.

Заметим, что положение о состоявшейся передаче может быть включено в сам текст договора доверительного управления имуществом, который в этом случае выполняет также роль передаточного документа.

Большинство отечественных цивилистов рассматривают договор доверительного управления имуществом в качестве *реального договора*³²⁷. В связи с этим обнаруживается недоразумение, допущенное законодателем в п. 3 ст. 1017 ГК РФ. Несоблюдение требования о государственной регистрации передачи недвижимого имущества в доверительное управление, по указанию законодателя, влечет недействительность договора. Согласиться с этим нельзя. Если рассматривать договор доверительного управления в качестве реального договора, то от-

³²⁷ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья: договоры о выполнении работ и оказании услуг. М., 2002. С. 823; Российское гражданское право / под ред. Е.А. Суханова. 2-е изд. М., 2011. Т. 2. С. 815 (автор главы – Е.А. Суханов).

сутствие регистрации перехода имущества означает юридическое отсутствие передачи объекта доверительного управления и, в свою очередь, *незаключенность* договора доверительного управления. Даже если признать договор консенсуальным, то отсутствие регистрации передачи имущества означает лишь неисполнение заключенного договора. В любом случае о недействительности договора вести речь не следует³²⁸.

Таким образом, юридическое обособление объекта доверительного управления для недвижимой вещи состоит в указании этой вещи в договоре доверительного управления и, обязательно, в передаточном документе, для движимого имущества – в договоре доверительного управления и, факультативно, в передаточном документе.

Закон прямо не требует *физического* обособления объекта доверительного управления ни от имущества учредителя управления, ни от имущества доверительного управляющего. Вместе с тем управление вещами предполагает осуществление фактического господства над ними³²⁹; управление нематериальными объектами (в частности, правами требования и правами из ценных бумаг) – устранение правообладателя (учредителя управления) от возможности осуществлять эти права параллельно с доверительным управляющим полностью или частично³³⁰.

Отсюда следует, что, по крайней мере, в отношении вещей доверительный управляющий должен обрести *владение* ими, они должны быть отграничены от иных вещей учредителя управления. Если стороны при передаче движимых вещей не составили передаточный документ, то поступление вещей во владение доверительного управляющего служит доказательством того, что на них распространяется исполнительский иммунитет при условии, что эти вещи поименованы в договоре доверительного управления.

Если физического обособления вещей не произошло и они по-прежнему находятся в фактическом владении учредителя управления или, в случае с правами, он продолжает осуществлять их сам без оглядки на доверительного управляющего, то налицо один из признаков мнимости договора доверительного управления имуществом (п. 1 ст. 170 ГК РФ). В этом случае

³²⁸ Непоследователен в своих рассуждениях О.Ю. Скворцов. С одной стороны он пишет о *реальности* договора, с другой – о том, что передача имущества есть акт *исполнения* договора (см.: Гражданское право / под ред. А.П. Сергеева. 2-е изд. М., 2017. Т. 2. С. 718 и 737). Передача может служить актом *исполнения* лишь в консенсуальном договоре.

³²⁹ Является ли такое господство *possessio, detentio* или чем-то еще, при анализе этой проблемы неважно. Будем вести речь просто о владении управляющего, не вдаваясь здесь в его сущность.

³³⁰ В отношении нематериальных объектов физическое обособление немыслимо по причине отсутствия у этих объектов телесной (физической) оболочки. Стало быть обособление этих объектов производится лишь двумя способами – учетным и юридическим. Вопрос об особенностях обособления каждого из видов нематериальных объектов выходит за рамки настоящей статьи и нуждается в самостоятельном исследовании, так как он связан со спецификой управленческих действий с этими объектами.

заинтересованное лицо, в частности, взыскатель вправе оспаривать договор доверительного управления имуществом, требуя признать его ничтожной сделкой.

Нахождение объекта доверительного управления у доверительного управляющего и его наименование в договоре создают презумпцию того, что это имущество подпадает под действие исполнительского иммунитета.

Если в доверительное управление переданы обезличенные движимые вещи (например, зерно или топливо), то возникает вопрос о допустимости их смешения с другими подобными вещами, находящимися у доверительного управляющего. По моему мнению, такое смешение не противоречит закону, хотя выявить, какая часть имущества находится в доверительном управлении, в этой ситуации возможно только учетным путем. Юридический способ обособления поможет здесь определить количество принадлежащих учредителю управления вещей лишь при условии отсутствия отчуждения или потребления товарной массы доверительным управляющим, что едва ли будет иметь место в практической деятельности.

Касаясь проблемы смешивания однородных вещей, Е.А. Суханов пишет: «... само существо доверительного управления не допускает возможности смешения находящегося в управлении имущества с имуществом самого управляющего»³³¹. Далее автор делает неожиданный вывод: «Следовательно, исключается передача в доверительное управление только движимых вещей, ибо обособить их в юридическом смысле (путем открытия отдельного баланса) невозможно»³³² [5, с. 812]. С этим трудно согласиться. Да, движимые вещи прямо не названы в п. 1 ст. 1013 ГК РФ в качестве объектов доверительного управления, хотя перечень этих объектов открытый. Но сомневаться в допустимости их передачи в доверительное управление не стоит³³³. Как движимые, так и недвижимые вещи, равно как и другие активы, вполне могут быть учтены на отдельном балансе. Не исключено, что автор имел в виду *обезличенные* движимые вещи, так как с передачей индивидуализированных движимых вещей (например, автотранспортом) каких-либо проблем сложно изобрести. Владение обезличенными объединенными вещами со стороны доверительного управляющего действительно создает проблему, но не учетного способа обособления, как полагает Е.А. Суханов, а физического. Но эта проблема – проблема отграничения вещей учредителя управления, объединенных с однородными вещами доверительного управляющего, –

³³¹ См.: Российское гражданское право / под ред. Е.А. Суханова. 2-е изд. Т. 2. С. 811.

³³² Там же. С. 812.

³³³ В литературе можно встретить и такое утверждение: «Еще одним условием является обязательное юридическое обособление имущества, переданного в доверительное управление. Это требование содержит ст. 1018 ГК РФ. Для соблюдения указанного условия имущество должно быть индивидуально определенным. В этом сходятся практически все цивилисты» (См.: Новикова Н.А. Договор доверительного управления недвижимым имуществом по гражданскому законодательству Российской Федерации. Дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2017. С. 110). Остается только выразить сожаление по этому поводу.

вполне решаема подобно тому, как решается соответствующий вопрос с иррегулярной поклажей (ст. 890 ГК РФ) или залогом товаров в обороте (ст. 357 ГК РФ)³³⁴. Критикуемые рассуждения показывают насколько важно выделение нескольких способов обособления.

*А.В. Дюжакова, аспирант ФГБОУ ВО
«Санкт-Петербургский государственный университет»*

Выявление не прямых заимствований в программах для ЭВМ: тест «Abstraction, Filtration, Comparison», опыт США

С вступлением общества в информационную эпоху роль программ для ЭВМ в формировании благоприятных условий для развития человечества становится все значительней. Перед разработчиками программного обеспечения ежегодно ставятся более сложные задачи, а технического инструментария или интеллектуального потенциала подчас не хватает. На практике возникают проблемы, связанные с нарушением исключительных прав правообладателей программ для ЭВМ вследствие их неправомерного копирования. Однако, если еще в девяностые годы наиболее часто встречаемым случаем заимствования было так называемое «прямое копирование» - копирование части исходного текста программного обеспечения, то начиная с двухтысячных годов суды начали сталкиваться с «непрямым копированием» - копированием выражения идей разработчиков, которые очень трудно доказать.

Для выявления случаев непрямого копирования судами США был разработан и широко применяется специальный тест для сравнения программ для ЭВМ - «Abstraction, Filtration Comparison Test» («AFC Test») или «Тест на абстракцию, фильтрацию и сравнение», который определяет наличие или отсутствие элементов плагиата в спорной программе для ЭВМ³³⁵. Данный тест используется в тех ситуациях, когда буквального (дословного) копирования исходного кода не выявлено, однако наблюдается сходство иных элементов, из

³³⁴ Многие авторы полагают, что при смешении вещей или их потреблении доверительный управляющий не сможет вернуть то, что он получил от учредителя управления (см.: Российское гражданское право / под ред. Е.А. Суханова. 2-е изд. Т. 2. С. 812; Новикова Н.А. Указ. соч. С. 110 – 111, 123). Однако такой обязанности у доверительного управляющего нет. В соответствии с п. 3 ст. 1024 ГК РФ об обязан *передать* учредителю управления имущество, *находящееся* в доверительном управлении. Как видно, о *возвращении* имущества, *полученного* от учредителя управления, речи не идет. Выше уже отмечалась разница между имуществом, полученным от учредителя управления, и имуществом, находящимся в управлении.

³³⁵ См.: Lee A. Hollaar Legal protection of Digital Information. URL: <http://digital-law-online.info/lpdi1.0/treatise22.html>.

которых состоят компьютерные программы. Такая ситуация может возникнуть, например, если выявляются совпадения на самом высоком уровне абстракции - выражении идеи.

В американской доктрине данному тесту уделяется особое внимание. При этом, как ни странно, он никогда широко не освещался российскими юристами, и при изучении научной литературы автору встречались лишь точечные упоминания о нем³³⁶.

Необходимо отметить, что буквальное копирование значительной части исходного кода не всегда является достаточным основанием, чтобы установить, что вторая программа является производной. И наоборот, вторая работа может быть признана производной от оригинальной программы, даже если не было выявлено прямого копирования частей исходного кода оригинальной программы. Это происходит потому, что защита авторского права распространяется не только на исходный код программы для ЭВМ, но и на ее уникальную структуру, архитектуру, расположение, организацию и последовательность элементов. То есть в значительной степени играет роль не количественного фактора копирования, а качественного.

Безусловно сперва эксперт проверяет исходный код на наличие прямого копирования. Эксперты используют различные инструменты для анализа программного обеспечения, определяя, были ли части исходного кода одной программы скопированы непосредственно во вторую: присутствует ли один и тот же текст в обеих программах, а также какова процентная составляющая такого заимствования.

Если следов прямого копирования не выявлено или они незначительны, эксперты могут искать доказательства непрямого копирования. Чтобы найти доказательства небуквального копирования, эксперт должен определить, были ли скопированы из одной программы в другую защищаемые нелитеральные элементы компьютерной программы, такие как, например, внешний вид, структура, последовательность и организация текста. Тест «АFC» представляет собой методологию, предложенную судами США, которая позволяет эксперту анализировать и сравнивать защищаемые элементы кода программ для ЭВМ.

Необходимо отметить, что рассматриваемый тест был разработан и адаптирован под программы для ЭВМ с учетом более ранней концепции «Scènes à Faire» (Scenes a Faire), часто используемой для разрешения споров о нарушении авторских прав на литературные и кинематографические произведения. Например, суд, исследуя наличие или отсутствие плагиата в романах, написанных в стиле вестерн, не рассматривает использование в произведении бандитов, лошадей, салонов и оружия как неправомерные заимствования, так как эти элементы (идеи) являются общепринятыми для заданной тематики, жанра.

³³⁶ См.: В.О. Калятин О некоторых вопросах установления нарушений авторских прав в праве Великобритании и США. Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2018. № 19. С. 97.

Впервые «Abstraction, Filtration Comparison Test» был применен в деле Computer Associates Inc. V. Altai Inc³³⁷. Спор возник из-за того, что бывший сотрудник Computer Associates Inc - разработчик компьютерной программы «Adapter» перешел работать в Altai Inc и создан там похожую программу под названием «Oscar» (которая, как выяснилось в процессе судебного разбирательства, содержала в себе примерно 30% заимствований из первоначальной). Когда Computer Associates Inc узнало о том, что бывший сотрудник разработал похожую программу, компания зарегистрировала за собой права на «Adapter» и подала исковое заявление о нарушении компанией Altai Inc исключительных прав. В свою очередь компания Altai Inc оперативно привлекла новых программистов, которые не были знакомы с программным обеспечением «Adapter», чтобы видоизменить программу «Oscar» настолько, насколько это было возможным, без утраты ее основных функций.

Перед Вторым окружным судом США была поставлена задача разобраться с тем, нарушались ли права Computer Associates Inc как правообладателя программного обеспечения «Adapter», необходимо было установить границу между идеей, заложенной в программу для ЭВМ, и ее выражением. Тогда судом был разработан «Abstraction, Filtration Comparison Test», позволяющий определить, было ли «существенное сходство» между двумя программами для ЭВМ и будут ли защищаться охраняемые составляющие первичной программы, то есть не сама идея программы, а выражение идеи разработчика в ней.

Сам тест представляет собой следующую уникальную трехступенчатую проверку:

(1) *Абстракция*

На этапе абстракции эксперт абстрагируется от первоначальной программы для сравнения структуры, последовательности и организации или внешнего вида двух программ на разных уровнях.

Б.В. Герасин пишет: «На этапе абстракции суд определяет возрастающие уровни абстракции исходного кода - сначала конкретные инструкции кода на языке программирования, затем группы инструкций кода, организованные в иерархию модулей, функции модулей нижнего уровня, функции модулей верхнего уровня и конечную функцию кода»³³⁸.

Некоторые эксперты сравнивают этот этап с «зумированием» на карте. То есть, если рассматривать исходный код как дома на улице, этап абстракции включает в себя уменьшение масштаба местности на карте для просмотра местоположения улицы в районе, местоположения района в городе, местоположения города в области и т.д. Соответствующий уровень «зума» варьируется от рассматриваемого случая, то есть не существует универсального подхода к тому, насколько нужно увеличивать или уменьшать масштаб местности. При сравне-

³³⁷ Computer Associates, Inc. V. Altai Inc. // Cyber.Harvard.Edu. URL: <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/1992%20Altai.pdf>.

³³⁸ Герасин Б.В. ИТ-споры в России: сегодняшние реалии. Журнал Судья, № 7, 2017 // СПС Консультант Плюс.

нии программ для ЭВМ на уровне улицы или района две программы могут показаться совершенно отличными друг от друга, и эксперту может потребоваться изучить программы на уровне города или области. По сути, необходимо создать массивную блок-схему каждой программы с подробными сведениями о том, что происходит внутри каждого метода каждого класса, как классы группируются вместе и как объекты разных классов взаимодействуют друг с другом³³⁹.

Этап абстракции является наиболее длительным. Эксперт разбирает предположительно скопированную программу на разные уровни и элементы: основная функция, исходный код, объектный код, модуль, алгоритм, структура программы или ее архитектура. На данном этапе эксперт отделяет неохраняемые элементы программы (идеи, концепции) от охраняемых.

Нужно отметить, что судебная практика использования рассматриваемого теста, в частности этапа абстракции, складывается в разных судах США по-разному. Это связано с тем, что каждый суд придает большее значение тому или иному уровню и элементу. Например, Девятый окружной суд фокусируется на структуре программы, последовательности и организации программного обеспечения, тогда как Второй окружной суд делает акцент на основных функциях программ для ЭВМ. Тем не менее, тест всегда состоит из трех этапов³⁴⁰.

(2) *Фильтрация*

На данном этапе эксперт исключает из дальнейшего исследования все неохраняемые авторским правом элементы программы. То есть экспертом отфильтровываются идеи, концепции и иные неохраняемые элементы и остаются только их охраняемые «выражения». Неохраняемыми элементами программы могут быть не только идеи, но и элементы программы, которые имеют открытый исходный код или просто не являются оригинальными. Поскольку такие элементы не защищаются авторским правом, обнаружение сходства между неохраняемыми элементами двух программ не представляется уместным или сколько-то необходимым.

Данный этап является наиболее трудоемким, так как эксперт должен обладать соответствующей квалификацией не только в области технических наук, но и юридических. Например, на данном этапе экспертами зачастую применяется «доктрина слияния» (*doctrine of merger*), которая заключается в отрицании охраны выражения, когда существует только один способ выразить идею и идея и выражения объединяются. Соответственно выражение не может получить защиту в силу того, что идеи авторским правом не охраняются. При применении этой доктрины суд спрашивает эксперта, является ли использование программой определенного кода или структуры необходимым для эффективной реализации определенной функции или процесса программного про-

³³⁹ Josh Siegel Applying the AFC Test: What is the AFC Test? // DisputeSoft's Josh Siegel & T.J. Wolf. September 2017. URL: <http://disputesoft.com/applying-the-afc-test-what-is-the-afc-test/>.

³⁴⁰ Akshay Jain Providing Protection to Programmers' Works: Disregard the Merger Doctrine and Adopt the Application Approach. 26 Catholic University Journal of Law and Technology 129 (2018). URL: <https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=jlt>.

дукта. Если это так, то данная конкретная часть кода или структуры не защищены авторским правом и, как следствие, отфильтровываются от оставшегося защищаемого выражения.

Как упоминалось ранее, тест был разработан с учетом доктрины «Scènes à Faire» (Scenes a Faire). Соответственно на этапе фильтрации эксперты также включают в неохранные элементы те, что продиктованы внешними факторами. К таким внешним факторам могут относиться: механические характеристики компьютера; требования совместимости; стандарты проектирования производителей компьютеров; требования обслуживаемой отрасли; константы, неизменяемые целые числа, составляющие часть формул, используемых для выполнения вычислений в программе. Любой код или структура программы, которая была сформирована преимущественно в ответ на эти факторы, отфильтровывается, как незащищаемая авторским правом.

Безусловно, первый шаг теста - абстракция существует именно для того, чтобы помочь эксперту на этапе фильтрации выделить все отдельные элементы программы и независимо проанализировать их на предмет выразительного характера. После того как неохранные элементы программ отфильтрованы, все, что остается, - это охраняемые части каждой программы, готовые для сравнения друг с другом на соответствующем уровне абстракции.

(3) Сравнение

На последнем этапе эксперт сравнивает две программы на соответствующем уровне абстракции со всеми отфильтрованными элементами. На этапе сравнения эксперт приходит к выводу о существенном сходстве или различии двух программ и, следовательно, о том, имело ли место не прямое копирование. Вопрос заключается в том, копируется ли какое-либо защищенное выражение во вторую программу, и, если да, какова относительная важность скопированной части по отношению к исходной программе в целом. В конечном итоге выясняется, существует ли «существенное» сходство между защищенными элементами исходной программы и потенциально производной работой. То есть на данном этапе основной задачей для судьи является установить не количественный, а качественный критерий изменений программного продукта.

Как правило, эксперт для наглядности оформляет свои результаты изысканий на этапе сравнения в виде диаграмм и схем. Это облегчается задача судьи сделать итоговый вывод по вопросу наличия или отсутствия не прямых заимствований, их характера и объема.

Американские ученые сходятся во мнении, что «Abstraction, Filtration Comparison Test» по своей природе является настолько гибким инструментом, что позволяет тесту каждый раз адаптироваться к специфике той или иной программы. Такая гибкость в свою очередь позволяет судам решать дела справедливо, но не устанавливает четких правил по вопросу не прямых заимствований, на которое могут положиться разработчики программного обеспечения³⁴¹.

³⁴¹ Stephen H. Eland The Abstraction-Filtration Test: Determining NonLiteral Copyright Protection for Software. 39 Vill. L. Rev. 665 (1994). URL: <https://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2876&context=vlr>.

Пожалуй, главная ценность такого теста заключается в его способности обнаружить копирование не исходного кода и буквенных элементов, а обнаружить копирование, которое на первый взгляд неочевидно.

В американской литературе также высказывается мнение о том, что рассматриваемый тест является универсальным и также может применяться при рассмотрении споров о коммерческих тайнах и патентных спорах, хотя это прямо не предусмотрено прецедентным правом США³⁴².

Ни в отечественной литературе, ни в судебной практике автор не встречал мнения о необходимости применения подобного теста для обнаружения фактов непрямого копирования при разрешении споров между правообладателями программных продуктов в Российской Федерации. Автор настоящей статьи не предлагает бездумно имплементировать тест, используемый судами США, в российскую правовую действительность. Тем не менее, предлагается учесть опыт США в разрешении данной категории споров и использовать настоящую статью в качестве платформы для дальнейших дискуссий по этому вопросу и разработки аналогичного теста, ведь заимствования на уровне выражения идей сложнее всего доказать на практике, а какого-либо механизма для этого российским регулятором и судами еще не выработано.

*С.С. Желонкин, канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедры гражданского
и корпоративного права СПбГЭУ*

Потестативные условия в договоре: преодолевая гравитацию

Гравитация играет весьма значимую роль в структуре и эволюции Вселенной, обуславливая ключевые условия равновесия и стабильности астрономических систем.

Аналогичную роль только уже в структуре общественных и экономических отношений, эволюции, развития и устойчивости государства в целом играет договор. Договор представляет собой одну из древнейших правовых конструкций, которая является правовым регулятором поведения участников общественных отношений³⁴³. Без договоров, опосредующих: а) эффективный обмен произведенными и распределенными материальными благами; б) упорядочивающих хозяйственные связи между самыми разнообразными субъектами экономических отношений, не мыслимо развитие общества и государства в целом.

³⁴² Philip Greenspun, Jin S. Choi, and John Morgan Abstraction-Filtration-Comparison in Software Copyright Litigation. URL: <https://philip.greenspun.com/software/abstraction-filtration-comparison/>.

³⁴³ Желонкин С.С., Рогова Ю.В. Гражданско-правовой договор: отдельные вопросы теории и практики. Монография. – СПб.: Изд-во СПб университета МВД России, 2016. С.4

Между тем развитие и усложнение экономических связей в современный период времени характеризуется наличием некоторых элементов неопределенности, в том числе правовой, которые так или иначе связаны с кризисными явлениями, происходящими в мире. В таких условиях субъекты экономического оборота стараются использовать такой набор правовых инструментов, который позволяет устранить, или минимизировать ситуации, связанные с неопределенностью в развитии своих отношений с контрагентами. Одним из таких инструментов, позволяющих внести предсказуемость в отношения участников экономического оборота является институт условной сделки, который позволяет субъектам договорного обязательства – контрагентам, заранее определить правовые последствия, в зависимости от наступления или не наступления определенных обстоятельств (условий). В правовой доктрине такие условия называются потестативными. Слово «потестативность» произошло от лат. *potestas* – «власть», под потестативными условиями понимаются условия, появление которых – во власти, в воле одной из сторон сделки.

С практической точки зрения, в договорных отношениях актуальным является вопрос о возможности применения условий в договорном обязательстве об исполнении встречного обязательства, по которому исполнение обязательства поставлено в зависимость от определенных обстоятельств, предусмотренных договором, в том числе полностью зависящих от воли одной из сторон. Основу в решении этого вопроса составляет возможность или невозможность выбора условий зависящих от воли сторон в сделки. Из содержания ст. 157 ГК РФ прямо не следует, что условие не может зависеть от воли одной из сторон. Между тем суды признают условные сделки недействительными только на том основании, что они были поставлены под условие, зависящее от воли сторон, а неизвестность обстоятельства, указанная в ст. 157 ГК РФ, исключает возможность зависимости от воли сторон.

Например, в постановлении Арбитражного суда Московского округа от 09.03.2017 № Ф05-22483/2016 по делу № А40-53124/2016 указано: *«условие договора об оплате результата работ после наступления обстоятельства, поставленного в зависимость от действий третьих лиц (например, получения положительного заключения экспертизы) не может считаться условием о сроке наступления обязательства, поскольку не отвечает признакам события, которое должно неизбежно наступить»*³⁴⁴.

В другом деле в постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 08.02.2017 № 09АП-67446/2016 по делу № А40-163436/16 и предшествующее ему решение Арбитражного суда города Москвы от 02.12.2016 года по тому же делу указано: *«условие договора о дате начала гарантийного срока (в зависимости от которой была поставлена оплата суммы гарантийных удержаний) после подписания акта КС- 14 не может считаться условием о*

³⁴⁴ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 9 марта 2017 г. № Ф05-22483/16 по делу № А40- 53124/2016 <http://demo.garant.ru/#/document/41878371/paragraph/41:4> (дата обращения: 09.04.2019)

сроке наступления обязательства, поскольку не отвечает признакам события, которое должно неизбежно наступить»³⁴⁵.

В следующей ситуации в постановлении Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 24.01.2017 № 11АП-16627/2016 по делу № А65-18074/2016 указано: *«подписание акта приемки законченного строительством объекта не обладает признаком неизбежности наступления... данное условие поставлено в зависимость от действий третьих лиц (заказчика), не являющихся стороной договора, и обусловлено обстоятельством, момент наступления которого не известен и может не наступить вообще»³⁴⁶.*

Вместе с тем, в соответствии со ст. 327.1 ГК РФ, введенной Федеральным законом от 08.03.2015 г. № 42-ФЗ и вступившей в силу с 01 июня 2015 года, исполнение обязанностей, а равно и осуществление, изменение и прекращение определенных прав по договорному обязательству, может быть обусловлено совершением или не совершением одной из сторон обязательства определенных действий либо наступлением иных обстоятельств, предусмотренных договором, в том числе полностью зависящих от воли одной из сторон.

Принятие ст. 327.1 ГК РФ стало неким компромиссом в борьбе за чистоту юридических конструкций между правительством РФ и юридическим бизнес-сообществом с одной стороны и Советом по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства с другой. Проект Концепции совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации, рассматривал потестативные условия, в качестве неприемлемых³⁴⁷. Правительство РФ в этом вопросе заняло противоположную точку зрения, полагая, что нет достаточных политико-правовых оснований для запрета потестативных условий³⁴⁸. С учетом сложившейся положительной практики применения условий зависящих от воли сторон в западных правовых порядках, предлагаемый запрет в значительной степени ограничивает возможности субъектов предпринимательской деятельности по созданию многоступенчатых договорных конструкций, вызывая риски признания договоров недействительными по причине недопустимости того ли иного потестативного условия³⁴⁹.

Появление новой ст. 327.1 ГК РФ было вызвано необходимостью изменения судебной практики, связанной с применением к договорам с обусловленным исполнением, правил ст. 157 ГК РФ о сделках с отлагательными или

³⁴⁵ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 8 февраля 2017 г. № 09АП-67446/16 <http://base.garant.ru/61761436/> (дата обращения: 10.04.2019)

³⁴⁶ Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 22.10.2018 г. № 11АП-13519/2018 по делу № А65-25438/2016 <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=RAPS011&n=143124#06518875232038418> (дата обращения: 08.04.2019)

³⁴⁷ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07 октября 2009 года) // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.

³⁴⁸ Официальный отзыв Правительства РФ на проект федерального закона № 47538-6/4 «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

³⁴⁹ Используем потестативные условия правильно <http://lawfirm.ru/news/index.php?id=14224>

отменительными условиями. Применение к таким договорам ст. 157 ГК РФ приводило к признанию последних недействительными, как противоречащих ст. 157 ГК РФ, ведь под отлагательными (отменительными) условиями сделки традиционно понимались лишь обстоятельства, относительно которых должно быть неизвестно, наступят они или нет.

По мнению авторов «Кодификации российского частного права 2015» – «наличие в тексте ГК РФ ст. 327.1 ГК РФ позволит исключить случаи применения к подобным договорным обязательствам правил о сделках, совершенных под условием (ст. 157), как это нередко делается сегодня, что приводит к признанию таких договоров недействительными сделками»³⁵⁰. Вместе с тем, как было показано выше, единообразия в судебную практику норма ст. 327.1 ГК РФ не внесла. На практике суды продолжают отрицать возможность обуславливать исполнение договорного обязательства подобным образом.

Преодолеть сложившийся подход на практике к потестативным условиям сделки, предусматривающим обусловленное исполнение договорного обязательства, когда вместо ст. 327.1 ГК РФ применяется ст. 157 ГК РФ могли бы помочь соответствующие разъяснения (толкования) высшей судебной инстанции – Верховного Суда РФ. И они не заставили себя долго ждать.

23 июня 2015 г. Пленум ВС РФ принимает Постановление № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – ППВС РФ № 25). В пункте 52 суд произвел расширительное толкование правил ст. 157 ГК РФ, которое привело к искажению классических взглядов на отменительные и отлагательные условия сделки. Так в частности в п. 52 указано, «что по смыслу п. 3 ст. 157 ГК РФ не запрещено заключение сделки под отменительным или отлагательным условием, наступление которого зависит в том числе и от поведения стороны в сделке».

22 ноября 2016 г. Пленум ВС РФ принимает новое Постановление № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении» (далее – ППВС РФ № 54). В пункте 23 которого содержится положение о том, «что если наступлению обстоятельства, с которым связано начало течения срока исполнения обязательства, недобросовестно воспрепятствовала или содействовала сторона, которой наступление или ненаступление этого обстоятельства невыгодно, то по требованию добросовестной стороны это обстоятельство может быть признано соответственно наступившим или не наступившим (пункт 1 статьи 6, статья 157 ГК РФ)».

Результатам подобных «руководящих разъяснений», явилось некорректное применение ст. 157 ГК РФ (вместо ст. 327.1 ГК РФ) к договорным обязательствам, предусматривающим обусловленное исполнение.

³⁵⁰ Витрянский В.В., Головина С.Ю., Гонгалло Б.М. и др. Кодификация российского частного права 2015 / под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2015.

Подводя итог анализу применения потестативных условий в сделках, с учетом модернизации гражданского законодательства (ст. 327.1 ГК РФ) можно сделать следующие выводы:

Во-первых, до 01.06.2015 г. возможность обусловленного исполнения обязательств, зависящих от воли одной из сторон договорного правоотношения была не урегулирована позитивным правом, как следствие подобного рода сделки/договоры квалифицировались судами как недействительные.

Во-вторых, с 01.06.2015 г. появилось позитивное регулирование обусловленного исполнения договорных обязательств, однако правоприменительная практика на это нововведение отреагировала достаточно консервативно. Встречается достаточное количество судебных актов, в которых суды отрицают возможность обусловленного исполнения, полностью зависящего от наступления определенных обстоятельств, в том числе зависящих от воли одной из сторон.

В-третьих, ППВС РФ № 25 расширило сферу применения ст. 157 ГК РФ путем указания на возможность заключения сделки под отменительным или отлагательным условием, наступление которого зависит в том числе и от поведения стороны в сделке (п. 52).

В-четвертых, в специально посвященном исполнению обязательств ППВС РФ № 54 не нашлось места для разъяснения практики применения ст. 327.1 ГК РФ, более того Пленум ВС РФ дал квалификацию обусловленного исполнения как сделки с потестативными условием, что приводит к применению правил ст. 157 ГК РФ, вместо ст. 327.1 ГК РФ (п. 23).

В-пятых, с учетом придания расширительного толкования ст. 157 ГК РФ Пленумом Верховного Суда РФ можно предположить, что ст. 327.1 ГК РФ представляет собой некий правовой эксперимент, необходимость которого вызывает сомнения³⁵¹. При модернизации гражданского законодательства, используется полностью европейская модель с её привычным рамочным регулированием гражданских правоотношений, которая не получает должного механизма апробации. Как итог таких законодательных новелл появление спорных институтов, одним из которых является институт потестативных условий в договорном обязательстве.

³⁵¹ Богданов Е.В. Договоры в сфере предпринимательства: монография. М.: Проспект, 2018.

*А.В. Захаркина, канд. юрид. наук,
доцент кафедры гражданского права
Пермского государственного национального
исследовательского университета*

**Надлежащее исполнение сложного обязательства, содержащегося
в смарт-контракте, в условиях цифровизации
и информатизации публичного пространства³⁵²**

Программа «Цифровая экономика Российской Федерации» поставила на повестку дня новые задачи, решить которые возможно лишь совокупными усилиями научного сообщества, бизнеса и правоприменителя. Согласно названной Программе, цифровизация нормативной платформы отнесено законодателем к одному из пяти магистральных направлений деятельности, обеспечивающих нужды цифровой экономики в Российской Федерации. В целом стоит отметить, что цифровая экономика – это вид хозяйственной деятельности, отличающийся тем, что фактором производства выступают данные в цифровой форме.

Магистральная задача цифровизации общества видится в формировании цифрового пространства, учитывающего потребности граждан и общества, обеспеченного соответствующей информационной инфраструктурой, информационно-телекоммуникационными технологиями.

Под воздействием переживаемой в данный момент смены политической парадигмы в результате цифровизации публичного пространства происходит трансформация и политической культуры, неотъемлемым элементом которой становятся цифровые компетенции. При этом большая часть российского общества на данный момент не является носителями названных цифровых компетенций, не отличается медиаграмотностью, что ставит под угрозу политическую стратегию прорыва в технологическом и производственном развитии. Повсеместное использование смарт-контрактов, распространение данного инструмента цифровой экономики на все сферы жизни общества, где это объективно необходимо, не представляется возможным в отсутствие цифровых компетенций.

Значительное отставание Российской Федерации от мировых цифровых лидеров объясняется как пробелами нормативной базы для цифровой экономики, так и отсутствием единой политической стратегии повсеместного внедрения цифровых компетенций и обеспечение медиаграмотности как неотъемлемых элементов правовой и политической культуры российского общества.

В научной литературе справедливо обращается внимание на то, что на смену ныне действующему экономическому укладу приходит новый, в основе которого лежит концепция краудэкономики, предполагающей удовлетворение

³⁵² Статья выполнена при финансовой поддержке Гранта Президента Российской Федерации для государственной поддержки молодых российских ученых МК-6237.2018.6

потребностей человека в результате взаимодействия с другим человеком, минуя посредников³⁵³. Именно по этой причине на сегодняшний день актуализируются такие финансовые инструменты, как краудфандинг, краудинвестинг и другие. Так, Н. Сабо возлагал надежды на смарт-контракты, которые, по его мнению, позволят избавить мир от посредников (банковских и страховых организаций и др.), участвующих в исполнении и обеспечении обязательства³⁵⁴.

Повсеместное развитие глобальных и национальных информационных платформ, являющееся объективным явлением в условиях трансформации публичного пространства под воздействием цифровизации, оказало существенное воздействие и на обязательственно-правовые связи. Так, в российской правовой действительности появился такой новый договорный инструмент, как смарт-контракт, отличающийся рядом безусловных преимуществ по сравнению с «классическими» договорами, наделенными обеспечительными механизмами: надлежащее исполнение обязательств, содержащихся в смарт-контракте, происходит автоматически. Несмотря на эффективность смарт-контракта как договорного инструмента, создающего для участников имущественного оборота стопроцентные гарантии надлежащего исполнения обязательства, в отсутствие конкретных законодательных предписаний относительно данного инструмента его применение в отечественном гражданском обороте фактически сведено на «нет».

Сфера применения смарт-контрактов настолько велика, что выходит далеко за рамки собственно обязательственного права: использование смарт-контракта возможно для ведения бухгалтерского учета, проведения электронного голосования, автоматизации процессов управления компанией.

Многозначность термина «смарт-контракт» актуализирует специальное цивилистическое исследование данного вопроса. Не касаясь технологической сущности «смарт-контракта», являющейся по своей сути вопросом информационных наук, обратимся к анализу юридической сущности данного явления. Так, под «смарт-контрактом» (или «умным контрактом») следует понимать гражданско-правовой договор, заключенный в электронной форме, что обеспечивает его автоматическое исполнение. Следовательно, с позиции родовой сущности, смарт-контракт – это соглашение двух или более лиц, направленное на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей, а с позиции видовых признаков, это гражданско-правовое обязательство, условия которого фиксируются и (или) исполняются автоматически при помощи соответствующих информационных технологий блокчейн.

По справедливому замечанию В.С. Белых, «... с юридической точки зрения смарт-контракты могут рассматриваться как компьютерные протоколы,

³⁵³ Громова Е.А. Смарт-контракты в России: попытка определения правовой сущности // Право и цифровая экономика. 2018. № 2. С. 34–37.

³⁵⁴ Сабо Н. Умные контракты (Четвертая революция стоимости) // URL: <http://old.computerra.ru/1998/266/194332/> (дата обращения: 18.02.2019).

эмулирующие логику договорных положений, являющиеся способом реализации соглашений между сторонами путем исполнения заложенного алгоритма, исключая человеческого фактор»³⁵⁵.

Именно такой подход отражен в гражданском законодательстве Республики Беларусь: в Декрете №8 «О развитии цифровой экономики» Республики Беларуси смарт-контракт как таковой не признан гражданско-правовой сделкой или формой сделки, т.е. в гражданском законодательстве Республики Беларусь нашло отражение технологическое понимание смарт-контракта.

В Проекте Федерального закона № 419059-7 «О цифровых финансовых активах»³⁵⁶ предложено легальное понятие термина «смарт-контракт»: «смарт-контракт – договор в электронной форме, исполнение прав и обязательств по которому осуществляется путем совершения в автоматическом порядке цифровых транзакций в распределенном реестре цифровых транзакций в строго определенной таким договором последовательности и при наступлении определенных им обстоятельств».

В целом нам импонирует подход российского законодателя, занявшего позицию юрико-технологической сущности смарт-контракта, однако в юридической литературе этот вопрос по прежнему относится к числу дискуссионных³⁵⁷. Отсутствует единство взглядов как на правовую природу смарт-контракта, так и на его видовые признаки. Так, высказываются предложения рассматривать смарт-контракт в качестве непоименованного способа обеспечения исполнения обязательств, способа исполнения обязательств, акцепт оферты, доказательства, формы договора и др.

На современном этапе развития российского гражданского права серьезной преградой признания смарт-контрактов является отсутствие их правовой регламентации на уровне кодифицированных актов.

На наш взгляд, в отсутствие правового регулирования на данном историческом этапе отечественного гражданского законодательства смарт-контракты должны быть квалифицированы как сложные обязательства, надлежащее исполнение которых происходит автоматически при помощи соответствующего программного обеспечения. Сложность данного обязательства просле-

³⁵⁵ Белых В.С., Болобонова М.О. Проблемы правового регулирования смарт-контрактов в России // Правовое регулирование экономических отношений в современных условиях развития цифровой экономики: монография / А.В. Белицкая, В.С. Белых, О.А. Беляева и др.; отв. ред. В.А. Вайпан, М.А. Егорова. М.: Юстицинформ, 2019. 376 с. [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.03.2019 г.).

³⁵⁶ Проект Федерального закона № 419059-7 «О цифровых финансовых активах» (ред., принятая ГД ФС РФ в I чтении 22.05.2018) [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.03.2019 г.).

³⁵⁷ См., об этом: Савельев А.И. Некоторые правовые аспекты использования смарт-контрактов и блокчейн-технологий по российскому праву // Закон. 2017. № 5. С. 94–117; Янковский Р.М. Проблематика правового регулирования децентрализованных систем на примере смарт-контрактов // Государственная служба. 2018. Т. 20. № 2. С. 64–68.

живается в способе его исполнения: последствием заключения смарт-контракта является формирование соответствующего алгоритма и создание токена («электронного жетона»).

Исследование такого нового гражданско-правового института, как смарт-контракт, актуализируется в условиях цифровизации нормативной платформы цифровой экономики. Так, 18 марта 2019 г. был опубликован долгожданный Федеральный закон от 18.03.2019 № 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации»³⁵⁸. В результате принятия этого закона, в числе объектов гражданских прав появились цифровые права. Как отмечают эксперты, «Документ нужен для того, чтобы подготовить ГК РФ к последующему принятию законов о цифровых финансовых активах (криптовалюте и токенах) и краудфандинге (привлечении инвестиций через электронные площадки). Сейчас проекты этих законов ждут второго чтения»³⁵⁹.

Думается, что следующим этапом широкомасштабной реформы цифровизации гражданского права Российской Федерации должно стать внедрение новых цифровых инструментов, к числу которых относится и смарт-контракт.

Цифровизация обязательственного права, разработка законодательства, стимулирующего развитие инновационных технологий, внедрение цифры в бизнес, создание продуктов с помощью искусственного интеллекта, блокчейн и криптовалюта, смарт-контракты – вот сфера национальных интересов Российской Федерации, требующая соответствующего нормативного оформления.

*Н.В. Корнилова, канд. юрид. наук,
доцент кафедры гражданского права и
гражданского процессуального права
юридического факультета*

Хабаровского государственного университета экономики и права

О некоторых аспектах приобретения права собственности на безнадзорных животных

Прежде чем разобраться с вопросом об условиях приобретения права собственности на безнадзорные животные, следует определить, на каких животных распространяется действие ст. ст. 230-232 ГК РФ.

³⁵⁸ Федеральный закон от 18.03.2019 № 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru> (дата опубликования: 18.03.2019).

³⁵⁹ Обзор: «С 1 октября 2019 года в ГК РФ появятся цифровые права» (КонсультантПлюс, 2019) // [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 28.03.2019 г.).

Если обратиться к национальному законодательству, то в нем как таковое отсутствует обобщающее понятие «животные». В действующем законодательстве, а именно в ст. 1 Федерального закона от 22 марта 1995 г. № 52-ФЗ «О животном мире»³⁶⁰ (Далее – Закон о животном мире) раскрывается понятие «животный мир» и «объект животного мира». Как следует из определений, которые закреплены в указанном акте, в сферу его действия подпадают только дикие животные, а домашние животные и дикие животные, находящиеся в неволе, не являются объектами животного мира в смысле Закона о животном мире.

Нельзя не согласиться, что понятие «животный мир» должно включать в себя всех животных, в том числе и домашних. Лингвистически это было бы правильно. Другое дело, что нельзя и отрицать, что признаком природного объекта является неотделимость от окружающей среды. Поэтому очевидно, что действующее законодательство требует соответствующих изменений в части категориального аппарата.

Традиционно домашние животные, а также животные, находящиеся в неволе, относятся к объектам гражданских прав³⁶¹.

В этой части заслуживает внимание подход, который закреплён в Модельном законе об обращении с животными 2007 года³⁶². В указанном акте применяется термин «животные», которое включает в себя как диких, так и домашних животных, а затем уже раскрывается в отдельных понятиях диких и домашних животных. Причём обращает внимание на себя то, что исследуемый Модельный закон об обращении с животными был принят в 2007 году, а в ранее действующем Модельном законе о животном мире 1997 года³⁶³ была закреплена та система понятий, которая как раз и лежит в основе действующего Закона о животном мире. В соответствии с п. 1 ст. 40 Модельного закона об обращении с животными 2007 года до приведения законодательства государства в соответствие с настоящим Законом акты законодательства государства применяются в той части, в которой они не противоречат настоящему Закону, если иное не установлено Конституцией государства.

Разберёмся с понятиями отдельных видов животных. Так, к *домашним животным* относят крупный рогатый скот, свиньи, лошади, овцы, козы, пушные звери, птицы, рыбы и другие сельскохозяйственные животные, специально выращенные и используемые для получения (производства) продуктов

³⁶⁰ Собрание законодательства РФ. 24.04.1995. № 17. Ст. 1462.

³⁶¹ Слепенкова О.А., Бирюкова Т.А. Комментарий к Федеральному закону от 24 апреля 1995 г. № 52-ФЗ "О животном мире" (постатейный) // СПС КонсультантПлюс. 2013.

³⁶² Модельный закон об обращении с животными: Принят в г. Санкт-Петербурге 31.10.2007 г. Постановлением 29-17 на 29-ом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ // Информационный бюллетень. Межпарламентская Ассамблея государств-участников Содружества Независимых Государств. 2007. № 41. С. 443 - 485.

³⁶³ Модельный закон о животном мире: Принят в г. Санкт-Петербурге 08.06.1997 г. Постановлением 9-14 на 9-ом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ // Информационный бюллетень. Межпарламентская Ассамблея государств-участников Содружества Независимых Государств. 1997. № 14. С. 241 - 270.

животного происхождения (продукции животноводства), а также в качестве транспортного средства или тягловой силы; *к животным-компаньонам* – животные, к которым человек испытывает привязанность и которых содержит в домашних условиях без цели извлечения прибыли для удовлетворения потребности в общении, в эстетических и воспитательных целях, а также собаки-поводыри, охотничьи собаки и ловчие птицы; *к животным, используемым в культурно-зрелищных мероприятиях*, – животные, используемые в зоопарках, цирках, передвижных зверинцах, в спорте, в сфере отдыха и развлечений граждан, на выставках животных и в других культурно-зрелищных мероприятиях; *к служебным животным* – животные, используемые в розыскных, сторожевых, патрульно-постовых, защитно-караульных, поисково-спасательных и иных служебных целях; *к лабораторным животным* – животные, используемые в научном эксперименте или опыте, биологическом тестировании, учебном процессе, а также в производстве биологических препаратов. Именно все из обозначенных животных (*далее мы будем обозначать их общим определением «одомашненные животные» – Н.К.*) могут лишиться надзора, в отличие от диких животных.

Именно такая развернутая классификация животных в Модельном законе о животном мире 2007 года позволяет определить сферу распространения ст. 137 ГК РФ, так как все виды животных, за исключением диких животных, подпадают под определение, которое предлагалось М.И. Брагинским, о том, что "она (*статья 137 ГК РФ – Н.К.*) имеет в виду домашних или по крайней мере одомашненных животных", так как "ее нормы не распространяются на животных, находящихся в состоянии естественной свободы", так и А.Н. Гувым, отмечающим, что в настоящей статье говорится "не только о домашних животных, но и о диких, причем как прирученных (например, животные в цирке), так и нет (например, животные в зоопарке)"³⁶⁴.

В соответствии со ст. 137 ГК РФ к животным применяются общие правила об имуществе постольку, поскольку законом или иными правовыми актами не установлено иное. Соответственно корректно говорить о том, что к животным применяются правила о таком виде имущества как вещи. При этом необходимо акцентировать внимание на том, что законодатель именно приравнивает животных к вещам, но не признает их вещами.

Естественно, что животное, находящееся в состоянии естественной свободы, не может оказаться без надзора. В связи с чем, очевидно, что ст. 230 ГК РФ о безнадзорных животных относится только к одомашненным животным.

Как такового, определения безнадзорного животного в Гражданском кодексе РФ не даётся. В доктрине же предпринимаются попытки дать такое определение. Большинство определений раскрывается через перечисление тех животных, которые могут приобретать режим безнадзорных животных.

³⁶⁴ Гув А.Н. Гражданское право: Учебник: В 3 т. Т. 1. М.: Инфра-М, 2004. С. 179; Он же. Постатейный комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. 4-е изд., доп. и перераб. М.: Экзамен, 2006. С. 289.

А.В. Лисаченко отмечает, что речь идет только о домашних животных, в том числе о безнадзорном (не находящемся в чьем-либо хозяйстве) или пригульном (находящемся в чужом хозяйстве, например смешавшемся с чужим стадом) скоте³⁶⁵. Схожее определение предлагается А.И. Иванчак, который еще и расширяет его: «Безнадзорные животные - это безнадзорный или пригульный скот либо другие безнадзорные домашние животные»³⁶⁶.

В то же время ГК РФ относит «безнадзорных животных» (ст. 230 ГК РФ) и к «бесхозным вещам» (ст. 225 ГК РФ). Если следовать логике ГК РФ, то «приобретение права собственности на бесхозные вещи - родовое понятие, охватывающее ряд частных случаев, в том числе приобретение права собственности на... безнадзорных животных (ст. ст. 230 - 232 ГК РФ)»³⁶⁷.

В таком случае понятие «бесхозные вещи» можно рассматривать как более широкое понятие, по сравнению с «безнадзорными животными», а к безнадзорным животным применима характеристика, которая даётся в отношении бесхозных вещей, а именно это вещи, которые не имеют собственника, либо собственник её неизвестен, либо он отказался от права собственности на вещь (п.1 ст. 225 ГК РФ).

Итак, животное (в нашем случае одомашненное) осталось без надзора. И определённое лицо его задержало. Каковы последствия такого задержания?

Во-первых, лицо, задержавшее животное, обязано возвратить их собственнику. В случае если собственник такого животного или место его животных или место его пребывания не будут известны такому лицу, то он обязан будет не позднее трех дней с момента задержания заявить об обнаруженных животных в полицию или в орган местного самоуправления. И уже указанные органы должны будут принять меры к розыску собственника (п. 1 ст. 230 ГК РФ).

Вместе с тем отсутствует срок, в течение которого лицо, задержавшее животное, должно вернуть его собственнику. Представляется, что необходимо распространить трёхдневный срок и на срок, в течение которого такое лицо обязано вернуть животное.

Во-вторых, лицо, задержавшее животное, может как оставить такое животное у себя, так передать другому лицу на содержание и в пользование. Причём согласно п. 2 ст. 230 ГК РФ содействие в поиске такого лица могут оказать полиция или орган местного самоуправления. Указанная норма практически является нежизнеспособной, что обусловлено правом, а не обязанностью полиции или органов местного самоуправления подыскивать лицо, имеющее необходимые условия для содержания животного.

³⁶⁵ Гражданское право: Учебник: в 2 т. / С.С. Алексеев, О.Г. Алексеева, К.П. Беляев и др.; под ред. Б.М. Гонгалло. М.: Статут, 2016. Т. 1 (автор параграфа – А.В. Лисаченко).

³⁶⁶ Иванчак А.И. Гражданское право Российской Федерации: Общая часть. М.: Статут, 2014. 268 с.

³⁶⁷ Гражданское право: Учебник: в 2 т. / С.С. Алексеев, О.Г. Алексеева, К.П. Беляев и др.; под ред. Б.М. Гонгалло. М.: Статут, 2016. Т. 1 (автор параграфа – А.В. Лисаченко).

В-третьих, лицо, которому животное передано на содержание и в пользование, в случае его гибели или порчи отвечает за это при наличии вины в пределах стоимости такого животного (п. 3 ст. 230 ГК РФ).

Кроме того, бесспорно и то обстоятельство, что такое лицо «несет еще и затраты психологического характера, устанавливая контакт с животным, воспитывая его и неся за него ответственность перед его реальным собственником»³⁶⁸.

Далее последствия задержания безнадзорного животного будут зависеть от того, будет ли обнаружен собственник такого животного или заявит ли он о себе.

Разберём первую ситуацию. Итак, собственник появляется до истечения шести месяцев с момента заявления о задержании безнадзорных домашних животных. В таком случае животное ему возвращается. А он, в свою очередь, обязан возместить все необходимые расходы, связанные с содержанием животных, с зачётом выгод, извлечённых от пользования ими.

Что представляют из себя необходимые расходы? В такие расходы включаются все расходы, связанные с кормлением, ветеринарными услугами, дрессировкой. В свою очередь, спорным будет отнесение к таким расходам модные в наше время траты на одежду, косметологические и парикмахерские услуги, расходы на участие в выставках. Но и в некоторых случаях такие расходы могут быть отнесены к необходимым, например, если порода животного требует такой одежды, или животному было причинено увечье, что потребовало проведение косметологической процедуры, но только в случае, если это мешает жизнедеятельности такого животного.

В свою очередь, в результате использования такого животного лицо может извлечь выгоду. К таким выгодам может быть отнесён приплод от такого животного. Прежде всего необходимо разобраться с вопросом, кому принадлежит приплод от такого животного. До 1 сентября 2013 года такой приплод, по общему правилу, принадлежал лицу, использовавшему это имущество на законном основании, а стоимость такого приплода подлежала зачёту при возмещении необходимых расходов и вознаграждения.

По-иному решается вопрос о праве на такой приплод с 1 сентября 2013 года. Согласно действующей редакции ст. 136 ГК РФ плоды, продукция, доходы, полученные в результате использования вещи, независимо от того, кто использует такую вещь, принадлежат собственнику вещи, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами, договором или не вытекает из существа отношений. А это означает, что такой приплод в любом случае должен быть возвращён, так как не будет уже выгодой для лица, задержавшего животного, и лица, у которого они находились на содержании и в пользовании. Наоборот, в связи с таким приплодом у него возникают дополнительные расходы (ветеринарные, кормление).

³⁶⁸ Николюкин С.В., Уткина И.О. Особенности возникновения и прекращения права собственности на безнадзорных и бесхозяйных животных: коллизии гражданского законодательства // Юрист. 2009. № 6.

Проблема, по нашему мнению, может возникнуть с возмещением расходов, на которые указывают некоторые авторы, а именно речь идёт о моральных затратах (выгул, общение, дрессировка)³⁶⁹.

Лицо, задержавшее безнадзорных домашних животных, также имеет право на вознаграждение в соответствии с п. 2 ст. 229 ГК РФ. По общему правилу, размер вознаграждения определяется в размере до двадцати процентов стоимости вещи. И только в случае, когда найденная вещь представляет ценность только для лица, уполномоченного на ее получение, размер вознаграждения определяется по соглашению с этим лицом. Если стоимость, к примеру, породистого животного, еще возможно определить, то с непородистыми животными это труднореализуемо. В таком случае можно рассчитывать только на соглашение лиц, а если оно не будет достигнуто, то на решение суда.

Следует обратить внимание и на начало течения шестимесячного срока. Он начинает течь не с момента, когда животное осталось без надзора, а с момента заявления о задержании безнадзорных домашних животных (выделено мною – Н.К). Возникает закономерный вопрос: а каковы последствия, если лицо не заявит о задержании животного? Систематическое толкование ст. 231 ГК РФ позволяет дать следующий ответ: право собственности на такое животное у лица, которое его задержало, ни при каких обстоятельствах не возникает.

Иные последствия возникают в другом случае, когда в течение шести месяцев с момента заявления о задержании безнадзорных домашних животных их собственник не будет обнаружен или сам не заявит о своем праве на них. Здесь возможны два варианта. При согласии лица, у которого животные находились на содержании и в пользовании, он приобретает право собственности на них. В противном случае такие животные поступают в муниципальную собственность и используются в порядке, определяемом органом местного самоуправления. В последнем случае должен быть разработан порядок, регламентирующий процедуру передачи и использования такого животного. В настоящее время правила, закрепляющие такой порядок отсутствуют.

Отдельно в Гражданском кодексе РФ регламентируются последствия явки прежнего собственника животных после перехода их в собственность другого лица. Такой собственник при наличии одного из условий вправе вернуть животного после перехода их в собственность другого лица:

- 1) в случае сохранения к нему привязанности со стороны этих животных;
- 2) при жестоком либо ином ненадлежащем обращении с ними нового собственника.

Прежний собственник вправе потребовать их возврата на условиях, определяемых по соглашению с новым собственником, а при недостижении соглашения – судом (п. 2 ст. 231 ГК РФ).

Много вопросов возникает в случае, если всё-таки никто не изъявит желание содержать безнадзорное животное. В таком случае животные должны

³⁶⁹ Николюкин С.В., Уткина И.О. Указ. соч.

быть размещены в специальные приюты. Но для этого требуется, чтобы в субъектах Российской Федерации было значительное количество таких приютов, что, в свою очередь, требует финансирования таких приютов в надлежащем объеме.

Таким образом, необходимо констатировать, что законодательство, посвященное животным, основаниям приобретения и прекращения права собственности на него, требует совершенствования.

*Т.С. Краснова, канд. юрид. наук,
доцент кафедры правовой охраны окружающей среды
Санкт-Петербургского государственного университета*

Изъятие земельных участков в соответствии со ст. 284-285 ГК РФ: частноправовой и публично-правовой перекресток

І. Статья 284 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ) предусматривает, что земельный участок может быть изъят у собственника в ряде случаев, а именно: 1) когда участок предназначен для а) ведения сельского хозяйства либо б) жилищного или иного строительства и 2) при этом не используется по целевому назначению в течение трех лет, если более длительный срок не установлен законом.

В указанный период не включается, во-первых, время, необходимое для освоения земельного участка (за исключением случаев освоения земельных участков, отнесенных к землям сельскохозяйственного назначения, оборот которых регулируется специальным Федеральным законом от 24.07.2002 № 101-ФЗ «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения» (далее – Закон № 101-ФЗ)), во-вторых, время, в течение которого земельный участок не мог быть использован по целевому назначению по объективным причинам, в частности, ввиду стихийных бедствий или других обстоятельств, исключающих такое использование.

Согласно ст. 285 ГК РФ допустимо изъятие земельного участка у собственника, если использование участка происходит с нарушением требований законодательства РФ, например, если 1) земельный участок используется не по целевому назначению; 2) использование земельного участка приводит к существенному снижению плодородия земель сельскохозяйственного назначения; 3) использование земельного участка приводит к причинению вреда окружающей среде; 4) на земельном участке возведена или создана самовольная постройка и лицами, указанными в п. 2 ст. 222 ГК РФ, не выполнены предусмотренные законом обязанности по ее сносу или приведению в соответствие с установленными требованиями.

II. При анализе приведенных норм, во-первых, возникает вопрос о концептуальных основаниях ст. 284 ГК РФ.

Этот вопрос изучался, в частности, Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (далее – Совет по кодификации). Как свидетельствует одно из его заключений³⁷⁰, институт изъятия земельных участков в связи с их неиспользованием появился в российском законодательстве тогда, когда гражданский оборот земельных участков был весьма ограниченным (как нормативно-правовое регулирование данного процесса, так и его практическая реализация). В данный исторический период одной из ключевых проблем, требующих законодательного решения, было пресечение спекуляции земельными участками и концентрации большого количества земельных участков в руках отдельных собственников, что могло препятствовать хозяйственному освоению земельных участков лицами, действительно заинтересованными в этом. В условиях ограниченного гражданского оборота земельных участков законодатель был вынужден противодействовать указанным явлениям, поскольку они противоречили защищаемым законом интересам – так и появились концептуальные основания ст. 284 ГК РФ. Однако сегодня, по мнению Совета по кодификации, ситуация принципиально поменялась (как с формально-юридической, так и с экономической точек зрения).

Во-первых, земельные участки активно вовлечены в гражданский оборот, следствием чего должно быть снижение регулирующей роли государства, в том числе в части принудительного прекращения права собственности на земельные участки ввиду их неиспользования.

Во-вторых, такие механизмы как определение кадастровой стоимости земельных участков с опорой на их рыночную стоимость; применение неблагоприятных фискальных последствий при отклонении договорных цен земельных участков от их рыночной стоимости и т.п. сами по себе препятствуют участникам гражданского оборота в манипуляциях с ценами земельных участков. Все это снижает риски наступления негативных последствий, на предотвращение которых в свое время и было направлено введение ст. 284 ГК РФ, так как спекулятивные сделки утрачивают привлекательность, если цена покупки земельного участка и цена его последующей продажи равны.

В-третьих, перечисленные механизмы выполняют не только охранительную, но и стимулирующую функции – они экономическими способами, т.е. без угрозы изъятия земельных участков, мотивируют собственников земельных участков к их использованию.

В связи с этим Совет по кодификации заключает, что вопрос о целесообразности сохранения в российском законодательстве института изъятия земельных участков из частной собственности в связи с их неиспользованием по

³⁷⁰Экспертное заключение Совета по кодификации от 27.01.2014 № 126-3/2014 по проекту Федерального закона «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации в части уточнения порядка изъятия земельного участка в связи с его ненадлежащим использованием»//СПС «КонсультантПлюс».

целевому назначению требует «пристального внимания и глубокого всестороннего анализа»³⁷¹.

Полагаем, что в приведенных рассуждениях Совета по кодификации есть рациональное зерно. Статья 284 ГК РФ - это попытка закрепить в современном законодательстве римский принцип «*Male enim nostro iure uti non debemus*», предполагающий, что «*Мы не должны дурно пользоваться своим правом; на этом основании расточителям воспрещается управление их имуществом*». Следуя логике указанного принципа в его современной интерпретации, неиспользование земельного участка по целевому назначению предполагает, что собственник земельного участка «дурно пользуется своим правом», следовательно, земельный участок может быть изъят. При этом ответ на вопрос «а почему неиспользование земельного участка по целевому назначению есть “дурное пользование своим правом”?» следующий: «потому что это противоречит публичным интересам, а иногда и частным интересам, например, соседским».

В то же время, если обосновать нарушение публичных интересов неиспользованием земельного участка сельскохозяйственного назначения можно (в частности, привести аргументы о значении земель сельскохозяйственного назначения для производства продуктов питания и обеспечения российскому государству так называемой продовольственной безопасности), то неиспользованием земельного участка, предназначенного для жилищного или иного строительства, сложнее.

Ситуация усугубляется еще и тем, что в действующем отечественном законодательстве отсутствуют однозначно сформулированные обязанности собственников земельных участков (в том числе земельных участков, предназначенных для ведения сельского хозяйства либо жилищного или иного строительства) использовать эти участки.

III. На основании изложенного следует обратиться к вопросу о наличии (отсутствии) у собственника земельного участка обязанности его использовать.

Согласно ст. 42 Земельного кодекса РФ (далее - ЗК РФ) на собственников земельных участков возлагаются определенные обязанности, в частности, 1) обязанность использовать земельные участки в соответствии с их целевым назначением способами, которые не должны наносить вред окружающей среде, в том числе земле как природному объекту; 2) своевременно приступать к использованию земельных участков в случаях, если сроки освоения земельных участков предусмотрены договорами.

В связи с этим Верховный Суд РФ (далее – ВС РФ) заключает, что по смыслу ст. 8.8 Кодекса РФ об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ); п. 2 ст. 7, ст. 42 ЗК РФ; ст. 284 ГК РФ, если земельный участок

³⁷¹Экспертное заключение Совета по кодификации от 27.01.2014 № 126-3/2014 по проекту Федерального закона «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации в части уточнения порядка изъятия земельного участка в связи с его ненадлежащим использованием»//СПС «КонсультантПлюс».

предназначен для жилищного строительства и не используется для этих целей в течение более трех лет с момента возникновения права собственности, собственник земельного участка может быть привлечен к административной ответственности³⁷². При этом привлечение собственника земельного участка к административной ответственности по указанному основанию – это первый шаг к изъятию земельного участка в связи с его неиспользованием по целевому назначению.

В другом деле ВС РФ отмечает следующее. Нельзя признать обоснованным утверждение заявителя о том, что действующее российское законодательство не предусматривает обязанность использовать земельный участок для жилищного строительства. Согласно ст. 284 ГК РФ собственник земельного участка, предназначенного для жилищного строительства, должен приступить к его использованию по назначению в течение трех лет, если более длительный срок не установлен законом. Однако заявитель с момента возникновения у него в 2006 г. права собственности на земельный участок, предназначенный для жилищного строительства, не приступил к его использованию по целевому назначению в нарушение правовых норм³⁷³.

Что касается обязанности использовать земельный участок из состава земель сельскохозяйственного назначения, то, по мнению судов, такая обязанность вытекает из положений ст. 42 ЗК РФ, ст. 8 Федерального закона от 16.07.1998 № 101-ФЗ «О государственном регулировании обеспечения плодородия земель сельскохозяйственного назначения», ст. 6 Закона № 101-ФЗ³⁷⁴, а также может быть предусмотрена договором о предоставлении земельного участка в собственность³⁷⁵.

Между тем, по нашему мнению, в нормах действующего законодательства не содержатся *однозначные* положения об обязанности собственников земельных участков, предназначенных для ведения сельского хозяйства либо жилищного или иного строительства, использовать эти участки, а также *непротиворечивое* обоснование того, почему такая обязанность предусмотрена именно для перечисленных участков. В частности, процитированные положения ст. 42 ЗК РФ можно истолковать не как предусматривающие позитивную обязанность использовать земельный участок по целевому назначению, а как предполагающие, что в случае использования земельного участка, его следует использовать только по целевому назначению способами, которые не должны наносить вред окружающей среде, в том числе земле как природному объекту. В свете этого мы склонны поддержать высказанную в научной литературе и

³⁷²Постановление ВС РФ от 01.10.2018 № 14-АД18-14.

³⁷³Постановление ВС РФ от 21.08.2018 № 57-АД18-9. См. также: Постановление ВС РФ от 02.07.2018 № 14-АД18-6.

³⁷⁴См., например: Постановления ВС РФ от 30.01.2015 № 305-АД14-4887 по делу № А40-48846/2014, от 04.12.2015 № 305-АД15-15016 по делу № А40-156580/2014, от 22.05.2017 № 77-АД17-6.

³⁷⁵См., например: Определение ВС РФ от 14.04.2017 № 307-ЭС17-2711 по делу № А56-73764/2015.

подтвержденную в Экспертном заключении Совета по кодификации от 27.01.2014 № 126-3/2014 следующую точку зрения.

Анализируя ст. 284 ГК РФ, мы не можем не затронуть вопрос о том, входит ли обязанность использовать принадлежащий собственнику земельный участок в содержание права собственности на данный участок. Дать положительный ответ на поставленный вопрос затруднительно, поскольку он имеет конститутивное и конституционное значение для определения института права собственности и его защиты. Далекое неочевидно, что из п. 2-3 ст. 209 ГК РФ, определяющих содержание права собственности, можно вывести позитивную обязанность собственника использовать принадлежащее ему имущество. Поэтому введение санкции за неиспользование земельного участка по целевому назначению должно опираться на однозначное публично-правовое императивное предписание осуществлять это использование. Когда мы ведем речь о санкции за неиспользование земельных участков, предназначенных для ведения сельского хозяйства или для осуществления жилищного либо иного строительства, такие предписания могли бы содержаться в федеральных законах, регулирующих соответствующие сферы хозяйственной деятельности. В частности, такими законами могут выступать Закон № 101-ФЗ и Градостроительный кодекс РФ. Между тем данные нормативные правовые акты четкого регулирования и однозначных предписаний по этому поводу не содержат.

Кроме того, по мнению Совета по кодификации, и ст. 42 ЗК РФ, перечисляющая обязанности собственника земельного участка, не позволяет прийти к выводу о позитивно установленном для собственника долженствовании осуществлять использование принадлежащего ему земельного участка. В то же время ст. 43 ЗК РФ предусматривает, что граждане и юридические лица осуществляют принадлежащие им права на земельные участки по своему усмотрению, если иное не установлено ЗК РФ, федеральными законами. Отказ граждан и юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав на земельные участки не влечет за собой прекращения их обязанностей, установленных ст. 42 ЗК РФ. При этом меры ответственности за указанный отказ законодатель не закрепляет.

Статьи 1 и 209 ГК РФ устанавливают, что граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе. Гражданские права могут быть ограничены на основании федерального закона и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Владение, пользование и распоряжение землей и другими природными ресурсами в той мере, в какой их оборот допускается законом, осуществляются их собственником свободно, если это не наносит ущерба окружающей среде и не нарушает прав и законных интересов других лиц. При этом Совет по кодификации отмечает, что приведенные нормы не могут пониматься как создающие достаточные правовые основания для реализации санкции, закрепленной в ст. 284 ГК РФ. Данную статью следует рассматривать как

закрепляющую в контексте ст. 35 Конституции РФ гражданско-правовые механизмы, необходимые для гарантии интересов собственников в случае изъятия у них земельных участков. То есть основания применения ст. 284 ГК РФ и основания реализации заложенной в ней санкции находятся как вне самой ст. 284 ГК РФ, так и вне тех норм земельного законодательства, к которым она отсылает, поскольку ни та, ни другие не предусматривают позитивной обязанности собственника использовать принадлежащий ему земельный участок.

Интересно и то, что Совет по кодификации справедливо отмечает определенное несоответствие между ст. 284 и 285 ГК РФ. На основании ст. 284 ГК РФ собственник земельного участка привлекается к ответственности за правомерное поведение (неиспользование земельного участка, т.е. неосуществление права собственности), а на основании ст. 285 ГК РФ собственник земельного участка привлекается к ответственности за неправомерное поведение (использование земельного участка с нарушением требований законодательства). При этом утверждение о том, что неиспользование земельного участка, находящегося в частной собственности, является правомерным поведением, опирается на отсутствие в федеральном законодательстве однозначного предписания об обратном. Немаловажно и предположение о том, что в правовом демократическом государстве сложно обосновать общественный интерес, защищаемый установлением обязанности собственника любого частного земельного участка использовать его во всех без исключения случаях. Конечно, недопустимо безапелляционно утверждать, что такого общественного интереса нет тогда, когда мы говорим о земельных участках, предназначенных для ведения сельского хозяйства либо для осуществления жилищного или иного строительства. В то же время, во-первых, такой интерес требует серьезного политико-правового обоснования, во-вторых, однозначного закрепления в нормах федеральных законов, обязывающих собственников частных земельных участков их использовать.

Таково мнение Совета по кодификации, по нашему мнению, во многом заслуживающее поддержки. Однако есть и альтернативная позиция. Некоторые ученые полагают, что следует встать на позицию (отстаиваемую, к примеру, в Германии и ряде других европейских государств), согласно которой использование земельного участка, находящегося в частной собственности, должно осуществляться в том числе в общественных интересах. Этот подход базируется на особых характеристиках таких вещей как земельные участки, в частности, на ограниченности земельных ресурсов и их высокой экономической ценности. Все это позволяет обосновать дополнительные ограничения права собственности на земельные участки, вплоть до принудительного прекращения данного права в интересах охраны окружающей среды и законных интересов других лиц.

Причем, презюмируется, что вред для окружающей среды и третьих лиц есть как тогда, когда не используются земельные участки, предназначенные для ведения сельского хозяйства, так и тогда, когда не используются земельные участки, предназначенные для жилищного или иного строительства.

В первом случае сложно, долго и дорого возвращать запущенный (например, заросший лесной растительностью) земельный участок в состояние, позволяющее осуществлять на нем сельскохозяйственные мероприятия. Кроме того, семена сорных растений, вредоносные насекомые, пожары и т.п. могут распространяться на соседние земельные участки и причинять им вред. Во втором случае можно вести речь о праве на город, а именно о необходимости очищать городскую среду от заброшенных и потому небезопасных земельных участков. Одновременно свободные земельные участки в городах зачастую обладают большой инвестиционной привлекательностью.

Что касается отсутствия однозначных указаний в отечественном законодательстве на наличие у собственников определенных земельных участков обязанности использовать их по назначению, то это ничего не предопределяет. Такие обязанности можно вывести из общих конституционных и гражданско-правовых положений, в том числе из ст. 1 и 209 ГК РФ.

В свете сказанного, по мнению некоторых ученых, ст. 284 ГК РФ актуальна и сегодня, т.е. в условиях рыночной экономики. Дополнительным подтверждением этому могут служить, например, §85 и §176 Строительного кодекса Германии, согласно которым на территории, на которую распространяется действие плана застройки, община вправе путем принятия постановления обязать собственников выполнить в течение разумного срока следующее: 1) построить свой земельный участок в соответствии с нормами плана застройки или 2) привести в соответствие с нормами плана застройки имеющееся здание или иное сооружение. При невыполнении перечисленных обязанностей может быть произведено отчуждение права собственности на земельный участок.

Тем самым указанные ученые не поддерживают позицию Совета по кодификации, упрекая его в чересчур индивидуалистическом подходе к праву частной собственности, и заключают, что неиспользование земельного участка как в соответствии со ст. 284 ГК РФ, так и в соответствии со ст. 285 ГК РФ является неправомерным поведением³⁷⁶.

IV. Что касается соотношения ст. 284 и 285 ГК РФ, то их систематическое и телеологическое толкования позволяют сделать следующие выводы.

Обе статьи направлены в первую очередь на подтверждение существования таких ограничений права собственности на недвижимость как пределы (границы) права. Напомним, что пределы права собственности на недвижимость являются установленными в отношении субъективного права «внешними границами» и не связаны с наделением кого-либо субъективными правами. Пределы права собственности на недвижимость следует рассматривать как устанавливающие *запреты* на совершение определенных действий на (в) своем имуществе (например, запрет изменять панораму исторической части

³⁷⁶Общие подходы к пониманию института изъятия земельных участков описаны, например, в следующих работах: Закон № 2, 2004 Е.Л. Поветкина «Изъятие имущества для публичных нужд: цивилистические устои и современные тенденции». С. 41-60; Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ № 7, 2014 Е.Л. Поветкина, С.А. Кучин «Изъятие в пользу частных лиц: практика Германии и США». С. 4-19.

города посредством строительства высокого здания на своем земельном участке); *правила* совершения определенных действий в отношении своего имущества (например, определение порядка строительства жилого дома на своем земельном участке в соответствии с правилами противопожарной безопасности); *обязанности* совершения определенных действий в отношении своего имущества (например, обязанность устранять опасность обрушения своего здания или сооружения на соседний земельный участок).

Как правило, пределы права собственности на недвижимость устанавливаются и прекращаются в публично-правовом порядке, т.е. императивно; без согласования волей собственников недвижимости; без учета индивидуальных особенностей недвижимости; в интересах всех и каждого (общества в целом) или в интересах определенной категории лиц (например, соседей). Защита пределов непосредственно или опосредованно осуществляется публично-правовыми и частноправовыми способами. Пределы могут устанавливаться бессрочно и без выплаты компенсаций собственникам недвижимости³⁷⁷.

Примерный перечень пределов права собственности на земельные участки содержится в ст. 42 ЗК РФ.

В свете этого буквальное толкование ст. 284 ГК РФ *может* свидетельствовать о том, что в отношении права собственности на земельный участок установлен такой предел как *обязанность* совершать определенные действия в отношении своего имущества, а именно, во-первых, обязанность использовать земельный участок, во-вторых, обязанность использовать земельный участок конкретным способом – в соответствии с целевым назначением, т.е. для ведения сельского хозяйства либо жилищного или иного строительства.

В то время как буквальное толкование ст. 285 ГК РФ *может* свидетельствовать о том, что в отношении права собственности на земельный участок установлены другие пределы – запреты, правила, обязанности, не подпадающие под содержание ст. 284 ГК РФ.

В качестве примеров законодатель приводит такие пределы как *правила* (использовать земельный участок по целевому назначению), *запреты* (не использовать земельный участок таким образом, чтобы это приводило к существенному снижению плодородия земель сельскохозяйственного назначения либо причинению вреда окружающей среде), *обязанности* (при возведении или создании на земельном участке самовольной постройки выполнить предусмотренные законом обязанности по ее сносу или приведению в соответствие с установленными требованиями).

Важно также то, что в отличие от ст. 284 ГК РФ, в ст. 285 ГК РФ перечень оснований изъятия земельных участков сформулирован как неисчерпывающий. Следовательно, существует гипотетическая возможность изъять земельный участок при нарушении любых требований законодательства РФ. По нашему мнению, такое законодательное решение далеко неочевидно.

³⁷⁷Подробнее см.: Т.С. Краснова «Автономия воли и ее ограничение в сервитутном праве». М., 2019. С. 12-38.

Следует сказать и о том, что в научной литературе ведется спор относительно отнесения изъятия земельных участков по правилам ст. 284-285 ГК РФ к мерам земельно-правовой или гражданско-правовой ответственности. Не вдаваясь в подробности данной дискуссии, акцентируем внимание на следующем.

Во-первых, как мы уже указывали, вопрос о том, предусматривает ли ст. 284 ГК РФ меру ответственности, остается открытым.

Во-вторых, с одной стороны, закрепление в ГК РФ положений об основаниях прекращения права собственности на земельные участки обосновано, так как речь идет о принудительном прекращении субъективных прав частного правового характера. С другой стороны, заслуживает поддержки позиция о том, что гражданско-правовая ответственность – это ответственность одного участника гражданского правоотношения перед другим участником гражданского правоотношения, т.е. ответственность правонарушителя перед потерпевшим – в этом отличие гражданско-правовой ответственности, например, от имущественной ответственности в уголовном и административном праве, когда правонарушитель отвечает перед государством. Ответственность перед государством направлена не на восстановление нарушенных гражданских прав, а на защиту публичных интересов. Тем самым ответственность в виде изъятия земельного участка – это скорее мера публично-правовой, а не гражданско-правовой ответственности³⁷⁸.

*А.В. Кузьмин, канд. юрид. наук,
доцент, зав. кафедрой гражданского права
и процесса Санкт-Петербургского университета
технологий управления и экономики*

К вопросу о правовой определенности при применении иностранного права

В современном государстве вопрос эффективного функционирования системы экономических отношений неизбежно актуализирует вопрос правовой определенности. Это выражается, прежде всего, в очевидности юридической основы правовых отношений. Вопросы правовой определенности в стандартных (типичных) гражданско-правовых отношениях, не осложненных иностранным элементом, сводятся к пониманию системности российского гражданского права и выявлению его содержания. Так, задачами юриста (а здесь спектр приложения юридической профессии весьма разнообразен – юрист-консультант, юрист-представитель, юрист-адвокат, юрист-судья,

³⁷⁸Гражданское право: учебник: в 3 т. / под ред. Ю.К. Толстого. М., 2011. Т. 1. С. 644-647.

юрист-арбитр и т.п.) при анализе гражданского правоотношения будет выступать построение такой системы источников права, которая, безусловно, демонстрировала бы иерархию применения правовых норм к исследуемым отношениям и обстоятельствам. При этом построение такой системы правовых предписаний не ограничивается исключительно нормативными правовыми актами. Помимо системного разграничения нормативных правовых актов по их юридической силе, в неё (систему) встраиваются и нормативные договоры (прежде всего, международные – см. ч. 4 ст. 15 Конституции РФ), и решения Конституционного Суда (см. ст. 79 Федерального конституционного закона от 21.07.1994 N 1-ФКЗ (ред. от 29.07.2018) «О Конституционном Суде Российской Федерации»), которые содержат правовые позиции, а также правовые обычаи (ст. 5 ГК РФ).

Однако именно гражданско-правовые отношения породили использование вне привычной системы источников права (российского) иных регуляторов. Это, прежде всего, нормы иностранного права.

Правовые основания использования в качестве источников права иностранного законодательства содержатся в Разделе VI (Международное частное право) ГК РФ, п. 5 ст. 11 ГПК РФ («Суд в соответствии с федеральным законом или международным договором Российской Федерации при разрешении дел применяет нормы иностранного права»), а также п. 5 ст. 13 АПК РФ («Арбитражный суд в соответствии с международным договором Российской Федерации, федеральным законом, соглашением сторон, заключенным в соответствии с ними, применяет нормы иностранного права. Данное правило не затрагивает действие императивных норм законодательства Российской Федерации, применение которых регулируется разделом VI Гражданского кодекса Российской Федерации»).

При этом при применении норм иностранного права суд устанавливает содержание этих норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве. Кроме того, в соответствии с п. 2 ст. 1191 ГК РФ, «в целях установления содержания норм иностранного права суд может обратиться в установленном порядке за содействием и разъяснением в Министерство юстиции Российской Федерации и иные компетентные органы или организации Российской Федерации и за границей либо привлечь экспертов». Абсолютно такую же формулировку закрепляет и п. 2 ст. 14 АПК РФ.

Анализ правоприменительной практики отечественных судов общей юрисдикции и арбитражных судов показывает, что применение иностранного права происходит достаточно активно и суды чаще всего бесконфликтно воспринимают материальную составляющую иностранного права как необходимый регулятор общественных отношений.

Для формирования легальности использования норм иностранного законодательства суды чаще всего используют конкретный пункт договора, указывающий на применимое право. Например, в Решении Арбитражного Суда

г. Москвы от 12 сентября 2016 г. по делу № А40-244566/2015, указано «Согласно п. 6.1 договора, все споры, претензии и разногласия, возникающие из Договора или в связи с ним, решаются путем взаимных переговоров, а в случае не достижения Сторонами согласия, решаются в соответствии с действующим законодательством Англии и Уэльса»³⁷⁹. А в Решении Арбитражного суда Камчатского края от 11 апреля 2016 г. по делу № А24-4395/2015, была применена достаточно сложно воспринимаемая переводная конструкция текста договора: «Согласно разделу 4 договора “применимое право” данный договор будет регулироваться внутренним (материальным) правом Швейцарии (исключая принципы международного частного права согласно Правилам международного частного права Швейцарии) исключая все международные конвенции, которые иначе могут быть применены (пункт 4.1)»³⁸⁰.

В условиях вероятного применения правил иностранного законодательства возникает определенное формальное несоответствие с требованиями правовой определенности. Известная формула *Ignorantia non est argumentum* здесь вполне может и не сработать так же эффективно, как в ситуации с внутригосударственным правом, где незнание тысяч нормативных актов «не освобождает от ответственности». Дело здесь в том, что требовать от субъектов имущественных отношений знаний иностранного права крайне нелогично. Особенно если речь идет о знании превентивном (до вступления в правоотношение), использование которого (знания) влечет определенные юридические последствия. В связи с этим возникает вопрос – должен ли участник имущественного правоотношения быть информирован (очевидно, самостоятельно) о содержании норм иностранного права перед вступлением в правоотношение? То есть является ли для него определенным содержание соответствующих норм иностранного права?

Особо актуализируется вопрос правовой определенности в связи с применением норм юрисдикций ограниченного признания. Так, если вопрос о последствиях превентивного незнания содержания иностранного права признанных государств еще можно отнести к реализации правила *Ignorantia non est argumentum*, то вопрос превентивного знания права самопровозглашенных непризнанных государственных образований вызывает определенные формально-юридические и политические сложности.

Отметим, что безусловным основанием политических притязаний государств *de facto* на признание их суверенитета выступает наличие системы формально закреплённых правил поведения – права. Помимо того, что это является основой апеллирования к мировому сообществу относительно признания в качестве независимого государства, наличие системы правовых

³⁷⁹ Решение Арбитражного Суда г. Москвы от 12 сентября 2016 г. по делу № А40-244566/2015 [Электронный ресурс] // Сайт «Судебные и нормативные акты РФ» URL: <http://sudact.ru/arbitral/doc/Ymr0mxv6PBoy/> (дата обращения 28.03.2019)

³⁸⁰ Решении Арбитражного суда Камчатского края от 11 апреля 2016 г. по делу № А24-4395/2015 [Электронный ресурс] // Сайт «Судебные и нормативные акты РФ» URL: <http://sudact.ru/arbitral/doc/pkYOmKferbd8/> (дата обращения 28.03.2019)

предписаний предполагает и использование права государств *de facto* для регулирования общественных отношений. Причем если внутри таких государств легальность предписаний обеспечивается его внутренней легитимностью, то за его пределами возникают определенные сложности с признанием законодательства таких государств официальными регуляторами общественных отношений.

В отечественной правоприменительной практике в настоящее время складывается особая конструкция достижения правоприменительной результативности – применение норм юрисдикции ограниченного признания. В качестве примера можно привести использование для защиты субъективного права норм иностранного права, закрепленных в заведомо узкопризнаваемой юрисдикции. Например, использование для разрешения различных юридических споров норм материального права непризнанных (ДНР, ЛНР, ПМР) государств. В частности, при вынесении Решения по делу № 2-100/2016 от 24 марта 2016 г., Кимовский городской суд Тульской области применил положения Гражданского кодекса Приднестровской Молдавской Республики, легализовав его применение официальной позицией России (по умолчанию) о непризнании ПМР и, одновременно, сославшись на применение в Молдавии статьи 41 Конвенции «О правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам» от 22.01.1993 года. При этом юридическое противоречие формального публичного и неформального частного права выразилось не только в применении ГК ПМР и допущении использования в качестве иностранной валюты приднестровского рубля, но и в неприменении к данным правоотношениям ГК Молдавии. Более того, текст судебного решения вообще не содержит отсылок к молдавскому праву, ограничиваясь отсылками к приднестровскому³⁸¹.

Следует иметь в виду, что законодательство непризнанных государств применяется в отечественной судебной практике на основании ст. 1186 ГК РФ. Формально это приравнивает государства *de facto* к государствам *de jure*. Безусловно, существование узкопризнаваемых юрисдикций, затрудняет юридическую коммуникацию в рамках юридических споров, однако механизм использования правил иностранного законодательства вне привязки к факту признания позволяет в значительной степени обеспечить права и законные интересы физических и юридических лиц. Однако, обеспечивая права и законные интересы участников гражданско-правовых отношений, не следует игнорировать вопросы правовой определенности – требовать применение принципа *Ignorantia non est argumentum* к знанию субъектом содержания законодательства непризнанного государства следует с изрядной долей осторожности. Действительно, на каком основании государство может применять право, которое с его (государства) точки зрения правом в полной мере не признается?

³⁸¹ Решение Кимовского городского суда Тульской области по делу № 2-100/2016 2-100/2016~М-14/2016 М-14/2016 от 24 марта 2016 г. [Электронный ресурс] // Интернет-ресурс «Судебные и нормативные акты Российской Федерации» (СудАкт.Ру) URL: <http://sudact.ru/regular/doc/2Nsm7NrNyzb4/> (дата обращения 28.03.2019).

В этой связи, как представляется, наиболее очевидным выглядит движение законодателя в сторону включения в структуру иностранного права в смысле Раздела VI ГК РФ, п. 5 ст. 11 ГК РФ, п. 5 ст. 13 АПК РФ законодательства узкопризнаваемых юрисдикций.

Таким образом, реализация принципа правовой определенности при применении иностранного права порождает проблемы, связанные с требованием к превентивному знанию его содержания, а также проблемы признания в качестве права законодательства государств de facto.

*Ю.А. Лозина,
доцент кафедры гражданского
права и гражданского процесса
Санкт-Петербургского университета МВД России,
канд. юрид. наук, доцент*

Статус криптовалюты в России и за рубежом, особенности правового регулирования

Криптовалюта в настоящее время используется в централизованной и децентрализованных системах расчетов стран-лидеров в области инноваций. Являясь цифровой валютой, не имеющей территориальных и правовых границ, тем не менее она все же находится в вакууме, в отрыве от установленных систем расчетов как между государствами, так и между частными лицами. В таком переходном периоде, когда у потенциальных участников имеются и печатные деньги, и виртуальные, остро встает вопрос соединения этих видов денег, их единства в правовом пространстве, возможности перевода одних в другие, а также защиты прав их владельцев от мошеннических схем, финансовых пирамид и т.д.

Криптовалюта и блокчейн операции пользуются спросом у граждан и юридических лиц, интернет-покупателей, поскольку:

- ускоряют транзакцию любой сделки с участием субъектов гражданских правоотношений (скорость операции примерно 4 секунды);
- удешевляют любую сделку, поскольку удаляют из цепочки посредников в виде банков, брокеров, агентов;
- за счет технологии блокчейн уменьшают риск перехода денежных средств к мошенникам;
- дают возможность участникам гражданского оборота сделать инвестиционные вложения;
- используются в виде оплаты товаров и продуктов питания. Например, компании Subway, Shopify, Microsoft сегодня принимают криптовалюту от граждан.

- применяются как способ расчетов между юридическими лицами и гражданами наравне денежными средствами, значительно ускоряя международные сделки. К примеру, вместо недели оплата между юридическими лицами разных стран с помощью криптовалюты происходит в течение десяти-пятнадцати минут в любое время суток. При этом комиссию за сделку получает биткойн или другая подобная система.

До сих пор страны, даже где криптовалюта разрешена к использованию, не могут определить ее правовой статус и не включают ее в свои финансовые системы. Например, в Великобритании это не валюта и не деньги, а уникальная комбинация цифр. В Европейском союзе действует мнение, что это всего лишь средство обмена, в Японии – официальное средство платежа, в США – ценная бумага. В Китае криптовалюта является виртуальным товаром. В Аргентине - вещью или товаром³⁸².

Правовые основы криптовалюты сегодня в России находятся в состоянии проекта закона. Предложенный в январе 2018 года Министерством финансов РФ законопроект «О цифровых финансовых активах»³⁸³ предлагает официальное закрепление новых понятий и отношений. В проекте закона даются определения валидации, майнинга, криптовалюты и токена как видов финансовых активов. В этом же нормативном акте предлагается понятие смарт-контракта.

Россия официально заявила о возможности создания на территории государства криптовалютных офшор во Владивостоке и Калининграде³⁸⁴. [9].

В настоящее время проблема заключается в том, что в связи с коммерческой тайной отсутствует четкое понимание самого процесса совершения такой операции, невозможно вычислить хозяина электронного кошелька, а если собственник потеряет ключ доступа к своим деньгам, то их вернуть будет невозможно; существует достаточно большое количество платежных систем, но порядок выполнения ими операций имеет свои отличия.

Через определенный сервис и созданный вебкошелек в России можно поменять криптовалюту на рубли. Сервисов, которые позволяют бизнесу принимать к оплате биткойны, достаточно много — например, Blokchain, Bitpay, Bitaps, Coinbase, Cryptonator и др.

Отсутствие четкого законодательства в области криптовалют не означает отсутствие практики. Девятый апелляционный арбитражный суд РФ, вынося решение по этому объекту, основывал свою позицию на том, что в ГК РФ содержится исчерпывающий перечень гражданских прав, к которым

³⁸² Лихута В. Правовое регулирование криптовалютного бизнеса. Февраль 2017. URL: <http://axon.partners/wp-content/uploads/2017/02/Global-Issues-of-Bitcoin-Businesses-Regulation.pdf>.

³⁸³ Проект ФЗ РФ. О цифровых финансовых активах // https://www.minfin.ru/ru/document/?id_4=121810&order_4=P_DATE&dir_4=DESC&is_new_4=1&page_4=1&area_id=4&page_id=2104&popup=Y#.

³⁸⁴ Вести-экономика. Минфин предложил создать в РФ криптовалютные офшоры URL: <http://www.vestifinance.ru/articles/97219>. (Дата обращения: 15.02.2018).

можно отнести криптовалюту³⁸⁵. Подобную позицию заявило и Министерство финансов РФ³⁸⁶. Пленум Верховного суда от 26 февраля 2019 года отметил, что предметами преступлений, предусмотренных ст.174 и 174.1 УК РФ могут быть в том числе денежные средства, преобразованные из виртуальных активов (криптовалюта)³⁸⁷. Отметим, что в проекте закона о цифровых активах криптовалюта – это вид цифрового финансового актива, под которым понимается имущество в электронной форме.

Итак, с точки зрения авторов по поводу того, к какому объекту отнести криптовалюту, достаточно разнообразны. Размышляя над ними, обратимся к терминам, закрепленным в ГК РФ, комментариям к нему, а также воспользуемся знаниями основоположателей – римлян. Попробуем привести имеющиеся понятия, которыми называют сегодня криптовалюту: вещь, товар, виртуальный товар, средство обмена, деньги, цифровая валюта, а также иное имущество, поскольку ряд источников предлагает считать криптовалюту иным имуществом, которое является объектом гражданского права.

Римляне не отличали право собственности на вещь и ее саму, иногда под вещью понимая не только «телесные предметы», но и «права» на нее. Свойствами вещи издревле считались их функциональная значимость для человека или коллектива людей, т.е. вещи должны использоваться членами общества или отдельным субъектом, т.е. находиться в обороте. Вторым свойством считалась материализация вещи. Хотя если обратиться к римскому праву, прежде всего речь шла о правах на конкретную вещь, а не о самой вещи³⁸⁸.

Еще Цицерон, анализируя о телесных и бестелесных вещах, писал, что есть вещи, которые «существуют», т.е. реальные предметы, и те, которые «мыслятся», т.е. абстрактные понятия³⁸⁹.

В соответствии со ст. 128 ГК РФ вещи, деньги и ценные бумаги относятся к объектам гражданских прав. Вещи – предметы материального мира, которые могут быть в разном физическом состоянии, к ним относится и электрическая и тепловая энергия³⁹⁰. Что касается денег, то они согласно ст.140 ГК РФ - законное платежное средство, которое осуществляется с помощью наличных и безналичных расчетов. Если деньги наличные - они признаются вещью, если безналичные – имущественными правами.

³⁸⁵ Алексей Малаховский. Криптовалюта стала имуществом: и что теперь? 28.05.2018. <https://pravo.ru/story/202790/>.

³⁸⁶ Андрей Петров. Криптовалюта как «иное имущество»: Минфин продвинет биткоин. 08.06.2017 URL: <https://rueconomics.ru/252859-kriptovalyuty-kak-inoe-imushchestvo-minfin-prodvinet-bitcoin>.

³⁸⁷ Изменения в Постановление Пленума Верховного суда РФ от 07.06.2015. № 32. О судебной практике по делам о легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем, и о приобретении или сбыте имущества, заведомо добытого преступным путем от 26.02.2019. № 1 URL: <https://base.garant.ru/71119624/>.

³⁸⁸ Новицкий И.Б., Перетерский И.С.. Римское частное право: Учебник. М., 2004. С.148.

³⁸⁹ Cic., Top., 5,26-27.

³⁹⁰ Комментарий к ГК РФ под редакцией О.Н. Садикова. М., 2002. С. 313.

Д.И. Мейер определял объект гражданского права в качестве того, что подлежит господству лица как субъекту права, считая таковыми права на вещи и на чужие действия, которые подходят под понятие «имущество»³⁹¹.

Иное имущество – собирательный термин, под которым понимается вещь или совокупность вещей, имущественные права. Приведем одну из современных точек зрения на понятие «имущество». Имущество как объект гражданского права делится на само имущество и его эквиваленты. Имущество может обладать вещной, волновой и идеальной природой. К эквивалентам или заменителям относятся ценные бумаги, деньги, имущественные права³⁹².

Еще одно близкое по значению слово – товар. Согласно ст. 1 ГК РФ товары, услуги и финансовые средства свободно перемещаются по территории России. Ст. 454 ГК РФ проводит синоним между товаром и вещью: товар – любые вещи по договору купли-продажи.

Таким образом, понятия вещь, товар применяются в кодексе как синонимичные понятия, а термин имущество рассматривается шире.

Рассмотрим предлагаемые странами инструменты для регулирования криптовалюты и заключаемых по поводу нее договоров.

Например, в Великобритании криптовалютный кошелек Coinbase получил лицензию и доступ к финансовой платежной системе. Это означает, что теперь в этой стране можно будет перевести криптовалюту в фунты. Япония присвоила криптовалютам статус платежного средства³⁹³, в Швеции это биржевая нота, т.е. долговое обязательство банка, привязанное к цене определенного актива, в данном случае криптовалюты; в Швейцарии — инвестиционный сертификат. Канада и Сингапур приравнивали первичное размещение криптовалют к выпуску ценных бумаг. В Германии это расчетная денежная единица. Банк в Лихтенштейне в скором времени начнет торговать криптовалютой, давая приоритет сначала своим гражданам, но в покупке смогут принять участие и иностранцы. Криптовалюту можно будет купить за доллары, евро или франки. Таковы реальные действия ведущих стран мира в направлении развития цифровой экономики. Имуществом криптовалюты считают в США.

Сделки с использованием криптовалюты сегодня оформляются:

- смарт-контрактами или интеллектуальными контрактами. Прописываются в виде программного кода в блокчейне, одновременно являясь частью блокчейна. Проблемой такого договора является анонимность участников сделки. Участники блокчейна самостоятельно регулируют свои отношения.

В отношении смарт-контрактов нет пока введенного законодателем определения, не определен его статус. Существуют разные точки зрения:

³⁹¹ Мейер Д.И. Русское гражданское право. Изд. 5, М., 2012, С.4.

³⁹² Архипов И.В. Объекты гражданских прав и объекты защиты // Вопросы российского и международного права. 2017. Том 7. № 5А. С. 110-120.

³⁹³ Денис Руль. Интересные новости криптовалют // Mining-bitcoin URL: <https://mining-bitcoin.ru/news/interesnie-novosti#i> (Дата обращения: 15.03.2018)

- это договор, в котором условия полностью или частично прописываются алгоритмом в определенной программной среде³⁹⁴.

- это договор, который выражен в форме программного кода на основе технологии «блокчейн»³⁹⁵.

- предложенный в январе 2018 года Министерством финансов РФ законопроект «О цифровых финансовых активах» считает смарт-контракт - договором в электронной форме, исполнение прав и обязательств по которому осуществляется путем совершения в автоматическом порядке цифровых транзакций в распределенном реестре цифровых транзакций в строго определенной им последовательности и при наступлении определенных им обстоятельств (ст. 2 закона).

Предложенные варианты прежде всего говорят о переходе гражданских правоотношений из статуса бумажный договор между лицами, обладающими минимальными знаниями в области права в технический, где все шаги контрагентов математически прописываются в электронной форме, достоверность которых теперь зависит не только от юриста, но и от брокеров и агентов, а также знатоков IT-технологий.

Принцип свободы договора не ограничивает субъектов гражданского права в возможностях заключения договоров не только которых нет в гражданском законодательстве, но позволяют использовать имеющиеся или их совокупность. Например, инвестиции в токен (тоже вид цифрового актива) могут быть оформлены как процентный займ, доля прибыли, пожертвование, бартерный обмен, плата за услуги и т.д.

Кроме отсутствия законодательного регулирования, такие операции могут включать негативные последствия для их участников. Это, например:

- риск хранения, учета, обращения, взлома;
- технический риск;
- риск доверия к участникам;
- правовой риск (невыполнения условий сделки, например установленных обязательств, распространение информации, ставшей известной при ее заключении и т.д.);
- криминогенный фактор (использование возможностей криптовалюты при продаже наркотиков, в террористической деятельности, при продаже оружия и т.д.)

- вовлечение в финансовые пирамиды (Ещё в августе 2017 года сотрудники фермерского кооператива LavkaLavka, который с 17 июля 2017 г. принимал биткоины в качестве оплаты, были вызваны в Лефортовскую межрайонную прокуратуру по факту приема криптовалюты. Хотя прокуратура не выявила никаких нарушений³⁹⁶.

³⁹⁴ Аналитический обзор Банка России по «смарт-контрактам». Октябрь 2018. С. 3. URL: https://www.cbr.ru/content/document/file/47862/smartkontrakt_18-10.pdf

³⁹⁵ Савельев А.И Договорное право 2.0: «умные контракты как начало конца классического договорного права // Вестник гражданского права. 2016. № 3.

³⁹⁶ Александра Самуилкина. Способы применения блок-чейн технологий для российского бизнеса. 11.09.2017. URL: <https://vc.ru/crypto/27269-cryptocurrency-for-business>.

Федеральная торговая комиссия Соединенных Штатов Америки как основной контролирующей орган в сфере криптовалют подала иск на две компании, которые действовали по принципу финансовой пирамиды — каждый следующий для получения гигантской прибыли должен был привести в компанию еще двоих. ФТС доказала в действиях компаний мошенничество. Круг пострадавших — тридцать тысяч человек по всему миру. Вынесенное решение — запрет вести подобного рода деятельность в штате Флорида. Последствием появления финансовых пирамид в криптовалютных операциях стало объявление Google, Facebook, Twitter о прекращении размещения на своей платформе рекламных объявлений, связанных с биткоином и криптовалютой³⁹⁷ [13].

- анонимное оформление сделок с юридическими лицами не дает возможности отчитаться по таким операциям. Предложение – сделать все кошельки поименными.

- опасность, что компании не станут принимать определенный вид криптовалюты, Например, компания Microsoft, перешла от биткоина к эфириуму.

Таким образом, правовое регулирование криптовалютных операций в России значительно отстает от регулирования этих отношений в иностранных государствах.

Помимо отсутствия закрепления основных законодательных понятий, криптовалютные отношения, учитывая ускоренный технический прогресс, следует считать комплексным правовым институтом, охватывающим международное, гражданское, налоговое и информационное законодательство.

В части гражданского законодательства для устранения противоречий о том, является ли криптовалюта объектом гражданских прав, после принятия основных законодательных актов о цифровых внести соответствующие изменения.

Участие российских граждан в криптовалютных сделках не защищает их, полностью перекладывая на стороны риск несения любых убытков по договору. Внесение в них наименования участников сделки, лишение его анонимности, прописывание основных прав и обязанностей сторон, последствий невыполнения условий договора даст дополнительные гарантии защиты сторонам сделки.

Судебная практика России в связи с отсутствием правовой системы и проведением криптовалютных операций не может похвастаться большим количеством судебных исков по защите прав и интересов обиженных истцов. Имеющиеся судебные споры в основном посвящены блокированию информации в сети Интернет о криптовалютных сделках, которые запрещены на территории страны.

³⁹⁷ Matthew Hrones. Cracking down on crypto scams// URL <http://bitcoinist.com/federal-trade-commission-files-lawsuit-targets-deceptivecryptocurrency-schemes/> 18.03.2018.

*Р. Лугманов,
аспирант СПбГУ*

Принцип добросовестности и обязанность информирования

1 июня 2015 года в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее – ГК РФ) появилось новое правило п. 3 ст. 307 ГК РФ, которое рассматривается в качестве конкретного проявления принципа добросовестности (п. 3 ст. 1 ГК РФ) в обязательственном праве³⁹⁸. Согласно данному правилу, при установлении, исполнении обязательства и после его прекращения стороны обязаны действовать добросовестно, учитывая права и законные интересы друг друга, взаимно оказывая необходимое содействие для достижения цели обязательства, а также предоставляя друг другу необходимую информацию. В контексте заявленной темы и на основе текста данной новеллы следует сделать несколько предварительных выводов:

1. Законодатель указывает, что обязанность информирования может возникнуть в любой момент динамики развития обязательственного правоотношения: преддоговорная стадия, стадия исполнения договора и пост договорная стадия³⁹⁹.

2. В данной норме говорится не только о запрете лгать. Содержание п. 3 ст. 307 ГК РФ шире: он устанавливает обязанность позитивного информирования стороны обязательственного правоотношения. Сказанное означает, что обязанная сторона должна совершить активные действия по информированию кредитора.

В литературе встречается мнение, что п. 3 ст. 307 ГК РФ является не просто новеллой для ГК РФ, но передовой новеллой, которая 1) не имеет аналогов в зарубежных правопорядках и 2) предоставляет больший набор возможностей, чем в зарубежных правопорядках⁴⁰⁰. Так же встречается мнение, что наполнение данной нормы конкретным содержанием должно происходить планомерно судебной практикой⁴⁰¹. Однако, представляется, что можно усомниться в справедливости высказанных позиций.

³⁹⁸ Сарбаш С.В. Элементарная догматика обязательств: Учебное пособие/ Исслед. Центр частн. права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, Рос. школа частн. права. - М.: Статут, 2016. С. 20; Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307-453 Гражданского кодекса Российской Федерации/ Отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: Статут, 2017. С. 40.

³⁹⁹ Распространение вспомогательных обязательств на пост договорную стадию критикуется В.В. Витрянским. См. Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М. Статут, 2016. С. 104-105 (Консультант Плюс)

⁴⁰⁰ Архипова А.Г. Обязанность предоставить информацию по п. 3 ст. 307 ГК РФ// Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 2. С. 69.

⁴⁰¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307-453 Гражданского кодекса Российской Федерации/ Отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: Статут, 2017. С. 42-43.

Проводя сравнительно-правовое исследование вторичных обязательств, вытекающих из принципа добросовестности, в основных европейских правовых порядках, легко заметить например, явное текстуальное сходство положений п. 3 ст. 307 ГК РФ и § 241 II Германского гражданского уложения (далее-BGB)⁴⁰². В данном параграфе указано, что в соответствии с содержанием обязательства каждая из сторон может быть обязана учитывать права, правовые блага и интересы другой стороны. Более того, несмотря на лаконичное изложение § 241 II BGB, его реальное содержание (вместе с содержанием § 242 BGB)⁴⁰³ детально раскрыто в доктрине и судебной практике, что по времени заняло порядка 100 лет⁴⁰⁴.

Принцип добросовестности, среди прочего нашедший выражение в указанных параграфах, вводит в гражданский оборот вспомогательные обязательства (*Verhaltenspflichten*), призванные дополнять основное обязательство, указывая, каким образом должно протекать определенное договорное исполнение. Более того, согласно германской доктрине и практике указанные вспомогательные обязательства могут быть не связаны с предметом основного обязательства (и тогда применяется именно § 241 BGB) или, наоборот, связаны с ним (§ 242 BGB).

Среди вспомогательных обязательств специальное место отводится обязательству по разъяснению и информированию (*Aufklärungs- und Informationspflichten*). Данное обязательство может быть направлено как на защиту соответствующей стороны от имущественных потерь, так и на достижение цели основного обязательства.

В доктрине указывается, что несмотря на легальное закрепление принципа добросовестности, вытекающее из него обязательство по раскрытию информации не может быть слишком широким. Отмечается, что не существует общего правила сообщать обо всех известных стороне обстоятельствах, не может быть и общего обязательства ухудшать свою правовую позицию в интересах договаривающейся стороны⁴⁰⁵.

Как правило, соответствующая сторона должна сама запрашивать у другой стороны интересующую информацию, что вполне логично при условии, что действительный интерес в информации указанной стороны плохо различим для противоположной стороны.

⁴⁰² Синявская М.С. Некоторые актуальные вопросы реформы российского обязательственного права в свете сравнительно-правового подхода// Пробелы российского законодательства. 2016. № 5. С. 120.

⁴⁰³ Согласно § 242 BGB, должник обязан осуществлять исполнение добросовестно, как этого требуют обычаи оборота.

⁴⁰⁴ Егоров А.В. Структура обязательственного отношения: наработки германской доктрины и их применимость в России // Вестник гражданского права. 2011. № 3 (Германия) / СПС КонсультантПлюс; Нам К.В. Принцип добросовестности: некоторые проблемы развития доктрины// Вестник гражданского права. Том 17. № 6. 2017. С. 86.

⁴⁰⁵ Grobecker Wolfgang. Implied terms und Treu und Glauben: Vertragsergänzung im englischen Recht in rechtsvergleichender Perspektive.- Berlin:Duncker und Humblot. 1999. В. 174.

Если обобщить часто встречающиеся дела германской судебной практики, то можно выделить среди прочего ряд условий раскрытия информации:

- информация, подлежащая раскрытию, может повлиять на решение соответствующей стороны вступить в контрактные отношения;
- информация, подлежащая раскрытию, может поставить под угрозу цель обязательства;
- информационная асимметрия в пользу обязанной стороны;

Нет сомнения в естественном характере эволюционного накопления судебной практики, позволяющей развивать указанный институт посредством выведения из принципа добросовестности все новых и новых случаев и соответствующих им правил поведения, не закрепленных в законе. Вопрос заключается лишь в том, должны ли мы придерживаться пути реформирования отечественного гражданского законодательства, при котором происходит механическое заимствование институтов зарубежных правопорядков в отсутствие достаточного исследования и разумной имплементации соответствующих наработок зарубежной доктрины и практики, «обрамляющих» заимствованные институты. В таком случае оригинальное развитие заимствованных институтов в отечественной правоприменительной практике принесет больше вреда, чем пользы.

Представляется, что такой подход является неприемлемым, основанным в том числе на необоснованной вере в исключительность отечественной цивилистики, способной оригинальным образом переосмыслить даже «правовой трансплантат». Платой за такую веру (или просто нежелание изучать зарубежный опыт) будет весьма опасное и продолжительное состояние правовой неопределенности, о чем предупреждал еще И.А. Покровский, весьма негативно относившийся поэтому к принципу добросовестности⁴⁰⁶.

Сказанное выше не следует понимать так, будто автор полагает правильным бездумно положиться на мудрость, например, германской судебной практики и доктрины, слепо копировать чужие решения. Конечно, очевидно, что германский правопорядок генетически является наиболее близким правопорядком для российского гражданского права. Однако мы ведем речь лишь о знакомстве с соответствующими зарубежными доктринами и практикой как норме жизни, а также о точечном заимствовании их релевантных элементов, в тех случаях, когда это было бы желательно для российской практики.

В качестве иллюстрации можно привести результаты довольно масштабного сравнительно-правового исследования «Good Faith in European Contract Law», в котором участвовала группа ученых из 14 европейских правопорядков под руководством С. Уиттакера и Р. Циммераманна. Указанным исследователям были предложены 30 модельных казусов с целью их решения

⁴⁰⁶ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. - Петроград, издание юридического книжного склада "Право", типография "Правда", 1917 г- СПС «Гарант».

с точки зрения сложившейся национальной судебной практики. В контексте проблематики информационного обязательства представляют интерес следующие кейсы: Case 1: Courgettes perishing⁴⁰⁷; Case 2: Degas drawing⁴⁰⁸; Case 16: Drug causing drowsiness in driving⁴⁰⁹; Case 17: Bank miscrediting customer⁴¹⁰; Case 18: Access to medical records⁴¹¹. В указанных кейсах практически всегда решения были схожими, однако, правовое обоснование заметно отличалось от правопорядка к правопорядку. В результате появилось понимание, что принцип добросовестности не является неким универсальным и единственно возможным средством для единообразного решения однотипных казусов. Возможны и иные догматические конструкции, приводящие к сходному результату. Другим аспектом вопроса наполнения конкретным содержанием обязательства позитивного информирования является проблема используемой методологии. В условиях, когда данное обязательство предусмотрено абстрактной правовой нормой (п. 3 ст. 307 ГК РФ), определить ее содержание посредством логического, систематического, исторического и т.п. иного способа толкования, активно используемого догматикой, вряд ли получится. Должное из сущего не выводится⁴¹².

Принципиально можно помыслить несколько вариантов дальнейшего развития отечественной практики применения информационного обязательства: 1) заимствование части зарубежного опыта в его наиболее близком варианте (германское право), 2) заимствование практики применения информационных обязательств из различных правопорядков либо 3) самостоятельное эмпирическое накопление судебного материала, доверяя исключительно национальному пути развития принципа добросовестности в указанном контексте⁴¹³.

В любом случае, теории и практики гражданского права будут делать некие предложения (самостоятельные или заимствованные) в попытке конкретизировать содержание информационного обязательства, выводимого из принципа добросовестности. При этом каждый раз должен возникать один и тот же вопрос: почему делается такое, а не другое предложение. В противном случае, предлагаемые решения будут исключительно интуитивными. Обоснования таких предложений о должном можно черпать исключительно извне (социология, экономика, философия и т.д.). Например, экономическая теория издавна занимается изучением человеческого пове-

⁴⁰⁷ Whittaker S., Zimmermann R. Good Faith in European Contract Law. Cambridge University press. 2000. P. 203-205.

⁴⁰⁸ Whittaker S., Zimmermann R. Op. cit. P. 233-235.

⁴⁰⁹ Whittaker S., Zimmermann R. Op. cit. P. 256-257.

⁴¹⁰ Whittaker S., Zimmermann R. Op. cit. P. 468-469.

⁴¹¹ Whittaker S., Zimmermann R. Op. cit. P. 478-480.

⁴¹² Карапетов А.Г. Экономический анализ права. М.: Статут, 2016. С.17.

⁴¹³ Напомним, что в последнем случае даже Германии потребовалось порядка 100 лет.

дения в зависимости от влияния тех или иных стимулов в сфере имущественного обмена. Соответственно, экономисты смогли сформулировать некоторые закономерности в поведении людей при принятии тех или иных экономических решений. Было бы странно не воспользоваться достижениями данной науки для целей гражданского права, регулирующего как раз таки тот самый экономический оборот. Например, в работе «Mistake, disclosure, information, and the law of contracts»⁴¹⁴ Anthony T. Kronman обосновывает необходимость обращать особое внимание на способ получения информации при решении вопроса о том, подлежит ли данная информация раскрытию. Информация представляет собой имущественный актив, передача которого иным лицам не может решаться прямолинейно и однообразно. Общественно-полезная цель снижения относительной стоимости товаров посредством скорейшего доведения релевантной информации до участников рынка (с момента возникновения соответствующих изменений) сталкивается с другой не менее общественно-полезной целью, заключающейся в производстве новой информации, повышающей общую экономическую эффективность. Если информация получена в результате сознательных инвестиций (в широком смысле слова) в интеллект, навыки, знания, то в отсутствие фидуциарности было бы экономически оправдано дать обладателю этой информации преимущества в ее использовании даже ценой ошибки другой стороны контрактных отношений, которая не обладает этой информацией. Если обладателю такой информации отказать в указанном преимуществе, то у него будет снижаться стимул к воспроизводству новой информации, что в долгосрочной перспективе негативно повлияет на общую экономическую эффективность рынка. Например, некое лицо в магазине старых вещей находит скрипку Stradivari, явно недооцененную продавцом, которому неведомо ее истинное авторство. Покупатель приобретает скрипку за низкую цену и получает значительную выгоду. В подобных случаях решение вопроса, например, о возможности оспорить сделку зависит от ответа на вопрос о способе получения информации покупателем. Получил ли он эту информацию случайно, или его навыки, позволившие ему распознать творение Stradivari, были итогом сознательных инвестиций в свое образование как музыканта или искусствоведа? Зашел ли он в данный магазин случайно и явно не для покупки скрипки или поиск недооцененных предметов искусства является его источником дохода? Эти и многие другие вопросы должны учитываться при ответе на вопрос, в каких случаях и в каком объеме должна быть раскрыта информация, влияющая на заключение и исполнение договора.

⁴¹⁴ Anthony T. Kronman, "Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts," 7 Journal of Legal Studies 1 (1978).

*В.А. Максимов, канд. юрид. наук,
заместитель начальника кафедры
гражданского права и гражданского
процесса Санкт-Петербургского
университета МВД России*

Недобросовестное использование средств индивидуализации товаров: тенденции европейской и российской судебной практики

Товарные знаки, торговые марки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров и коммерческие обозначения, которые приобрели положительную известность, привлекают внимание предпринимателей, стремящихся к получению прибыли за счет их использования для своих товаров/услуг. Использование чужих коммерческих обозначений может иметь место в целом или частично, полностью их копируя или имитируя. В последнем случае обозначение схоже с другими торговыми марками и знаками настолько, что их вполне вероятно спутать, особенно неискушенным потребителям. Тем самым последние намеренно вводятся в заблуждение. Это достигается некоторыми незначительными, как правило, не вполне заметными изменениями в буквенном составе товарного знака, расположении элементов рисунка, цветовой гаммы. К примеру, MIKE (имитация NIKE со схожим рисунком), ABIBAS, DOLCE&BANANA, BOOS (имитация BOSS) и многих других⁴¹⁵.

Достаточно часто недобросовестные производители даже без этого представляют известные товарные знаки на свои товары, а потребители знают, что приобретают товар не того производителя, которому принадлежит товарный знак. Тогда имеет место недобросовестность не только производителя, но и потребителя, поскольку тот с высокой степенью вероятности может предположить, что по такой цене товар компании с известным товарным знаком продаваться не может.

Способы борьбы с такими подделками малоуспешны. Однако в этой связи интересен опыт Италии и Франции, где ответственность за подобные действия несет как продавец, так и покупатель. При этом законодательством предусмотрены штрафы до 300 000 евро и даже лишение свободы на срок до трех лет. К ответственности привлекаются не только неискушенные или пренебрегающие законом отечественные туристы, но и выходцы из европейских стран. Так, датчанка Кирстен Лорсен за покупку пары очков якобы от Dior, а француженка — сумочки «Louis Vuitton» были вынуждены заплатить штраф по 10 000 евро. За приобретение нескольких поддельных маек покупательнице грозила уголовная ответственность, поскольку правоохранительные органы посчитали, что она покупает партию контрафактного товара для дальнейшей перепродажи⁴¹⁶.

⁴¹⁵ Abibas и его друзья: популярные бренды в китайской интерпретации. URL: <http://bigpicture.ru/?p=886570> (дата обращения: 30.03.2019).

⁴¹⁶ Как и где за поддельные торговые марки наказывают потребителей? URL: <http://1-inc.ru/kak-i-gde-za-poddel-ny-e-torgovy-e-marki-nakazy-vayut-potrebitelej> (дата обращения: 27.03.2018).

Более изощренным способом имитации товарных знаков других правообладателей является их изменение таким образом, чтобы сохранить все же их общее восприятие. Нередко по формальным основаниям можно даже настаивать на том, что имитирующий товарный знак имеет существенные отличия и подлежит регистрации как новый. Это бывает в случаях, когда зарегистрированный товарный знак изобилует мелкими элементами, что упрощает его имитацию.

Ещё одним способом нарушения прав на товарный знак является использование своего зарегистрированного товарного знака, однако с изменениями, отличными от рисунка, предоставленного при регистрации. Это может касаться цветовой гаммы, графики, расположения элементов товарного знака. Целью таких изменений является максимальное приближение к другому товарному знаку. К примеру, российский косметический концерн Арт-Визаж использует в своей продукции (лаки, туши, пудры и проч.) товарный знак, схожий с торговой маркой известной компании Estee Lauder⁴¹⁷.

Как правило, при этом имеет место недобросовестная конкуренция, поскольку нарушается принцип добросовестности.

Особенно очевидны нарушения в случае использования аналогичного товарного знака (торговой марки) для товаров одного сегмента рынка, как в приведенном случае, или, например, при реализации топлива, технических масел, смазочных материалов.

Нарушение прав на товарный знак незаконным использованием может быть как путем непосредственного его размещения на товарах/при оказании услуг, так и в других объектах права интеллектуальной собственности, а также в рекламе, где законность использования чужих товарных знаков нередко нарушается. Это касается ситуаций, связанных с легальной возможностью использования товарного знака в рекламе субъектами, осуществляющими продажу товаров под этим знаком, т.е. вводящим такие товары в оборот⁴¹⁸.

Нарушением прав на товарный знак является также предложение для первой продажи товара с нанесенным знаком, используемое без разрешения его собственника. Основанием для этого является п. 2 ст. 1486 и п. 2 ст. 1484 ГК РФ, в соответствии с которыми исключительное право на товарный знак может быть осуществлено для индивидуализации товаров, работ или услуг, в отношении которых товарный знак зарегистрирован, в частности путем размещения товарного знака на товарах, в том числе на этикетках, упаковках товаров, которые производятся, предлагаются к продаже, продаются, демонстрируются на выставках и ярмарках или иным образом вводятся в гражданский оборот на территории Российской Федерации, либо хранятся или

⁴¹⁷ Братья-акробатя. Интересный пример плагиата в косметической индустрии. URL: <https://kosmetista.ru/blog/biblioteka/15415.html>. (дата обращения: 27.03.2018).

⁴¹⁸ Кирюшина И. В. Использование и охрана интеллектуальной собственности в рекламе. Государственный советник. 2013. № 1. С. 52—64.

перевозятся с этой целью, либо ввозятся на территорию Российской Федерации, т.е. составляют правомочия собственника свидетельства на знак. Следовательно такие действия без согласия управомоченного лица (собственника свидетельства на товарный знак или лица, которому передано его использование по лицензионному договору) являются нарушением исключительных прав на товарный знак.

Поэтому ввоз на территорию Российской Федерации товара с товарным знаком без соответствующего разрешения её владельца (даже если этот товар приобретен был легально) будет нарушением исключительных прав.

В качестве примера можно привести ситуацию с ввозом в РФ автомобиля Porsche Cayenne. Владелец исключительной лицензии на использование на территории РФ товарных знаков PORSCHE и CAYENNE, ООО «Порше Руссланд» обратился в Центральную акцизную таможню с заявлением о нарушении своих прав, таможенный орган обратился в суд с иском к обществу с ограниченной ответственностью «Генезис», которое ввезло в Россию автомобиль. У последнего автомобиль был конфискован, а ООО «Генезис» привлечено к административной ответственности по ст. 14.10 КоАП РФ по решению суда, которое, впрочем, впоследствии было отменено, поскольку автомобиль марки «PORSCHE CAYENNE S», являющийся предметом правонарушения и подвергнутый судом конфискации, выпущен правообладателем одноименных товарных знаков и, следовательно, не содержит признаков незаконного воспроизведения товарных знаков, в связи с чем за его ввоз на территорию Российской Федерации общество не может быть привлечено к ответственности, предусмотренной указанной статьей⁴¹⁹.

Что касается хранения товара с нанесенным на него товарным знаком с целью предложения его для продажи, то это также признается нарушением прав на знак, если осуществляется с целью введения такой продукции в оборот. Неправомерное использование товарного знака является недобросовестной конкуренцией. Однако являются ли таковой действия по регистрации товарного знака, степень схожести которого будет нарушать права другого лица на свой товарный знак? Мнения на этот счет разделились. Одни считают, что сами эти действия могут быть недобросовестными, но конкуренции здесь еще нет⁴²⁰, другие - напротив⁴²¹. Думается, что вернее считать все же такие действия направленными именно на недобросовестное получение выгоды, что непременно скажется на конкуренции.

⁴¹⁹ Мотылькова А. В. Незаконное использование товарного знака и нарушение исключительного права на товарный знак: соотношение понятий // Бизнес в законе. 2012. №1. С. 72-75.

⁴²⁰ Гаврилов Э. П. Постановление №5/29 о правовой охране товарных знаков / Э. П. Гаврилов // Патенты и лицензии. 2009. №11. С. 8 – 15.

⁴²¹ Мотылькова А. В. Незаконное использование товарного знака и нарушение исключительного права на товарный знак: соотношение понятий. С. 72—75.

Между тем бывают случаи, когда регистрация товарного знака, схожего с уже зарегистрированным, совершается лицами, не состоящими в конкурентных отношениях между собой. Тем не менее и в этом случае они не могут рассцениваться иначе, как направленные на получение необоснованных преимуществ в предпринимательской деятельности, причинение вреда другим участникам хозяйственного оборота или иное ущемление прав и интересов хозяйствующих субъектов в сфере предпринимательской деятельности⁴²².

Приведем несколько примеров из судебной практики, иллюстрирующих подходы Европейского суда при разрешении споров о недобросовестном использовании товарных знаков (торговых марок).

Генеральный суд ЕС решениями от 7 февраля 2018 (ECLI:EU:T:2018:73 и ECLI:EU:T:2018:74) по делам T-775/16 и T-795/16⁴²³ разрешал спор с участием Dochimie pidpryiemstvo Kondyterska korporatsiia «Roshen» (Украина), Moscow Confectionery Factory «Krasnyi oktyabr» ОАО (Российская Федерация) и Ведомством интеллектуальной собственности Европейского Союза (European Union Intellectual Property Office (EUIPO)) относительно прав интеллектуальной собственности на торговые марки, под которыми выпускаются кондитерские изделия. Отклонив в конечном счете требования обоих заявителей, Суд счел обоснованными решения Первого апелляционного совета EUIPO, в частности, указав со ссылкой на ранее сформулированные прецеденты, что общая оценка вероятности смешения зрительного, фонетического или концептуального сходства рассматриваемых знаков должна основываться на общем от них впечатлении, имея в виду, в частности, их отличительные и доминирующие элементы. Восприятие знаков обычным потребителем товаров или услуг, о которых идет речь, как указал Генеральный суд ЕС, играет решающую роль в глобальной оценке этой вероятности смешения. В этом отношении обычный потребитель, как правило, воспринимает знак в целом и не анализирует его различные детали.

Весьма познавательным по мотивам и выводам для национального правоприменения можно считать и решение Суда ЕС от 25 января 2007 г. по делу C-48/05. АО «Адам Опель» против АО «Аутек». В начале 2004 г. производитель автомобилей - АО «Адам Опель», владеющий логотипом «Опель», зарегистрированным в Германии 10 апреля 1990 г. для автомобилей и игрушек, установил, что АО «Аутек» производит и размещает на рынке Германии без его согласия масштабную модель с дистанционным управлением «Opel Astra V8 сопре», имеющую логотип «Опель» на решетке радиатора, подобно оригинальному автомобилю. В поданном иске заявитель счел указанные действия нарушением его права на торговую марку, зарегистрированную для игрушек,

⁴²² Курлаев О. А. Правовое регулирование использования исключительных прав на товарный знак и знак обслуживания: автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2007. С. 37.

⁴²³ Court of Justice of the European Union. URL: <https://curia.europa.eu> (last accessed: 27.03.2018).

а потому настаивал, что ответчик не может более использовать этот логотип на своей продукции

В связи с запросом Суда земли Нюрнберг-Фюрт (Германия) о необходимости толкования ряда положений Первой Директивы Совета 89/Ю4/ЕС от 21 декабря 1988 г. относительно сближения законодательства государств-членов, касающихся торговых марок, Суд ЕС указал, что зарегистрированная торговая марка предоставляет ее правообладателю исключительное право, запрещающее третьей стороне, действующей без согласия правообладателя, использовать в торговле обозначение, идентичное торговой марке для товаров, идентичных тем, для которых такую торговую марку зарегистрировано. Такое право предоставляется с целью защиты правообладателя, т.е. обеспечения надлежащего исполнения торговой маркой своих функций, в частности, предоставления потребителям гарантий происхождения товара. Был сделан вывод, что правообладатель торговой марки может препятствовать использованию (его логотипа), если это безосновательно создает несправедливое преимущество либо причиняет вред самобытности или репутации торговой марки как зарегистрированной для автомобилей.

Суд указал, что использование «Аутеком» логотипа «Опель», идентичного торговой марке, зарегистрированной для игрушек, может быть запрещено, лишь если это причиняет или может причинить вред функционированию торговой марки, что должно определяться национальным судом путем обращения к среднестатистическому потребителю игрушек в Германии. В конечном счете, суд ЕС посчитал, что нанесение на масштабные модели этой марки обозначения, идентичного торговой марке, является элементом добросовестного воспроизведения и размещения на рынке масштабных моделей, а не обозначением характеристик последних.

Важным для разрешения практических задач, а также познавательным в научном плане представляется сравнительный подход при регулировании внешне схожих объектов интеллектуальной собственности. Так, согласно ст. 17 Постановления (ЕС) №1151/2012 Европейского Парламента и Совета от 21 ноября 2012 г. о системах гарантирования качества сельскохозяйственной продукции и продуктов питания в целях сохранения традиционных методов производства и рецептов правовую регламентацию и гарантированную защиту получили традиционные блюда путем помощи производителям традиционного продукта в сбыте, а также информировании потребителей о свойствах их традиционных рецептов и продуктов, составляющих дополнительную стоимость. Однако гарантированные традиционные блюда сами по себе отдельной правовой защите в Российской Федерации не подлежат.

Весьма познавательна в аспекте правоприменительной практики история закрепления исключительных прав на продукт питания из группы сыров «Feta» именно за Грецией. Еще в 1994 г. Греция обратилась с заявкой в Европейскую Комиссию с просьбой зарегистрировать словесное обозначение

«Фета» в качестве наименования места происхождения одноименного сыра, что было реализовано путем принятия Регламента № 1107/96 от 12 июня 1996 г. Однако после обжалования Регламента Данией, Германией, Францией и Великобританией Суд ЕС решением от 16.03.1999 г. по объединенным делам C-289/96, C-293/96 отменил Регламент Комиссии, подчеркнув, что при регистрации обозначения «Фета» Комиссия не приняла во внимание факт продолжительного использования спорного словесного обозначения для маркировки сыров данного вида иными, нежели Греция, государствами-членами.

Комиссия исполнила решение Суда, удалив из списка наименований мест происхождения, подлежащих правовой охране, обозначение «Фета», вместе с тем разработав и разослав государствам-членам анкеты с целью сбора информации относительно производства и потребления сыров, маркируемых «Фета». Собрав и обработав результаты опроса в специально созданном научном комитете, Комиссия пришла к выводу, что обозначение «Фета» не является родовым и на основании полученных результатов повторно предоставила правовую охрану обозначению «Фета».

При обжаловании повторной регистрации предоставления правовой охраны обозначению «Фета» Суд ЕС в решении от 25.10.2005 г. по делам C-465/02 и C-466/02 согласился с выводами Комиссии, подчеркнув, что факт производства сыра в других государствах-членах — лишь один из факторов для признания наименования родовым. Суд не принял доводы государств-членов на недостаточное исследование национальных законодательств стран - производителей, указав, что Комиссия неоднократно ссылалась в своих аргументах на соответствующие положения национальных законодательств, что и позволило ей прийти к оспариваемому заключению. Более того, к примеру, законодательство Дании содержит требования к качеству, процедуре производства, хранения не просто «Феты», а датской «Феты», что является подтверждением разграничения национальным законодателем характеристик сыров, производящихся в Дании и Греции. Статистика, предоставленная Комиссией, свидетельствует о том, что 85% от общего потребления «Феты» на душу населения ежегодно приходится именно на Грецию. При этом рядовой потребитель, по мнению Суда, убежден, что «Фета» — греческий продукт, а в материалах дела содержатся убедительные доказательства того, что иностранные компании-производители при маркировке товара каким-либо образом указывают на Грецию.

Представляется, что приведенные и иные подобные примеры могут быть использованы в целях гармонизации национального законодательства с европейским, а также при формировании судами соответствующих правовых позиций.

*Е.Ю. Мартьянова, ассистент кафедры
гражданского права ПГНИУ, аспирант
Научный руководитель: А.Г. Матвеев, д-р юрид. наук,
профессор кафедры гражданского права ПГНИУ*

Модели регулирования отношений сообладания исключительным авторским правом

В современных правопорядках правовое регулирование сообладания исключительным авторским правом укладывается в следующие основные модели:

- 1) модель общей собственности;
- 2) специальное регулирование без обращения к институту общей собственности.

Критерием выделения перечисленных классификационных единиц выступает применимость или неприменимость положений института общей собственности к регламентации имущественных отношений по поводу совместного обладания исключительным авторским правом. Представляется, что решение законодателя о выборе той или иной модели правового регулирования данного института предопределяется предпочтением той или иной теоретико-правовой концепции, обосновывающей сущность авторского права, цель регулирования соответствующих отношений, а также место соавторства в системе различных видов сообладания субъективными гражданскими правами.

Первой из названных моделей соответствует испанское законодательство. В законе Испании «Об интеллектуальной собственности»⁴²⁴ отсутствуют общие положения о сообладании исключительным правом, но содержатся нормы, посвященные частному случаю сообладания исключительным авторским правом - соавторству. Так, установлено, что в случае недостаточности регулирования отношений соавторства данным актом, отсутствия соглашения между соавторами о порядке соосуществления права и распоряжения им, должны применяться положения Гражданского кодекса Испании об общей собственности (п. 4 ст. 7 закона Испании). В научных трудах отмечается, что данная норма позволяет применять к отношениям соавторства принцип свободы договора⁴²⁵, устанавливает презумпцию равенства долей соавторов в имущественном праве⁴²⁶ (ст. 393 ГК Испании), возможность отчуждения доли

⁴²⁴ Consolidated Text of the Law on Intellectual Property, regularizing, clarifying and harmonizing the Applicable Statutory Provisions (approved by Royal Legislative Decree No. 1/1996 of April 12, 1996, and amended up to Law No. 12/2017 of 3 July, 2017). URL: <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/17102> (дата обращения: 21.03.2019).

⁴²⁵ Casas R., L. pez A., Vallverdú M. Conceptos fundamentales de la propiedad intelectual. Eureka Media, SL, 2004. P. 17. URL: http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/52962/1/Legislación%20y%20derechos%20de%20autor%20en%20el%20mercado%20multimedia_Portada.pdf (дата обращения: 24.03.2019).

⁴²⁶ Gómez E.S., Vide C.R. Manual de derecho de author. Editorial Reus, 2008. P. 30.

в имущественном праве (ст. 399 ГК Испании). Идея о распространении действия норм об общей собственности на отношения соавторства поддерживается далеко не всеми испанскими цивилистами. В некоторых научных трудах утверждается недопустимость применения к объектам интеллектуальных прав положений, которые были сформулированы для регулирования отношений по поводу материальных объектов в виду существенности их различий, а также указывается на то, что установление отсылочной нормы лишь порождает дополнительные вопросы и спорные моменты⁴²⁷. В качестве аргументов, обосновывающих нежелательность использования такого приема, приводится также позиция Верховного суда Испании 1941 года, согласно которой полное отождествление правового статуса соавтора и обладателя вещного права противоречит здравому смыслу⁴²⁸.

В американском правовом порядке нормы об общей собственности применяются к отношениям соавторов не в силу прямого указания закона, а в связи со сложившейся правоприменительной практикой. Комитет Сената США по судебной власти в докладе по проекту изменения Закона «Об авторском праве» указал на то, что необходимость в установлении специального регулирования отношений сообладания произведения отсутствует, а сообладатели исключительного авторского права могут рассматриваться как сообладатели вещного права⁴²⁹. На применимость положений общей собственности к отношениям соавторства по поводу осуществления и распоряжения исключительным правом в соответствии с законодательством США указывается и в научной литературе⁴³⁰. При разрешении споров между сообладателями исключительного авторского права аналогия с институтом вещных прав применяется судами для определения размера роялти, подлежащего выплате каждому из правообладателей⁴³¹, для установления объема прав, который сообладатель может реализовывать самостоятельно⁴³², при исчислении сроков исковой давности в случаях нарушения исключительного авторского права⁴³³. Также одним из последствий обращения к аналогии в обозначенной сфере является вывод о невозможности квалификации действий одного из сообладателей исключительного авторского права по использованию произведения без согласия других сообладателей в качестве нарушения исключительного права, как это и имеет

⁴²⁷ Rodríguez N.C.O., Díaz C.C.V., Gómez E.S., Pierre M.G., Rodríguez C.A.M., Díaz J.M., Manzano R.R., Vide C.R., González E.V., Gallardo L.B.P., Drummond V.G. *Obras originales de autoría plural*. Editorial Reus, 2012. P. 56.

⁴²⁸ Gómez E.S., Vide C.R. *Manual de derecho de autor*. Editorial Reus, 2008. P. 31.

⁴²⁹ Copyright law revision (repealed session № 94-1476). URL: <https://law.resource.org/pub/us/works/aba/ibr/H.Rep.94-1476.pdf> (дата обращения: 21.03.2019).

⁴³⁰ Dratler J.J. *Licensing of Intellectual Property*. Law Journal Press, 2005. P. 8-8.5; Bainbridge D.I. *Intellectual Property*. Pearson Education, 2006. P. 85.

⁴³¹ *Sweet Music, Inc. v. Melrose Music Corp.*, 189 F. Supp. 655 (S.D. Cal. 1960). URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/189/655/1424328/> (дата обращения: 21.03.2019).

⁴³² *Bencich v. Hoffman*, 84 F. Supp. 2d 1053 (D. Ariz. 2000). URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/84/1053/2497520/> (дата обращения 23.03.2019).

⁴³³ *Johnson v. Berry*, 171 F. Supp. 2d 985 (E.D. Mo. 2001). URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/171/985/2488360/> (дата обращения 23.03.2019).

место в судебной практике по разрешению споров между совместными обладателями вещного права⁴³⁴. Однако многие вопросы относительно сообладания исключительным авторским правом остаются неразрешенными именно в связи с несовершенством приема аналогии, производимой между институтом общей собственности и соавторства⁴³⁵.

Последствия применения модели общей собственности к совместному обладанию исключительным авторским правом выражены в следующих аспектах:

во-первых, установление одних и тех же правил в отношении сообладания различными имущественными субъективными гражданскими правами позволяет выделять институт правовой общности, объединяющий нормы, посвященные регулированию отношений, осложненных множественностью лиц;

во-вторых, формулирование общих правил сообладания без создания детального специального регулирования затеняет специфику совместного обладания отдельными видами прав. Несмотря на то, что исключительное право и право собственности носят имущественный характер, игнорирование их отличия способно негативно сказаться на осуществлении, защите такого права. Так, уникальность исключительного авторского права проявляется в том, что его возникновение обуславливается юридическим поступком - созданием произведения и сопровождается одномоментным установлением личных неимущественных и иных прав, что не свойственно праву собственности, иным вещным правам. Такое различие в основаниях первичного установления права и в наличии у соавторов произведения комплекса прав имущественного и неимущественного характера, обусловленного внесением творческого вклада, с неизбежностью должно быть отражено и при формулировании правил взаимодействия сообладателей права по поводу использования объекта авторского права, распоряжением права на него. Так, например, значимым видится отражение в законодательстве специфики статуса сообладателя-автора и сообладателя-неавтора, установление невозможности принудительного лишения сообладателя-автора доли в исключительном праве в связи с незначительностью ее размера и пр.

в-третьих, свидетельствует об избрании законодателем утилитаристской, позитивистской концепции обоснования авторского права.

Действующее российское законодательство не предполагает возможность применения положений о вещных правах к отношениям, регулируемым ч. IV ГК РФ, за исключением случаев, предусмотренных ГК РФ (п. 3 ст. 1227 ГК РФ). Однако первые шаги законодателя по урегулированию отношений соавторства были сделаны в рамках модели общей собственности (ст. 836 Проекта Гражданского уложения Российской империи 1905 года, Закон «Об авторском праве России» 1911 года), что поддерживалось в дореволюционной

⁴³⁴ Margoni T., Perry M. Ownership in complex authorship: A comparative study of joint works in Copyright Law. *European Intellectual Property Review*, 34(1). 2012. P. 22-32. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/46560344.pdf> (дата обращения: 21.03.2019).

⁴³⁵ Goldstein P. *Goldstein on Copyright*. Aspen Publishers Online. 2019. P. 4:30.

цивилистической литературе⁴³⁶. Современный подход законодателя характеризуется акцентуацией специфики интеллектуальных прав по сравнению с правом собственности, иными вещными правами, подчеркнутостью существенных отличий в правовой природе сообладания имущественным интеллектуальным правом перед иными видами субъективных гражданских прав, свидетельствует о тенденции к формированию специального регулирования отношений по сообладанию исключительным интеллектуальным правом. При этом использование обозначенной модели регулирования требует создания детальной и полноаспектной правовой основы регламентации отношений сообладания, включая соавторство. В настоящий момент отечественное законодательство в данной части является фрагментарным, неполным, что служит одним из оснований для дискуссии о необходимости устранения различного рода пробелов в регулировании сообладания исключительным интеллектуальным правом через установление отсылочной нормы к институту общей совместной собственности. Например, данным путем предлагается разрешить вопрос о возможности оборота долей в исключительном авторском праве⁴³⁷. Некоторые последствия избрания российским законодателем модели, запрещающей применение раздела II ГК РФ к интеллектуальным правам, за исключением случаев, когда иное предусмотрено разделом VII ГК РФ, соотносимы с ранее приведенными примерами американской правоприменительной практики по вопросам исковой давности и возможности нарушения исключительного права одного сообладателя действиями другого. Так, Судом по интеллектуальным правам РФ был сделан вывод о том, что при определении срока исковой давности для защиты интеллектуальных прав необходимо руководствоваться ст. 196 ГК РФ, устанавливающей общий срок исковой давности, а не ст. 208 ГК РФ, согласно которой на требования, заявляемые собственником или иным владельцем о всяком нарушении его права, не распространяется срок исковой давности⁴³⁸. Приведенная позиция свидетельствует о расширительном толковании судом п. 3 ст. 1227 ГК РФ, так как из буквального толкования данного пункта следует неприменимость только раздела II ГК РФ к отношениям, регулируемым IV ГК РФ, а не всех норм о праве собственности и вещных правах. Однако ст. 208 ГК РФ, не относящаяся к разделу II ГК РФ, была исключена Судом по интеллектуальным правам из перечня норм, подлежащих применению, именно со ссылкой на п. 3 ст. 1227 ГК РФ и указанием на то, что ее со-

⁴³⁶ Канторович Я.А. Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения: систематический комментарий к закону 20-го марта 1911 г. – с историческим очерком и объяснениями, основанными на законодательных мотивах, литературных источниках, иностранных законодательствах и судебной практике. Пг.: Тип. АО б. «Брокгауз-Ефрон», 1916. С. 319.

⁴³⁷ Гаврилов Э.П. 10 недостатков части четвертой ГК РФ, которые необходимо исправить // Патенты и лицензии. 2015. № 10. С. 2–7.

⁴³⁸ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 23.03.2018 № С01-82/2018 по делу № А08-3040/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

держание касалось прав собственника и иных владельцев. В российской судебной практике неоднократно подтверждалось, что использование произведения одним из совместных обладателей исключительного права может быть признано нарушением исключительного авторского права, если осуществлялось без согласия других сообладателей⁴³⁹.

Таким образом, подходы к регулированию отношений сообладания исключительным авторским правом в действующих правовых системах дифференцируются по применимости или неприменимости норм о сообладании вещными правами к интеллектуальным правам, выбор той или иной модели регламентации правоотношений по совместному обладанию исключительным авторским правом предопределяет перечень применимых способов по устранению правовых пробелов. Наиболее оптимальным разрешением вопроса о выборе модели правового регулирования представляется конструирование модели, предполагающей формулирование полноаспектного, детального регулирования отношений сообладания исключительным авторским правом с возможностью заимствования некоторых элементов из института общей совместной собственности в случае их соответствия природе исключительного авторского права. К таким элементам видится необходимым отнести допустимость трансформации субъективного имущественного права из бездолевого в долевой, институт права преимущественного приобретения доли в праве, положение о возможности установления порядка соосуществления права посредством обращения в суд. При этом вне зависимости от избранной модели регламентации сообладания исключительным авторским правом значимым является единообразие подхода законодателя и правоприменителя к регулированию правоотношений, последовательность и системность вносимых в законодательство изменений.

*А.С. Масиев,
аспирант СПбГЭУ*

Правовая природа маргинальной сделки

В соответствии с п.4 ст.3 Федерального закона от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»⁴⁴⁰ сделки, совершаемые с использованием денежных средств и/или ценных бумаг, переданных брокером в заем, именуются маргинальными сделками. В статье 153 ГК РФ указано, что сделками признаются

⁴³⁹ Определение Московского городского суда от 29.10.2012 по делу 4г/4-7722 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴⁴⁰ ст.3 Федерального закона от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» // КонсультантПлюс

действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. В норме приводится легальное понятие сделки как юридического факта. Аналогичное определение сделки содержалось в предыдущих кодификациях. Данный термин служит правовой основой для определения различных действий участников гражданско-правовых отношений – сделками. То есть, такой вид сделок, как договоры, могут заключаться в свободной форме и на любых условиях, не противоречащих закону.

Маржинальная сделка обладает признаками сделок, что позволяет охарактеризовать ее как гражданско-правовую. Так в доктрине гражданского права к признакам сделки относятся:

1. Сделкой является деяние участника гражданско-правовых отношений, совершенное по его воле. Именно воля является основополагающей причиной в дифференциации сделки от событий, так как события носят стихийный характер и не обладают признаками воли ни одного из участников гражданских правоотношений. При этом необходимо учитывать такие психико-физиологические факторы, которые вытекают из доктрины гражданского права применительно к сделкам, а именно внутренняя воля субъекта гражданского оборота – получить желаемое, а так же волеизъявление – выраженное проявление желания субъекта гражданских правоотношений во внешнюю среду в свободной, незапрещенной законом форме и способе, с помощью которых оно становится понятным другим участникам гражданских правоотношений. Нюанс заключается в том, что воля субъекта и его волеизъявление не должны иметь расхождений, в обратном случае это может привести к недействительности сделки по предусмотренным законом основаниям. К психологическим факторам сделки относится мотив субъекта гражданских правоотношений на ее заключение, то есть то чем вызвана необходимость заключения сделки. В широком смысле, мотив не относится к составляющим сделки, иначе, мотив де-юре не влияет на действительность сделки, кроме случаев, когда между субъектами гражданского правового оборота заключено соглашение, в котором мотиву предано значение условий сделки или закон связывает действительность сделки с ее мотивом.

Применительно к маржинальной сделке, внутренняя воля инвестора проявляется в желании приобрести ценные бумаги, направляя приказ брокеру на покупку или продажу определенного актива, инвестор выражает свое волеизъявление. Мотивом инвестора является получение прибыли от той или иной операции с ценными бумагами. Таким образом, указанный выше критерий сделок в гражданском праве прослеживается при заключении маржинальной сделки.

2. Сделка является правомерным действием, то есть действием, которое не запрещено законом. Данная характеристика и дифференцирует сделки и деликты, а так же иные неправомерные деяния, которые влекут за собой гражданские права и обязанности. Основополагающим фактом является не противоречие совершаемого деяния, то есть сделки, закону.

Механизм заключения сделок на рынке ценных бумаг закреплен в ФЗ от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» и ФЗ от 21.11.2011 № 325-ФЗ «Об организованных торгах». Действуя на основании договора брокерского обслуживания, в содержании которого есть положение о возможности займа денежных средств или ценных бумаг предоставляемых брокером к инвестору, под обеспечение денежных средств или ценных бумаг находящихся на счете клиента. При этом сумму маржи определяет сама биржа, что является существенной проблемой при необходимости активного инвестирования в ценные бумаги, но по общему правилу, не может превышать 50% обеспечения денежными средствами на счете инвестора. Данный вопрос решается на законодательном уровне, так в Государственную Думу РФ внесен законопроект «Об ограничении торговых наценок на продукты», который снижает 50% маржу до 30% для неквалифицированных инвесторов.

3. Характерная черта сделки – это ее целенаправленность волеизъявления субъекта гражданских правоотношений на получение блага или правового результата. Данный признак является отличающим сделки от поступков. Поступки, равно как и сделки являются легитимными волевыми действиями субъекта гражданских правоотношений, но не имеют конечной ориентированности на достижение правового результата. К примеру, поступком является находка чужой вещи, что само собой порождает за собой права и обязанности у нашедшего.

Как уже указывалось выше, психологическим фактором каждой сделки является ее мотив, но он не относится к составляющим сделки, иначе, мотив де-юре не влияет на действительность сделки, который тесно переплетен с целенаправленностью волеизъявления инвестора на приобретение или продажу ценных бумаг. Правовым результатом в данном случае будет являться приобретение прав на ценные бумаги, а благом – права на бездокументарные ценные бумаги и прибыль от их продажи или покупки.

4. Исходя из формулировки закона, сделками являются деяния, ориентированные и на изменение и прекращение гражданских прав и обязанностей, а не только на их появление. То есть сделки - это деяния, направленные на выполнение заранее оговоренных в любой форме сторонами гражданских правоотношений обязанностей, их изменению или прекращению в многостороннем или одностороннем порядке.

Таким образом, маржинальная сделка есть зарегистрированный на бирже договор, по которому одна сторона (брокер) по поручению и от имени клиента и за счет его собственных или полученных от брокера в заем денежных средств и/или ценных бумаг обязуется передать (или оплатить) другой стороне - инвестору (покупателю или продавцу) бездокументарные ценные бумаги, а инвестор (покупатель или продавец) обязуется принять (или передать) эти ценные бумаги и уплатить за них определенную денежную сумму (цену).

Маржинальные сделки делятся на два типа:

- Сделки, по условиям которых брокер предоставляет в заем ценные бумаги с целью продажи на финансовом рынке. Данная операция именуется «Шорт» и заключается именно в продаже ценных бумаг, в том числе, которых нет в наличии в «портфеле» инвестора, но обращающихся на финансовом рынке. При совершении данной операции брокер предоставляет заем клиенту в виде ценных бумаг.

- Сделки, по условиям которых брокер предоставляет в заем клиенту денежные средства с целью покупки на фондовом рынке ценных бумаг. Данная операция именуется «Лонг» и заключается именно в покупке ценных с помощью денежных средств, предоставленных в заем брокером.

При определении правовой природы маржинальных сделок, мнения многих цивилистов расходятся.

По мнению Л.Г. Белова, при любом из указанных выше типов сделок обеспечением для брокерского займа служат ценные бумаги или валюта на личном счете инвестора. Такой способ обеспечения обязательств может быть квалифицирован как разновидность залога обязательственных прав (ст. 358.1 ГК РФ). Условия договора займа, в том числе сумма займа или порядок ее определения, порядок представления займа (отчет брокера о совершенных маржинальных сделках или иной документ), проценты по предоставляемым займам определяются договором о брокерском обслуживании.⁴⁴¹

По мнению Е.Н. Абрамовой, договор займа ценных бумаг, предусмотренный ст. 3 ФЗ от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг», обладает особыми специфическими признаками, отличающими его от общегражданского договора займа в связи с особым субъектным составом, а также предметным составом данного договора, так как подчиняясь правилам биржевой торговли, ценные бумаги передаются брокером в заем клиенту исключительно при условии обеспечения залогом. В связи с этим, для отграничения договора займа ценных бумаг на основе соглашения о брокерском обслуживании от общегражданского договора займа ценных бумаг первый представляется целесообразным именовать брокерским договором займа ценных бумаг.⁴⁴²

Исходя из утверждений указанных выше авторов, можно сделать вывод, что маржинальные сделки - это сделки купли-продажи ценных бумаг, совершаемые с использованием денежных средств и (или) ценных бумаг, переданных брокером в заем клиенту на основании договора о брокерском обслуживании под обеспечение ценными бумагами или денежными средствами (в зависимости от типа совершенной сделки) на личном счете инвестора.

⁴⁴¹ Арзуманова Л.Л., Рождественская Т.Э., Белова Л.Г., Костюк И.В., Ротко С.В., Холкина М.Г., Рогалева М.А. Комментарий к Федеральному закону от 22 апреля 1996 г. N 39-ФЗ "О рынке ценных бумаг" (постатейный) // СПС КонсультантПлюс. 2018.

⁴⁴² Абрамова Е.Н. Договор займа ценных бумаг // Право и экономика. 2018. N 4. С. 56 - 66.

*А. Г. Матвеев, д-р юрид. наук,
доцент, профессор кафедры гражданского права
Пермского государственного национального
исследовательского университета*

**Аргументы, обосновывающие охрану смежных прав:
от довода справедливости к идее общественной пользы**

В последние сто лет сфера охраняемых правом интеллектуальной собственности объектов существенно расширилась. Пожалуй, важнейшим фактором такой динамики стал стремительный технический прогресс. На рубеже XIX и XX вв. были изобретены и в последующем нашли широкое распространение звукозапись, радио, кинематограф, телевидение. Все эти изобретения позволили использовать произведения новыми способами. Соответственно, они стали катализатором проблемы защиты имущественных интересов артистов-исполнителей, производителей фонограмм, организаций теле- и радиовещания. Обсуждение данной проблемы объединяла тема авторского права, так как использование исполнений, звукозаписей, теле- и радиопередач было связано с охраняемыми авторским правом произведениями. Именно связь с авторским правом позволила дать название новому институту – «смежные права».

Смежные права – это преимущественно абсолютные имущественные права, объекты которых нематериальны. Отмеченный характер объектов смежных прав обуславливает возможность их одновременного использования неограниченным кругом лиц. Однако в силу смежно-правовой монополии такое использование возможно только с согласия правообладателя либо с разрешения закона. Очевидно, что признание прав артистов-исполнителей, изготовителей звукозаписей, вещательных организаций в XX в. негативно отразилось на интересах тех лиц, заинтересованных в свободном использовании соответствующих объектов. Национальные законодатели, создав новую группу абсолютных прав, не закрепили и упорядочили существующие социальные взаимодействия, а преобразовали социально-экономическую действительность, сконструировав совершенно новый пласт общественных отношений.

Упрощенно можно сказать, что признание смежных прав представляло собой реакцию общества на массовое использование звукозаписей с записанными на них исполнениями, которое стало наносить ущерб артистам-исполнителям и производителям грампластин. Однако в действительности такое преобразование социально-экономической реальности преследовало определенные цели, опиралось на определенные аргументы и было не единственным из возможных вариантов решения проблемы контрафакции звукозаписей. Таким образом, смежные права как при их установлении, так и дальнейшем развитии требуют своего обоснования. Как писал И.А. Ильин: «Обос-

новать право значит показать, что оно практически необходимо на пути человека к осуществлению верховного блага»⁴⁴³. Об актуальности проблемы обоснования смежных прав свидетельствует также и то, что последние годы характеризуются экспансией этих прав в России и многих зарубежных странах. Так, с вступлением в силу в 2008 г. части четвертой Гражданского кодекса РФ классическая триада смежных прав была дополнена правом изготовителя базы данных и правом публикатора (§ 5 и § 6 главы 71 ГК РФ). В 2011 г. в Европейском Союзе была принята Директива, согласно которой сроки действия прав на записанные исполнения и фонограммы увеличиваются с пятидесяти до семидесяти лет⁴⁴⁴. В настоящее время в Европейском Союзе обсуждается проект Директивы об авторском праве на едином цифровом рынке⁴⁴⁵. В ст. 11 Директивы предлагается установить новое право издателей прессы на онлайн-использование их публикаций. Тенденция неуклонного увеличения уровня охраны смежных прав, несомненно, затрагивает интересы общества и ожидаемо ставит с его стороны вопрос об оправданности и целесообразности такой политики.

Одной из первых работ, в которой обсуждается вопрос обоснования смежных прав, является статья, опубликованная в 1954 г. Георгом Боденхаузенем (Генеральным директором Всемирной организации интеллектуальной собственности в 1970–1973 гг.). Он был сторонником точки зрения, согласно которой права исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций должны быть признаны исходя из общих принципов справедливости⁴⁴⁶. Говоря о правах исполнителей, Г. Боденхаузен сослался на доклад, представленный в 1951 г. Международной организацией труда, в котором показывалось, что уровень безработицы среди исполнителей в США и европейских странах во много раз превышает общий уровень безработицы в соответствующей стране. При этом Г. Боденхаузен поднял очень важный вопрос о том, что из идеи справедливости может вытекать как охрана в форме исключительных прав, так и в виде права на вознаграждение, т.е. без предоставления монополии на использование объекта. Учитывая высокую степень неопределенности относительно вариантов охраны исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций, существовавшую в национальном и меж-

⁴⁴³ Ильин И. А. О сущности правосознания // Ильин И. А. Собр. соч. в 10 т. Т. 4. М., 1994. С. 188.

⁴⁴⁴ Директива Европейского Парламента и Совета № 2011/77/ЕС от 27 сентября 2011 г. о внесении изменений в Директиву № 2006/116/ЕС о сроке охраны авторских прав и некоторых смежных прав. URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=13044> (дата обращения: 01.02.2019).

⁴⁴⁵ Проект Директивы Европейского Парламента и Совета об авторском праве на едином цифровом рынке. URL: <http://www.consilium.europa.eu/media/35373/st09134-en18.pdf> (дата обращения: 01.02.2019).

⁴⁴⁶ Bodenhause George H. C. Protection of "Neighboring Rights" // *Law and Contemporary Problems*. 1954. Spring. Pp. 156–171. URL: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2592&context=lcp> (дата обращения: 01.02.2019).

дународном праве в середине прошлого века, вопрос этот для автора анализируемой работы остался открытым. Как показала дальнейшая эволюция института смежных прав, основным типом их охраны стала конструкция исключительных прав, т.е. наиболее ограничительная для общества модель.

Для конвенций в сфере охраны смежных прав характерно то, что их нормы носят во многом пионерский характер по отношению к национальным законодательствам. Следовательно, значимость излагаемых в преамбулах международных договоров аргументов в пользу установления охраны смежных прав имеет более высокий уровень по сравнению с аналогичными доводами, обосновывающими авторско-правовую охрану. В этой связи кажется тем более удивительным, что первый и до сих пор важнейший международный акт в области смежных прав – Римская конвенция об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций от 26 октября 1961 г.⁴⁴⁷ – не содержит каких-либо пояснений относительно цели признания этих прав. В крайне лаконичной преамбуле Конвенции сказано только о желании договаривающихся государств защитить права исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций.

В преамбуле Женевской конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм от 29 октября 1971 г.⁴⁴⁸ уже даются более подробные пояснения. Здесь говорится об озабоченности государств-участников возрастающим распространением незаконного воспроизводства фонограмм и наносимым в результате этого ущербом интересам авторов, артистов-исполнителей и производителей фонограмм, а также о том, что охрана интересов производителей фонограмм от подобных актов будет отвечать также интересам артистов-исполнителей и авторов, исполнение и произведения которых записаны на указанные фонограммы. По отношению к Римской конвенции Женевская конвенция является производным соглашением в том смысле, что ее задачей стало содействие в охране интересов производителей фонограмм, чьи права уже были признаны ранее. Соответственно, приведенные выше слова об озабоченности государств распространением незаконных фонограмм вряд ли обоснованно воспринимать как теоретический аргумент в пользу признания уже закрепленных в Римской конвенции прав.

Гораздо большее внимание в тексте преамбулы Женевской конвенции привлекают дважды упомянутые слова о том, что защита интересов производителей фонограмм тесно связана с защитой интересов авторов. Такой прием представляется попыткой получить большую степень убедительности за счет авторского права – института, состоятельность которого во второй половине XX в. доказывать не требовалось. Вообще, аналогии между авторским правом

⁴⁴⁷ Международная конвенция об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций от 26 октября 1961 г. // СПС КонсультантПлюс.

⁴⁴⁸ Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм от 29 октября 1971 г. // Бюллетень международных договоров. № 8. 1999.

и смежными правами при рассуждениях о последних просто неизбежны. Во-первых, права исполнителей и изготовителей звукозаписей в начале XX в. предлагалось охранять в рамках авторского права, а во многих странах англо-американского права эти права до сих пор регламентируются как авторские права. Во-вторых, подавляющее большинство национальных и международных норм о смежных правах конструируется по лекалам авторского права и закрепляется в рамках единых актов об авторских и смежных правах. В-третьих, охране исключительных авторских и смежных прав соответствует один рынок и близкие интересы зачастую одних и тех же бенефициаров. Такая тесная связь не могла не отразиться на убежденности в том, что идеи, обосновывающие авторские и смежные права, едины.

Римская и Женевская конвенции олицетворяют, условно говоря, первый этап отношения международного сообщества к публичному оправданию смежных прав. Движение по охране прав исполнителей и изготовителей звукозаписей, зародившееся еще в начале XX в., к 1960–1970-м годам набрало такую силу, что международное признание соответствующих прав казалось всем бесспорным и давно назревшим решением. Второй этап (конец XX в.) связан с существенным повышением уровня охраны смежных прав. В это время создается Всемирная торговая организация, одним из важнейших актов, определивших ее стандарты, стало Соглашение ТРИПС⁴⁴⁹. Соглашение, признавшее классическую триаду смежных прав, не содержит каких-то специфических формулировок, раскрывающих актуальность прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций. В то же время именно Соглашение ТРИПС стало первым глобальным актом, где в качестве целей охраны интеллектуальной собственности (а значит и смежных прав) приводятся исключительно доводы общественной пользы: содействие техническому прогрессу; способствование социально-экономическому благосостоянию; достижение баланса прав и обязательств (ст. 7).

Аналогичная утилитаристская риторика была продолжена и в Договоре ВОИС по исполнениям и фонограммам от 20 декабря 1996 г.⁴⁵⁰ (ДИФ). Преамбула этого Договора практически слово в слово совпадает с преамбулой Договора ВОИС по авторскому праву (ДАП). Однако в преамбулах ДИФ и ДАП имеется одно концептуальное различие, которое заключается в том, что в ДИФ отсутствует пункт, имеющийся в ДАП, – пункт об огромной важности авторско-правовой охраны как стимула для литературного и художественного творчества. Между тем, именно этот утилитаристский аргумент является наиболее убедительным среди положений преамбулы ДАП.

Еще одним моментом, на который хотелось бы обратить внимание, говоря об убедительности преамбулы ДИФ, является парадоксальное отсутствие

⁴⁴⁹ Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) от 15 апреля 1994 г. // СПС КонсультантПлюс.

⁴⁵⁰ Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам от 20 декабря 1996 г. // СПС КонсультантПлюс..

в этом акте доводов, объясняющих повышение уровня охраны прав исполнителей заботой об охране личных интересов последних. Дело в том, что одним из значимых достижений Договора по исполнению и фонограммам стало признание двух личных неимущественных (моральных) прав исполнителей – права требовать быть признанным в качестве исполнителя своих исполнений и права на защиту репутации исполнителя (ст. 5). Родственные этим правам личные права автора были включены в Бернскую конвенцию по охране литературных и художественных произведений еще в 1928 г. Поэтому они не регламентируются в Договоре ВОИС по авторскому праву от 20 декабря 1996 г. По всей видимости, разработчики договоров ВОИС 1996 г. настолько увлеклись их концептуальным единством, что упустили из внимания этот личностный аспект, различающий ДАП и ДИФ и оставивший открытым вопрос о целях признания моральных прав исполнителя.

На третьем этапе (начало XXI в.) ВОИС сосредоточилась на разработке международных договоров по отдельным вопросам авторского права и смежных прав. В 2012 г. был принят Пекинский договор по аудиовизуальным исполнениям,⁴⁵¹ который концептуально близок Договору ВОИС по исполнению и фонограммам. Неслучайно все положения преамбулы ДИФ были включены в Пекинский договор. Кроме того, в этот Договор впервые в истории международного авторского права и смежных прав были включены положения политического свойства. Так, одним из обоснований охраны прав исполнителей на их аудиовизуальные исполнения стали рекомендации Повестки дня в области развития, принятые в 2007 г. Генеральной Ассамблеей Конвенции, учреждающей ВОИС, и направленные на обеспечение того, чтобы соображения развития являлись неотъемлемой частью деятельности Организации. Исходя из этого пункта можно сделать вывод, что в настоящее время международное право интеллектуальной собственности вступило в такую стадию развития, когда идея развития представляется многим самодостаточной в том смысле, что ей как таковой начинают обосновывать повышение уровня охраны прав интеллектуальной собственности.

Европейские директивы об авторском праве и смежных правах, влияние которых выходит далеко за рамки Европейского Союза, также содержат ряд любопытных пояснений, позволяющих лучше понять наблюдаемую в настоящее время экспансию смежных прав. Однако прежде нужно заметить, что учредительные акты Европейского Союза не ставят в качестве целей или задач создание единого европейского права интеллектуальной собственности. Тем не менее европейские властные структуры пошли по пути повышения уровня охраны авторских и смежных прав, превышающего международные стандарты, и интеграции законодательства в данной сфере. Истинные причины такой политики лежат исключительно в экономической плоскости,

⁴⁵¹ Пекинский договор по аудиовизуальным исполнениям от 24 июня 2012 г. URL: http://www.wipo.int/treaties/ru/text.jsp?file_id=304396 (дата обращения: 01.02.2019).

они связаны с идеей создания единого экономического пространства, построенного на принципах свободного движения товаров, услуг, капитала, рабочей силы⁴⁵². Именно этим обстоятельством можно объяснить то, почему в директивах, посвященных смежным правам, установление последних зачастую аргументируется либо слишком абстрактно, либо фрагментарно.

Классический утилитаристский аргумент, согласно которому охрана объектов смежных прав имеет фундаментальное значение для развития творчества, культурной индустрии и общества в целом, приводится в Директиве о праве аренды, праве безвозмездного пользования и некоторых правах, смежных с авторским правом, от 12 декабря 2006 г.⁴⁵³ и Директиве о сроке охраны авторских прав и некоторых смежных прав от 12 декабря 2006 г.⁴⁵⁴ В Директиве о праве аренды закреплен, пожалуй, также самый честный аргумент, обосновывающий права изготовителей фонограмм и фильмов, – аргумент возврата рискованных капиталовложений в создание данных объектов. В этом же акте приводится идея вознаграждения исполнителей как основы для их творческой работы. Наиболее развернуто эта идея представлена в Директиве от 27 сентября 2011 г., вносящей дополнения в Директиву о сроке охраны авторских и смежных прав. Увеличивая срок действия прав на записанные на фонограммы исполнения и срок действия прав на соответствующие фонограммы с пятидесяти до семидесяти лет, европейский законодатель подчеркнул, что исполнители обычно начинают свою карьеру молодыми, что некоторые из них в конце жизни сталкиваются с падением доходов и что доходы от исключительных прав должны быть доступны исполнителям по меньшей мере на протяжении всей их жизни. Можно заметить, что от такого гуманистического аргумента нетрудно перейти к аргументу, посредством которого в Европейском Союзе сроки действия авторских прав были увеличены с пятидесяти до семидесяти лет после смерти автора. В Директиве о сроке охраны авторских прав было указано, что минимальный срок охраны, установленный Бернской конвенцией, был предназначен для защиты авторов и первых двух поколений его потомков. Средняя продолжительность жизни в ЕС выросла, в результате чего указанного срока более не достаточно для защиты двух поколений.

Смежные права являются динамично развивающейся и потенциально открытой системой. Под открытостью мы понимаем то, что круг объектов этих прав неуклонно расширяется. С одной стороны, легитимность классических

⁴⁵² Абдуллин А. И. Право интеллектуальной собственности в Европейском Союзе: генезис, унификация, перспективы развития: дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2006. С. 12.

⁴⁵³ Директива Европейского парламента и Совета ЕС № 2006/115/ЕС от 12 декабря 2006 г. о праве на прокат, праве безвозмездного пользования и некоторых правах, смежных с авторским правом в сфере интеллектуальной собственности. URL: <https://wipolex.wipo.int/ru/legislation/details/5815> (дата обращения: 01.02.2019).

⁴⁵⁴ Директива Европейского парламента и Совета ЕС 2006/116/ЕС от 12 декабря 2006 г. о сроке охраны авторских прав и некоторых смежных прав. URL: <https://wipolex.wipo.int/ru/legislation/details/1427> (дата обращения: 01.02.2019).

смежных прав, к которым относятся права исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций, сегодня, как правило, не вызывает сомнений. С другой стороны, право изготовителя базы данных, право публикатора и новое европейское право издателей прессы на онлайн-использование их публикаций не имеют еще всемирного признания и фундаментального обоснования. Представляется, что довод справедливости применим только к обоснованию прав артистов-исполнителей, так как только здесь из всей области смежных прав охраняются выражения личности. Остальные объекты смежных прав – это результаты продюсерской и инвестиционной деятельности. Следовательно, только доводы общественной пользы являются уместными при установлении исключительных прав на эти объекты.

Обсуждение полезности признания того или иного права должно сопровождаться ссылками на эмпирические данные и расчеты, свидетельствующие о том, как соответствующая охрана повлияет или может повлиять на развитие общества. Здесь хотелось бы в качестве положительного примера привести тот факт, как в процессе принятия Директивы ЕС об авторском праве на едином цифровом рынке менялся срок действия права на пресс-публикации. Первоначально в ст. 11 Директивы был закреплен двадцатилетний срок, далее он был сокращен до одного года, а потом увеличен до пяти лет. В результате компромиссным вариантом стал срок, равный двум годам. Все эти изменения совершались под влиянием серьезной критики предлагаемого нового смежного права.

Настоящее исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-011-00628.

*А.Д. Рудоквас, д-р юрид. наук,
профессор кафедры гражданского права СПбГУ*

Об особом порядке установления факта приобретения права собственности на недвижимость по приобретательной давности, установленном Федеральным законом «Об особенностях реорганизации федерального государственного унитарного предприятия «Почта России», основах деятельности акционерного общества «Почта России» и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 29.06.2018 № 171-ФЗ

1. Вызывное производство как желательный механизм признания приобретения права собственности по приобретательной давности.

Согласно положениям пунктов 20 и 21 Постановления Пленума Верховного Суда РФ, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 апреля 2010 г.

№ 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» (далее - Постановление 10/22), по смыслу абзаца второго пункта 1 статьи 234 ГК РФ отсутствие государственной регистрации права собственности на недвижимое имущество не является препятствием для признания права собственности на это имущество по истечении срока приобретательной давности.

Судебный акт об удовлетворении иска о признании права собственности в силу приобретательной давности является основанием для регистрации права собственности в ЕГРН.

В силу статьи 268 ГПК РФ или части 3 статьи 222 АПК РФ решение суда об установлении факта добросовестного, открытого и непрерывного владения имуществом как своим собственным в течение срока приобретательной давности также является основанием для регистрации права собственности в ЕГРН. При этом, по справедливому замечанию В.В.Аргунова, сама процедура производства об установлении фактов, имеющих юридическое значение, приводит к тому, что суды при рассмотрении таких заявлений «не привлекают в процесс заинтересованных лиц, что выгодно заявителю, так как он получает решение, его устраивающее и никем не обжалуемое»⁴⁵⁵.

Для уравнивания этого системного порока в процедуре признания факта возникновения права собственности по приобретательной давности в пункте 21 Постановления 10/22 указано, что регистрация права собственности на основании судебного акта не является препятствием для оспаривания зарегистрированного права другими лицами, считающими себя собственниками этого имущества.

Жизнеспособной альтернативой признанию факта возникновения права собственности ввиду истечения приобретательной давности в порядке производства по делам об установлении фактов, имеющих юридическое значение, была бы «трансплантация» в отечественный правовой механизм такого признания посредством использования «вызывного производства», который используется для этой цели в немецком праве (см. § 927 BGB)⁴⁵⁶. Как мы увидим в дальнейшем, недавно предпринята попытка имплементации в российское право некоего «функционального суррогата» упомянутой процедуры.

2. Функциональный суррогат вызывного производства для признания приобретения права собственности по приобретательной давности в Федеральном законе "Об особенностях реорганизации федерального государственного унитарного предприятия "Почта России", основах деятельности акционерного общества "Почта России" и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации" от 29.06.2018 N 171-ФЗ

⁴⁵⁵ Аргунов В.В. Вызывное производство в гражданском процессе. М., 2006. С. 254.

⁴⁵⁶ Подробнее см.: Рудоквас А.Д. Спорные вопросы учения о приобретательной давности. М., 2011. С. 294 – 303.

Федеральным законом "Об особенностях реорганизации федерального государственного унитарного предприятия "Почта России", основах деятельности акционерного общества "Почта России" и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации" от 29.06.2018 N 171-ФЗ (далее – Закон о реорганизации «Почты России») введен особый внесудебный порядок установления факта приобретения права собственности на объекты недвижимости по приобретательной давности Российской Федерацией и его последующей регистрации в ЕГРН. Этот порядок действует с 1 октября 2018 года.

Впрочем, в силу указанного закона упомянутая специальная процедура установлена ad hoc. Она распространяется лишь на объекты недвижимости (за исключением земельных участков), нахождение которых в беститульном владении ФГУП "Почта России" выявлено в процессе реорганизации данного предприятия в АО "Почта России".

В силу положений обсуждаемого закона удостоверение факта возникновения права федеральной собственности на упомянутые объекты недвижимого имущества в силу приобретательной давности возложено на нотариуса. Для этого Основы законодательства Российской Федерации о нотариате (утверждены Верховным Советом РФ 11.02.1993 N 4462-1) дополнены статьей 84.2. *Удостоверение факта возникновения права собственности на объекты недвижимого имущества в силу приобретательной давности*, согласно которой в случаях, установленных Законом о реорганизации «Почты России», нотариус удостоверяет факт возникновения права собственности на объекты недвижимого имущества в силу приобретательной давности.

Для этой цели содержащийся в статье 35 Основ перечень нотариальных действий, совершаемых нотариусом, дополнен указанием на то, что помимо прочего нотариусы удостоверяют факт возникновения права собственности на объекты недвижимого имущества в силу приобретательной давности.

Процедура и случаи такого удостоверения определяются статьей 20 *Особенности учета объектов недвижимого имущества и оформления прав на объекты недвижимого имущества при реорганизации Предприятия* упомянутого Закона о реорганизации «Почты России». Согласно предписаниям этой статьи закона, при инвентаризации имущества реорганизуемого предприятия подлежат отдельному учету объекты недвижимого имущества, находящиеся в его фактическом пользовании (то есть в отсутствие какого-либо титула).

До 1 октября 2020 года Предприятие проводит мероприятия по подготовке этих объектов недвижимого имущества к внесению в качестве дополнительного вклада Российской Федерации в уставный капитал Общества, включая мероприятия по кадастровому учету в отношении указанных объектов. Если в отношении этих объектов в результате инвентаризации не установлено наличие зарегистрированных прав третьих лиц, то они используются в качестве дополнительного вклада Российской Федерации в уставный капитал Общества.

До 2022 года документом, который является основанием для осуществления государственного кадастрового учета указанных объектов недвижимого имущества, содержит описание таких объектов недвижимости и на основании которого сведения об объекте недвижимости указываются в техническом плане, является декларация о таких объектах недвижимости. Форма декларации об объекте недвижимости, и требования к ее заполнению, а равно состав включаемых в нее сведений устанавливаются федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным на осуществление функций по нормативно-правовому регулированию в сфере ведения ЕГРН, осуществления государственного кадастрового учета недвижимого имущества, государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, предоставления сведений, содержащихся в ЕГРН.

После получения документов кадастрового учета Предприятие (Общество) размещает в Едином федеральном реестре юридически значимых сведений о фактах деятельности юридических лиц, индивидуальных предпринимателей и иных субъектов экономической деятельности (далее – ЕФРЮЗС), а также на официальном сайте Предприятия (Общества) в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет" сообщение о намерении зарегистрировать право собственности Российской Федерации на объект недвижимого имущества с приложением к сообщению документов кадастрового учета. Данное сообщение должно содержать сведения о типе объекта недвижимого имущества, его кадастровом (условном) номере (при наличии), реестровом номере федерального имущества (при наличии), об адресе, о площади (при наличии), координатах характерных точек контура здания, сооружения либо иного объекта недвижимого имущества (при наличии). Упомянутое сообщение также может содержать иные сведения об объекте недвижимого имущества

В течение 120 дней со дня размещения вышеуказанного сообщения, любое лицо, обладающее документами, которые могут подтвердить наличие прав на указанный объект недвижимого имущества, вправе требовать признания за собой права собственности на такой объект недвижимого имущества в судебном порядке, разместив в ЕФРЮЗС сообщение о намерении зарегистрировать за собой право собственности на объект недвижимого имущества, в отношении которого отсутствует запись в ЕГРН. В этом случае объект недвижимого имущества исключается из перечня объектов недвижимого имущества, выявленных в процессе инвентаризации имущества Предприятием (Обществом).

По истечении 120 дней со дня размещения в ЕФРЮЗС указанного выше сообщения, и в случае отсутствия сообщений от лиц, требующих признания права собственности на такой объект недвижимого имущества, подтверждаемого выпиской из ЕФРЮЗС, Предприятие (Общество) удостоверяет у нотариуса факт возникновения права собственности на объект недвижимого имущества в силу приобретательной давности в порядке, установленном законодательством Российской Федерации о нотариате.

При реорганизации Предприятия нотариально удостоверенный факт возникновения права собственности на объект недвижимого имущества в силу

приобретательной давности является основанием для регистрации права собственности на объект недвижимого имущества в ЕГРН на основании предоставления в орган регистрации прав выписки из ЕФРЮЗС и копии выданного нотариусом свидетельства об удостоверении факта возникновения права собственности на объекты недвижимого имущества в силу приобретательной давности.

Строго говоря, никакого особого порядка удостоверения нотариусом факта возникновения права собственности на объект недвижимого имущества в силу приобретательной давности, о котором упоминается в статье 20 Закона о реорганизации «Почты России», законодательство о нотариате не устанавливает, помимо упоминания о самой возможности совершения этого нотариального действия в случаях, указанных в Законе о реорганизации «Почты России», и указания на то, что за удостоверение факта возникновения права собственности на объекты недвижимого имущества в силу приобретательной давности взимается 1500 рублей.

Таким образом, нотариусу остается только совершить соответствующее нотариальное действие по представлении ему выписки из ЕФРЮЗС о размещении Предприятием (Обществом) в этом реестре не менее чем за 120 дней до обращения к нотариусу сообщения о намерении зарегистрировать право собственности Российской Федерации на объект недвижимого имущества и отсутствии отклика на такое сообщение, с приложением к указанной выписке документов кадастрового учета. Кроме того, нотариус должен убедиться в том, что аналогичное сообщение было одновременно размещено и на официальном сайте Предприятия (Общества) в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет".

По результатам этих мероприятий федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий функции по управлению федеральным имуществом, утверждает перечень объектов недвижимого имущества для последующей государственной регистрации права собственности на них Российской Федерации.

Регистрация права собственности Российской Федерации на объекты недвижимого имущества, осуществляется на основании заявления нотариуса или его работника, уполномоченного в порядке, установленном Основами законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 года N 4462-1, или заявления Предприятия (Общества) с приложением свидетельства об удостоверении факта возникновения права собственности на объекты недвижимого имущества в силу приобретательной давности, вышеупомянутой выписки из ЕФРЮЗС, а также утвержденного федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по управлению федеральным имуществом, упомянутого выше перечня.

Лицо, считающее, что в результате государственной регистрации права собственности Российской Федерации или Общества на объекты недвижимого имущества, осуществленной в порядке, установленном статьей 20 Закона о ре-

организации «Почты России», нарушены права указанного лица, может обратиться с требованием об оспаривании права собственности Российской Федерации или Общества на объекты недвижимого имущества в срок, не превышающий трех лет со дня государственной регистрации такого права. При этом речь идет очевидно о пресекательном сроке, а не об исковой давности.

3. Критика нового института

Установление такой привилегии признанной возникшей по приобретательной давности государственной собственности, как установление пресекательного срока для ее оспаривания, весьма уязвимо с точки зрения принципа равенства всех форм собственности в Российской Федерации, что может повлечь оспаривание конституционности данной нормы заинтересованным лицом в Конституционном Суде РФ.

Не ясно и то, должен ли по замыслу законодателя нотариус нести ответственность за удостоверение им недостоверного факта приобретения права собственности Российской Федерацией по приобретательной давности, если действующее законодательство не дает нотариусу удовлетворительных инструментов для проверки самого наличия у заявителя добросовестного, открытого и непрерывного владения в течение срока приобретательной давности, но при этом установленная Законом о реорганизации «Почты России» процедура «публичного вызова» все же не исключает последующего оспаривания правомерности состоявшегося приобретения права собственности.

В том виде, как процедура «публичного вызова» и ее правовые последствия прописаны в рассматриваемом Законе, и исходя из той роли, которая в нем отведена нотариусу, напрашивается вывод, что по мысли законодателя нотариус на самом деле призван удостоверить не факт возникновения права государственной собственности по приобретательной давности, а факт состоявшегося «публичного вызова» и факт отсутствия отклика на него, позволяющий презюмировать возникновение права собственности на недвижимость, пока заинтересованным лицом не доказано обратное.

В том случае, если содержащийся в Законе о реорганизации «Почты России» особый механизм признания приобретенного по приобретательной давности права собственности посредством процедуры «публичного вызова» планируется распространить впоследствии на институт приобретательной давности как таковой, следовало бы требовать от заявителя представления им доказательств добросовестного, открытого и непрерывного владения в течение срока приобретательной давности, а не просто осуществления «публичного вызова» по установленной законом процедуре.

Но в таком случае было бы логично устанавливать факт возникновения права собственности ввиду истечения приобретательной давности в суде в порядке «вызывного производства», а не перед лицом нотариуса. Тогда можно было бы и исключить возможность последующего оспаривания приобретенного права третьими лицами путем заявления ими самостоятельных исков.

Если все же будет признано целесообразным сохранить за нотариусом ту функцию в механизме установления факта приобретения права собствен-

сти по приобретательной давности, которая на него возлагается Законом о реорганизации «Почты России», то тогда он должен удостоверить не факт возникновения права собственности по приобретательной давности, который он доступными ему правовыми средствами установить не в состоянии, а лишь факт состоявшегося «публичного вызова» в той форме, какая прописана в Законе о реорганизации «Почты России».

В этом случае естественно и сохранить за заинтересованными третьими лицами возможность оспаривания приобретенного права путем предъявления самостоятельных исков, которые, впрочем, не должны ограничиваться пресекательным сроком погасительной давности.

*О.А. Тучина, адъютант, майор полиции,
Санкт-Петербургский университет
МВД России*

Некоторые гражданско-правовые способы защиты средств на банковском счете

Из общих положений, содержащихся в гл. 45 ГК РФ, следует, что рассматриваемый тип сделок отвечает следующим характеристикам, по которым классифицируются все гражданско-правовые договоры⁴⁵⁷:

Это консенсуальное соглашение, так как правоотношения возникают сразу же после его заключения, а не с момента зачисления денег на счет. Даже после открытия на счете некоторое время может быть нулевой остаток.

Договор относится к двусторонним сделкам, потому что порождает права и обязанности у обоих участников соглашения.

По вопросу того, является ли данная сделка возмездной или безвозмездной, единого мнения в теории гражданского права нет. Некоторые полагают, что возмездность обусловлена предпринимательским качеством деятельности кредитных организаций. Другие считают наличие этого признака недостаточным и оплату за ведение счета и проценты на остаток квалифицируют как условия будущих договоров иных видов (например, договора о вкладе до востребования).

Договор является публичным, поскольку п. 4 ст. 846 ГК РФ императивно предписывает кредитным организациям заключать соглашение о счете со всеми обратившимися. Однако предусмотрены различные исключения, устанавливаемые банковским законодательством, которое дает возможность банкам отказывать некоторым клиентам.

⁴⁵⁷ Гражданский кодекс Российской Федерации: часть вторая: Федеральный закон от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (ред.30.12.2018 г.) — Информационно-правовая система «Консультант Плюс». — Версия от 13.03..2019 г.

Банки сами разрабатывают формуляры всех своих договоров, клиентам остается только подписать предложенный готовый документ (т. е. указанную сделку можно отнести к договорам присоединения).

Автор предлагает рассмотреть вопрос гражданско-правовой защиты денежных средств на банковском счете физического лица на примере банковского вклада.

Меры, осуществляемые государством по защите интересов вкладчиков, заключаются в нескольких возможностях:

досудебное урегулирование спора;
восстановление нарушенных интересов через суд;
обязательное государственное страхование вклада.

Рассмотрим по указанному порядку.

1. Досудебное урегулирование спора.

Если в договоре указано, что любые конфликты, в первую очередь, необходимо решать на уровне банк-клиент, то арбитражный суд не примет заявление, если данная процедура будет пропущена. Кроме того, если клиент начинает действовать по своему усмотрению, не смотря на правила, прописанные в договоре, то в последствие решить спор будет намного сложнее из-за предубеждений банковских служащих.

Если обратиться к судебной практике, то для нас безусловный интерес представляет следующее дело. Верховный суд удовлетворил жалобу Тимура Расулова (дело № 49-КГ18-61),⁴⁵⁸ которому ранее отказали два суда, так как он якобы нарушил досудебный порядок урегулирования споров и изначально не обратился в банк с письменной претензией (дело № 33-11207/2018).⁴⁵⁹

Суть дела. В 2016 году Расулов открыл вклад «Пополняемый доход» в «Связь-банке» под 1,6% годовых и положил на него \$11 796. По условиям соглашения деньги на счёт клиента начислялись ежемесячно, а все спорные вопросы урегулируются переговорами с соблюдением претензионного порядка. Расулов подсчитал, что за первый месяц 2018 года кредитная организация начислила ему на три доллара меньше, чем должна была. Он позвонил в «Связь-банк» и попросил исправить эту ошибку, где ему отказали. Тогда клиент обратился в суд с требованием доначислить на его счёт недостающие три доллара, взыскать с банка компенсацию морального вреда в размере 10 000 руб. и потребительский штраф, но два суда в этом ему отказали. «Жалоба (представление) удовлетворена», – решил Верховный суд.

2. Обязательное страхование.

Каждая банковская организация РФ, предлагающая услуги частным лицам входит в реестр Агентства по страхованию вкладов (АСВ)⁴⁶⁰, что означает -

⁴⁵⁸ Определение Верховного суда РФ от 26.09.2006 № 34-В06-65//Режим доступа: <http://www.garant.ru>.

⁴⁵⁹ Определение Верховного суда РФ от 22.08.2003 № 4-В03-24//Режим доступа: <http://www.garant.ru>.

⁴⁶⁰ Федеральный закон №177 от 23 декабря 2003 года «О страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации» [Электронный ресурс]. - Режим доступа: <http://www.garant.ru>.

защита вклада физических лиц и депозиты физических лиц, с момента заключения договора с банком, являются застрахованными. АСВ призвано обеспечивать принцип возвратности вкладов. Кроме того, оно берет на себя функции оздоровительного и профилактического органа, который содействует банковским учреждениям в затруднительном положении, например, под угрозой банкротства. Инструментами осуществления полномочий агентства являются: система страхования вкладов (ССВ) и фонд обязательного страхования вкладов (ФОСВ).⁴⁶¹

Первый является механизмом, обеспечивающим своевременное возмещение при наступлении страхового случая.

Второй же функционирует по принципу страховой организации для банков, при этом, гарантируя возвратность средств их вкладчикам и защищая их интересы.

3. Судебный порядок разрешения спора.

Суды с банками по вкладам чаще всего происходят в том случае, когда клиенту отказывают в выдаче денег досрочно или же и вовсе ссылаются на невозможность прямо сейчас выплатить все средства единовременно. При этом следует помнить, что любой вкладчик, какая бы сумма ни была размещена в банке, имеет право на:

досрочное расторжение договора;

на получение процентов в соответствии с установленной ставкой;

на получение актуальной информации по состоянию собственного счета;

исковое заявление о взыскании вклада может потребоваться и наследникам. Согласно законодательству, родственники погибшего могут вступить в права наследников даже в том случае, если банковский вклад вовсе не был отмечен в завещании.⁴⁶²

Также, хотелось бы отметить, что в настоящее время очень часто происходят мошеннические действия с денежными средствами на счетах физических лиц в банках. Например, списание при потере карты по Pay Pass, через поддельные смс-сообщения, через фиктивную продажу, звонки от «близких в беде». После происшедшего потерпевшие обращаются в органы полиции, где возбуждается дело по ч. 1 ст. 159 УК РФ, и по истечении 2-х месяцев переводится в категории не раскрытых уголовных дел, так как в 90% случаев счета мошенников находятся на иностранных сайтах и юрисдикция и возможности органов МВД в данном случае ограничены. Мы считаем, что создание Рунета заметно облегчит работу сотрудников органов полиции, повысит доверие граждан к банковской системе и в целом благоприятно скажется на борьбе с данным видом преступности.

Таким образом, можно прийти к выводу, что данная сфера правоотношений на достаточном уровне урегулирована нормами современного права.

⁴⁶¹ Ахмаев А.Г. Страхование вкладов физических лиц // Право и экономика. 2018, № 9, с. 34.

⁴⁶² Ахмаев А.Г. Страхование вкладов физических лиц // Право и экономика. 2018, № 9, с. 34.

*А.А. Овчинникова, преподаватель
кафедры гражданского права и
гражданского процессуального права
юридического факультета
Хабаровского государственного университета
экономики и права*

**К вопросу о праве регресса государства к должностному лицу,
в связи с незаконными действиями (бездействием) которого произведено
возмещение вреда**

В более ранних работах автором уже освещались некоторые аспекты гражданско-правовой ответственности за вред, причиненный государственными органами, органами местного самоуправления, а также их должностными лицами. В настоящем исследовании мы предприняли попытку проанализировать отдельные особенности регрессного требования государства к конкретному должностному лицу, в связи с незаконными действиями (бездействием) которого произведено возмещение вреда.

1. Особенности определения предмета доказывания при рассмотрении регрессных требований государства к должностному лицу.

По делам о возмещении вреда с государства суды на основании статей 1064, 1069 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ) исследуют общие условия гражданско-правовой ответственности включая противоправность действий, наличие вреда, причинно-следственную связь между незаконными действиями и вредом, а также вину ответчика. Основной вопрос, который здесь возникает, сводится к тому, необходимо ли в рамках дел о возмещении вреда в порядке регресса вновь доказывать все вышеперечисленные условия. Полагаем, что да, поскольку вина должностного лица и вина государства, на наш взгляд, не совпадают. В делах о взыскании ущерба выясняется вина государства, которая заключается в непринятии необходимых мер по обеспечению прав и свобод лица. В свою очередь, вина конкретного должностного лица заключается в его непрофессионализме и должна определяться по результатам служебного разбирательства. Верность приведенного тезиса следует из специальных норм действующего законодательства.

Так, до принятия решения о возмещении ущерба конкретными работниками работодатель проводит проверку для установления размера причиненного ущерба и причин его возникновения. Для проведения такой проверки работодатель имеет право создать комиссию с участием

соответствующих специалистов. Аналогично, в соответствии с Федеральным законом от 12.07.1999 г. № 161-ФЗ «О материальной ответственности военнослужащих» (далее - Федеральный закон «О материальной ответственности военнослужащих») командир (начальник) воинской части при обнаружении ущерба обязан назначить административное расследование для установления причин ущерба, его размера и виновных лиц. В силу п. 57 приказа Министра обороны Российской Федерации от 3 декабря 2015 г. № 717 «Об утверждении Наставления по правовой работе в Вооруженных Силах Российской Федерации» в ходе административного расследования подлежат выяснению следующие вопросы: наличие вины в действиях (бездействии) военнослужащего, а также степень вины каждого в случае причинения ущерба несколькими лицами; наличие причинной связи между реальным ущербом и противоправным поведением военнослужащего (военнослужащих). Целесообразно, на наш взгляд, должностное лицо, чьи действия повлекли причинение вреда привлекать третьим лицом, не заявляющим самостоятельных требований относительно предмета спора, на стороне ответчика в деле о взыскании вреда, причиненному гражданину или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления либо должностных лиц⁴⁶³. Так как интересы должностного лица в последующем будут затронуты, а также использовать положения о преюдиции в силу ст. 61 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (Далее – ГПК РФ) решения о взыскании с государства сумм в счет возмещения вреда в деле о взыскании в порядке регресса с должностного лица.

Кроме того, анализ практики свидетельствует о том, что помимо вины в рамках рассмотрения дела в порядке регресса подлежит доказыванию противоправность действий конкретного должностного лица, а также наличие причинно-следственной связи между соответствующими действиями и ущербом, возмещенным государством. Так, в одном из дел Верховный суд Чувашской Республики указал, что сам по себе факт составления участковым уполномоченным полиции в отношении Т. незаконного протокола об административном правонарушении не влечет в обязательном порядке привлечение Т. к административной ответственности. К административной ответственности Т. была привлечена только по решению суда. Совокупность установленных по делу обстоятельств свидетельствует о недоказанности противоправности действий ответчика, связанных с незаконным привлечением Т. к административной ответственности в виде административного ареста, и наличия причинно-

⁴⁶³ Решение Алейского городского суда Алтайского края по делу № 2-801/2017 от 18 декабря 2017 г. // СПС ГАРАНТ.

следственной связи между причиненным истцу ущербом и действиями ответчика⁴⁶⁴.

Здесь же следует отметить, что для удовлетворения регрессных требований по некоторым категориям дел недостаточно установления общих условий гражданско-правовой ответственности. При предъявлении соответствующих требований следует учесть специальные условия регресса, которые также подлежат выяснению в ходе судебного разбирательства. Например, в случае возмещения вреда, причиненного при осуществлении правосудия, право предъявить регрессное требование возникает только в случае, если вина судьи установлена вступившим в законную силу приговором суда (п. 3 ст. 1081 ГК РФ).

2. Особенности определения надлежащего истца в рамках исследуемой категории регрессных требований

Прежде чем заявить регрессный иск к должностному лицу, в связи с незаконными действиями (бездействием) которого произведено возмещение вреда, необходимо установить надлежащего истца по исследуемой категории дел. В судебной практике отсутствует однозначная позиция по этому вопросу. В разных решениях судов в качестве истцов выступают Российская Федерация, Министерство финансов, Управление федерального казначейства, главный распорядитель бюджетных средств.

Например, в одном из решений судом сделан вывод, что надлежащим истцом является главный распорядитель бюджетных средств - Федеральная служба судебных приставов Российской Федерации, а не Министерство финансов, которое выплатило денежные средства взыскателю⁴⁶⁵. В других делах истцом выступало Управление Федерального казначейства, в третьих - публично-правовое образование. Отказывая в иске, Подольский городской суд исходил из того, что Федеральная служба судебных приставов Российской Федерации не является лицом, возместившим вред, и не наделена полномочием на предъявление регрессного иска от имени РФ в лице казны Российской Федерации. Таким полномочием, по мнению суда, наделено Управление Федерального казначейства по субъекту Российской Федерации. Однако Президиум Московского областного суд указанное решение отменил, указав, что такой иск предъявляется к Российской Федерации, от имени которой в суде выступает главный распорядитель бюджетных средств, в связи с этим именно главный распорядитель наделен правом подавать подобные

⁴⁶⁴ Апелляционное определение Верховного Суда Чувашской Республики по делу № 33-1094/2015// Обзор судебной практики по гражданским делам Верховного Суда Чувашской Республики за 2 квартал 2015 года //СПС ГАРАНТ.

⁴⁶⁵ Апелляционное определение СК по гражданским делам Свердловского областного суда от 25 ноября 2016 г. по делу № 33-20669/2016г. по делу № 33-20669/2016//СПС ГАРАНТ.

иски⁴⁶⁶. схожая правовая позиция высказывалась и Верховным судом Российской Федерации⁴⁶⁷.

Кроме того, довольно часто по указанной категории дел в силу ст. 45 ГПК РФ в защиту интересов Российской Федерации иск к должностному лицу заявляет прокурор⁴⁶⁸.

На наш взгляд, поскольку при удовлетворении иска о возмещении вреда в резолютивной части решения суд указывает о взыскании суммы вреда с Российской Федерации в лице главного распорядителя или Министерства финансов Российской Федерации за счет казны Российской Федерации, то надлежащим истцом будет являться Российская Федерация (субъект Российской Федерации, муниципалитет), а представителем истца в зависимости от характера спора – главный распорядитель бюджетных средств, Министерство финансов Российской Федерации или Управление Федерального казначейства Российской Федерации.

3. Особенности определения момента возникновения регрессного требования

В силу ч. 3.1. ст. 1081 ГК РФ Российская Федерация, субъект Российской Федерации или муниципальное образование в случае возмещения ими вреда по основаниям, предусмотренным ст. ст. 1069 и 1070 ГК РФ, а также по решениям Европейского Суда по правам человека имеют право регресса к лицу, в связи с незаконными действиями (бездействием) которого произведено указанное возмещение. Данная норма была введена Федеральным законом от 21.11.2011 г. № 329-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием государственного управления в области противодействия коррупции». При рассмотрении указанной категории споров судами выясняется вопрос о том, когда имели место незаконные действия должностных лиц – до или после введения в действие нормы п. 3.1 ст. 1081 ГК РФ. В случае если действия имели место до введения в действие вышеуказанного Федерального закона, суды отказывают в удовлетворении требований о взыскании вреда в порядке регресса, поскольку

⁴⁶⁶ Постановление президиума № 57 от 01 февраля 2017 г./ Бюллетень судебной практики Московского областного суда за первый квартал 2017 года (утв. президиумом Мособлсуда 28 июня 2017 г.) // СПС ГАРАНТ.

⁴⁶⁷ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17 ноября 2015 г. № 50 "О применении судами законодательства при рассмотрении некоторых вопросов, возникающих в ходе исполнительного производства" // Российская газета от 30 ноября 2015 г. № 270 // СПС ГАРАНТ.

⁴⁶⁸ Апелляционное определение СК по гражданским делам Алтайского краевого суда от 16 августа 2016 г. по делу № 33-9055/2016 // СПС ГАРАНТ; Определение по делу № 56-В08-8/ Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда РФ за 3 квартал 2008 г. (утв. постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 5 декабря 2008 г.) // СПС ГАРАНТ; Определение СК по гражданским делам Верховного Суда РФ от 23 апреля 2018 г. № 47-КГПР18-3 // СПС ГАРАНТ.

указанная норма обратной силы не имеет и право регрессного требования к ответчику в соответствии с данной нормой у истца не возникло⁴⁶⁹.

Так, суды при вынесении решений часто руководствуются п. 87 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17.11.2015 г. № 50 «О применении судами законодательства при рассмотрении некоторых вопросов, возникающих в ходе исполнительного производства», согласно которому по смыслу статьи 1081 ГК РФ Российская Федерация в порядке регресса вправе взыскать сумму вреда с лица, виновного в его причинении, например, при утрате имущества - с лица, которому имущество передано на хранение, при использовании недостоверной оценки имущества должника, если эту оценку производил оценщик, - с оценщика.

Очевидно, что в приведенном постановлении приведены лишь некоторые частные примеры, никоим образом не свидетельствующие об установлении исчерпывающего перечня случаев, в которых можно привлечь к ответственности виновное должностное лицо.

Примечательно, что в 2018 году Верховным судом Российской Федерации было указано, что судебные инстанции, разрешая спор по требованиям прокурора, предъявленным в интересах Российской Федерации, к должностному лицу государственного органа - бывшему сотруднику ФМС России о возмещении в порядке регресса ущерба в связи с преступными действиями Г., не применили к спорным отношениям закон, подлежащий применению (п. 1 ст. 1081 ГК РФ), поскольку пришли к ошибочному выводу о том, что общие положения п. 1 ст. 1081 ГК РФ к спорным отношениям не могут быть применены ввиду наличия специальной нормы – п. 3.1 ст. 1081 ГК РФ, применение которой в данном случае невозможно, так как преступление Г. было совершено до введения в действие п. 3.1 ст. 1081 ГК РФ⁴⁷⁰.

Норма п. 3.1 ст. 1081 ГК РФ лишь конкретизировала применительно к положениям пункта 1 этой же статьи круг субъектов регрессных требований по суммам выплаченного возмещения вреда, причиненного противоправными действиями (бездействием) должностных лиц государственных органов, но не отменила ранее установленную п. 1 ст. 1081 ГК РФ возможность такого взыскания, в том числе для случаев, когда вред (ущерб) был причинен должностным лицом государственного органа при исполнении им служебных обязанностей, ответственность за

⁴⁶⁹ Апелляционное определение СК по гражданским делам Санкт-Петербургского городского суда от 06 февраля 2018 г. по делу № 33-3193/2018 // СПС ГАРАНТ; Апелляционное определение СК по гражданским делам Тамбовского областного суда от 24 мая 2017 г. по делу № 33-1859/2017 // СПС ГАРАНТ; Апелляционное определение СК по административным делам Белгородского областного суда от 22 октября 2015 г. по делу № 33-4586/2015 // СПС ГАРАНТ.

⁴⁷⁰ Определение СК по гражданским делам Верховного Суда РФ от 23 апреля 2018 г. № 47-КГПР18-3 // СПС ГАРАНТ.

противоправные действия которого несёт Российская Федерация, субъект Российской Федерации в силу нормативных положений статьи 1069, 1071 ГК РФ. Исключений относительно круга лиц, имеющих право обратного требования (регресса) к лицу, являющемуся причинителем вреда, положения п. 1 ст. 1081 ГК РФ также не содержат. Право Российской Федерации в случае возмещения ущерба, причиненного гражданину в результате незаконных действий должностного лица, предъявить к последнему требования в порядке регресса не ограничено⁴⁷¹.

Подводя промежуточный итог, отметим, что с точки зрения возможности предъявления регрессного требования не имеет самостоятельного значения ни момент причинения вреда, ни момент признания судом действий должностного лица незаконными, поскольку даже если вред причинен до вступления в силу п. 3.1 ст. 1081 ГК РФ – суд должен применять общее правило о взыскании вреда в порядке регресса, сформулированное в п. 1 ст. 1081 ГК РФ.

Однако вне зависимости от правового основания, лежащего в основе соответствующего требования следует учитывать, что право регресса возникает у публично-правового образования не ранее реального исполнения основного обязательства по выплате лицу причиненного вреда, поскольку суть регресса предполагает компенсацию кредитором затрат, фактически понесенных им перед третьим лицом вследствие противоправных действий должника. Если соответствующие затраты не понесены, то и компенсировать с должностного лица еще нечего.

В контексте изложенного это означает, что при рассмотрении регрессных требований необходимо, в первую очередь, исследовать обстоятельства, подтверждающие факт выплаты сумм по исполнительному листу в счет исполнения основного обязательства перед потерпевшим, а не момент совершения незаконных действий.

В этой связи справедливой представляется аргументация Президиума Свердловского областного суда, который, отменяя решение нижестоящей инстанции, указал на то, что именно исполнение возложенной на Российскую Федерацию обязанности по возмещению вреда за незаконные действия ответчиков является основанием для предъявления регресса⁴⁷².

⁴⁷¹ Апелляционное определение СК по гражданским делам Хабаровского краевого суда от 12 мая 2017 г. по делу № 33-2872/2017//СПС ГАРАНТ; Апелляционное определение СК по гражданским делам Челябинского областного суда от 21 декабря 2016 г. по делу № 11-18021/2016 //СПС ГАРАНТ.

⁴⁷² Постановление президиума Свердловского областного суда от 07 февраля 2018 года по делу № 44Г-2/2018//Бюллетень судебной практики по гражданским делам за первый квартал 2018 года (утв. постановлением президиума Свердловского областного суда от 16 мая 2018 г.) //СПС ГАРАНТ.

Подведем краткие итоги настоящего исследования.

1. По категориям дел о взыскании государством ущерба в порядке регресса к должностному лицу, в связи с незаконными действиями (бездействием) которого произведено возмещение вреда, исследуются общие условия гражданско-правовой ответственности за причиненный вред, а именно противоправность действий, вред, причинно-следственная связь между незаконными действиями и вредом, а также вина ответчика, несмотря на их установление судами в делах о взыскании с государства сумм в счет возмещения вреда.

2. Надлежащим истцом будет являться Российская Федерация (субъект Российской Федерации, муниципальное образование), а представителем истца в зависимости от характера спора – главный распорядитель бюджетных средств, Министерство финансов Российской Федерации или Управление Федерального казначейства Российской Федерации.

3. Право регресса возникает у публично-правового образования лишь тогда, когда исполнено основное обязательство по выплате лицу причиненного вреда. Именно с этого момента может быть предъявлено требование о взыскании ущерба с должностного лица.

4. Право Российской Федерации в случае возмещения ущерба, причиненного гражданину в результате незаконных действий должностного лица, предъявить к последнему требования в порядке регресса не ограничено моментом вступления в силу п. 3.1 ст. 1081 ГК РФ.

*А.И. Сорокин, аспирант кафедры
гражданского процесса юридического факультета
Санкт-Петербургского государственного университета*

Заключение договора на публичных торгах как разновидность преддоговорных отношений

Возникновение организационных отношений между участниками преддоговорных отношений при заключении договора на торгах, равно как и при заключении договора посредством переговоров направлены на обеспечение заключения договора. Общее в них то, что они носят организационный характер, а также то, что закон не предусматривает возможность требовать продолжения переговоров или проведения торгов и заключения договора, но в обоих случаях имеется возможность требовать возмещения убытков⁴⁷³.

⁴⁷³ Демкина А. В. Заключение договора на торгах с точки зрения теории преддоговорного правоотношения // Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

Очевидно, что отношения участников торгов можно рассматривать как преддоговорные, поскольку на торгах определяются условия будущего договора. Заключению договора предшествует три преддоговорные стадии, речь о которых пойдет далее.

Первая стадия преддоговорного процесса зиждется на выявлении интереса у стороны, участвующей в ведении переговоров о заключении договора. Данный этап включает в себе определенный стандарт добросовестности в связи с чем предполагается, что другая сторона, действуя добросовестно, предоставит необходимую для совершения сделки информацию, покажет объект в обусловленное время или прибудет в определенное место для просмотра объекта или вещи. В свою очередь торги включают в себя этап проверки соответствия поданных заявок определенным условиям (правилам) торгов. Данный этап носит формальный характер и сводится к проверке соответствия участника торгов предъявляемым требованиям, а также к проверке надлежащего оформления заявки. При этом ответственность за недобросовестные действия по ведению переговоров должны нести участники таких переговоров, которые в свою очередь могут не являться сторонами сделки.

На второй стадии осуществляется согласование всех существенных условий договора: вид сделки и ее условия. В случае, если договор заключается на торгах – происходит согласование лучших условий заключения договора, то есть происходит торг в собственном смысле этого слова.

На третьем этапе заключается договор. Происходит его подписание на согласованных во второй стадии условиях. Заключение договора на торгах происходит посредством подписания протокола о проведении торгов и подписании договора с победителем на условиях являющимися действительными для победы на торгах.

Отличие публичных торгов, проходящих в условиях исполнительного производства заключается в наличии «нулевого этапа», в котором судебный пристав-исполнитель осуществляет возбуждение исполнительного производства, разыскивает имущество должника и только после этого передаёт его по акту специализированной организации, которая выступает организатором торгов. Данные действия также можно отнести к преддоговорной стадии, так как без них публичные торги не могли бы состояться.

В правовой доктрине выделяют следующие характерные признаки обязательств:

- 1) относительность правоотношений⁴⁷⁴;
- 2) нутром обязательств является право требования кредитора к должнику о совершении определенных действий или воздержании от них. Принятие исполнения со стороны кредитора принято называть кредиторской обязанностью.

⁴⁷⁴ Иоффе О. С. Обязательственное право. М.: Юрид. лит., 1975. С. 8 ; Гавзе Ф. И. Обязательственное право (общие положения). Минск: Изд-во БГУ им. В.И. Ленина, 1968. С. 18.

3) в своей основе обязательство имеет имущественное содержание в которых действия должника должны носить исключительно товарно-денежный характер⁴⁷⁵, в связи с чем существуют обязательства, направленные на организацию товарообмена⁴⁷⁶. Вместе с тем, в литературе отмечается, что существуют обязательства и с сугубо неимущественным содержанием, например, обязательство, вытекающее из безвозмездного договора поручения⁴⁷⁷.

Безусловно то, что преддоговорные отношения являются относительными, которые связывает участников переговоров / торгов. В основе такого обязательства лежат определенные действия, которые выражают намерение лиц считать себя участниками переговоров или торгов. В результате определенных действий совершается сделка, которая не только определяет победителя торгов, но и порождает обязанность заключить договор, что, в свою очередь, способствует возникновению имущественных правоотношений.

Так, в диссертационной работе А. В. Яровой придерживался позиции о том, что конкурс «является сложным многосторонним отношением»⁴⁷⁸.

Другие исследователи отношения по проведению торгов считали видом гражданских организационно-правовых отношений. Такие «организационно-предпосылочные» отношения в определенных случаях перерастают в отношения имущественно-правовые. В частности, такого мнения придерживался О. А. Красавчиков⁴⁷⁹.

Мнение о том, что торги являются механизмом заключения договора, а также сложным юридическим составом, необходимым для признания договора заключенными, также активно поддерживается на страницах научной литературы, в частности, В. Груздевым⁴⁸⁰.

При заключении договора посредством переговоров, как и при его заключении на торгах «между участниками преддоговорных контактов возникает организационное обязательство, направленное на организацию заключения договора»⁴⁸¹. Данные правоотношения связаны тем, что они носят организационный характер. Как правило, у сторон нет возможности требовать продолжения переговоров, проведения торгов и заключения договора, при этом

⁴⁷⁵ Лавров Д. Г. Денежные обязательства в российском гражданском праве / Д.Г. Лавров. СПб.: Юридический центр "Пресс", 2001. С. 11.

⁴⁷⁶ Гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. 2. Полутом 1 / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Волтерс Клувер, 2004 // Комментарии законодательства. СПС «КонсультантПлюс».

⁴⁷⁷ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права / И.А. Покровский. М.: Статут (в серии "Классика российской цивилистики"), 1998. С. 134–143.

⁴⁷⁸ Яровой А. В. Поставка товаров для государственных нужд : дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005. С. 70.

⁴⁷⁹ Красавчиков О.А. Гражданские организационно-правовые отношения // Советское государство и право. 1966. № 10. С. 50–57.

⁴⁸⁰ Груздев В. Торги: понятие, правовая природа, признание недействительными // Хозяйство и право. 2004. № 7. С. 25–27.

⁴⁸¹ Демкина А. В. Заключение договора на торгах с точки зрения теории преддоговорного правоотношения // Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

нельзя исключать то, что в случае нарушения одной из сторон прав другой стороны возможно предъявления требования о возмещении убытков.

Целью всякого преддоговорного обязательства, не исключая обязательства из проведения торгов, является заключение договора на лучших условиях. В таком случае необходимо обеспечить возможность для одной стороны заключения договора в случае уклонения от исполнения своей обязанности другой стороны. Это обусловлено тем, что победитель и организатор торгов потратили время и деньги на участие и организацию торгов, следовательно интерес сторон должен заключаться в заключении и исполнении договора.

Законодательством Российской Федерации предусмотрены санкции в случае уклонения от заключения договора:

- 1) понуждение к заключению договора⁴⁸²;
- 2) возмещение убытков;
- 3) реализация обеспечительных обязательств (например, потеря задатка или возврат задатка в двойном размере);
- 4) отказ от заключения договора с лицом, допустившим недобросовестное поведение на торгах;
- 5) включение в списки «недобросовестных лиц», влекущее соответствующие ограничения и лишения прав⁴⁸³.

В редакции от 23 мая 2015 абз. 2 п. 5 ст. 448 ГК РФ установлено, что «Если предметом торгов было только право на заключение договора, такой договор должен быть подписан сторонами не позднее двадцати дней или иного указанного в извещении срока после завершения торгов и оформления протокола». Таким образом, договор мог заключаться непосредственно в ходе торгов, либо на торгах выявляется победитель, с которым уже впоследствии заключался непосредственно сам договор. Актуальная редакция п. 6 ст. 448 ГК РФ выглядит так: «Если иное не установлено законом, лицо, выигравшее торги, и организатор торгов подписывают в день проведения аукциона или конкурса протокол о результатах торгов, который имеет силу договора».

Целью любого преддоговорного обязательства выступает заключение основного договора. Также можно утверждать, что целью преддоговорного обязательства является определение условий будущего договора. В ситуации, когда договор заключается на торгах, определение условий заключаемого договора означает определение победителя торгов. Если после определения условий договора одна из сторон уклоняется от его заключения, то

⁴⁸² Пункт 4 ст. 445 ГК РФ предусматривает, что если сторона, для которой в соответствии с ГК РФ или иными законами заключение договора обязательно, уклоняется от его заключения, другая сторона вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор. В этом случае договор считается заключенным на условиях, указанных в решении суда, с момента вступления в законную силу соответствующего решения суда.

⁴⁸³ Данная санкция не свойственна публичным торгам, относится скорее к аукционам и конкурсам в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

преддоговорное обязательство не может считаться исполненным, а, значит, публичные торги не достигли своей цели.

По общему правилу, возмещение убытков при уклонении от исполнения обязательства освобождают должника от исполнения обязательства в натуре (п. 2 ст. 396 ГК РФ). Это правило применяется и в ситуации, когда победитель торгов отказывается от заключения договора (п. 6 ст. 448 ГК РФ), за одним исключением, которое заключается в том, что у победителя торгов есть возможность понудить организатора торгов, который в соответствии с законодательством обязан заключать договор только на торгах, к заключению договора.

Этот подход полностью противоположен редакции, действовавшей до 1 июня 2015 года, согласно абз. 2 п. 5 ст. 448 ГК РФ, которая провозглашала, что «Если предметом торгов было только право на заключение договора, такой договор должен быть подписан сторонами не позднее двадцати дней или иного указанного в извещении срока после завершения торгов и оформления протокола. В случае уклонения одной из них от заключения договора другая сторона вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор, а также о возмещении убытков, причиненных уклонением от его заключения».

Наиболее обоснованным ведется мнение А. В. Демкиной в том, что «без возможности принудить к заключению договора смысл выбора такого способа заключения договора, как торги, теряется». Помимо убытков, организатор теряет время на проведение повторных торгов, а также сталкивается с рисками уменьшения цены продаваемого имущества, а также с рисками его гибели, которые бы отсутствовали, если бы покупатель не проявил недобросовестность на преддоговорной стадии. Позицию законодателя же можно оправдать тем, что недобросовестность на этапе заключения договора является поводом усомниться в добросовестности контрагента на этапе исполнения уже заключенного договора. Кроме этого, победитель торгов не является субъектом, который может заключать сделки только на торгах, а также для которого заключение сделок является обязательным в силу ст. 421 и 426 ГК РФ. Иными словами, такой механизм заключения договора, как публичные торги, не имеет такой же обязательной силы для покупателя, как, например, предварительный договор, который регламентирован ст. 429 ГК РФ, в связи с чем у организатора торгов и отсутствует право обратиться с иском об обязанности заключить договор или о признании договора заключенным.

Очевидным является тот факт, что публичные торги — это не только способ заключения договора, но также и организационное обязательство, смысл которого направлен на заключение основного договора по передаче объекта торгов. Такое обязательство всегда предшествует основному и является его вспомогательным условием. При таком подходе происходит строгое различие организационных преддоговорных отношений и основных имущественно-распорядительных отношений, в основе которых лежит непосредственно переход блага. Эти преддоговорные отношения по своей правовой природе являются отношениями сопутствующими. При этом ранее нами отмечалось, что наличие

дефекта в организационных отношениях может повлечь негативные правовые последствия для основных имущественных отношений. Недействительность самого договора, заключенного с лицом, выигравшим торги, согласно ст. 167 ГК РФ предопределяется признанием торгов недействительными в соответствии с п. 2 ст. 449 ГК РФ.

Таким образом, было бы ошибочным преуменьшать значимость преддоговорной стадии при заключении договора на публичных торгах. Вместе с этим, автор настоящей работы полагает, что в этих рассуждениях можно пойти дальше и доказать, что механизм заключения договора настолько неразрывно связан с ним, что в принципе предопределяет отдельные свойства основного договора. Иными словами, договор купли-продажи, правила заключения, исполнения и расторжения которого урегулированы гл. 30 ГК РФ, не полностью идентичен договору, заключаемому на публичных торгах.

Хоть они, очевидно, и относятся к одной группе обязательств, направленных на передачу имущества, и к одному типу, а именно к договорам купли-продажи, а также к одному виду, направленному на возмездную передачу титула от одного лица другому, которое может совершаться как в личных, так и в предпринимательских (коммерческих) целях, но имеют существенные различия, обусловленные механизмом заключения договора, который оставляет свой отпечаток и на самом договоре, что особенно сильно проявляется тогда, когда стороны сделки вступают в конфронтацию друг с другом относительно вещи, право собственности на которую перешло от должника победителю торгов посредством заключения сделки с организатором торгов, не являющегося одновременно собственником отчуждаемого имущества.

*О.К. Яковлев,
аспирант СПбГЭУ*

**Понятие и квалификация цифровых финансовых активов
и распределенного реестра цифровых транзакций
(на примере текста законопроекта о цифровых финансовых активах)**

27 февраля 2019 года Президент Российской Федерации Владимир Путин утвердил перечень поручений по реализации Послания Президента Федеральному Собранию от 20 февраля 2019 года⁴⁸⁴. Среди прочего данные поручения предусматривают необходимость принятия до 1 июля 2019 года федеральных законов, «направленных на развитие цифровой экономики, в том числе определяющих порядок совершения гражданско-правовых сделок в электронной форме, а также предусматривающих регулирование цифровых

⁴⁸⁴ <https://www.kremlin.ru/acts/assignments/orders/59898>.

финансовых активов и привлечение финансовых ресурсов с использованием цифровых технологий» (ответственные Медведев Д.А., Володин В.В.).

Вышесказанное означает, что законопроект «О цифровых финансовых активах», который был опубликован Министерством финансов более года назад, и содержание которого вызывает бурные дискуссии среди экспертов, должен быть принят в ближайшее время.

Представляется, что ускорение процесса введения в рамки действующего законодательства имеющих сложную технологичную структуру цифровых активов неизбежно приведет к правовым пробелам и коллизиям, следствием которых станет большое количество судебных споров и жалоб.

Уже сейчас указанный законопроект пытается урегулировать широкий круг общественных отношений. В частности, в первую его версию были включены слова «криптовалюта», «токен», «майнинг», «валидатор», «смарт-контракт» и прочие. Большие вопросы вызывают дефиниции, содержащиеся в данном законопроекте. В абзаце 2 ст. 2 дается определение цифрового финансового актива (видами которого согласно первой версии законопроекта являются криптовалюта и токены) – это «имущество в электронной форме, созданное с использованием шифровальных (криптографических) средств».⁴⁸⁵ Таким образом, законодатель выделяет 3 основных признака цифрового финансового актива: 1) имущественный характер; 2) выраженность в электронной форме; 3) использование криптографических средств при его создании.

В российском праве под имуществом понимается широкий круг объектов: вещи, включая наличные деньги и документарные ценные бумаги, иное имущество, в том числе безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги, имущественные права (ст. 128 ГК РФ), имущественные обязанности (ст. 1112 ГК РФ). Таким образом, основным способом отделения традиционных объектов имущества, установленных ст. 128 ГК РФ, как совокупности вещей и имущественных прав от иного имущества законодатель видит в «невещественной» форме его выражения. К указанной позиции готова присоединиться и судебная практика. Так например, в 2018 году Девятый арбитражный апелляционный суд в деле о банкротстве гражданина-должника признал криптовалюту иным имуществом в соответствии со ст. 128 ГК РФ. Основной акцент в данном Постановлении сделан на недопустимости произвольного исключения из конкурсной массы любого имущества должника без прямо предусмотренных законом оснований. При этом, как отметил суд, отсутствие определения «иного имущества» в ст. 128 ГК РФ «с учетом современных экономических реалий и уровня развития информационных технологий допустимо максимально широкое его толкование».⁴⁸⁶ Такой подход к категории иного имущества можно назвать «широким», но правильное было бы сказать, что он является «остаточным», то есть, говоря по факту, к

⁴⁸⁵ https://www.minfin.ru/ru/document/?id_4=121810.

⁴⁸⁶ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 15.05.2018 N 09АП-16416/2018 по делу N А40-124668/2017.

данной категории относится все то имущество, которое не относится к традиционным объектам имущества, но имеет какую-либо материальную ценность и подлежит правовому регулированию.

На наш взгляд, отнесение цифровых финансовых активов к данной категории является неплохим временным шагом – но в дальнейшем необходимо выработать отдельную категорию, которая описывала бы данный вид активов. Возможно, таковой станет категория «имущество в электронной форме»: законодатель пошел по пути приоритетности формы выражения такого имущества. По всей видимости, законодатель объединил понятия «форма» как внешнего выражения какого либо содержания⁴⁸⁷, и «электронный» как отображаемый на электронно-вычислительных машинах. Если какая-то информация хранится в памяти компьютера (в цифровой форме), то она называется электронной⁴⁸⁸. Таким образом, под электронной формой имущества следует понимать внешнее выражение содержания имущества с помощью электронно-вычислительных машин.

Другое дело, что у цифровых финансовых активов есть еще один признак - использование шифровальных (криптографических) средств при создании. Как отмечает Е.Н. Абрамова, «криптовалюта не существует в виде денежных знаков, это актив, существующий лишь в виртуальном мире, наличие которого в мире физическом подтверждается исключительно криптографической записью в электронном кошельке или ином электронном средстве платежа»⁴⁸⁹. Собственно говоря, именно этот признак, а вовсе не форма, видится самым важным, поскольку позволяет обеспечивать безопасность и конфиденциальность таких активов, поскольку при их создании и контроле должны использоваться стойкие криптографические алгоритмы то есть такие алгоритмы, атаки на которые требуют от атакующего наличия «столь значительных вычислительных ресурсов или огромных затрат времени на расшифровку перехваченных сообщений, что к моменту их расшифровки защищённая информация потеряет свою актуальность»⁴⁹⁰, а также криптографические методы защиты.⁴⁹¹

По указанным причинам относить цифровые финансовые активы к категории иного имущества представляется неоптимальным. Интересным решением выглядит создание отдельной категории «криптографического имущества»: это позволит провести четкую грань различия цифровых активов от других активов, попадающих под понятие «иного имущества» (безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги).

⁴⁸⁷ Большой Энциклопедический словарь, 2000.

⁴⁸⁸ Дмитриев Д, Толковый словарь русского языка Дмитриева. 2003.

⁴⁸⁹ Абрамова Е.Н. Дискуссии о правовой природе криптовалюты // Право и современная экономика: сборник материалов I Международной научно-практической конференции юридического факультета СПбГЭУ, 5 апреля 2018 года. СПб., 2018. С. 53.

⁴⁹⁰ https://ru.wikipedia.org/wiki/Криптографическая_стойкость.

⁴⁹¹ Вахрушев Д., Железов О. Криптовалюта как феномен современной информационной экономики: проблемы теоретического осмысления. // Интернет-журнал Науковедение. 2014, № 5.

В целом, указанный законопроект, как полагает Л. Новоселова, председатель Суда по интеллектуальным правам, имел под собой цель «определить наиболее широко распространенные финансовые активы, создаваемые и/или выпускаемые с использованием цифровых технологий»⁴⁹². Из данного вывода следует, что законодатель стремился достигнуть двух юридических результатов: создать примерный перечень цифровых финансовых активов и закрепить какой-то главный, отличительный их признак (в данном случае – форма, что следует уже из названия).

С критикой данного подхода выступает Е. Авакян, советник адвокатского бюро "Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры", полагая, что содержание понятия цифрового финансового актива представляется произвольным. Автор критикует представленное в тексте законопроекта определение и предлагает «отказаться от попыток создать новое регулирование отношений исходя из их формы, перейти к сущностному подходу к регулированию, т.е. опираться на регулирование цифровых активов, отталкиваясь не от формы их выражения, а от сущности отраженных в них правоотношений»⁴⁹³. Данный подход выглядит перспективным, однако автор не раскрывает, что имеется в виду под сущностным регулированием, и как оно должно осуществляться. Видятся необходимыми дальнейшие пояснения, как раскрыть сущностный подход к регулированию цифровых финансовых активов в законодательстве.

С вопросами и замечаниями также выступают и другие эксперты, отмечая, что, несмотря на позитивность заложенной идеи, тем не менее, имеются вопросы к категории цифровых финансовых активов как объекта прав в целом (момент появления, соотношение с другими нематериальными активами)⁴⁹⁴.

Подводя итог, можно сделать вывод, что определение цифрового финансового актива, его отнесение к объектам гражданских прав и определение категории, находятся в стадии разработки. Итоговый предложенный законодателем вариант определения, скорее всего, будет компромиссным и вызовет дальнейшие споры, так как главная цель законопроекта сейчас – ввести хотя бы первоначальное регулирование данных общественных отношений.

В законопроекте также употреблен термин «распределенный реестр цифровых транзакций», под которым понимается «формируемая на определенный момент времени систематизированная база цифровых транзакций, которые хранятся, одновременно создаются и обновляются на всех носителях у всех участников реестра на основе заданных алгоритмов, обеспечивающих ее тождественность у всех пользователей реестра»⁴⁹⁵. Это понятие, взятое от английского «distributed ledger technology», законодатель использует очень

⁴⁹² Гузнов А., Михеева Л., Новоселова Л., Авакян Е., Савельев А., Судец И., Чубурков А., Соколов А., Янковский Р., Сарбаш С. Цифровые активы в системе объектов гражданских прав. // Закон, 2018, N 5.

⁴⁹³ Там же

⁴⁹⁴ Там же.

⁴⁹⁵ https://www.minfin.ru/ru/document/?id_4=121810.

деликатно. Дело в том, что основу данного явления составляет несколько ключевых признаков: 1) это технология хранения информации; 2) использование и синхронизация цифровых данных согласно алгоритму так называемого консенсуса; 3) распределение копий среди пользователей реестра, географических удаленных друг от друга; 4) отсутствие центрального администратора. И если первые три признака мы находим в тексте законопроекта, то вот про отсутствие центрального администратора умалчивается. Возможно, данный признак в текст законопроекта отсутствует, поскольку законодатель не хочет подчеркивать идею об «отсутствии посредника (надсмотрщика)». Потенциально закрепление и распространение данной технологии способно нанести серьезный ущерб существующим бизнес-моделям, например, в виде снижения доверия людей централизованным валютам, отпадение необходимости в финансовых и иных посредниках, которые берут комиссию за свои услуги и т.д. Одним из последствий может стать снижения оборота денежных средств в банковской системе (ввиду роста доверия людей к криптовалютам, использующим децентрализованность и, как следствие, повышения их общей капитализации).

Следует отметить, что без центрального администратора работа реестра осуществляется за счет нодов (узлов) или, проще говоря, компьютеров, подключенных к реестру постоянно и полностью синхронизированных с ним. То есть, эти компьютеры принимают активное участие в обслуживании, загрузке и проверке реестра. Однако, законодатель в определении, предлагаемом в рассматриваемом законопроекте, игнорирует этот момент, отводя им пассивную роль: «одновременно создаются и обновляются на всех носителях у всех участников реестра».

Выделяют два основных вида распределенных реестров (о которых также не упоминается в тексте законопроекта): открытые и федеративные. Различие в том, что вторые, в отличие от первых не позволяют любому пользователю реестра участвовать в проверке транзакций. По-видимому, применительно к данному законопроекту, законодатель собирается регулировать отношения, возникающие при использовании второго типа распределенного реестра, запретив в той или иной форме первый тип. Технические эксперты обращают внимание на необходимость уточнения определения распределенного реестра и выяснения «кто отвечает за обеспечение сохранности и безопасности и как реализованы возможности обезличивания и изменения данных»⁴⁹⁶. Введение в текст законопроекта указанных видов распределенных реестров и их дальнейшее раскрытие могло бы приблизить решение данной проблемы.

В российской литературе, в основном, делается акцент на близкое определение «распределенный реестр цифровых транзакций» определение блокчейна. Непосредственного определения блокчейна в тексте законопроекта не

⁴⁹⁶ Гузнов А., Михеева Л., Новоселова Л., Авакян Е., Савельев А., Судец И., Чубурков А., Соколов А., Янковский Р., Сарбаш С. Цифровые активы в системе объектов гражданских прав. // Закон, 2018, N 5.

имеется, однако в научной литературе он определяется как «децентрализованная распределенная база данных обо всех подтвержденных транзакциях, совершенных в отношении определенного актива, в основе функционирования которой лежат криптографические алгоритмы»⁴⁹⁷. Таким образом, для блокчейна характерны следующие признаки: децентрализованность, распределенность, наличие базы данных, использование криптографии. Некоторые отечественные и зарубежные авторы считают данные определения тождественными^{498 499}, однако, правильнее было бы сказать о том, что блокчейн является специфическим видом распределенного реестра, со своеобразной технической составляющей в виде цепочки блоков, которые и образуют блокчейн. Так или иначе, закрепление определений «блокчейна» и «распределенного реестра», детальное описание их признаков и видов в законодательстве необходимо для понимания их правового регулирования.

На момент написания статьи (10.03.2019) законопроект находится на рассмотрении во втором чтении Государственной Думы РФ, и ежедневно появляются новости о внесении в него тех или иных изменений. В частности, ко второму чтению убраны понятия «майнинга» и «криптовалюты». Как объяснил председатель комитета по финансовому рынку Государственной Думы РФ Анатолий Аксаков, один из авторов законопроекта: "Раньше мы думали о биткойнах, как их "врастить" в нашу экономическую систему. Поскольку решили, что они нам не нужны, эти биткойны непонятные, то, соответственно, и майнинг, получается, не нужен»⁵⁰⁰. Вопросы, связанные с майнингом и криптовалютами, безусловно, заслуживают рассмотрения в рамках отдельной статьи, однако уже сейчас понятно, что если законодатель не может разобраться с определением и квалификацией даже основного понятия, составляющего предмет вышеописанного законопроекта, то и рассмотрение частных вопросов, производных от вопроса основного, будет сугубо субъективным мнением инициативной группы Государственной Думы; все непонятное и неподходящее под «дух закона» либо запретят, либо оставят без урегулирования.

Это подтверждается самыми последними новостями: во втором чтении депутаты планируют добавить проверку криптоинструментов на соответствие требованиям российского законодательства (иначе их признают нелегальными), специальную «визу» для перевода денег со счетов в российских банках в цифровые финансовые активы, отсутствие термина «криптовалюта» в законопроекте.

⁴⁹⁷ Савельев А. Некоторые правовые аспекты использования смарт-контрактов и блокчейн-технологий по российскому праву // Закон. 2017. N 5.

⁴⁹⁸ Инюшкин А. Сравнение правового регулирования баз данных, распределенных реестров и технологии блокчейн в российском законодательстве // Теория и практика общественного развития, 2018.

⁴⁹⁹ The law and legality of smart contracts. Raskin M. 2017.

⁵⁰⁰ <https://zen.yandex.ru/media/id/59ec89b74bf1610270f46db9/anatolii-aksakov-nam-eti-bitkoiny-ne-nujny-5bca834da452a000ab753595>.

В данной статье были рассмотрены понятия «цифровой финансовый актив» и «распределенный реестр цифровых транзакций» в рамках текста и духа законопроекта «О цифровых финансовых активах». Таким образом, на данный момент можно сделать следующие выводы:

1. Дискуссионным моментом является акцент на форме выражения при определении цифрового финансового актива. Существует две точки зрения на данный вопрос: определения цифрового финансового актива через форму и через сущность. В тексте рассматриваемого законопроекта подчеркивается «невещественная» электронная форма – по видимому, это сделано для быстрого введения регулирования общественных отношений по поводу цифровых финансовых активов, как наиболее простой для понимания и компромиссный вариант. Тем не менее, особенно важно в контексте определения использование криптографии при создании актива, поэтому возможно отнесение цифровых финансовых активов в отдельную категорию «криптографических активов». По этой же причине нецелесообразно отнесение цифровых финансовых активов к иному имуществу по ст. 128 ГК РФ.

2. Законодатель при определении распределенного реестра цифровых транзакций игнорирует важнейший его признак – отсутствие центрального администратора, а также отводит пассивную роль носителям участников этого реестра при его проверке. Необходимо дополнить текст законопроекта, подчеркнув суть распределенного реестра как системы автономной, саморегулирующейся, автоматизированной и самопроверяющейся, выделить отдельные виды реестров, разграничить данную технологию от технологии блокчейна.

3. С учетом изложенного, надеемся, что законодатель ко второму чтению указанного законопроекта примет надлежащие меры и сможет доработать текст законопроекта до терминологического уровня, соответствующего высокому уровню технологий, лежащих в основе цифровых финансовых активов, не оставив множество правовых пробелов и неясностей и не запретив все, что не получается урегулировать.

РАЗДЕЛ V

**СТАТЬИ УЧАСТНИКОВ СЕКЦИИ «ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ
И ЭНЕРГЕТИЧЕСКОЕ ПРАВО»**

**Ответственный за организацию работы секции –
канд. юрид. наук, зав. кафедрой предпринимательского
и энергетического права К.Б. Кораев**

*О.В. Аверьянова, канд. экон. наук,
доцент кафедры финансового права СПбГЭУ*

**Особенности трудовых отношений,
возникающих между индивидуальным
предпринимателем-работодателем и работником**

Законодатель определяет индивидуального предпринимателя как полноправного работодателя, который так же, как и остальные работодатели, должен соблюдать нормы трудового права. Для индивидуальных предпринимателей существуют некоторые установленные особенности реализации трудовой деятельности, но их права и обязанности максимально приближены к правам и обязанностям других хозяйствующих субъектов. Актуальность обусловлена необходимостью создания положений, направленных на качественное улучшение норм трудового права, связанных с регулированием трудовой деятельности индивидуального предпринимателя-работодателя. Институт индивидуальной предпринимательской деятельности в России в его нынешнем понимании – достаточно новое явление и на данный момент уделено недостаточное внимание к проблеме правового регулирования труда в малом предпринимательстве, что в дальнейшем может негативно сказываться на эффективности работы. Поэтому правовое исследование регулирования труда в данной сфере имеет большое значение.

Проанализировав основные права и обязанности индивидуального предпринимателя-работодателя при найме сотрудников можно сделать вывод, что взаимоотношения между таким работодателем и работником имеют некоторые особенности.

К одним из таких вопросов можно отнести проблему оформления и ведения трудовых книжек индивидуальными предпринимателями.

В соответствии со ст. 66 Трудового кодекса РФ (далее ТК РФ) «работодатель ведет трудовые книжки на каждого работника, проработавшего у него свыше пяти дней, в случае, когда работа у данного работодателя является для работника основной». Из этого следует, что если сотрудники индивидуального предпринимателя работают по трудовому договору, то он обязан вести на них трудовые книжки.

Порядок оформления и ведения трудовых книжек утвержден в Постановлении Правительства Российской Федерации от 16 апреля 2003 года № 225 "О трудовых книжках"⁵⁰¹.

Так же, в статье 66 ТК РФ указано, что «в трудовую книжку вносятся сведения о работнике, выполняемой им работе, переводах на другую постоянную работу и об увольнении работника, а так же основания прекращения трудового договора и сведения о награждениях за успехи в работе. Сведения о взысканиях в трудовую книжку не вносятся, за исключением случаев, когда дисциплинарным взысканием является увольнение. По желанию работника сведения о работе по совместительству вносятся в трудовую книжку по месту основной работы на основании документа, подтверждающего работу по совместительству».

Записи в трудовой книжке делаются в отношении определенного работника, а для того чтобы получить такой статус, необходимо вступить с работодателем в трудовые отношения, заключив трудовой договор.

В соответствии со статьей 56 ТК РФ, трудовым договором можно считать добровольное соглашение между работодателем, с одной стороны, и работником, с другой, в соответствии с которым, первый обязан предоставить второму все необходимые условия труда, которые предусмотрены в трудовом законодательстве и других нормативно-правовых актах, выплачивать заработную плату своевременно и в полном объеме, а работник, в свою очередь, должен самостоятельно выполнять возложенные на него обязанности согласно трудовому договору, соблюдать установленные им и другими локальными актами, установленные условия труда. Из этого следует, что сторонами в трудовом договоре являются работник и работодатель. Поэтому, индивидуальный предприниматель не может вести трудовую книжку на самого себя, т.к. является работодателем.

Можно сделать вывод, что основным документом, подтверждающим трудовой стаж у индивидуального предпринимателя является «Свидетельство о государственной регистрации физического лица в качестве индивидуального предпринимателя», трудовая книжка же имеет отношение только к работнику, которым индивидуальный предприниматель по определению не является.

Следующим проблемным вопросом можно считать вопрос о предоставлении отпуска для работника и возможные нарушения при его оформлении.

Согласно ст. 21 ТК РФ каждому работнику гарантируется право на оплачиваемые ежегодные отпуска, вне зависимости от категории работодателя. На практике, для сотрудников индивидуальных предпринимателей возникают некоторые трудности с реализацией данного права.

⁵⁰¹ Постановление Правительства РФ от 16.04.2003 N 225 (ред. от 25.03.2013) "О трудовых книжках" (вместе с "Правилами ведения и хранения трудовых книжек, изготовления бланков трудовой книжки и обеспечения ими работодателей")// Собрание законодательства РФ.- 21.04.2003.- N 16.-Ст. 1539.

К.Я. Ананьева считает, что согласно ст. 305 ТК РФ сторонам (работодателю - физическому лицу и работнику) предоставляется самостоятельная возможность определять порядок использования ежегодных отпусков и режим работы. Однако, при этом не дается объяснения, каким именно способом данная возможность должны быть реализована⁵⁰².

Основываясь на том, что законодатель во многом приравнивает индивидуальных предпринимателей к юридическим лицам, можно сделать вывод, что в вопросе о сроках и порядке предоставления ежегодных оплачиваемых отпусков индивидуальный предприниматель, должен так же придерживаться гл. 19. ТК РФ.

Но на практике, нередко встречается, что у индивидуального предпринимателя нет соответствующих документов для подтверждения реализации работником его права на оплачиваемый отпуск. Это может происходить из-за того, что как правило, численность сотрудников индивидуального предпринимателя небольшая, а значит, большую роль играет личное общение, решение вопросов «на доверии», либо путем устной договоренности. Не все индивидуальные предприниматели создают графики предоставления отпусков и соблюдают их в дальнейшем. Так же, не все регистрируют сам факт предоставления оплачиваемого отпуска. Приказ о предоставлении отпуска может отсутствовать, так же как и записи об этом в личной карточке сотрудника. В таком случае, может возникнуть проблема того, что документально подтвердить использование отпуска не будет возможности, а значит, индивидуального предпринимателя могут обязать выплатить денежную компенсацию за все неиспользованные отпуска.

Итак, порядок предоставления ежегодных оплачиваемых отпусков работников, работающих у физических лиц, являющихся индивидуальными предпринимателями, практичнее всего определять изначально в трудовом договоре, а не в некоем "соглашении", суть которого в законе не расшифрована. Кроме того, исполнение такого варианта закона упростит работу должностных лиц органов надзора и контроля и позволит более эффективно обеспечивать соблюдение и защиту трудовых прав граждан. В трудовом договоре стороны правомочны указать, например: «4.2. Оплачиваемый отпуск предоставляется в течение рабочего года по письменному заявлению работника, поданному не позднее, чем за две недели до предполагаемой даты начала отпуска».

Порядок предоставления ежегодных оплачиваемых отпусков следует указывать в самом трудовом договоре, а не порядком некоего соглашения, суть которого закон не расшифровывает. Также это позволило бы упростить работу органов контроля и надзора и эффективнее обеспечивать защиту трудовых прав сотрудников. Самая простая и распространенная формулировка может выглядеть так: «Работнику устанавливается ежегодный оплачиваемый

⁵⁰² Комментарий к Трудовому кодексу РФ (постатейный, научно-практический, под ред. Шевченко О.А. -3-е изд., М.: Проспект, 2019.-С. 800

отпуск продолжительностью 28 (двадцать восемь) календарных дней». Длительность отпусков указывается в трудовых договорах в соответствии с требованиями указанными в законе.

Данную проблему, невозможно решить только лишь внесением дополнений в ТК РФ, однако это в любом случае способствовало бы исключением возникновения недопонимания между работодателем – физическим лицом и работником. Рабочие отношения отличаются от личных, поэтому лучше всего полагаться не на обоюдное добровольное соглашение, а на регламентированный порядок использования отпусков.

Еще одним проблемным вопросом можно считать заключение физическими лицами – работодателями гражданско-правовых договоров, вместо трудовых.

Заключение гражданско-правовых договоров является законным и некоторые индивидуальные предприниматели делают выбор именно в пользу заключения таких договоров, в силу того, что это упрощает порядок оформления и ведения отчетности по сотруднику. Но проблема в том, что различие между трудовым договором и гражданско-правовым очень четко разграничено законодательством и сущность договора всегда определяется не названием, а его содержанием. Поэтому, только лишь поменяв название, многие индивидуальные предприниматели забывают поменять саму суть договора.

В судебной практике давно выработана четкая позиция по поводу того, что стоит считать трудовым договором, а что гражданско-правовым. Неправильно оформление трудовых отношений, в конечном счете, может плохо отразиться на самом предпринимателе, т.к. по решению суда гражданско-правовой договор может быть переквалифицирован в трудовой.

Согласно статье 420 ГК РФ⁵⁰³, гражданско-правовым договором можно считать соглашение двух или более лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. Содержание и условия такого договора определяются по согласованию сторон.

Очевидно, что при заключении гражданско-правового договора объем обязательств будет меньше. Индивидуальному предпринимателю не нужно будет оформлять сотрудника в штат, предоставлять гарантии, предусмотренные ТК РФ. Но, тем не менее, зачастую такие договоры не признают гражданско-правовыми⁵⁰⁴. Рекомендации по разграничению трудовых и гражданско-правовых договоров содержатся в Письме Фонда соцстраха России от 20 мая 1997 г. N 051/160-97.

Помимо налоговых санкций, следующих в случае непризнания договора гражданско-правовым, может наступить и административная ответственность, согласно статье 5.27 Кодекса об административных правонарушениях

⁵⁰³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ (принят ГД ФС РФ 21.10.1994) (ред. от 31.01.2016) // Собрание законодательства РФ. 05.12.1994. N 32.

⁵⁰⁴ Гражданское право. Учебник под ред. Толстого Ю.К., Сергеева А.П. Том 1. -М.: Проспект.- 2011.- С. 67.

РФ (далее КоАП РФ)⁵⁰⁵. В этом случае, нарушение законодательства об охране труда повлечет наложение административного штрафа от 1000 до 5000 рублей, или административное приостановление деятельности на 90 суток. Так же необходимо будет восстановить нарушенные права работника, например: оплатить отпускные; в некоторых случаях, выплатить обязательное социальное страхование.

Стоит отметить, что исходя из сути гражданско-правового договора, предприниматель будет уравнен с работником в правах, в отличие от трудового договора, где он является полноценным работодателем, с наличием прав. Для работодателя эта ситуация является двойкой, т.к. с одной стороны, действительно, не нужно официально оформлять сотрудника в штат и предоставлять гарантии по ТК РФ, с другой стороны, в этом случае, работник не обязан соблюдать внутренний трудовой распорядок, а выполняет только заранее установленные по гражданско-правовому договору действия, т.е. объем обязательств здесь гораздо меньше.

Стоит отметить, что не только индивидуальные предприниматели зачастую вместо трудового договора заключают гражданско-правовой, но и юридические лица тоже.

Данную проблему освещает статья 11 ТК РФ, которая говорит о том, что «если в судебном порядке будет установлено, что договором гражданско-правового характера фактически регулируются трудовые отношения между работником и работодателем, к таким отношениям применяются положения трудового законодательства». Такой же позиции придерживается и Пленум Верховного Суда РФ (абз. 3 п. 8 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. N 2⁵⁰⁶).

Для определения квалификации договора, обращают внимание на: как именно выплачивалась заработная плата; как вели учет рабочего времени, издавались ли локальные распорядительные акты о приеме на работу; каков был перечень обязанностей; каков был распорядок трудового дня и пр. По итогам проверок с предпринимателей могут быть взысканы штрафы, начислены пени. Для переквалификации договора может обратиться не только налоговый орган, но и сам работник.

Несмотря на то, что индивидуальных предпринимателей можно причислить к владельцам малого и среднего бизнеса, в котором учет в некоторых случаях ведется самими предпринимателями, необходимо грамотно оформлять все отношения между работодателем и работником, для того чтобы в дальнейшем не возникало спорных ситуаций между сторонами трудовых отношений.

⁵⁰⁵ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 N 195-ФЗ (принят ГД ФС РФ 20.12.2001) (ред. от 18.03.2019) // Собрание законодательства РФ. 07.01.2002. N 1 (ч. 1).

⁵⁰⁶ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. N 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» (ред. от 24.11.2015) // Бюллетень Верховного Суда РФ.- N 3.- март, 2007.

*А.К. Бейн, канд. юрид. наук,
доцент кафедры предпринимательского
и энергетического права СПбГЭУ*

Защита прав несовершеннолетних граждан при сделках по отчуждению недвижимого имущества

Защита прав граждан была и остаётся практически одной из самых главных категорий права. Гражданскими правами являются права, которые закреплены Конституцией Российской Федерации и законодательством, регламентирующим гражданские правоотношения. Необходимо понимать, что гражданскими правоотношениями считаются общественные отношения, регулирующие, в том числе, и социальные связи.

Российское законодательство, стремясь защитить интересы каждого гражданина, особое внимание уделяет обеспечению прав детей. Помимо прав несовершеннолетних детей, заключающихся в праве ребенка проживать и получать основы воспитания в семье, выражать свое мнение, общаться со своими отцом и матерью у детей существуют и права имущественного характера, так как несовершеннолетние граждане могут иметь в собственности недвижимость, доставшуюся им в результате приватизации, дарения, наследования, мены или купли-продажи.

Понятие недвижимости является ключевым для уяснения принципиальных особенностей института права собственности в целом. Термин «недвижимое имущество» появился в российском законодательстве довольно поздно, а определение недвижимости в законодательстве вообще отсутствует.

Римское право предполагало переход права собственности на недвижимость путем простой договоренности между двумя лицами. Германское право предусматривало много различных формальностей при переходе земли из рук в руки.

При использовании римских законов германские методы стали отходить на второй план. Но это отразилось на залоге недвижимости. Кредитор не был абсолютно уверен в том, что в отношении имущества не были сделаны ранее закладные. Такие кредиты сопровождались очень большим риском, а условия сделок оказывались кабальными.

Конец XVIII века способствовал рождению в Европе института ипотечной записки. Это были книги, в которых велись записи, и каждое закладное право имело под собой юридические последствия для третьих лиц только при условии записи в этих особых книгах. Эти книги велись официальными учреждениями и давали справки всем заинтересованным лицам. Кредитор мог в любой момент убедиться, что на недвижимое имущество, которое он получает в залог, нет другого закладного права.

В XIX веке ипотечные книги превратились в поземельные. В них должен был быть записан каждый акт передачи права собственности, установления залога и т.д. Только тогда все эти действия становились законными. Действовал

принцип достоверности таких поземельных реестров. Запись, сделанная в них, считалась законной, даже если не соответствовала действительности. Заинтересованным лицам можно было добиваться исправления и внесения соответствующих изменений.

Россия совершала сделки в отношении недвижимости посредством крепостного порядка. Акты, касающиеся таких действий, должны были заверяться у нотариусов, которые заносили записи в свои реестры. Эти реестры служили прообразом поземельных книг.

До недавнего времени в Российской Федерации все сделки с недвижимостью должны были быть также зарегистрированы. Запись об этом делалась в Едином государственном реестре прав на недвижимость и сделок с ней. Сегодня Федеральная служба государственной регистрации, кадастра и картографии в основном ведет регистрацию перехода права собственности на недвижимое имущество.

Исторически вопросы, связанные с отчуждением недвижимости всегда были и остаются в центре внимания законодателей в связи с их сложностью и постоянно возникающими противоречиями. В особенности это касается сделок с жильем при наличии несовершеннолетних детей и тем более детей, лишенных родительского попечения и находящихся под особой защитой государства.

При заключении договоров по распоряжению недвижимым имуществом в настоящее время используются две формы сделок: нотариальная и простая письменная, переход права собственности по которым, требует регистрации.

Наиболее частым основанием приобретения права собственности выступает договор купли-продажи. Однако заключение договора купли-продажи дает покупателю не право собственности, а всего лишь только право требовать, чтобы ему передали вещь. Право собственности, согласно, гражданского законодательства возникает с того момента, когда вещь передана (ст. 223 ГК).

Для того, чтобы возникло право собственности необходима совокупность как фактических, так и юридических действий. Ведь передача вещи ещё не порождает права собственности, так как передача вещей может совершаться и во исполнение договоров, которые не связаны с переходом права собственности, например, договор аренды. Право собственности может возникнуть лишь тогда, когда передача вещи связана с юридическим фактом, который является основанием для возникновения права собственности.

Когда заключается договор купли-продажи, то право собственности на недвижимость в идеале должно совпадать с тем моментом, когда договор подлежит подписанию. Но по закону право собственности появляется лишь с момента регистрации перехода права собственности.

В этой связи Пленумами ВАС РФ и ВС РФ было принято совместное постановление от 29.04.2012 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» (далее - Постановление № 10/22), положения которого подробно разъясняют нормы ст. 234 Гражданского кодекса РФ. Постановление

№ 10/22 имеет важное значение для правоприменительных органов, поскольку раскрывает такие понятия, используемые в конструкции приобретательной давности, как добросовестность, открытость и непрерывность давностного владения, владение имуществом как своим собственным (п. 15).

Особое внимание законодатель уделяет защите интересов граждан, которые по каким-либо причинам не могут отстаивать свои интересы самостоятельно, в том числе несовершеннолетних. Достаточно часто возникают ситуации, когда права таких граждан нарушены, а значит возникла необходимость в защите.

Защитой гражданских прав являются предусмотренные законом меры, а также санкционируемые государством нормы поведения, при помощи которых возникает возможность добиться того, чтобы происходило пресечение нарушения гражданских прав. Большое значение также приобретают нормы, связанные с восстановлением нарушенных прав и вопросами компенсации материального ущерба, который причинен нарушением права.

Проблема защиты жилищных прав несовершеннолетних впервые встала остро в связи с принятием Закона РСФСР от 04.07.91 N 1541-1 «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации», предоставившего гражданам права с согласия всех совместно проживающих совершеннолетних членов семьи приобрести занимаемые жилые помещения в собственность.

Незнание сотрудниками жилищных органов положений гражданского и семейного законодательства о защите прав несовершеннолетних повлекло за собой случаи массового нарушения этих прав. Зачастую родители не включали своих детей в число участников приватизации или продавали приватизированную на имя детей жилплощадь, используя вырученные средства в собственных интересах.⁵⁰⁷

Начало защите прав детей в этих вопросах положило Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.08.93 N 8 «О некоторых вопросах применения судами Закона Российской Федерации «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации», в котором подчеркивалось равенство жилищных прав детей и родителей. Кроме того, Верховный Суд РФ отметил, что, учитывая ст. 133 Кодекса РСФСР о браке и семье, отказ от участия в приватизации могут осуществить родители и усыновители несовершеннолетних, а также их опекуны и попечители только при наличии разрешения органов опеки и попечительства. Допущенный просчет позже исправил и законодатель, внося в Закон о приватизации жилищного фонда изменения, обеспечившие защиту прав несовершеннолетних при приватизации жилья. Эти тенденции были закреплены также в ст. 37 и 292 позднее принятого Гражданского кодекса РФ.

Имущественные права ребенка регулируются не только семейным, но и гражданским законодательством. Одним из основных прав, определяющим

⁵⁰⁷ Михеева Л.Ю. Защита прав несовершеннолетних при сделках с жилыми помещениями // Дом и закон. 2008. № 11. С.34-36.

гражданско-правовое положение несовершеннолетнего, является право на распоряжение принадлежащим ему на праве собственности имуществом, которое регулируется ст. 26 и ст. 28 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Следует учитывать, что ребенок не имеет права собственности на имущество родителей, родители не имеют права собственности на имущество своих детей. Законодатель ввел такое разграничение между имуществом детей и их родителей в целях защиты имущественных интересов несовершеннолетних, на случай возникновения имущественных споров между родителями. Дети и родители, проживающие совместно, могут владеть и пользоваться имуществом друг друга лишь по взаимному согласию между ними.

Семейный Кодекс РФ статьей 60 регулирует имущественные права ребенка. Примечательно, то, что ранее действовавшее семейное законодательство не рассматривало имущественные права детей в качестве самостоятельного института.

На практике достаточно часто имеют место случаи, когда несовершеннолетнему принадлежат дорогостоящие объекты недвижимости. При этом нельзя забывать, что доходы от имущества, принадлежащего несовершеннолетнему, также будут являться собственностью ребенка. С возрастом ребенка связана его возможность самостоятельно распоряжаться собственным имуществом.

Правоспособные, но обладающие дееспособностью не в полном объеме малолетние граждане приобретают гражданские права и создают обязанности не самостоятельными действиями, а посредством действий дееспособных лиц - законных представителей. Статьей 28 Гражданского Кодекса РФ предусмотрено, что за несовершеннолетних, не достигших четырнадцати лет, сделки могут совершать от их имени только родители, усыновители, опекуны.

Имущественную ответственность по сделкам малолетнего, в том числе по сделкам, совершенным им самостоятельно, несут его законные представители, если не докажут, что обязательство было нарушено не по их вине. Эти лица в соответствии с законом также отвечают за вред, причиненный малолетними.

Российское законодательство всегда стояло на страже интересов несовершеннолетнего и принимало дополнительные меры по защите прав детей. И сегодня для того чтобы продать квартиру, которая является собственностью ребенка, необходимо получить согласие органа опеки и попечительства. Уполномоченный инспектор формирует пакет документов и передает его на комиссию, действующую при муниципалитете. Затем выходит подписанное главой муниципалитета распоряжение, в котором четко указывается при соблюдении каких условий может быть совершена сделка.

В соответствии со ст. 26 Гражданского Кодекса РФ несовершеннолетние в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет совершают сделки, с письменного согласия своих законных представителей - родителей, усыновителей или попечителя.

Сделка, совершенная таким несовершеннолетним, действительна будет также при ее последующем письменном одобрении его родителями, усыновителями или попечителем.

Вопрос о правовой природе согласия родителей, усыновителей или попечителя несовершеннолетнего на совершение им сделок по-разному решается современными цивилистами. На наш взгляд, следует рассматривать подобное согласие как одно из условий действительности сделок, как юридический факт, обеспечивающий полноценную реализацию принадлежащих несовершеннолетнему прав.

Несовершеннолетние в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет самостоятельно несут имущественную ответственность по сделкам, совершенным ими самостоятельно. За причиненный вред они несут ответственность в соответствии с Гражданским кодексом РФ.⁵⁰⁸

Рассматривая вопрос о разрешении на проведение сделок с участием несовершеннолетних, органы опеки и попечительства стараются учесть все факторы, из-за которых в последующем сделка может быть расторгнута или признана недействительной, а жилищные права несовершеннолетнего окажутся нарушенными.

Главенствующий принцип при принятии положительного решения: доля собственности ребенка не должна уменьшаться, а жилищные условия – ухудшаться. При принятии решения сотрудники опеки и попечительства должны руководствоваться только интересами несовершеннолетнего.

Защита имущественных прав детей является важным направлением работы органов ювенальной юстиции и социальной опеки. Несмотря на то, что юридическая возможность заключать имущественные сделки от своего имени у малолетних детей отсутствует, определенные имущественные права есть у каждого ребенка с момента его рождения.

К таким правам, в первую очередь, относятся права на жилье (квартиру или жилой дом), в котором проживает несовершеннолетний. Для обеспечения контроля за соблюдением прав ребенка в отношении жилой недвижимости, все сделки с квартирами, где прописаны дети в обязательном порядке должны быть согласованы с территориальными органами социальной опеки. Без получения такого согласования сделка не может быть заключена, причем это правило действует как при купле-продаже, так и при обмене квартиры.

Контроль органов социальной опеки за соблюдением имущественных прав детей направлен, прежде всего, на то, чтобы рыночная стоимость предполагаемой доли ребенка в приобретаемом новом жилье была не меньше, чем рыночная стоимость уже имеющейся доли в квартире (или в другой жилой недвижимости).

Технически такой контроль осуществляется путем проведения оценки жилья с привлечением независимого оценщика. Отчет об оценке недвижимости в этом случае играет еще и дополнительную роль – по результатам осмотра, проведенного оценщиком и фотографированию квартиры (которые обязательно прикладываются к любому отчету об оценке), контролирующий орган

⁵⁰⁸ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Отв. ред. О.Н. Садилов. М.: Юринформцентр, 2017. С. 51.

может получить объективное представление о техническом состоянии помещения, где предстоит жить ребенку и учесть эту информацию при принятии окончательного решения.

На практике достаточно часто распространены случаи отчуждения жилого помещения, доля в праве собственности на которое принадлежит несовершеннолетнему. В этих ситуациях, как правило, органы опеки и попечительства, пытаясь установить, насколько совершаемая сделка соответствует интересам ребенка, сравнивают параметры отчуждаемого и приобретаемого жилых помещений.

Зачастую недовольство законных представителей вызывает субъективное понимание сотрудниками органов опеки и попечительства жилищных прав ребенка.

В соответствии со ст. 27 Конституции РФ каждый, кто законно находится на территории Российской Федерации, имеет право выбирать место пребывания и жительства. Во исполнение этого конституционного принципа в Законе РФ от 25.06.93 N 5242-1 (в ред. от 18.07.2006) «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации» закреплено: «Граждане Российской Федерации обязаны регистрироваться по месту пребывания и по месту жительства в пределах Российской Федерации. Регистрация или отсутствие таковой не могут служить основанием ограничения или условием реализации прав и свобод граждан, предусмотренных Конституцией Российской Федерации, законами Российской Федерации, Конституциями и законами республик в составе Российской Федерации».

Толкование этого положения было дано Конституционным Судом РФ, который признал противоречащим Конституции РФ сложившееся в практике правило, в соответствии с которым право членов семьи на пользование жилым помещением возникает только при наличии прописки (регистрации) в этом жилом помещении.

В соответствии с Постановлением Конституционного Суда РФ от 02.02.98 N 4-П «По делу о проверке конституционности пунктов 10, 12 и 21 Правил регистрации и снятия граждан Российской Федерации с регистрационного учета» факт регистрации или отсутствие таковой не порождает для гражданина каких-либо прав и обязанностей, а органы регистрационного учета уполномочены лишь удостоверить акт свободного волеизъявления гражданина при выборе им места пребывания и жительства.

Таким образом, место жительства человека означает не место регистрации, а место его постоянного или преимущественного проживания (п. 1 ст. 20 ГК РФ).

Более того, п. 2 ст. 20 Гражданского кодекса РФ содержит правовую презумпцию, в соответствии с которой местом жительства детей признается место жительства их законных представителей.

Можно выделить две основные проблемы, возникающие в этой связи.

Первая состоит в том, чтобы обеспечить фиксацию возникшего у ребенка права пользования жилым помещением, а также государственную регистрацию ограничения права собственности на это жилое помещение. К сожалению, органы опеки и попечительства не во всех случаях исполняют возложенные на них законодательством обязанности.

Вторая проблема заключается в невозможности после состоявшейся продажи жилья предпринять какие-либо меры по восстановлению права пользования жилым помещением ребенком. В соответствии с п. 2 ст. 292 ГК РФ (в ред. Федерального закона от 30.12.2004 N 213-ФЗ) переход права собственности на жилой дом или квартиру к другому лицу является основанием для прекращения права пользования жилым помещением членами семьи прежнего собственника. Таким образом, для восстановления права пользования необходимо признать недействительным договор купли-продажи жилого помещения и применить последствия недействительности сделки. Однако, в рассматриваемой ситуации, это невозможно сделать, поскольку формально при заключении сделки не было допущено никаких нарушений закона.

Ограничение вмешательства органов опеки и попечительства в совершение сделок по отчуждению жилых помещений разработчики соответствующих законопроектов объясняют предполагаемой добросовестностью родителей ребенка и прочих субъектов гражданско-правовых отношений (п. 3 ст. 10 ГК РФ).

Однако годы, прошедшие с момента введения в действие названных новелл, показали, что такой подход требует построения системы органов опеки и попечительства, обеспеченных финансовыми, кадровыми и информационными ресурсами. Не лишним было бы в данном случае дополнительное обучение правовым знаниям сотрудников вышеуказанных органов.

Также не стоит забывать, что в соответствии с положениями Семейного кодекса закрепляется презумпция права собственности родителей на спорное имущество.

Так, в случае спора между родителями и несовершеннолетними детьми, которые совместно проживают, относительно принадлежности им имущества считается, что оно является собственностью родителей.

Из этого положения есть исключение, которое касается вещей, приобретенных родителями для обеспечения развития, обучения и воспитания ребенка (одежда, игрушки, книги, музыкальные инструменты, вещи личного пользования и т.п.). Закон прямо закрепляет право собственности на такое имущество за несовершеннолетним.

Следовательно, родители, являясь законными представителями своего ребенка, могут управлять его имуществом в соответствии с его интересами. Никакого особого правового режима для собственности родителей и детей не существует.

При управлении имуществом несовершеннолетнего родители имеют те же обязанности, которые закреплены гражданским законодательством для опекунов (попечителей) (ст.37 ГК РФ).

Из этого следует, что право управления имуществом ребенка в Семейном Кодексе специально не зафиксировано. В гл. 13 СК РФ говорится лишь об обязанностях родителей имущественного характера по содержанию своих несовершеннолетних детей. Поэтому прямое указание на право управления имуществом ребенка, на наш взгляд, необходимо закрепить в законодательстве в качестве самостоятельного имущественного права родителей, поскольку оно относится к категории иных вещных прав.

Что касается налагаемых законодательством запретов, то они введены с целью защиты имущественных прав ребенка, являющегося более слабой стороной в данных правоотношениях. Поэтому родители не могут без предварительного разрешения органа опеки и попечительства совершать или давать согласие на совершение сделки по отчуждению его имущества, в том числе по обмену или дарению этого имущества, сдаче его внаем (аренду), в безвозмездное пользование или залог. Без согласия органов опеки и попечительства нельзя также осуществлять раздел данного имущества либо выдел из него доли.⁵⁰⁹

Родители также не вправе совершать сделки со своими несовершеннолетними детьми, за исключением передачи им имущества в дар или в безвозмездное пользование.

Однако закрепленные законом меры предупредительного характера не нашли адекватного понимания у многих участников рынка жилой недвижимости. Необходимость получения предварительного разрешения органа опеки и попечительства в случаях, когда родители ребенка распоряжаются жилым помещением, стала рассматриваться как одно из препятствий развития рыночных отношений.

В этой связи следует признать, что на протяжении последних десятилетий оборот жилых помещений не только возрос, но и в конце девяностых годов, когда нотариальная форма сделки по распоряжению недвижимым имуществом перестала носить обязательный характер, даже упростился. Под воздействием ряда причин российский законодатель отказался от нотариального удостоверения сделок с жилыми помещениями, ввел и отрегулировал систему государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Одним из последних в этом ряду событий стали изменения, внесенные в ст. 292 ГК РФ Федеральным законом от 30.12.2004 N 213-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации», ознаменовавшие новые подходы к защите жилищных прав несовершеннолетних граждан.

Как было указано в пояснительной записке к проекту закона, эти изменения направлены на «создание максимальной привлекательности жилья на рынке недвижимости и снижение рисков ипотечного кредитования». Банки, как всегда, пролоббировали свои интересы на законодательном уровне. Судя по всему, риски заключались в сложности получения соответствующих разрешений органов опеки и попечительства. Поэтому при принятии Федерального

⁵⁰⁹ Нечаева А.М. Семейное право: Курс лекций. – М., 2009. – 762 с.

закона об опеке и попечительстве в 2008 году уже подразумевалось, что разрешение органов опеки и попечительства на отчуждение недвижимого имущества, принадлежащего несовершеннолетним, будет необходимо только в том случае, если его родители лишены родительских прав. В результате отъем недвижимости стал обыденным явлением при достижении детьми заемщика совершеннолетия в случае возникновения проблем с возвратом кредита у его родителей.

Тем не менее, основные положения, обеспечивающие жилищные права несовершеннолетних, в ходе реформы не были затронуты. Речь идет о том, что в силу п. 3 ст. 60 Семейного кодекса РФ при осуществлении родителями правомочий по управлению имуществом ребенка на них распространяются правила, установленные гражданским законодательством в отношении распоряжения имуществом подопечного. Положения ст. 37 Гражданского кодекса РФ подлежат применению прежде всего в случаях, когда несовершеннолетний является собственником жилого помещения или участником общей собственности на жилье.

В настоящее время все сделки с недвижимостью несовершеннолетних вновь носят обязательный нотариальный характер. Это безусловно будет служить защите прав и законных интересов несовершеннолетних граждан Российской Федерации. Однако для более совершенной защиты их прав, первоочередным, на наш взгляд, является хотя бы приведение в соответствие Гражданского, Жилищного и Семейного законодательства РФ.

*Т.А. Гусева, д-р юрид. наук,
профессор кафедры конституционного,
административного и финансового права
Юридического института Федерального государственного
бюджетного образовательного учреждения высшего образования
«Орловский государственный университет им И.Т. Тургенева»
Юридический институт*

Задан вектор развития отечественного права

Вектор развития отечественного права был задан Президентом РФ в ежегодном Послании Федеральному Собранию РФ 20 февраля 2019 года⁵¹⁰.

Изменения действующего законодательства призваны обеспечить поддержку материнства и детства; социальный контракт, ипотечные каникулы, наведение порядка на рынке микрокредитования, индексация пенсий

⁵¹⁰ Послание Президента РФ В.В. Путина Федеральному Собранию РФ от 20 февраля 2019 г. // СПС Гарант.

и ежемесячных денежных выплат сверх уровня прожиточного минимума пенсионера - направлены на борьбу с бедностью.

Изменения в налоговом законодательстве призваны будут поддержать строительные организации, передающие органам власти социальные объекты; освобождение от налога на прибыль призвано поддержать некоммерческие организации. Наибольший масштаб работ предстоит в области пересмотра к 20121 году устаревших нормативных требований к продукции.

Объем заявленной публикации позволяет остановиться лишь на некоторых предстоящих изменениях действующей нормативно - правовой базы.

1. Потребуется значительные изменения в законодательстве, регулирующие вопросы материнства и детства. Среди мер, направленных на развитие семей названы расширение числа семей, получающих выплаты на детей; повышение пособия по уходу за детьми с инвалидностью и инвалидами с детства⁵¹¹; увеличение федеральных льгот по налогам на недвижимость и землю для многодетных семей; распространение льготной кредитной ставки на весь срок действия ипотечного договора; частичное погашение ипотеки при рождении в семье 3-го и последующих детей; поддержка индивидуального жилищного строительства; решение проблемы с яслями.

Задачу преодоления бедности Президент РФ предлагает решить с помощью таких мер, как социальный контракт, ипотечные каникулы, наведение порядка на рынке микрокредитования. Индексация пенсий и ежемесячных денежных выплат должна производиться сверх уровня прожиточного минимума пенсионера.

2. В области здравоохранения планируется изменить стандарты работы поликлиники; наладить электронное взаимодействие между медучреждениями, аптеками, врачами и пациентами; снять возрастные ограничения для участников программы "Земский доктор".

На повышение доступности медицинской помощи должна работать информатизация здравоохранения. В течение трёх лет надо отладить электронное взаимодействие между медицинскими учреждениями, аптеками, врачами и пациентами включить в общую цифровую сеть организацию медико-социальной экспертизы, тем самым избавить пожилых людей, инвалидов, семьи с детьми от очередей и сбора бессмысленных справок⁵¹².

3. Требуется изменения и в налоговое законодательство: Сегодня, когда строительные компании передают государству или муниципалитетам социальные объекты, они вынуждены ещё и заплатить с них налог на прибыль и НДС. Предложено освободить застройщиков от этого бремени, и тем самым

⁵¹¹ Федеральный закон от 19 мая 1995 г. N 81-ФЗ "О государственных пособиях гражданам, имеющим детей" // Собрание законодательства Российской Федерации от 22 мая 1995 г. N 21, ст. 1929.

⁵¹² Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. N 323-ФЗ "Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации" // Официальный интернет-портал правовой информации (www.pravo.gov.ru) 22 ноября 2011 г.

стимулировать комплексное развитие городов и посёлков, когда рядом с жильём есть всё необходимое семье: и поликлиника, и школа, и спортивные площадки⁵¹³.

Медицинские и образовательные организации освобождены от налога на прибыль организаций. Однако эта льгота заканчивается 1 января 2020 года. Президент РФ предложил не только сделать её бессрочной, но и распространить на региональные и муниципальные музеи, театры и библиотеки. Это позволит им ежегодно экономить примерно 4 миллиарда рублей и направить их на своё развитие, на повышение зарплат сотрудников. И конечно, эта мера станет стимулом для частных инвестиций в культурные объекты на местах.

4. Предложено предусмотреть "ипотечные каникулы" - то есть отсрочку по платежам для граждан, которые лишились дохода; дать им возможность сохранить своё единственное жильё, а кредит передвинуть, погасить позднее. Это необходимо будет сделать с учетом интересов банков.

5. С 2019 года регионы начали переходить на новую систему обращения с твёрдыми коммунальными отходами. В ближайшие два года должны быть закрыты и рекультивированы 30 крупных проблемных свалок в черте городов, а за шесть лет - все остальные. При этом необходимо повысить долю обработки отходов с сегодняшних 8-9 процентов до 60, чтобы не накапливать новые миллионы тонн мусора.

Напомним, что с 1 января 2019 года стартовала "мусорная" реформа⁵¹⁴. Исключения - обе столицы и Севастополь (у них в запасе ещё есть три года), а также регионы, в которых не выбран регоператор, конкурсный отбор признан несостоявшимся и не нашёлся ГУП или МУП с лицензией на такой вид деятельности (для них отсрочка составит один год). В остальных регионах за вывозмусора теперь должен отвечать региональный оператор по обращению с твёрдыми коммунальными отходами: и он обязан заключать договоры с собственникам мусора (в зоне своей деятельности) об услуге обращения с ТКО, и сами собственники ТКО также обязаны заключить этот договор с регоператором. При этом плата за обращение с ТКО включается в состав платы за коммунальные услуги.

Необходимо переводить на более чистые экологические решения предприятия ЖКХ, энергетики, транспорта, чётко установить ответственность в промышленных и других компаниях, обозначить их конкретные шаги, которые они обязаны предпринять для минимизации экологического ущерба, зафиксировать всё это в законе о квотировании выбросов.

6. Для того чтобы выйти на высокие темпы роста экономики необходимо улучшение делового климата и качества национальной юрисдикции, чтобы никто не убегал в другие юрисдикции.

⁵¹³ Часть вторая Налогового кодекса Российской Федерации от 5 августа 2000 г. N 117-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации от 7 августа 2000 г. N 32 ст. 3340.

⁵¹⁴ Федеральный закон от 25 декабря 2018 г. N 483-ФЗ "О внесении изменений в статью 29.1 Федерального закона "Об отходах производства и потребления" // Официальный интернет-портал правовой информации (www.pravo.gov.ru) 25 декабря 2018 г.

В рамках национальных проектов планируются закупки медицинского, строительного оборудования, приборов, средств телекоммуникаций, систем для ЖКХ и транспорта объёмом порядка 6 триллионов рублей. Закон о контрактной системе – мощный стимул развития предпринимательской активности, локомотив экономики⁵¹⁵.

В Послании Президент РФ дал поручение Правительству РФ сформировать максимально комфортные условия для частных инвестиций в технологические стартапы, нацелить на их поддержку институты развития. Президент РФ попросил парламентариев оперативно принять законы, приоритетные для создания правовой среды новой, цифровой экономики, которые позволят заключать гражданские сделки и привлекать финансирование с использованием цифровых технологий, развивать электронную торговлю и сервисы. «Всё наше законодательство нужно настроить на новую технологическую реальность. Оно, это законодательство, а точнее, они, эти законы, не должны ограничивать становление передовых перспективных отраслей, а должны помогать этому развитию»⁵¹⁶.

7. С целью исключения необоснованного давления на бизнес Агентству стратегических инициатив предложено создать специальную цифровую платформу, с помощью которой предприниматели смогут не только сделать публичной информацию о давлении на бизнес, но, главное, добиться рассмотрения вопроса по существу.

Внесено предложение о пересмотре правовой базы контрольно-надзорной деятельности: с 1 января 2021 года предложено прекратить действие всех существующих в настоящее время нормативных актов в сфере контроля, надзора и ведомственные региональные приказы, письма и инструкции⁵¹⁷. За оставшиеся два года при участии делового сообщества предстоит обновить нормативную базу, сохранить только те документы, которые отвечают современным требованиям.

Таким образом, будущая правовая модель призвана обеспечить социальное и экономическое развитие, которое позволит обеспечить наилучшие условия для самореализации человека, а значит, дать достойные ответы на вызовы стремительно меняющегося мира, сохранить Россию как цивилизацию, основанную на собственной идентичности на многовековых традициях, на культуре наших народов, ценностях и наших традициях. Добиться поставленных целей можно только объединяя усилия, только вместе, при сплоченности общества, готовности всех нас, всех граждан России достигать успехов в конкретных делах.

⁵¹⁵ 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" // Официальный интернет-портал правовой информации" (www.pravo.gov.ru) 8 апреля 2013 г.

⁵¹⁶ Часть вторая Налогового кодекса Российской Федерации от 5 августа 2000 г. N 117-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации от 7 августа 2000 г. N 32 ст. 3340.

⁵¹⁷ Федеральный закон от 26 декабря 2008 г. N 294-ФЗ "О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля" // Собрание законодательства Российской Федерации от 29 декабря 2008 г. N 52 (часть I) ст. 6249.

*В.Р. Дзьоник, канд. юрид. наук,
доцент кафедры предпринимательского
и энергетического права СПбГЭУ*

Правовое положение крестьянских фермерских хозяйств в сфере предпринимательских отношений: особенности земельного вопроса

Исторически в России на протяжении долгого времени существовала собственность на земельные участки, не подпадавшая под действие общих правил гражданского права даже после перехода к буржуазным отношениям. Крестьянская реформа 1861 года отдала вопросы владения, пользования и распоряжения землей на откуп местным губернским властям. Следствием этого стало различие в правовом статусе крестьян различных губерний и разные условия землепользования, которые, тем не менее, можно свести к двум вариантам - подворному и общинному.

В обоих случаях крестьянину выделялся надел - участок земли, предназначенный для ведения сельского хозяйства и уплаты государственных повинностей и включавший в себя усадебные и полевые земли. При подворном землепользовании усадебные и полевые земли объединялись в подворный участок, который находился в семейной собственности отдельных крестьянских семейств, а община выполняла функции низового звена управления и распоряжалась общественными землями (общественные выгоны, пруды и озера, выморочные участки, мирские оброчные статьи)⁵¹⁸ Такая семейная собственность напоминает крестьянское (фермерское) хозяйство, прописанное в ГК РФ.

При общинном землепользовании усадебные участки принадлежали отдельным крестьянским семействам, а полевая земля составляла собственность всего сельского общества и делилась на участки, находившиеся во владении крестьянских семейств. Сельскому обществу принадлежали также общественные земли и право устраивать переделы участков полевой земли между крестьянскими семействами.

Первый вид (подворное землепользование) был характерен для Малороссии, второй (общинное землепользование) - для Великороссии. Подобное деление, как уже отмечалось, оформилось ещё в годы монгольской власти и удельных княжеств и было законсервировано крепостным правом⁵¹⁹. Спорным был статус самой общины (сельского общества): одни авторы признавали её юридическим лицом (Г.Ф. Шершеневич, А.А. Кассо), другие - нет (К.П. Победоносцев) [3, с. 330].

Однако в обоих случаях крестьяне ограничивались в праве распоряжения землей. Они могли её продать или сдать в аренду только членам своей общины, у них отсутствовала возможность изменить судьбу земельного

⁵¹⁸ Маслов С. Новые законы о крестьянской земле. М., 1914. С. 5.

⁵¹⁹ Хауке О.А. Крестьянское земельное право. М., 1914. С. 12.

участка (например, создать искусственный пруд или отдать пашню под разработку недр). В силу этого, по мнению Правительствующего Сената, крестьянская собственность отличалась от общегражданской. Нормы, изложенные в Своде Законов гражданских, на крестьянскую собственность не распространялись. Как следствие, несмотря на споры о статусе самой общины, наличие общинной (крестьянской) собственности на земельные участки дореволюционными учёными признавалось, вопросы вызывала лишь целесообразность самого существования такой формы собственности. Одни авторы рассматривали её как пережиток средневековых отношений (Ю.С. Гамбаров), другие - как свидетельство своеобразности российского землепользования (К.П. Победоносцев).

При этом ограничения касались только наделённой земли, участки, приобретённые крестьянами у других лиц (например, помещиков), подчинялись общим правилам русского гражданского права. В результате одно и то же лицо могло владеть земельными участками как на праве общинной, так и на праве частной собственности, то есть выступать субъектом сразу двух форм собственности.

Данные правила были направлены на сохранение общины в фискальных целях, но революция 1905-1907 годов продемонстрировала провал такой политики. Поэтому столыпинская аграрная реформа разрешила всем желающим выходить из общины и закреплять за собой участки на праве общей гражданской собственности (законы 1907 и 1912 годов). Однако, несмотря, а возможно и благодаря всем усилиям, идея общинной собственности сохранилась, что нашло свое отражение уже в советском законодательстве.

Земельный Кодекс РСФСР 1922 года провозгласил все земли в пределах РСФСР собственностью рабоче-крестьянского государства (ст.2). Крестьянам земельные участки могли предоставляться только на праве трудового землепользования, то есть необходимым условием предоставления земли была необходимость непосредственного и самостоятельного труда по обработке и возделыванию земельных участков. При этом основной единицей признавался двор (трудовое земледельческое хозяйство), под которым понималось семейно-трудовое объединение лиц, ведущих сельское хозяйство.

Поскольку возникшие в результате столыпинской реформы кулацкие хозяйства рассматривались как классовые враги новой власти, Земельный Кодекс 1922 года не предусматривал отдельного, «единоличного» землепользования. Прежние общины, а также сельскохозяйственные коммуны и артели рассматривались как земельные общества. Основопологающим признаком земельного общества являлось обязательное непосредственное трудовое участие его членов в сельскохозяйственной деятельности (объединение лиц), что отличало его от классического буржуазного юридического лица (совокупность капиталов). Впоследствии подобная идея получит свое развитие и воплощение в советских кооперативах.

Согласно ст. 90 Земельного Кодекса 1922 года способами землепользования в земельном обществе могли быть: а) общинный (с уравнительными

переделами земли между дворами); б) участковый (с неизменным размером права двора на землю в виде чересполосных, отрубных или хуторских участков); в) товарищеский (с совместным пользованием землею членами общества, составляющими сельскохозяйственную коммуны, артель или товарищество по общественной обработке земли).

Из анализа дальнейших статей Кодекса видно, что устанавливаемый им общинный порядок землепользования по сути и названию совпадает с аналогичным землепользованием до революции; участковый способ - это подворное землепользование общинной собственности, характерное для дореволюционной Малороссии, а товарищеский способ - это предтеча будущих колхозов.

Единственным сельскохозяйственным предприятием, известным Земельному Кодексу 1922 года, выступал совхоз (советские хозяйства). Целью их создания и существования было «служить научно-технической основой для развития сельского хозяйства и его обобществления» (ст. 160).

Таким образом, несмотря на то что юридически все собственность на земельные участки после революции оказалось в руках государства; фактически в отношении крестьян были сохранены все особенности владения, пользования и распоряжения землей, которые складывались столетиями вместе со становлением общины и были закреплены в законодательстве, отменившем крепостное право. Безусловной и полной отмене подверглись только положения аграрной реформы Столыпина, направленные на создания слоя собственников-кулаков, а также дворянская собственность на землю.

Земельный Кодекс 1922 года просуществовал достаточно долго и утратил силу только 1 декабря 1970 года с принятием Основ земельного законодательства СССР и союзных республик и Земельного Кодекса РСФСР 1970 года.

Новый Земельный Кодекс 1970 года при сохранении исключительной государственной собственности на землю сместил акценты в сельскохозяйственном землепользовании. Основными (первичными) землепользователями стали колхозы и совхозы - основные государственные сельскохозяйственные предприятия (ст. 44 Земельного Кодекса РСФСР). Колхозные дворы (семьи членов колхоза), а также рабочие и служащие совхозов получали приусадебные земли (надел) уже во вторичное пользование от своих предприятий (ст. 12 Основ).

Иными словами, Земельный Кодекс 1922 года уделял основное внимание крестьянам как физическим лицам, трудовым дворам (крестьянским семьям) и их объединениям, внимание акцентировалось на трудовом участии земельных обществ, предприятия в сельском хозяйстве рассматривались как исключение.

Земельный Кодекс РСФСР зафиксировал, как тогда казалось, успех советских реформ там, где потерпел неудачу Столыпин в деле отмены общинного землепользования, однако победа оказалась недолгой.

В 1991 году ему на смену пришел последний кодекс советского периода, принятый незадолго до распада СССР. Данный Земельный Кодекс впервые в советской истории ввел многообразие форм собственности на землю, выделив помимо государственной: частную, колхозно-кооперативную, коллективно-долевою (ст. 3). В сельском хозяйстве к частной собственности стали относить крестьянские фермерские хозяйства, существующие и сегодня. Коллективно-долевой являлась общая собственность граждан, вышедших из состава колхозов, совхозов и других сельскохозяйственных предприятий вместе с выделенной им земельной долей. В настоящее время она рассматривается как разновидность частной собственности.

В результате возник целый ряд споров, который привел на сегодняшний день к установлению законодателем только трех форм собственности в рамках «классического» гражданского права. Проводится и последовательно отстаивается четкая установка, что все вопросы, связанные с формой собственности на любые объекты, относятся исключительно к области гражданского права и разрешаются в рамках государственной, муниципальной и частной собственности.

*Д.В. Ена,
старший преподаватель
кафедры предпринимательского
и энергетического права СПбГЭУ*

О соблюдении прав собственников помещений при проведении ремонта общего имущества многоквартирного дома

В сфере жилищных правоотношений на практике случаются спорные ситуации, связанные с порядком проведения ремонтных работ в отношении общего имущества в многоквартирном доме. Основными участниками таких отношений могут выступать, в том числе, предприниматели, являясь собственниками помещений в многоквартирном доме, либо осуществляя деятельность по управлению многоквартирным домом (в качестве управляющей организации).

Представляется, что определенная категория споров, возникающих в указанных ситуациях, обусловлена имеющимися противоречиями в нормативном регулировании, а также, недостаточным правовым урегулированием соответствующих отношений.

В частности, при проведении ремонта внутридомовых инженерных систем может возникнуть необходимость получения доступа и проведения работ в том или ином жилом либо нежилом помещении, находящемся в частной собственности. При этом вопрос выбора помещения в указанных целях нормативно не урегулирован.

На основании пп. в) п. 31 Правил предоставления коммунальных услуг собственникам и пользователям помещений в многоквартирных домах и жилых домов (утв. Постановлением Правительства Российской Федерации от 06.05.2011 г. № 354) (далее – Правила) техническое обслуживание внутридомовых инженерных систем обязано осуществлять лицо (самостоятельно или с привлечением других лиц), обеспечивающее коммунальными услугами потребителей многоквартирного дома (исполнитель). В зависимости от способа управления многоквартирным домом в качестве исполнителя может выступать товарищество собственников жилья, жилищный кооператив или иной специализированный потребительский кооператив, управляющая организация либо лицо, привлеченное собственниками помещений (в многоквартирном доме, количество квартир в котором составляет не более чем тридцать) (ч.2 ст.161 Жилищного кодекса Российской Федерации). Потребителем в рассматриваемых правоотношениях является собственник помещения в многоквартирном доме, а также лицо, пользующееся на ином законном основании помещением в многоквартирном доме, потребляющее коммунальные услуги (п. 2 Правил).

Исполнитель имеет право требовать допуска в заранее согласованное с потребителем время, но не чаще 1 раза в 3 месяца, в занимаемое потребителем жилое или нежилое помещение представителей исполнителя (в том числе работников аварийных служб) для осмотра технического и санитарного состояния внутриквартирного оборудования, для выполнения необходимых ремонтных работ и проверки устранения недостатков предоставления коммунальных услуг - по мере необходимости, а для ликвидации аварий - в любое время (пп. б) п. 32 Правил).

Указанному праву исполнителя корреспондирует обязанность потребителя допускать представителей исполнителя (в том числе работников аварийных служб) в занимаемое жилое помещение для осмотра технического и санитарного состояния внутриквартирного оборудования в заранее согласованное с исполнителем время, но не чаще 1 раза в 3 месяца, для проверки устранения недостатков предоставления коммунальных услуг и выполнения необходимых ремонтных работ - по мере необходимости, а для ликвидации аварий - в любое время (пп. е) п. 34 Правил). При этом, необходимо обратить внимание, что такая обязанность предусмотрена только в отношении жилых помещений, а это не соответствует вышеуказанному праву исполнителя в отношении как жилых, так и нежилых помещений (в отношении нежилых помещений обязанность потребителя допускать в помещение представителей исполнителя исключена с 1 января 2017 г. на основании Постановления Правительства РФ от 26.12.2016 № 1498 «О вопросах предоставления коммунальных услуг и содержания общего имущества в многоквартирном доме»). Представляется правильным, чтобы вышеобозначенные право исполнителя и

соответствующая обязанность потребителя применялись как в отношении жилых, так и нежилых помещений.

Кроме того, подпунктом в) пункта 32 Правил установлено право исполнителя «требовать от потребителя полного возмещения убытков, возникших по его вине, в случае невыполнения обязанности допускать в занимаемое им жилое или нежилое помещение представителей исполнителя (в том числе работников аварийных служб в случаях, указанных в подпункте «е» пункта 34 настоящих Правил)».

Выбор варианта ремонта инженерных систем, иного имущества, относящегося к общему имуществу собственников многоквартирного дома, предусматривающего необходимость доступа в то или иное жилое или нежилое помещение, осуществляется исполнителем. Однако критерии такого выбора не определены. Представляется обоснованным проведение ремонта через жилое или нежилое помещение, в котором имеется возможность доступа к этим системам без нарушения целостности самого помещения (например, наличие люка ревизии). А в случае отсутствия возможности проведения ремонта без нарушения целостности того или иного помещения выбор варианта ремонта на практике зачастую осуществляется на основании технической принадлежности инженерных систем к определенному помещению (нахождение инженерных систем в условных границах помещения, непосредственная техническая связь инженерных систем с коммуникациями помещения). Что представляется не вполне обоснованным, так как такой подход может не учитывать техническую сложность, продолжительность, возможные негативные последствия выбранного варианта ремонта в сравнении с каким-либо другим вариантом. А это может затрагивать права, в том числе, жилищные, собственника или иного владельца жилого либо нежилого помещения, связанные, в том числе, с пользованием помещением. В частности, никто не может быть выселен из жилища или ограничен в праве пользования жилищем, в том числе в праве получения коммунальных услуг, иначе как по основаниям и в порядке, которые предусмотрены Жилищным кодексом Российской Федерации, другими федеральными законами (ч.4 ст.3 Жилищного кодекса Российской Федерации).

Представляется, что в случае отсутствия возможности проведения ремонта общего имущества собственников многоквартирного дома без нарушения целостности того или иного помещения выбор исполнителем варианта ремонта должен осуществляться в пользу наиболее технически простого варианта. Такой подход должен учитывать непосредственно техническую сложность предстоящих работ, а также, их продолжительность, затратность, возможные последствия (технического характера, например, вероятность последующих аварий). Выбор исполнителем варианта ремонта должен осуществляться с учетом законных прав и интересов всех собственников помещений многоквартирного дома.

Применительно к продолжительности ремонтных работ необходимо учитывать установленные Правилами требования к качеству коммунальных услуг (Приложение № 1), которые определяют допустимую продолжительность перерывов предоставления коммунальной услуги и допустимые отклонения качества коммунальной услуги. В частности,

- допустимая продолжительность перерыва подачи холодной воды: 8 часов (суммарно) в течение 1 месяца, 4 часа одновременно, при аварии в централизованных сетях инженерно-технического обеспечения холодного водоснабжения;

- допустимая продолжительность перерыва подачи горячей воды: 8 часов (суммарно) в течение 1 месяца, 4 часа одновременно, при аварии на теплотрассе - 24 часа подряд;

- допустимая продолжительность перерыва водоотведения: не более 8 часов (суммарно) в течение 1 месяца, 4 часа одновременно (в том числе при аварии).

Представляется целесообразным предусмотреть обязанность исполнителя выполнить необходимый восстановительный ремонт помещения, через которое производился ремонт общего имущества в многоквартирном доме, возместить собственнику помещения убытки (в том числе, компенсировать расходы, связанные с невозможностью проживания в жилом помещении).

В случае отказа собственника помещения предоставить доступ в его помещение для проведения ремонта общего имущества в многоквартирном доме исполнитель вынужден будет обратиться с соответствующим требованием в суд. Представляется, что подсудность по данному спору определяется по общим правилам, согласно которым иск подается по месту жительства (по месту регистрации физического лица, адреса юридического лица) ответчика – владельца помещения, в которое требуется обеспечить доступ (ст.28 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации). Если владелец проживает (зарегистрирован, имеет адрес) по другому адресу, это может создать определенное неудобство (затруднения) как для исполнителя, так и для суда, рассматривающего спор. В связи с чем представляется обоснованным отнести данную категорию дел к исключительной подсудности (ст.30 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации) и рассматривать их по месту нахождения помещения, доступ в которое необходимо обеспечить для проведения ремонта.

С учетом вышеизложенного, представляется целесообразным внести соответствующие изменения в нормативные акты, регулирующие отношения, связанные с ремонтом общего имущества многоквартирного дома.

В.С. Каменков,
д-р юрид. наук, профессор,
зав. кафедрой финансового права
и правового регулирования
хозяйственной деятельности Белорусского
государственного университета

Макроэкономика без права – это что?

О месте, роли и влиянии реального сектора экономики говорится много и часто на самых высоких уровнях во многих государствах. Нередко эта экономическая категория упоминается лишь в политическом контексте.

Используется это понятие также в Российской Федерации⁵²⁰ и в странах ЕАЭС⁵²¹.

А как же с правовым регулированием этого понятия? Оно имеется и насколько эффективно или в нем нет необходимости?

Некоторые исследователи утверждают, что «...большую роль в обеспечении успешного функционирования предприятий реального сектора экономики играет правовое регулирование их организации и деятельности. Однако в законодательстве этим вопросам не уделяется должного внимания, в нем отсутствует даже определение понятия реального сектора экономики»⁵²².

Надо понимать, что автор имеет в виду не общее, декларативное, а конкретное и системное правовое регулирование организации и деятельности предприятий реального сектора экономики. Более того, можно утверждать, что успешность функционирования организаций реального сектора экономики во многом зависит от состояния правового регулирования их хозяйственной деятельности. Ведь правовое регулирование в этой сфере означает воздействие с помощью правовых норм на экономические процессы для получения нужных показателей, достижения нужной степени удовлетворения потребностей. Правовые и рыночные регуляторы вполне здесь совместимы.

⁵²⁰ См., например, Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31.07.1998 N 145-ФЗ (ред. от 27.12.2018)//Собрание законодательства РФ", 31.12.2018, N 53 (часть I), ст. 8430; О Порядке формирования и представления главными распорядителями средств федерального бюджета обоснований бюджетных ассигнований (Зарегистрировано в Минюсте России 03.02.2017 N 45535): Приказ Минфина России от 31.12.2016 N 261н (ред. от 21.06.2018)//Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 22.08.2018 (электронный ресурс).

⁵²¹ См., например, О перечне мероприятий по реализации основных ориентиров макроэкономической политики государств - членов Евразийского экономического союза на 2018 - 2019 годы: Распоряжение Совета Евразийской экономической комиссии от 22.10.2018 N 24//Официальный сайт Евразийского экономического союза <http://www.eaeunion.org/>, 26.10.2018.

⁵²² Лаптев В.В. Предпринимательское (хозяйственное) право и реальный сектор экономики. М.: Инфотропик Медиа, 2010. 88 с.

В последние годы и экономические суды Беларуси стали уделять пристальное внимание реальному сектору экономики, в их решениях по конкретным делам все чаще подчеркивается принадлежность конкретного субъекта к реальному сектору⁵²³.

К великому сожалению нельзя утверждать, что в наших странах (Союзном государстве и странах ЕАЭС или СНГ) есть большое количество научных исследований, посвященных правовому регулированию проблем реального сектора экономики, как обобщающего понятия.

В предлагаемой статье рассматриваются объективные начала и предпосылки для нового понимания необходимости комплексного правового регулирования реального сектора экономики. Обосновывается его отсутствие и отрицательное влияние этого факта на развитие отраслей экономики, а также его научная новизна, практическая значимость.

Настоящая статья будет представлять неподдельный интерес не только для представителей всех сфер юридических профессий и специальностей, но и для тех, кто стратегически должен регулировать экономику, для правовых исследователей и правоприменителей, для тех, кто только стоит перед выбором своего профессионального будущего, для широкого круга читателей.

1) Вроде бы знакомые слова «реальный сектор экономики». А что они означают?

Формально смысл выражения «реальный сектор экономики» раскрывается только для обучающихся белорусских магистрантов или будущих магистров управления в секторе реальной экономики – это совокупность отраслей экономики, производящих материальные и нематериальные товары и услуги, за исключением финансово-кредитных и биржевых операций, которые относятся к финансовому сектору экономики⁵²⁴.

Однако такое определение, если и хорошо для студентов, но не может претендовать на отражение правовой сути понятия «реальный сектор экономики».

В словаре российских авторов на пять лет раньше было приведено практически тождественное определение: «...реальный сектор экономики – отрасли экономики, производящие материально-вещественный продукт, нематериальные формы богатства и услуги, за исключением операций в финансово-кредитной и биржевой сферах, не относимых к данному сектору»⁵²⁵.

⁵²³ См, например, Пигуль А.М. Признание недействительным решения УДФР КГК о доначислении налога на прибыль//КонсультантПлюс 2018; Александров Д.П. О борьбе с минимизацией объектов налогообложения//КонсультантПлюс 2017; Постановление судебной коллегии по экономическим делам Верховного Суда Республики Беларусь от 14.03.2017 (дело N 63-26/2016/2/1626А/248К)//КонсультантПлюс 2017 и иные.

⁵²⁴ Об утверждении образовательного стандарта высшего образования II ступени: Постановление Министерства образования Республики Беларусь от 15.09.2016 N 90 (ред. от 24.07.2017)//Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь, 16.08.2017, 8/32267.

⁵²⁵ Райзберг Б.А., Лозовский Л.Ш., Стародубцева Е.Б. Современный экономический словарь. - 6-е изд., перераб. и доп. - М. (ИНФРА-М, 2011).

В Свободной энциклопедии «Википедия» указано, что словосочетание «реальный сектор экономики» не имеет чёткого законодательного определения. Часто используется в политической лексике и публицистике без конкретизации смысла⁵²⁶. Так ли это?

Можно кратко ответить, что не совсем так или совсем не так. Реальный сектор экономики оказывает решающее влияние на всю жизнь человека, трудовых коллективов, экономики, социальной жизни, государства, общества. К числу стратегических категорий, используемых в реальном секторе экономики, относятся, в частности, **валовой национальный продукт (ВНП), валовой внутренний продукт (ВВП), структура ВВП по видам экономической деятельности и иные.**

Экономическая наука условно и действительно разделяет любую экономическую систему на два крупных сектора: реальный и финансовый.

При этом к *реальному сектору экономики относят* все ее отрасли, производящие товары, материальную и нематериальную продукцию. То есть к нему причисляют не только систему материального производства, но и сферу услуг, науки и торговли. Исключение составляют финансовые, кредитные и биржевые операции, относящиеся к финансовому сектору экономики.

В реальном секторе экономики осуществляется производство, распределение, реализация и потребление разнообразных товаров и услуг, а в финансовом – исключительно денежные взаимоотношения экономических субъектов, формирующие спрос и предложение.

И правовое регулирование как бы имеется.

Например, в качестве одной из основных задач Комитета государственного контроля Республики Беларусь называется выявление неиспользуемых резервов, повышения эффективности экономической деятельности, развития реального сектора экономики⁵²⁷.

Реальный сектор экономики упоминается и в таких программных законодательных актах, как: Закон о государственном прогнозировании и программах социально-экономического развития Республики Беларусь⁵²⁸, Концепция национальной безопасности Республики Беларусь⁵²⁹, Закон об утверждении

⁵²⁶ Режим доступа <https://ru.wikipedia.org/wiki/B8>. Дата доступа 24.11. 2018.

⁵²⁷ О некоторых вопросах деятельности органов Комитета государственного контроля Республики Беларусь (вместе с Положением о Комитете государственного контроля Республики Беларусь: Указ Президента Республики Беларусь от 27.11.2008 N 647 (ред. от 24.07.2018)//Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь, 26.07.2018, 1/17834.

⁵²⁸ О государственном прогнозировании и программах социально-экономического развития Республики Беларусь: Закон Республики Беларусь от 05.05.1998 N 157-3//Ведамасці Нацыянальнага сходу Рэспублікі Беларусь, 1998, N 20, ст. 222.

⁵²⁹ Об утверждении Концепции национальной безопасности Республики Беларусь: Указ Президента Республики Беларусь от 09.11.2010 N 575 (ред. от 24.01.2014)//Указ Президента Республики Беларусь от 24.01.2014 N 49 (ред. от 28.02.2018)//Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь, 30.01.2014, 1/14788.

Основных направлений внутренней и внешней политики Республики Беларусь⁵³⁰, Указ Президента РФ «О национальных целях и стратегических задачах развития Российской Федерации на период до 2024 года»⁵³¹ и многих иных.

Однако складывается впечатление, что даже на таком высоком уровне правовых актов происходит только констатация каких-либо фактов и не просматривается системный механизм правового регулирования.

Полагаем, что более глубокий анализ этих и иных актов законодательства, практика их применения, а также научная дискуссия поможет более объективно ответить на возникающие вопросы.

Итак, в Концепции национальной безопасности Республики Беларусь только утверждается, что в кредитно-финансовой сфере проблемы связаны с ухудшением финансового состояния реального сектора экономики (п. 20). А также, что одной из основных потенциальных либо реально существующих угроз национальной безопасности является отставание в темпах перехода экономики к передовым технологическим укладам от других государств, деградация технологической структуры реального сектора экономики (п. 27).

В Положении о Комитете государственного контроля Республики Беларусь только очерчена одна из задач этого государственного органа.

В Законе о государственном прогнозировании и программах социально-экономического развития Республики Беларусь, установлено, что развитие реального сектора экономики должно отражаться в каждой программе социально-экономического развития на среднесрочную перспективу (пять лет).

В бюджетном кодексе Российской Федерации реальный сектор только упомянут в качестве цели для ориентира при размещении в иностранную валюту депозитов и остатков на банковских счетах⁵³².

И только в Законе об утверждении Основных направлений внутренней и внешней политики Республики Беларусь имеются элементы системного подхода к понятию «реальный сектор экономики».

В нем, определяется, что внутренняя политика Республики Беларусь реализуется в таких основных сферах, как экономика, включая институциональные преобразования, бюджетно-финансовую, налоговую, денежно-кредитную и валютную политику, развитие реального сектора экономики, таможенную политику, политику в сфере инвестиций, инновационную деятельность.

А также указаны основные направления в сфере развития реального сектора экономики:

⁵³⁰ Об утверждении Основных направлений внутренней и внешней политики Республики Беларусь: Закон Республики Беларусь от 14.11.2005 N 60-З (ред. от 04.06.2015)//Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь, 10.06.2015, 2/2273.

⁵³¹ О национальных целях и стратегических задачах развития Российской Федерации на период до 2024 года: Указ Президента РФ от 07.05.2018 N 204 (ред. от 19.07.2018)//Собрание законодательства РФ, 23.07.2018, N 30, ст. 4717.

⁵³² Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31.07.1998 N 145-ФЗ (ред. от 27.12.2018)//Собрание законодательства РФ", 31.12.2018, N 53 (часть I), ст. 8430.

создание условий для эффективного использования национального научного и производственно-технического потенциала и ресурсов;

создание условий для ускоренного развития приоритетных конкурентоспособных экспортоориентированных и импортозамещающих производств;

создание условий для реконструкции и модернизации инфраструктуры транспортных систем и коммуникаций с учетом потребностей общества и национальной экономики, развития региональных транспортно-коммуникационных систем и другие.

Правда, анализ приведенного перечня, вызывает, несколько вопросов: не совсем понятно, зачем здесь дается исчерпывающий перечень этих направлений? почему даже не упоминаются правовые возможности в целях развития реального сектора экономики?

Так, на наш взгляд, приведенный перечень можно дополнить как минимум такими направлениями, как:

развитие системы государственного и негосударственного управления, прогнозирования и стратегического планирования в сфере экономики;

совершенствование правового регулирования по созданию оптимальных условий для разработки и внедрения современных технологий, стимулирования инновационного развития;

разработка системы обеспечения безопасности экономической деятельности, в том числе повышение привлекательности белорусской юрисдикции для инвесторов при осуществлении предпринимательской и иной хозяйственной деятельности;

законодательное закрепление системы мер по управлению дебиторской задолженностью, совершенствование комплекса мер борьбы с нецелевым использованием и хищением государственных средств, коррупцией, теневой и криминальной экономикой;

улучшение правового регулирования и развитие рынков новой высокотехнологичной продукции;

уменьшение рисков ведения предпринимательской и иной хозяйственной деятельности, связанных с возможностью использования формальных поводов для ее остановки, а также недопущение избирательного правоприменения в отношении субъектов хозяйствования;

развитие системы общего и профессионального, непрерывного образования, национальной системы квалификаций на основе современных научных и технологических достижений.

Однако такого фрагментарного подхода к правовому регулированию реального сектора экономики, на наш взгляд, явно недостаточно.

Можно оппонировать этому тезису тем, что имеется еще правовое регулирование конкретных видов деятельности: архитектурной, градостроительной и строительной деятельности, транспортно-экспедиционной деятельности, инновационной деятельности, дорожной деятельности, внешнеторговой деятельности, научной деятельности и т.д. Имеется также большое количество законодательных актов, регулирующих производство различных товаров и услуг.

Но, во-первых, в действующем законодательстве нет ответа на вопрос, какие отрасли экономики относятся к реальному сектору. И здесь нужен не просто случайный перечень этих отраслей или видов деятельности. Необходим набор критериев, объективно определяющий, какие из них и по каким признакам относятся к реальному сектору экономики.

Одним из таких критериев может выступать доля конкретной отрасли в формировании ВВП. Например, по данным Национального статистического комитета Республики Беларусь доля сельского, лесного и рыбного хозяйства в ВВП нашей страны сократилась с 8,1% в 2009 году до 6,9% в 2016 году. Сократились в структуре ВВП также доли строительства с 9% до 5,7%. Но выросли доли оптовой и розничной торговли, транспортной деятельности, информации и связи, образования⁵³³.

Кстати, нет правовой согласованности между **структурой ВВП по видам экономической деятельности и структурой отраслей реальной экономики.**

Во-вторых, разве не требуются межотраслевые, единые принципы и правила правового регулирования даже приведенных видов частно-публичной и публично-частной деятельности?

Ведь гражданско-правовые начала юридического равенства и диспозитивный гражданско-правовой метод регулирования ко многим перечисленным видам деятельности не применимы вообще или применимы ограниченно. Да и не могут охватываться гражданско-правовым регулированием все комплексы общественных отношений, входящих в реальный сектор экономики, регулируемых перечисленными и иными законодательными актами.

Например, о каких началах гражданско-правового равенства можно вести речь в строительстве, если прямо в законе указано, что к основным направлениям государственного регулирования в области архитектурной, градостроительной и строительной деятельности относятся: разработка и реализация основных направлений государственной градостроительной политики, государственных и отраслевых прогнозов и программ, принятие нормативных правовых актов, градостроительное планирование и зонирование территорий, техническое нормирование и стандартизация, государственная экспертиза градостроительных проектов, архитектурных, строительных проектов, государственный строительный надзор и т.д.⁵³⁴.

Кстати, в Республике Беларусь ведется работа по подготовке Строительного кодекса в соответствии с поручением содержащимся в Декрете Президента Республики Беларусь № 7⁵³⁵.

⁵³³ Режим доступа: http://www.belstat.gov.by/ofitsialnaya-statistika/makroekonomika-i-okruzhayushchaya-sreda/natsionalnye-scheta/godovye-dannye_11/struktura-valovogo-vnutrennego-produkta-po-vidam-ekonomicheskoi-deyatelnosti/. Дата доступа: 29.11.2018.

⁵³⁴ Об архитектурной, градостроительной и строительной деятельности в Республике Беларусь: Закон Республики Беларусь от 05.07.2004 N 300-3 (ред. от 18.07.2016)//Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь, 21.07.2016, 2/2400.

⁵³⁵ О развитии предпринимательства: Декрет Президента Республики Беларусь от 23.11.2017 N 7//Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь, 25.11.2017, 1/17364.

Поэтому однозначно нужно признать здесь преобладание императивного публично-правового метода регулирования в архитектурной, градостроительной и строительной деятельности, который и характерен не для гражданского права, а для хозяйственного права.

В-третьих, приведенный выше перечень законодательных актов не охватывает всей системы реального сектора. Так, в отношении промышленности со всей совокупностью экономических видов деятельности (химическая, нефтехимическая, легкая, пищевая), входящих в это понятие, отсутствует надлежащее национальное системное правовое регулирование.

Предвидя возможное оппонирование по этому поводу, отметим, что в последнее время правовое регулирование проблем промышленной деятельности все чаще регулируются на уровне международных договоров и иным подобным образом. Так, в Договоре о ЕАЭС⁵³⁶ промышленности посвящен специальный раздел, именуемый «Раздел XXIV Промышленность».

Настоящий международный договор не исключает, а предполагает, что для реализации промышленного сотрудничества в рамках Союза государства-члены при консультативной поддержке и координации Комиссии могут разрабатывать и применять иные инструменты, содействующие развитию промышленного сотрудничества. Значит и национальное правовое регулирование.

Приняты также технический регламент Таможенного союза «О безопасности продукции легкой промышленности»⁵³⁷ и многие иные подобные правовые акты.

Поэтому, чтобы узнать, например, что такое легкая промышленность, необходимо обратиться к правовым актам не Министерства промышленности или Министерства экономики, а Министерства образования: «...легкая промышленность – совокупность специализированных отраслей, производящих товары массового потребления: ткань, одежду, кожу, мех, обувь и др.»⁵³⁸.

Парадокс, но факт. А в этой отрасли ведь есть еще и подотрасли: текстильная (хлопчатобумажная, шерстяная, льняная, шелковая, трикотажная, джутовая), швейная, обувная, меховая, и др.

Определение пищевой промышленности можно обнаружить только в словаре: «...пищевая промышленность – совокупность производств пищевых

⁵³⁶ Договор о Евразийском экономическом союзе (вместе с Приложениями 1 - 33) (Подписан в г. Астане 29.05.2014) (ред. от 11.04.2017, с изм. от 15.03.2018) (с изм. и доп., вступившими в силу с 12.08.2017)//Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь, 24.10.2014, 3/3050, Официальный сайт Евразийской экономической комиссии, 05.06.2014.

⁵³⁷ О принятии технического регламента Таможенного союза «О безопасности продукции легкой промышленности» (Принято в г. Москве 09.12.2011) Решение Комиссии Таможенного союза N 876 (ред. от 09.08.2016)//Официальный сайт Евразийского экономического союза, 28.09.2016.

⁵³⁸ Об утверждении и введении в действие образовательного стандарта по специальности (направлению специальности) среднего специального образования: Постановление Министерства образования Республики Беларусь от 10.04.2014 N 35//Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь, 19.11.2014, 8/29265.

продуктов в готовом виде или в виде полуфабрикатов, а также табачных изделий, мыла и моющих средств»⁵³⁹.

Понятие «пищевая промышленность» не раскрывается даже в Законе РФ «О качестве и безопасности пищевых продуктов»⁵⁴⁰.

То же касается и иных отраслей промышленности: химической, нефтехимической, обрабатывающей и т.д. То есть для образовательных целей Министерство образования разработало свои дефиниции, для технических целей имеется общегосударственный классификатор⁵⁴¹, а для управления, для производства, для правового регулирования и иных целей этих определений нет.

И только строительной деятельности «повезло». Ее дефиниция дана в законе: «...строительная деятельность (строительство) – деятельность по возведению, реконструкции, ремонту, реставрации, благоустройству объекта, сносу, консервации не завершенного строительством объекта, включающая выполнение организационно-технических мероприятий, в том числе оказание инженерных услуг в строительстве, подготовку разрешительной и проектной документации, выполнение строительно-монтажных, пусконаладочных работ». Данное определение тоже не является идеальным, но оно дает законодательное представление о строительстве.

В Российской Федерации действует Градостроительный кодекс РФ⁵⁴², в котором также содержится определение строительства, как создание зданий, строений, сооружений (в том числе на месте сносимых объектов капитального строительства) (ст. 1).

Не хочется приводить некорректных сравнений, но вопросы возникают о равенстве отраслей экономики, об отраслевой и межотраслевой рассогласованности, о разных успехах различных отраслей и т.п.

Поэтому напрашивается уже не впечатление, а вывод, что системное и комплексное правовое регулирование в реальном секторе экономики необходимо. Его отсутствие приводит только к дополнительным трудностям. Здесь уместно будет напомнить норму другого Закона: «...правовая неопределенность – отсутствие ясности, точности и логической согласованности норм права, в том числе вызванное наличием пробелов в законодательстве (правовом регулировании) и коллизий нормативных правовых актов, что порождает возможность неоднозначного понимания норм права и их неединообразного применения»⁵⁴³.

⁵³⁹ Гавриленко В.Г. Словарь «Производство и производственный процесс// Консультант-Плюс, 2013.

⁵⁴⁰ О качестве и безопасности пищевых продуктов: Федеральный закон от 02.01.2000 N 29-ФЗ (ред. от 23.04.2018)//Собрание законодательства РФ, 30.04.2018, N 18, ст. 2571.

⁵⁴¹ Об утверждении, введении в действие общегосударственного классификатора Республики Беларусь: Постановление Государственного комитета по стандартизации Республики Беларусь от 05.12.2011 N 85 (ред. от 12.10.2017)//Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь, 23.11.2017, 8/32536.

⁵⁴² Градостроительный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 N 190-ФЗ (ред. от 25.12.2018)//Собрание законодательства РФ", 06.08.2018, N 32 (Часть II), ст. 5135.

⁵⁴³ О нормативных правовых актах: Закон Республики Беларусь от 17.07.2018 N 130-3 // Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь, 31.07.2018, 2/2568.

Можно согласиться, что «...правовое регулирование реального сектора экономики осуществляется нормами различных отраслей права. К ним относятся государственное, административное, гражданское, земельное, природо-ресурсное и другие отрасли права, определяющие со «своих» позиций различные стороны деятельности хозяйствующих субъектов реального сектора». Но место системного координатора должно занимать единое хозяйственное право с его отраслями (модулями).

Но воспринимать эту комплексную отрасль права нужно по-новому. Как совокупность отраслевых и межотраслевых правовых норм, регулирующих общественные отношения, в следующих бизнес-сферах: хозяйственно-производственной, инвестиционной, конкурентной, корпоративной, технико-правовой, конкурсной, строительной, спортивной, торговой, транспортной, энергетической, цифровизационной и иных. Такое понимание хозяйственного права будет хорошим стимулом для эффективного правового регулирования в сфере реальной экономики, для научных исследований, для открытия соответствующей аспирантуры, для улучшения жизни людей.

*К.Б. Кораяев, канд. юрид. наук,
зав. кафедрой предпринимательского
и энергетического права СПбГЭУ*

К вопросу о правовой природе бездокументарных ценных бумаг

Современный гражданский оборот имущественных прав характеризуется тем, что его объектом являются не только «права», которые могут удостоверить документарными ценными бумагами, но и «совокупность прав, имеющие равные объемы и сроки осуществления». Циркуляция последних обнаружила неспособность института классических (документарных) ценных бумаг обеспечить их обращение правовым регулированием. В результате этого появились бездокументарные ценные бумаги.

В юридической науке является спорным вопросом об их правовой природе. В настоящее время существуют две основные концепции, по-разному определяющие сущность бездокументарных ценных бумаг.

Первая концепция – документарная. Ее представители полагают, что бездокументарная ценная бумага не является вещью, а следовательно, не может выступать объектом права собственности. Под бездокументарной ценной бумагой они понимают только «право или совокупность прав». Присвоение бездокументарной ценной бумаги, передача или осуществление прав по ней происходит исключительно в соответствии с обязательственным правом.

Вторая концепция – бездокументарная. Несмотря на многочисленность и разрозненность мнений ее представителей, основная ее идея заключается в

том, что бездокументарная ценная бумага не является вещью, а представляет собой «право или совокупность прав». Однако это не мешает им их квалифицировать в качестве объектов вещных прав. Для этого используются различные теоретические конструкции («бестелесная вещь»⁵⁴⁴, «право на право»⁵⁴⁵, «фикция»⁵⁴⁶, «электронный документ»⁵⁴⁷ и т.д.), что в конечном счете предопределяет разнообразность мнений в рамках данной концепции.

Как представляется, главным достоинством документарной теории является то, что она не признает бездокументарные ценные бумаги в качестве объектов вещных прав. Наряду с этим ее существенным недостатком является теоретический вывод о том, что присвоение бездокументарных ценных бумаг осуществляется не на основании абсолютных прав, а на основании обязательственных прав. Такой подход не способен обеспечить эффективную защиту прав на бездокументарные ценные бумаги, так как его применение возможно только тогда, когда угроза нарушения права исходит со стороны обязанного лица, в то время как «анализ нарушений, препятствующих владельцам бездокументарных ценных бумаг осуществлять свои права, показывает совершение таких нарушений лицами, не являющимися участниками относительных правоотношений между кредитором по ценной бумаге и эмитентом»⁵⁴⁸.

Указанный недостаток документарной концепции устраняется в рамках бездокументарной концепции, так как она квалифицирует бездокументарные ценные бумаги в качестве объектов абсолютных прав, а именно: вещных прав, защита которых возможна от нарушений, совершаемых третьими лицами, посредством вещно-правовых механизмов. Однако указанное достоинство, в части признания их объектами вещных прав, одновременно является ее недостатком, так как бездокументарные ценные бумаги признаются объектами вещных прав искусственно, с целью оправдать применение вещно-правовых способов защиты к объекту, не являющимся вещью⁵⁴⁹.

О теоретической слабости существующих концепций также могут свидетельствовать новеллы ГК РФ, касающиеся бездокументарных ценных бумаг. Их анализ показывает, что наличие указанных концепций не позволило

⁵⁴⁴ Мурзин Д.В. Ценные бумаги – бестелесные вещи. Правовые проблемы современной теории ценных бумаг. М., 1998.

⁵⁴⁵ Никифоров А. Ю. Бездокументарные ценные бумаги как объекты гражданских правоотношений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2010. С. 13-14.

⁵⁴⁶ Бутина И.Н. Бездокументарные ценные бумаги как объекты вещных прав // Юридический мир. 2006. № 9.

⁵⁴⁷ Кукушкин А. А. Защита прав владельцев бездокументарных ценных бумаг в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 9.

⁵⁴⁸ Кукушкин А. А. Защита прав владельцев бездокументарных ценных бумаг в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 23.

⁵⁴⁹ Так, например, И.Н. Бутина, исследуя бездокументарные ценные бумаги, приходит к выводу, что фикция документа необходима для оправдания применения вещно-правовых конструкций по отношению к бездокументарным ценным бумагам, по своей сути не являющимся вещью (Бутина И.Н. Бездокументарные ценные бумаги как объекты вещных прав // Юридический мир. 2006. № 9. С. 53).

законодателю выработать теоретически выверенные и непротиворечивые нормы, о чем может свидетельствовать следующее.

Согласно абз. 2 п. 1 ст. 142 ГК РФ ценными бумагами признаются также обязательственные и иные права, которые закреплены в решении о выпуске или ином акте лица, выпустившего ценные бумаги в соответствии с требованиями закона, и осуществление и передача которых возможны только с соблюдением правил учета этих прав в соответствии со ст. 149 ГК РФ (бездокументарные ценные бумаги).

Из приведенного легального определения следует, что бездокументарные ценные бумаги это «право или совокупность прав».

Нормы § 3 главы 7 ГК РФ позволяют сделать вывод, что бездокументарные ценные бумаги не являются объектами вещных прав⁵⁵⁰. Они присваиваются их обладателями на основании обязательственного права, в рамках которого связь субъективное права – кредитор не опосредуется каким-либо субъективным правом. Как представляется, именно по указанной причине в ГК РФ не употребляется понятие «владелец бездокументарной ценной бумаги», а используется понятие «правообладатель». Однако указанная идея законодателем не была выдержана целиком. Так, например, если связь между правообладателем и бездокументарной ценной бумагой не опосредуется субъективным правом, то возникает вопрос: о передаче каких субъективных прав на бездокументарную ценную бумагу говорить в п. 1 и 5 ст. 149.2 ГК РФ⁵⁵¹? Кроме того, вызывает вопросы право распоряжения бездокументарной ценной бумагой, закрепленное в п. 3 ст. 149 и п. 3 ст. 149.2 ГК РФ. В частности, какова правовая природа этого права? Что является объектом

⁵⁵⁰ Сделанный вывод не является однозначным. С одной стороны, в § 3 главы 7 ГК РФ законодатель не указывает на то, что бездокументарные ценные бумаги присваиваются на основании права собственности. С другой стороны, законодатель, понимая под ценными бумагами документарные и бездокументарные ценные бумаги (ст. 142 ГК РФ), квалифицирует их в качестве движимого имущества (п. 2 ст. 130 ГК РФ). В связи с этим возникает вопрос: является ли редакция п. 2 ст. 130 ГК РФ законодательной ошибкой или законодатель действительно квалифицирует бездокументарные ценные бумаги в качестве движимого имущества?

⁵⁵¹ В данном случае также следует обратить внимание на противоречивость редакции ст. 149.2 ГК РФ. С одной стороны, указанная статья называется «Переход прав *по* (т.е. прав *из* бездокументарной ценной бумаги – комментарий мой) бездокументарной ценной бумаге и возникновение обременения бездокументарной ценной бумаги». С другой стороны, согласно п. 1 ст. 149.2 ГК РФ передача прав *на* (т.е. прав на бездокументарную ценную бумагу – комментарий мой) бездокументарные ценные бумаги приобретателю осуществляется посредством списания бездокументарных ценных бумаг со счета лица, совершившего их отчуждение, и зачисления их на счет приобретателя на основании распоряжения лица, совершившего отчуждение. Аналогичная формулировка содержится в п. 5 указанной статьи. При указанных обстоятельствах возникает вопрос: является ли редакция п. 1 ст. 149.2 ГК РФ законодательной ошибкой и в действительности имелось в виду передача прав *по* (*из*) бездокументарным ценным бумагам или указанная редакция не является ошибкой и законодатель в действительности имеет в виду субъективное право *на* бездокументарную ценную бумагу?

этого права? Является ли оно самостоятельным субъективным правом или элементом иного субъективного права? Если оно элемент иного субъективного права, то какого?

Приведенные новеллы ГК РФ, касающиеся бездокументарных ценных бумаг, позволяют утверждать, что в их основе лежит документарная концепция. Ее существенный недостаток, связанный с невозможностью защиты прав от нарушений, совершаемых третьими лицами, преодолевается законодателем путем установления специальных правил (ст. 149.3 ГК РФ), направленных на защиту нарушенных прав правообладателей со стороны третьих лиц. Однако анализ указанных правил не позволяет признать их теоретически верными. Из содержания ст. 149.3 ГК РФ следует, что защита прав правообладателя осуществляется при помощи иска об истребовании бездокументарных ценных бумаг, который носит абсолютно-правовой характер. В связи с этим возникает вопрос: какова природа указанного иска и на защиту какого абсолютного права правообладателя он направлен, если связь между правообладателем и бездокументарной ценной бумагой не опосредуется каким-либо субъективным правом?

Указанные противоречия свидетельствуют о том, что нормы ст. 149.3 ГК РФ не основаны на какой-либо теоретической модели, а представляют собой искусственное применение к относительным правам абсолютно-правового способа защиты права.

Таким образом, анализ существующих концепций бездокументарных ценных бумаг позволяет сделать вывод, что они обладают недостатками, которые не позволяют правильно объяснить правовую природу бездокументарных ценных бумаг. В то же время указанные концепции не лишены достоинств, которые необходимо учитывать в дальнейшем при определении правовой природы бездокументарных ценных бумаг. В частности, к таким достоинствам следует отнести следующее:

- *бездокументарные ценные бумаги (не вещи) и документарные ценные бумаги (вещи) – это объекты, обладающие различной правовой природой, а значит и правовой режим у них должен быть неодинаковым;*

- *бездокументарные ценные бумаги должны быть признаны объектами абсолютных правоотношений⁵⁵², так как право на них может быть нарушено не только эмитентом (должником), но и любым третьим лицом⁵⁵³;*

- *бездокументарные ценные бумаги не являются объектами вещных прав⁵⁵⁴.*

⁵⁵² «Поэтому признание абсолютного начала в правах на бездокументарные ценные бумаги является необходимым условием теоретически обоснованной разработки норм гражданского законодательства, позволяющих обеспечить эффективную защиту нарушенных прав владельцев бездокументарных ценных бумаг» (Кукушкин А. А. Защита прав владельцев бездокументарных ценных бумаг в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 24).

⁵⁵³ Никифоров А. Ю. Бездокументарные ценные бумаги как объекты гражданских правоотношений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2010. С. 13-14.

⁵⁵⁴ «Признание вещных прав на бездокументарные ценные бумаги (по сути) – это «переходный шаг» перед становлением нового объекта гражданских прав с точки зрения правовой

Кроме того, для правильного объяснения правовой природы бездокументарных ценных бумаг необходимо учитывать, что своим возникновением и развитием институт ценных бумаг обязан обороту имущественных прав. До его появления (до конца Средних веков) их обращение регулировалось нормами, которые образовывали институт *cessio*⁵⁵⁵, сложившийся в эпоху римского права. В конце Средних веков в торговой сфере произошло качественное изменение оборота имущественных прав. Если до указанного момента сделки по передаче прав кредиторов представляли редкость, то после они получили широкое развитие. Тяжелые и неудобные формы *cessio* оказались неспособными обеспечить потребность гражданского оборота в быстрой и беспрепятственной циркуляции имущественных прав. Поэтому на смену институту *cessio* пришел институт ценной бумаги. Ценные бумаги стали таковыми вследствие права, заключающегося в документе. Следовательно, их сущность заключается в той связи, которая существует между данным правом и документом⁵⁵⁶.

Описанное выше позволяет заметить, что повышение эффективности правового регулирования циркуляции имущественных прав произошло за счет того, что правовая наука «связала» имущественное право, правовое регулирование обращения которых не способно было обеспечить их возросшую циркуляцию, с таким объектом гражданского права (вещью), который имел высокую степень обороноспособности, обеспеченную правовым регулированием.

Как представляется, описанный подход необходимо использовать при определении правовой природы бездокументарных ценных бумаг. Это значит, если «связь» «совокупности прав, имеющие равные объемы и сроки осуществления» с вещью (документом) не способна обеспечить правовым регулированием их обращение, тогда необходимо указанную «совокупность прав» «связать» с иным объектом гражданского права, который имеет высокую степень обороноспособности, обеспеченную правовым регулированием.

При поиске указанного объекта необходимо учитывать те достоинства существующих концепций ценных бумаг, о которых говорилось выше. Прежде всего, указанный объект должен быть объектом абсолютных гражданских прав.

Как обоснованно указывается в литературе, в российском праве абсолютный тип правовой связи свойственен трем видам субъективных гражданских прав:

- *вещным правам;*
- *правам на нематериальные блага;*

доктрины, перед принципиально новым регулированием правового режима такого объекта и становлением новых способов защиты нарушенных прав обладателем подобного объекта» (Лысенко А.Н. Имущество в гражданском праве России. М.: Деловой двор, 2010. С. 129).

⁵⁵⁵ В современном праве названный институт представлен нормами §1 Главы 24, регулирующими переход прав кредитора к другому лицу.

⁵⁵⁶ Нерсесов Н. О. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве. М.: «Статут», 2000. С. 138-140.

– правам, возникающим по поводу объектов интеллектуальной деятельности⁵⁵⁷.

Объектом вещных прав являются вещи. Как указывалась ранее, «связь» «совокупности прав, имеющие равные объемы и сроки осуществления» с вещью (документом), не способна обеспечить правовым регулированием оборот указанных прав.

Объектами прав на нематериальные блага являются жизнь, здоровье, достоинство личности, личная неприкосновенность и т.д. «Связь» «совокупности прав, имеющие равные объемы и сроки осуществления» с одним из перечисленных объектов также не обеспечит правовым регулированием их оборот, так как особенностью указанных объектов является то, что они неразрывно связаны с личностью и неотчуждаемы. Их гражданско-правовое регулирование не сводится к их обороту, в то время как правовое регулирование обращения «совокупности прав, имеющие равные объемы и сроки осуществления» предполагает их отчуждение.

Перечень объектов интеллектуальных прав является неоднородным. Среди них можно выделить такой объект гражданского права как информацию. В отличие от иных объектов интеллектуальной собственности она обладает самой высокой степенью обороноспособности, обеспеченной правовым регулированием. Кроме того, «связь» «совокупности прав, имеющие равные объемы и сроки осуществления» с информацией представляется возможным в силу того, что «само право есть не что иное, как разновидность информации»⁵⁵⁸.

Таким образом, как представляется, информация является тем объектом абсолютного права, с которым необходимо «связать» «совокупность прав, имеющие равные объемы и сроки осуществления» с целью создания эффективного механизма правового регулирования их обращения. В сущности такая «связь» предполагает, что к правовому регулированию бездокументарных ценных бумаг необходимо применять основные категории института, регулирующего обращение информации, подобно тому, как «связь» «права» с вещью (документом), в сущности, означает применение к документарным ценным бумагам основных категорий института вещного права.

Центральной категорией института, регулирующего обращение информации, является информация, под которой в юридической науке понимают сведения об окружающем мире во всей совокупности его явлений и процессов⁵⁵⁹.

При указанных обстоятельствах под бездокументарной ценной бумагой необходимо понимать информацию, которая представляет собой сведения о правах и их количестве.

⁵⁵⁷ Никифоров А. Ю. Бездокументарные ценные бумаги как объекты гражданских правоотношений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2010. С. 14.

⁵⁵⁸ Городов О.А. Информация как объект гражданских прав // Правоведение. 2001. № 5. С. 76.

⁵⁵⁹ Сидорова О. Ю. Информация как объект абсолютных и относительных гражданских правоотношений: Автореферат дисс. ... к.ю.н. Волгоград. 2003. С. 10; Башаратьян М.К. Информация как объект права и содержание права на информацию // Современное право. 2006. № 12. С. 37.

Информация становится объектом права только с момента ее объективизации. Это достигается путем ее фиксации на соответствующем материальном носителе. Следовательно, бездокументарная ценная бумага, являясь разновидностью информации, может стать объектом права только с момента ее объективизации. Как представляется, она должна осуществляться посредством фиксации сведений о правах и их количестве на бумажном носителе. Применительно к действующему законодательству таким бумажным носителем должно являться Решение о выпуске ценных бумаг (абз. 2 п. 1 ст. 142 ГК РФ и ст. 2 ФЗ «О рынке ценных бумаг» от 22.04.1996 № 39-ФЗ).

Статику информационных отношений характеризуют три базовых правовых режима, в основу которых положены: институт исключительных прав, тайны и общественного достояния⁵⁶⁰. В нашем случае бездокументарные ценные бумаги, являясь информацией, должны быть объектами исключительных прав, так как указанные права являются по своей природе абсолютными правами.

Статья 1229 ГК РФ содержит нормы, устанавливающие основное содержание исключительного права, которое конкретизируется иными нормами части 4 ГК РФ.

Используя указанные нормы, можно сформулировать следующую основу правового регулирования бездокументарных ценных бумаг.

Обладателем исключительного права на бездокументарные ценные бумаги (правообладатель) является гражданин или юридическое лицо, указанное в учетных записях в качестве правообладателя. Исключительным правом на бездокументарные ценные бумаги могут обладать несколько лиц совместно или одно лицо. Правообладатель вправе использовать бездокументарные ценные бумаги по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом. Он вправе распоряжаться исключительным правом на бездокументарные ценные бумаги, в том числе путем его отчуждения по договору другому лицу, залога, обременения другими способами, если законом не предусмотрено иное.

При создании норм, регулирующих защиту исключительных прав на бездокументарные ценные бумаги, необходимо использовать правовой механизм, содержащийся в ст. 1252 ГК РФ, а именно, иски:

– о признании права – к лицу, которое отрицает или иным образом не признает право, нарушая тем самым интересы правообладателя;

– о пресечении действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, – к лицу, совершающему такие действия или осуществляющему необходимые приготовления к ним;

Кроме того, в рамках предлагаемой концепции является теоретически оправданным использование иска об истребовании исключительного права на бездокументарные ценные бумаги из чужого незаконного обладания. Поскольку обладателем исключительного права является лицо, указанное в учетных записях в качестве правообладателя, то истцом по указанному иску будет

⁵⁶⁰ *Городов О.А.* Информация как объект гражданских прав // Правоведение. 2001. № 5. С. 76.

являться лицо, которое незаконно утратило обладание исключительным правом, а ответчиком – лицо, которое незаконно обладает указанным исключительным правом, т.е. лицо, указанное в учетных записях в качестве правообладателя.

Думается, что описанный выше подход может применяться также и при определении правовой природы безналичных денег, которые также представляют собой объекты нематериальной действительности.

Отчасти такой подход был использован в ФЗ от 27.06.2011 № 161-ФЗ «О национальной платежной системе»⁵⁶¹, согласно ст. 3 которому электронные денежные средства – денежные средства, которые предварительно предоставлены одним лицом (лицом, предоставившим денежные средства) другому лицу, *учитывающему информацию* (курсив автора) о размере предоставленных денежных средств без открытия банковского счета (обязанному лицу), для исполнения денежных обязательств лица, предоставившего денежные средства, перед третьими лицами и в отношении которых лицо, предоставившее денежные средства, имеет право передавать распоряжения исключительно с использованием электронных средств платежа. В данном случае мы видим, что электронные денежные средства, в отличие от безналичных денег, представляют собой информацию, которая учитывается оператором электронных денежных средств.

В заверении необходимо отметить, что в юридической науке не является новым определение бездокументарной ценной бумаги в качестве информации. Так, Л. Добрынина считает, что бездокументарную ценную бумагу можно определить как информацию о правах⁵⁶². Однако, несмотря на это, автор, как представляется спорно, полагает, что указанная информация является объектом личного неимущественного права, а ее обращение должно осуществляться на основании договора цессии.

*А. Левашов,
помощник юриста DATACASE*

Деятельность товарных агрегаторов через призму информационного и экономического посредничества

На современном этапе развития цифровой экономики особое значение приобрели так называемые «товарные агрегаторы» или «маркетплейсы» - организации или сервисы, основным назначением которых является аккумуляция

⁵⁶¹ Собрание законодательства РФ. 04.07.2011. № 27. Ст. 3872.

⁵⁶² Добрынина Л. Понятие и признаки бездокументарных ценных бумаг // Хозяйство и право. 1999. № 6. С. 54-55.

имеющихся на рынке предложений и централизованная дистрибуция товаров той или иной сферы конечным пользователям. Не в последнюю очередь их популяризация вызвана нарастающей глобализацией сети Интернет и скоростью обновления размещаемой в ней информации. Очевидно, что чем больше данных со схожим семантическим содержанием находится в сети, тем сложнее пользователю найти необходимую ему информацию. В связи с этим, в сфере цифровой экономики востребованными становятся дополнительные инструменты и операторы поиска, позволяющие не только найти релевантную информацию о товаре (которая, кстати, в ряде случаев может являться самостоятельным товаром), но и сравнить ее с остальными предложениями.

Как и в случае со многими другими явлениями цифровой экономики, юридическая квалификация правоотношений, возникающих в рамках деятельности агрегаторов, не является очевидной. Об этом свидетельствуют как разночтения в судебной практике и законодательных изменениях, так и их во многом справедливая критика в правовой доктрине. Представляется, что особую сложность при правовой оценке подобных правоотношений вызывает усугубление традиционных проблем правового регулирования, связанных с посреднической деятельностью, системными проблемами регулирования отношений в сети Интернет, обусловленными особенностями ее архитектуры.⁵⁶³

При этом, деятельность агрегаторов как совокупность имущественных отношений, основанных на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников,⁵⁶⁴ однозначно позволяет отнести данную совокупность к предмету гражданско-правового регулирования. Более того, не вызывает споров и характеристика действий маркетплейсов как посреднических.⁵⁶⁵ Однако представляется, что данное заключение само по себе не позволяет дать адекватную правовую квалификацию отношений, складывающихся между агрегаторами и третьими лицами. Вместо этого, оно вынуждает обратиться к достаточно известной цивилистической проблеме разграничения «экономического» и «юридического» посредничества.⁵⁶⁶

В экономической науке посредничество, как это характерно для многих ключевых явлений торгового оборота, может иметь разное содержание в зависимости от выбранного подхода. При этом, в наиболее широком виде оно может рассматриваться как равнозначное понятию «торговля», то есть содействие производителям и потребителям при взаимном обмене экономическими

⁵⁶³ Архипов В.В. Интернет-право: учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры. - М.: Издательство Юрайт, 2016. С.58-59.

⁵⁶⁴ Ст.2 ГК РФ

⁵⁶⁵ Рожкова М.А., Кузнецова Л. Об ответственности агрегаторов в контексте понимания их деятельности как агентирования. // Хозяйство и право. 2019. №1. С.28.

⁵⁶⁶ Егоров А.В. К вопросу о многозначности понятия «посредничество» в законодательстве и доктрине гражданского права // Юрист, 2001, № 12. С.18-19.

благами.⁵⁶⁷ В соответствии с таким пониманием посредничества, его осуществление в тех или иных формах является имманентным свойством рыночного поведения и объективной функцией всех участников рыночного обмена.⁵⁶⁸ Другое определение посредничества, более специальное по своему содержанию, дается в рамках институциональной экономической школы: «оказание специализированным участником рынка - посредником - услуг третьим лицам по заключению сделок для них, в противоположность самостоятельной торговле».⁵⁶⁹ Соответствующий ему подход в юридической доктрине одним из первых сформулировал В.А. Рясенцев. Анализируя понятие «представительство» во взаимосвязи с посредничеством, последнее было определено исследователем как «установление экономической связи между двумя или более лицами через посредство третьего».⁵⁷⁰ При этом, В.А. Рясенцевым был сделан вывод о разнообразии юридических форм, посредством которых возможно правовое отражение посредничества как экономической категории.

Таким образом, само понятие «посредничества» правильнее относить к экономическим категориям,⁵⁷¹ о чем свидетельствует и употребление данного термина лишь в одном параграфе Гражданского кодекса РФ, посвященном достаточно специфическому институту расчетов платежными поручениями. При этом, посреднические отношения могут быть юридически оформлены с использованием различных договорных конструкций, кауза (типичный правовой результат) которых не предполагает посреднических целей при их заключении. Типичным примером подобного является приобретение лицом вещи по договору купли-продажи с целью ее последующей продажи другому лицу. В отсутствие дополнительно оговоренных сторонами случайных условий в соответствующих договорах, их правовой целью (каузой) будет являться исключительно переход права собственности от одного лица другому и уплата за него оговоренной цены. Таким образом, подобные правоотношения, несмотря на фактически посредническую сущность, «юридически» посредническими характеризованы быть не могут. Вместе с тем, в доктрине и на практике подобное расхождение отразилось в широком обсуждении вопроса о правовой природе дистрибьюторских договоров. Дистрибьюторский договор непоименован в ГК РФ, а по своей правовой природе он ближе всего к договору купли-продажи, так как предполагает переход права собственности на товар от гран-

⁵⁶⁷ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 1: Введение. Торговые деятели. М.: Статут, 2003. С. 32 - 33.

⁵⁶⁸ Завьялова Л.В., Китаева Т.Н. К вопросу о роли и значении посреднической деятельности в рыночной экономике // Вестник Омского университета. Серия «Экономика». 2011. №2. С.188-196.

⁵⁶⁹ Кокорев Р.А. Посредничество как институт рынка в переходной экономике: Автореф. дис. ... канд. эконом. наук. М., 1993. С.8.

⁵⁷⁰ Рясенцев В.А. Происхождение представительства и его сущность в буржуазном гражданском праве // Ученые записки ВЮЗИ. 1960. Вып. 10. С.77.

⁵⁷¹ Петреченко М.О. К спору о природе посредничества // Гражданское право. 2016. №5. С.41-42.

тора к дистрибьютору в связи с уплатой соответствующей цены. При этом, подобные договоры, как правило, предусматривают ограничения деятельности дистрибьютора по перепродаже товаров определенной территорией, установление некоторых ограничений по ценовой политике и иные условия осуществления дистрибьюторской деятельности.⁵⁷² С первого взгляда подобные условия могут показаться противоречащими абсолютному характеру права собственности, предполагающего предельно допустимую в соответствии с законодательством свободу в распоряжении объектами собственности. Однако подобная коллизия может разрешаться за счет квалификации возникающий в связи с подобными условиями правоотношений как относительных. Тогда, грантор будет иметь возможность привлечь дистрибьютора к договорной ответственности в случае их нарушения, однако оснований для предъявления виндикационных исков к конечным покупателям у него не будет. Более того, в предмет дистрибьюторских договоров могут входить и действия сторон, направленные на оказание услуг по маркетинговому продвижению продукции грантора, агентских услуг, а также на предоставление дистрибьютору исключительных прав на использование объектов интеллектуальной собственности грантора.⁵⁷³ В подобных случаях верной представляется квалификация договоров как смешанных, встречающаяся и в практике арбитражных судов РФ.⁵⁷⁴ В то же время, предложения выделять дистрибьюторские договоры в качестве непоименованных договоров *sui generis*⁵⁷⁵ видятся весьма спорными в отсутствие однозначно уникальных квалифицирующих признаков, не соответствующих нормам ни одной из поименованных конструкций.

Другой моделью поведения, несущей в себе признаки экономической координации и посредничества, является привлечение одним лицом другого для исполнения взятых на себя обязательств. Как и в случае с дистрибьюцией, проблема определения стороны, обязанной по заключенному договору, обычно не возникает – ей будет лицо, заключившее договор. При этом, в рамках исполнения договора появляется фигура непосредственного исполнителя, передающего товар, выполняющего работы, оказывающего услуги и т.д. Следует отметить, что подобную конструкцию возможно создать как при помощи инструментов гражданского, так и трудового права. В случае, когда отношения между лицом, выступающим в качестве субъекта обязательства и лицом, исполняющим данное обязательство, урегулированы на гражданско-правовых началах, будет иметь место возложение исполнения, общие правила которого

⁵⁷² Стригунова Д.П. О содержании международного дистрибьюторского договора и унификации его нормативного регулирования в рамках ЕАЭС // СПС «Консультант Плюс». С.14-15.

⁵⁷³ Дашян М.С. Дистрибьюторский договор в международном коммерческом обороте // Право и политика. 2004. N 10. С.134-135.

⁵⁷⁴ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа по делу N А45-30039/2012 от 17 декабря 2013 г.; Постановление ФАС Дальневосточного округа N Ф03-1701/2014 от 22 мая 2014 г.; Постановление ФАС Московского округа по делу N А40-14282/2013 от 20 февраля 2014 г. // СПС "КонсультантПлюс"

⁵⁷⁵ Руденко А.В. О дистрибьюторском договоре // Юрист. 2006. №8. С.6.

закреплены в статье 313 ГК РФ. Специальные правила о возложении исполнения могут содержаться в особенной части ГК РФ, например, положения о порядке привлечения субподрядчика или субагента. Важно, что механизм возложения исполнения принципиально отличается от перевода долга, при котором новое лицо становится не просто исполнителем, а стороной по заключенному договору, заменяя предыдущего должника и принимая от него риск привлечения к ответственности за неисполнение договора. Вместе с тем, и возложение, и перевод долга, с экономической стороны вполне могут иметь признаки посредничества.

В ситуации же, когда для юридического оформления привлечения исполнителя стороны выбрали трудовое право, соответствующий исполнитель становится работником лица, а формализация отношений осуществляется на основе трудового договора. При этом, работодатель становится ответственным за действия своих работников, являющихся его представителями, что прямо вытекает из их нахождения в его хозяйственной власти.⁵⁷⁶ В этой части правовой эффект трудового договора совпадает с гражданско-правовым возложением исполнения, где ответственным перед кредитором остается должник, а не исполнитель.⁵⁷⁷ Объясняется это тем, что в обоих случаях непосредственный исполнитель не вступает в правоотношения с кредитором, исполняя соответствующий договор лишь «технически».

Применительно к агрегаторам товаров, общедозволительный режим коммерческой деятельности позволяет выбрать их владельцам любую отвечающую их посреднической сущности правовую модель, включая и одну из описанных выше. Однако понятное стремление последних максимально сузить пределы своей ответственности в случае нарушений прав конечных потребителей приводит к непопулярности приведенных ранее конструкций. И дистрибуция товаров, и привлечение третьих лиц в качестве непосредственных исполнителей предполагают заключение договоров между потребителями и непосредственно владельцами маркетплейсов. Следовательно, ответственными по требованиям выгодоприобретателей также будут владельцы. Более того, в ситуации с возложением исполнения может возникнуть риск перекалфикации гражданско-правового договора в трудовой. Тогда, помимо опасности быть привлеченным к ответственности, у владельцев агрегаторов появится обязанность соблюдать трудовое законодательство, к чему последние могут оказаться совсем не готовы. Одним из ярких примеров подобного являются дискуссии вокруг сервисов по поиску и вызову такси и частных водителей, в частности Uber и Яндекс.Такси. Помимо

⁵⁷⁶ Трудовое право России: учебник / под ред. С.П. Маврина, Е.Б. Хохлова. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2012. С.14-16.

⁵⁷⁷ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая: учеб.-практич. Комментарий / Е.Н. Абрамова, Н.Н. Аверченко, Ю.В. Байгушева [и др.]; под ред. А.П.Сергеева. – Москва: Проспект, 2013. С.686.

встречающейся в судебной практике неопределенности в гражданско-правовой квалификации их деятельности,⁵⁷⁸ представляется, что вопрос может быть поставлен и о трудовом характере отношений между организациями, администрирующими подобные агрегаторы, и водителями. Так, с учетом статьи 19.1. Трудового кодекса РФ, отбор водителей, контроль за наличием у них медицинского освидетельствования и пригодного транспортного средства, установление ограничений по продолжительности рабочего дня и другие условия использования сервиса могут, при их наличии, свидетельствовать о хозяйственной несамостоятельности водителя. Тем не менее, как и в случаях с большинством других агрегаторов, владельцы сервисов Uber и Яндекс.Такси позиционируют себя как услугодатели, предоставляющие доступ к определенной информации.⁵⁷⁹

Квалификация деятельности товарных агрегаторов как оказание информационных услуг является не только наиболее часто встречающейся в соответствующий правилах и условиях использования сервисов, но и весьма универсальной. Договоры об оказании услуг являются самой многочисленной родовой группой, включающей в себя общую конструкцию возмездного оказания услуг и ряд договорных типов, опосредующих оказания особых услуг, имеющих определенную специфику.⁵⁸⁰ В связи с этим, при невозможности определить принадлежность договора об оказании тех или иных услуг к одному из предусмотренных ГК РФ типов, его квалификация осуществляется по общим правилам главы 39 «Возмездное оказание услуг». При этом, в доктрине неоднократно предпринимались попытки объединить подобные типы по группам в соответствии с их близостями по каузе, экономической сути или иным квалифицирующим критериям.⁵⁸¹ Одной из подобных специальных групп являются так называемые «посреднические услуги»⁵⁸², к которым обычно относят поручение, комиссию и агентирование.

В юридической науке посредничество традиционно рассматривается через призму таких явлений, как «представительство», «поручение», «действия в чужом интересе» и др. В связи с этим, применительно к деятельности агрегаторов товаров, посреднический (в экономическом смысле) характер услуг, оказываемых последними, сам по себе не позволяет отождествить их с предметами договоров об оказании «посреднических» услуг. Для подобного вывода необходимо установить соответствие конструктива договоров, предлагаемых к заключению агрегаторами, квалифицирующим признакам упомянутых

⁵⁷⁸ Кузнецова Л.В. Агрегаторы: новые подходы Верховного суда // URL: https://zakon.ru/blog/2018/09/13/agregatory_novye_podhody_verhovnogo_suda (дата обращения - 25.03.2019).

⁵⁷⁹ П.2 Условий использования сервиса Яндекс.Такси // URL: https://yandex.ru/legal/taxi_termsofuse/ (дата обращения - 25.03.2019).

⁵⁸⁰ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. Изд., испр. и доп. М.: Статут, 2002. Кн. 3 // СПС "КонсультантПлюс" С.217-220.

⁵⁸¹ Там же.

⁵⁸² Путеводитель. Что нужно знать о договоре возмездного оказания услуг (КонсультантПлюс, 2019) // СПС "КонсультантПлюс".

договорных конструкций. Подобный процесс не может осуществляться механически и потребует подробный анализ каждого из таких договоров.⁵⁸³ Однако в любом случае, необходимо также и понимание правовой природы поименованных договорных моделей, квалифицирующие нормы которых предлагаются к применению. Важным при этом представляется четко разграничивать объекты посреднических обязательств и объекты обязательств, возникающих из заключаемых непосредственно посредником или при его содействии договоров. Анализировать на предмет наличия квалифицирующих признаков необходимо именно первые, в то время как изучение вторых важно в целях определения пределов ответственности агрегатора.

Присутствие организации на рынке электронных сервисов в качестве агрегатора товаров предполагает широкое взаимодействие с компаниями, информация о товарах которых агрегируется. Исходя из этого, а также в силу механики работы подобных сервисов, агрегаторы товаров как правило обладают явно выраженным брендом. Его наличие и использование во многих случаях предопределяет осуществление деятельности от собственного имени. Также, с учетом приведенных ранее рассуждений о стремлении ограничить пределы своей ответственности, агрегаторы заинтересованы в явном обособлении своей деятельности от деятельности непосредственных производителей товаров и провайдеров услуг. Ситуации же, когда при использовании сервиса потребитель может быть введен в заблуждение относительно стороны, предоставляющей ему выбранный товар, ведут к риску расширения пределов ответственности агрегаторов, что подтверждается актуальной судебной практикой.⁵⁸⁴ Однако в большинстве случаев в отношении с конечными потребителями производители товаров вступают самостоятельно, без представительства со стороны агрегаторов. Следовательно, договоры между производителями и агрегаторами в большинстве случаев не будут обладать признаками договора поручения. Более обоснованной видится постановка вопроса о квалификации деятельности маркетплейсов как «косвенного представительства», которое может быть опосредовано договорами комиссии или агентирования.

В целях выявления квалифицирующих признаков данных договоров принципиально важным представляется выбор подхода к соотношению их предметов. С точки зрения многих исследователей, агентский договор представляет из себя своего рода расширенный вариант комиссии или поручения, и в зависимости от того, от своего или чужого имени выступает агент, он может строиться по одной из двух моделей.⁵⁸⁵ Однако заслуживает внимания и

⁵⁸³ Карапетов А.Г., Савельев А. И. Свобода заключения непоименованных договоров и ее пределы. // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. № 4, 2012 г. С.21-22.

⁵⁸⁴ Определение Верховного Суда РФ от 09.01.2018 № 5-КГ17-220, Постановление Арбитражного суда Московского округа по делу № А40-146579/16 от 21.02.2017.

⁵⁸⁵ Иванов А.А. Бизнес-агрегаторы и право // Закон. 2017. №5. С.18.; Рожкова М.А., Кузнецова Л. Об ответственности агрегаторов в контексте понимания их деятельности как агентирования. // Хозяйство и право. 2019. №1. С.33-34.

подход, изложенный А.В. Егоровым, в соответствии с которым комиссия и агентирование представляют из себя две самостоятельные договорные конструкции, цели и правовая природа которых существенно различаются. Так, в предмет договора комиссии традиционно для российского правопорядка входило не только заключение сделок, но и их исполнение.⁵⁸⁶ Это соответствовало цели и существу данного договора, состоящих в «самостоятельном приобретении комиссионером прав и обязанностей и передаче комитенту имущественного результата».⁵⁸⁷ Справедливости ради следует отметить, что актуальная редакция положений о договоре комиссии, в отличие от предшествовавшей ей в проекте Гражданского уложения Российской империи и в Гражданском кодексе РСФСР, не содержит обязанности комиссионера по исполнению заключенных им сделок, в связи с чем сторонам, при необходимости, следует прямо предусматривать ее в договоре. Тем не менее представляется, что определение предмета комиссии с учетом данной особенности ее природы позволяет сделать вывод о ее несоответствии общей бизнес-модели товарных агрегаторов, в любом случае не предполагающей самостоятельное исполнение последними заключаемых на их площадках договоров. Также, объект комиссионных обязательств традиционно ограничивался заключением «всякого рода сделок, для исполнения которых не требуется непосредственного участия комитента».⁵⁸⁸ В то же время, механика работы агрегаторов предполагает исполнение заключенных договоров непосредственно производителями товаров и провайдерами услуг.

Разграничение посредничества в заключении договора и посредничества в его исполнении является ключевым и при сопоставлении деятельности агрегаторов с предметом договора агентирования. В отличие от комиссии, исполнение агентом заключенных им или при его содействии сделок противоречит правовой природе агентирования.⁵⁸⁹ При этом, возможность совершения агентом исключительно фактических действий в российском правопорядке вызывает вопросы, в то время как для большинства зарубежных правопорядков именно в этом состоит предмет агентирования по общему правилу.⁵⁹⁰ Применительно к товарным агрегаторам, посредничество последних, как правило, заключается в совершении именно фактических действий, способствующих совершению сделок. Агрегаторы предоставляют возможность использовать личные кабинеты, ознакамливаться с предложениями других пользователей платформы, коммуницировать с ними по иным каналам и т.д. Юридических же действий (действий, предполагающих изъявление юридически значимой воли) агрегаторы обычно избегают.

⁵⁸⁶ Егоров А.В. Предмет договора комиссии // Актуальные проблемы гражданского права. Сборник статей. Вып. 5. – М.: «Статут», 2002. С.27-29.

⁵⁸⁷ Там же, С.23.

⁵⁸⁸ Гусаков А.Г. Конспект лекций по торговому праву: Ч. 2. СПб., 1912. С. 123 - 124.

⁵⁸⁹ Егоров А.В. Агентский договор: опыт сравнительного анализа законодательных и теоретических конструкций // Ежегодник сравнительного правоведения. 2002 год. – М.: Издательство НОРМА, 2003. С.26-39.

⁵⁹⁰ Там же, С.18.

Таким образом, квалификация деятельности товарных агрегаторов как агентской возможна лишь в понимании агентирования, отличном от господствующего в настоящее время. При этом, «агентирование по модели комиссии» в любом случае видится сомнительным вариантом квалификации ввиду принципиального несоответствия деятельности агрегаторов предмету комиссии. Более того, помимо сущностных, квалификация оказываемых маркетплейсами услуг как посреднических вызывает целый ряд технико-юридических вопросов, таких как соответствие данной модели императивным нормам о двойном и коммерческом представительстве, правомерность расширения сферы применения комиссионных договоров и т.д. В связи с этим, вполне разумным видится подход законодателя, обусловивший принятие Федерального закона от 29.07.2018 N 250-ФЗ, вносящего изменения в Закон РФ от 07.02.1992 N 2300-1 "О защите прав потребителей". Осознавая, что традиционные проблемы гражданско-правового регулирования могут значительно затруднить прояснение статуса агрегаторов товаров, вероятно было принято решение решить проблему защиты прав потребителей при помощи специального законодательства. При этом, исходя из формулировок новых законодательных положений, законодатель воспользовался логикой конструирования пределов ответственности информационных посредников. К последним обычно относят операторов связи, провайдеров хостинга и владельцев сайтов, обеспечивающих использование сети Интернет остальным пользователям. Общим для большинства правопорядков при определении пределов ответственности информационных посредников является признание необходимости освобождать информационных посредников от ответственности в случаях, когда их деятельность носит «технический и автоматизированный характер», и при этом выдерживается пассивность и нейтральность в отношении транслируемых в соответствующей сети потоков информации.⁵⁹¹

*Н.Г. Леньшина, зам. директора
Правового департамента ГУП «Водоканал СПб»*

Экономическая обоснованность тарифного решения в сфере энергоснабжения как предмет судебного контроля

Что такое экономическая обоснованность нормативно-правового акта и где это понятие нашло свое законодательное закрепление?

Рассмотрим вопрос об экономической обоснованности правовых норм в контексте популярного «сегодняшнего мнения о необходимости экономического

⁵⁹¹ Савельев А.И. Критерии наличия действительного и предполагаемого знания как условия привлечения к ответственности информационного посредника. // Закон. 2015. №11. С.51.

анализа права»⁵⁹², определяющего экономическую эффективность правовых норм и правоприменительной практики.

«Law and Economics» – это методологический подход к общей оценке правовых норм через анализ их эффективности, а также к подготовке правил о том, каким образом должны разрабатываться нормы права⁵⁹³. Экономический анализ права предполагает, что люди реагируют не только на цены тех благ, которые можно приобрести на рынке, но и на правовые нормы, которые рассматриваются как система неявных цен. Эти неявные цены создают положительные стимулы для одних форм поведения (например, принятия мер предосторожности против неисполнения договора) и подавляет другие формы поведения, заставляя людей платить за них высокую цену (например, преступную деятельность или неосторожное поведение)⁵⁹⁴.

Р. Познер – представитель Чикагской школы – применительно к «Law and Economics» выделил три условия, которые задают направление исследований в этой области. Во-первых, люди, даже принимая «нерыночные» решения, например, выбирая скорость вождения автомобиля, проявляют рациональность и максимизируют свою выгоду от того или иного решения, учитывая связанные с таким выбором издержки. Во-вторых, нормы права устанавливают своего рода цены того или иного решения для человека. Изменение цен, таким образом, влияет на «количество» деятельности, которое индивид будет готов «потребить». В-третьих, нормы общего права можно объяснить как намеренное или нет стремление к достижению эффективности⁵⁹⁵. «Если закон (судебное решение) приведет к улучшению положения хотя бы одного из членов общества и при этом не ухудшит положение ни одного из остальных членов общества, тогда этот закон (судебное решение) будет представлять собой улучшения по Парето. Если же дальнейшие улучшения по Парето невозможны, то ситуация будет рассматриваться как оптимальная по Парето. В соответствии с критерием Калдора-Хикса состояние *A* является предпочтительным по сравнению с состоянием *B*, если те, кто получает выгоду от перехода к состоянию *A*, могут компенсировать убытки тех, кто их понес от этого перехода, и все равно остаются в выигрыше»⁵⁹⁶.

«Феноменальным достижением» в экономической теории считается теорема Коуза⁵⁹⁷. Р.Г. Коуз ввел в научный оборот термин «транзакционные из-

⁵⁹² Ульбашев А.Х. Экономический анализ права или правовой анализ экономики // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 3(100). С. 136.

⁵⁹³ Dominic E. Arndt. *Economic Analysis of Settlements - Civil Procedure Law*. Augsburg. 2007. P. 8.

⁵⁹⁴ Одинцова М. И. Экономика права. М.: Издательский дом ГУ-ВШЭ. 2007. С. 6.

⁵⁹⁵ Бальсевич А.А. Подход Австрийской школы к экономическому анализу права: методологические основы и практические рекомендации // Сборник статей аспирантов. 2007. Вып. 1. Москва. 2008. С. 248.

⁵⁹⁶ Одинцова М. И. Экономика права. М.: Издательский дом ГУ-ВШЭ. 2007. С. 10, 11, 12, 14.

⁵⁹⁷ Coase R. The Nature of the Firm // *Economica* (new series). Vol. 4 (November 1937). № 16; Coase R. The Marginal Cost Controversy // *Economica* (new series). Vol.13 (August 1946). № 51; Coase R. The Problem of Social Cost // *Journal of Law and Economics*. Vol.3 (October 1960). Коуз Р. Фирма, рынок и право / Пер. с англ. М.: Новое издательство. 2007. 224 с.

держки. Они состоят из затрат по поиску информации о ценах и качестве необходимых товаров, а также расходов, связанных с заключением контрактов, контролем за их выполнением и их юридической защитой. Издержки могут оказаться достаточно велики, чтобы заблокировать саму возможность рыночного обмена. Существование трансакционных издержек подталкивает к поиску и изобретению всевозможных средств по их сокращению (созданию фирм). Р.Г. Коуз ввел представление о собственности как о пучке прав, которые могут покупаться и продаваться на рынке. В процессе обмена права собственности начнут переходить к тем, для кого они представляют наибольшую ценность (производственную/ потребительскую). От трансакционных издержек зависит, как будут использоваться права собственности, какой – и насколько эффективной – будет структура производства.

Австрийская школа экономики права отличается от Чикагской школы исходными предпосылками анализа, кругом решаемых задач и итоговыми выводами⁵⁹⁸. С точки зрения «австрийцев», основная причина любых конфликтов – неясное понимание прав собственности, трактуемых в духе идей естественного права как неотъемлемые, универсальные и неизменные. Обладая правами собственности на самого себя, индивиды могут распространять его и на результаты своего труда, осуществлять первичное присвоение никому не принадлежащих ресурсов, прикладывая к ним свой труд. Задачу правовой системы «австрийцы» видят в создании максимально возможной определенности, спецификации и ясности прав собственности с передачей права разрешения конфликта самим его участникам всегда, когда это возможно⁵⁹⁹.

Не останавливаясь подробно на описании экономического анализа права, который «представляет собой целый конгломерат многообразных исследований чрезвычайно широкого круга правовых феноменов, объединенных, зачастую, лишь общей методологической парадигмой и исходными предпосылками анализа»⁶⁰⁰, и критериев этого анализа, разработанных в зарубежной научной доктрине, отметим его отличия от догматической правовой теории.

Так, А.В. Шмаков указывает, что для юриста важно то, что в обществе понимается под справедливостью. Он мыслит категориями прошлого (*ex post*), пытаясь интерпретировать свершившиеся факты, с целью возмездия, устрашения. Основным становится индуктивный подход, при котором умозаключения делаются от частного к общему. Экономист мыслит категориями будущего (*ex ante*). Он анализирует насколько эффективно принимаемое решение, пытаясь

⁵⁹⁸ Тимофеев Е.А. Многообразие методологии экономического анализа права [Электронное издание] // Юридические исследования. 2015. № 12. С. 72-87. URL: http://e-nota-bene.ru/lr/article_16695.html (дата обращения 25.12.2016).

⁵⁹⁹ Тимофеев Е.А. «LAW AND ECONOMICS»: учение о праве и государстве в США в XX веке: дисс. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород. 2016. С. 81-82.

⁶⁰⁰ Тимофеев Е.А. «LAW AND ECONOMICS»: учение о праве и государстве в США в XX веке: дисс. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород. 2016. С. 121.

сдерживать нежелательную активность.⁶⁰¹ Таким образом, вопрос эффективности права является основным для экономического анализа права. Эффективность системы правовых норм – это качество достижения стоящей перед системой цели, определяющееся сопоставлением фактически достигнутого результата с заданными целями функционирования системы, а также затратами на его получение⁶⁰².

Популярность экономического анализа права в США обусловлена тем, что «в странах англосаксонского права процветает экстерналистский тип аргументации судебных и правоприменительных актов, допускающий ссылки и на философию И. Бентама, и на теорему Р.Г. Коуза, а также социальные интересы, еще не закрепленные в законе»⁶⁰³. Американским судьям дозволительно рассуждать не только о том, что соответствует «букве закона», но и о том, что является не просто правовым, а прежде всего, экономически эффективным правовым решением⁶⁰⁴. Американские экономисты утверждают, что общее право, созданное судами, оказалось двигателем максимизации богатства и этим выгодно отличается от континентальных систем права, в которых основным источником права является законодатель.

Таким образом, 1) экономический анализ права используется как при разработке норм права, так и при их оценке правоприменителем; 2) мерилami экономической эффективности правовых норм выступают критерии Парето или Калдора-Хикса, теорема Р.Г. Коуза и т.д.; 3) правовые нормы представляют собой неявные цены, которые в одном случае являются положительными стимулами для экономически эффективных форм поведения, в другом – подавляют те формы поведения, которые влекут наибольшие материальные издержки, т.е. нормы права призваны максимизировать общественное благосостояние (достигать наибольшей эффективности); 4) экономический анализ права не исключает применение юридического подхода при разработке и оценке правовых норм, а его абсолютизация является бессмысленной.

В России, которая относится к континентальной правовой семье, «сложился особый интерналистский тип аргументации судебных и правоприменительных актов, в рамках которого допускаются ссылки только на источники права в формальном смысле (в основном, это законы)»⁶⁰⁵. Социальные ценности, включая и экономические идеи, не имеют прямого отношения к праву,

⁶⁰¹ Экономический анализ права: учеб. пособие. Ч.1 / А.В. Шмаков. Новосибирск. Изд-во НГТУ. 2005. С. 12, 13.

⁶⁰² Курочкин С.А. О перспективах применения экономического анализа права в российском правоведении (на примере гражданского судопроизводства) // Российский журнал правовых исследований. 2014. № 4(1). С. 122, 124.

⁶⁰³ Тимофеев Е.А. «LAW AND ECONOMICS»: учение о праве и государстве в США в XX веке: дисс. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород. 2016. С. 117.

⁶⁰⁴ Воловик О.А. Экономический анализ права как средство преодоления судебного формализма // Вопросы экономики и права. 2013. № 4. С. 36.

⁶⁰⁵ Тимофеев Е.А. «LAW AND ECONOMICS»: учение о праве и государстве в США в XX веке: дисс. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород. 2016. С. 116.

хотя и могут быть имплантированы в правовую систему с помощью специальных юридических механизмов. Следовательно, чтобы допустить экономическую риторику в процесс правоприменения и доказывания, необходимо специальное законодательное дозволение⁶⁰⁶.

В силу части 3 статьи 104 Основного закона законопроекты о введении или отмене налогов, освобождении от их уплаты, о выпуске государственных займов, об изменении финансовых обязательств государства, другие, предусматривающие расходы, покрываемые за счет федерального бюджета, могут быть внесены только при наличии заключения Правительства РФ. В соответствии с пунктом 4 статьи 105 Регламента Государственной Думы РФ⁶⁰⁷ при внесении законопроекта в Государственную Думу, реализация которого потребует материальных затрат, должно быть представлено его финансово-экономическое обоснование. «И хотя уточнение относительно характера соответствующих материальных затрат в Регламенте не представлено, на практике под материальными затратами понимаются расходы бюджета»⁶⁰⁸, и расходы субъектов экономической деятельности.

Приведенные положения Конституции РФ и иных подзаконных нормативных актов⁶⁰⁹ указывают на то, что при разработке и принятии законов и иных нормативных актов, финансируемых из бюджетов, или вводящих (изменяющих) порядок налогообложения, обязательно проведение финансово-экономической оценки такого законопроекта по соответствующим показателям, так как его принятие отразится на доходах и расходах бюджетов всех уровней, налоговых поступлениях, а также на расходах субъектов экономической деятельности.

Установленное действующим законодательством требование к оценке экономической эффективности законопроектов на стадии их рассмотрения и принятия является похожим на подход, используемый в экономическом анализе права. Однако на этом сходство заканчивается, поскольку критерии экономической эффективности законопроектов нормативно не закреплены, а форма финансово-экономического обоснования и содержащиеся в ней показатели больше напоминает форму статистического отчета.

⁶⁰⁶ Гаджиев Г.А. Цели, предмет и содержание курса «Право и экономика» // Бизнес, менеджмент и право. 2011. № 2. С. 12.

⁶⁰⁷ Постановление ГД ФС РФ от 22.01.1998 № 2134-II ГД «О Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // СЗ РФ. 16.02.1998. № 7. ст. 801; СЗ РФ. 22.06.2015. № 25. ст. 3572.

⁶⁰⁸ Николаев И.А., Шульга И.Е. Экономические издержки законотворчества: аналитический доклад. Москва. 2004. С. 26.

⁶⁰⁹ Бюджетный кодекс Российской Федерации, // СЗ РФ. 03.08.1998. № 31. ст. 3823; официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru> - 13.07.2015. Постановление Правительства РФ от 18.09.2013 № 819 «О внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации по вопросам финансово-экономического обоснования решений, предлагаемых к принятию проектом нормативного правового акта» // Официальный интернет-портал правовой информации (www.pravo.gov.ru). 20.09.2013.

Между тем анализ приведенных законоположений свидетельствует о том, что при принятии нормативных правовых актов законодатель обеспечивает не только порядок реализации и исполнения таких актов, но также предусматривает прогнозирование последствий принятия этих актов в том числе на доходах (расходах) юридических и физических лиц.

Очевидно, что вводя обязательное требование о наличии финансово-экономического обоснования проектов нормативных правовых актов, законодатель опосредованно предъявляет к таким актам требование экономической эффективности. Это главный вывод, который следует из приведенного анализа. Предъявление указанного дополнительного требования к нормативному акту на стадии его разработки неизбежно должно повлечь за собой возможность проверки реального экономического эффекта и воздействия такого акта, как на самих субъектов регулируемых отношений, так и их поведение в период действия нормативного акта. Представляется, ничто не препятствует субсидиарно использовать показатели прогнозной оценки конкретных законодательных инициатив и последствий применения действующего законодательства с точки зрения комплексной юридической и социально-экономической оценки эффективности действующего законодательства. Важно понимать, в каких сферах гражданско-правового регулирования такая оценка обоснована и будет способствовать эффективности правоприменения и прогрессивного развития законодательства⁶¹⁰.

Перейдем к исследованию требования экономической обоснованности тарифных решений.

Цены (тарифы) на товары (услуги) в энергоснабжении складываются в соответствии с принципами государственного ценообразования, действующими в монопольных и иных регулируемых сферах деятельности. Тарифы не должны быть предметом торга между монополистом и контролирующей его структурой, а должны определяться на основе четких проверяемых показателей с учетом интересов потребителей, особенно в сфере энергоснабжения⁶¹¹.

Принципы государственного регулирования цен (тарифов) в сфере энергоснабжения условно можно разделить на три группы.

Так, принцип учета экономически обоснованных расходов (затрат) ресурсоснабжающих организаций, а также всех налогов и иных обязательных платежей в соответствии с законодательством РФ наряду с принципом обеспечения экономически обоснованной доходности инвестированного капитала (обеспечение гарантий возврата частных инвестиций) являются составляющими одной группы, которые направлены на защиту прав и законных интересов ресурсоснабжающих организаций от установления в произвольном

⁶¹⁰ Сеницын С.А. Экономический анализ права и его место в цивилистической методологии // Право. Журнал Высшей Школы Экономики. 2017. № 2. С. 14.

⁶¹¹ Гальцева Н.И. Особенности формирования тарифов в энергетике и их влияние на функционирование экономических систем // Фундаментальные исследования. 2006. № 1. С. 73; URL: <http://www.fundamental-research.ru/ru/article/view?id=4649> (дата обращения: 09.01.2016).

порядке экономически необоснованных (заниженных) цен (тарифов) на их товары (услуги).

Названным нормам-принципам корреспондируют не менее значимые принципы тарифообразования, которые направлены на защиту покупателей: *обеспечение защиты потребителей от необоснованного повышения цен (тарифов), обеспечение открытости и доступности для потребителей, в том числе для населения, процесса регулирования цен в сфере энергоснабжения и другие.*

При этом первая группа «принципов не может применяться изолированно от других, поскольку они являются частью системы принципов и равноценны между собой»⁶¹². Указанные основополагающие идеи государственного ценообразования «могут действовать эффективно лишь во взаимосвязи друг с другом»⁶¹³. Противоположное содержание указанной пары принципов тарифного регулирования на практике приводит к их конфликту. Поэтому третьим и главным уравнивающим правилом-императивом является принцип, согласно которому при установлении регулируемых цен *необходимо соблюдать баланс экономических интересов ресурсоснабжающих организаций и их абонентов (потребителей).*

Таким образом, размер тарифа на товары и услуги естественных монополий и иных регулируемых государством сфер деятельности должен определяться в соответствии со следующими принципами тарифного регулирования: учет интересов производителей (поставщиков) и потребителей, а также установление баланса указанных интересов. Иными словами, сочетание всех трех групп принципов образует общее единое представление *об экономической обоснованности цен (тарифов)* в сфере энергоснабжения как с точки зрения производителя (поставщика), так и покупателя (потребителя).

Таким образом, в действующем законодательстве принцип экономической обоснованности тарифных решений не имеет прямого и непосредственного установления. Однако указанный постулат растворен в иных нормах-принципах, которые косвенно в своей совокупности указывают на необходимость соответствия данному принципу нормативных правовых актов в сфере тарифного регулирования.

Экономическая обоснованность цен (тарифов) может быть проверена в досудебном и судебном порядке при осуществлении контроля за законностью тарифных решений⁶¹⁴.

⁶¹² Гаджиев Г. А. Принципы права и право из принципов // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 2. СПС «КонсультантПлюс»

⁶¹³ Иванов Р. Л. О понятии принципов права // Вестник Омского университета. 1996. № 2 С. 116.

⁶¹⁴ См. дело № А05-1357/2010. Президиум ВАС РФ в постановлении от 19.04.2011 № 15741/10 указал, что суд не вправе уклоняться от установления соответствия оспариваемого тарифа закрепленному в законе принципу экономической обоснованности. См. также Постановление Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 58 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при рассмотрении арбитражными судами дел об оспаривании нормативных правовых актов» // Экономика и жизнь (Бухгалтерское приложение). 06.09.2013. № 35. Не применяется в связи с принятием Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 50.

Экономическая обоснованность тарифных решений определяется с помощью норм действующего законодательства, подробно конкретизирующих методы и основы тарифного регулирования. Регулируемые тарифы на энергоресурсы должны отвечать требованию экономической обоснованности независимо от выбранного метода ценообразования. Используя методы государственного регулирования цен в сфере энергоснабжения, органы регулирования должны установить тарифы в экономически обоснованном размере.

При этом нормоконтроль в сфере тарифного регулирования осуществляется в отношении нормы права с экономическим содержанием (например, 1000 руб./Гкал или 25 руб./м³). Цена (тариф) – это денежный эквивалент товара (услуги). Указанное значение цены (тарифа) можно подсчитать с точностью до копейки. Проверить экономическую обоснованность цен (тарифов) на энергоресурсы, определенных в числовом значении или в виде формул можно, используя в качестве критериев для такой оценки правовые нормы, регламентирующие систему, методы и порядок государственного ценообразования, установленные подзаконными нормативными актами.

Анализ нормативного регулирования в рассматриваемой сфере позволяет прийти к выводу, что цена (тариф) – это правовая норма с экономическим содержанием, а критериями ее экономической обоснованности выступают различные методы тарифного регулирования, которые «имплантированы в правовую систему»⁶¹⁵ путем закрепления в соответствующих подзаконных актах. Используя перечисленные методы, тарифный орган должен определить экономически обоснованный тариф.

Но установление экономической обоснованности тарифных решений и финансово-экономическое обоснование проектов иных нормативно-правовых актов явления разного порядка. Проверка математического расчета цены (тарифа) и установление экономической эффективности иной абстрактной нормы с относительным наличием в ней экономической составляющей или отсутствием таковой – не одно и то же.

Для определения экономической обоснованности тарифного решения суд выясняет и устанавливает фактические обстоятельства дела (правомерность включения в состав НВВ тех или иных затрат, их размер, учет выпадающих расходов, объем реализации ресурса в предыдущие регулируемые периоды, результаты деятельности за предшествующий период регулирования и т.д.). Для выяснения этих вопросов суд вправе назначить проведение судебной экспертизы. Только после выяснения всех спорных моментов, касающихся установления тарифа, суд может сделать вывод о соответствии оспариваемой нормы названному требованию. Без установления фактических обстоятельств дела проверить экономическую обоснованность оспариваемого тарифного решения невозможно.

Таким образом, требование экономической обоснованности регулируемых цен в сфере энергоснабжения сводится к проверке правильности расчета

⁶¹⁵ Гаджиев Г.А. Цели, предмет и содержание курса «Право и экономика» // Бизнес, менеджмент и право. 2011. № 2. С. 12.

таких цен с точки зрения математических подсчетов на основе критериев, определенных в подзаконных актах, и установленных в ходе рассмотрения дела, фактических обстоятельств утверждения тарифа. Другими словами, в результате нормоконтроля за тарифными решениями суд признает оспариваемую норму экономически обоснованной (рассчитанной правильно) или необоснованной (содержащей ошибки в расчетах).

Такой подход не соответствует закрепленному в доктрине правилу, согласно которому в делах абстрактного нормоконтроля «основная задача суда при рассмотрении дела об оспаривании нормативного акта – это проверка (оценка) его законности»⁶¹⁶, путем сопоставления содержания норм меньшей и большей юридической силы. В делах абстрактного нормоконтроля суды не устанавливают фактических обстоятельств дела, а задача суда заключается в оценке содержания оспариваемой нормы и проверке ее соответствия вышестоящим по юридической силе нормам.

Из всего сказанного следует вывод о том, что экономическая обоснованность тарифных решений является не вопросом права, а вопросом факта, который должен исследовать суд при проверке законности такого правового акта. Без установления фактических обстоятельств утверждения регулятором тарифного решения на основании достоверных данных, представляемых регулируемой организацией, правоприменитель не сможет установить экономическую обоснованность цены (тарифа) как нормы права с экономическим содержанием.

Итак, нормативный правовой акт в сфере тарифного регулирования в энергоснабжении является особым актом с экономическим содержанием, что обуславливает особый порядок его установления. Действующим законодательством, регулирующим государственное ценообразование, опосредованно закреплён принцип экономической обоснованности тарифов, а также его критерии – методы и основы тарифного регулирования. С точки зрения законодателя при установлении цен следует учитывать интересы поставщиков и потребителей, обеспечивая баланс указанных интересов, что в целом должно соответствовать требованию экономической обоснованности тарифных решений. Используя закреплённые в законе принципы, а в подзаконных актах – методы регулирования, тарифный орган на основе представленных регулируемой организацией статистических и экономических данных в результате рассмотрения тарифного дела и произведения всех математических расчетов утверждает

⁶¹⁶ Никитин С.В. Основания судебного оспаривания нормативных правовых актов // Российская юстиция. 2009 № 9. См. также Немцева В.Б. Правовая природа решения по делам об оспаривании нормативных правовых актов. Круглый стол «Юридические нормы как средство правового регулирования» // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2013. № 2 (35). С. 199. Гражданский процесс: Учебник. 4-е изд., перераб. и доп. / Под ред. М.К. Треушников. М.: Издательский Дом «Городец». 2011. С. 470. Яценко В.Н. Некоторые особенности рассмотрения дел об оспаривании нормативных правовых актов // Арбитражный и гражданский процесс. 2004. № 4. С. 24. Уксусова Е.Е. Оспаривание законности нормативных актов в судах общей юрисдикции // Российская юстиция. 1998. № 8. СПС «КонсультантПлюс».

нормативный акт об утверждении цен. Проверка экономической обоснованности оспариваемых тарифных решений возможна лишь при условии исследования и изучения фактических обстоятельств, предшествовавших установлению цен. В рамках дел об оспаривании тарифных решений не происходит проверка соответствия оспариваемой нормы вышестоящим по юридической силе правовым нормам. В тарифном споре исследуется не вопрос права, а вопрос факта. Таким образом, экономическая обоснованность нормативного акта в сфере государственного регулирования цен в энергоснабжении это факт, который необходимо установить при утверждении нормы и при ее проверке правоприменительным органом.

Исследование экономического анализа права и действующего законодательства в сфере тарифного регулирования свидетельствуют о том, что указанный методологический подход к оценке эффективности правовых норм и исследование вопроса экономической обоснованности тарифов при их установлении и проверке правоприменителем – это явления разного порядка. В качестве критериев экономической обоснованности тарифных решений выступает не теорема Р.Г. Коуза или иной вышеуказанный подход, но закрепленные на законодательном уровне нормативы, методы и иные экономические показатели. Таким образом, различие заключается как в содержании оспариваемой нормы (наличие в ней экономической составляющей), а также в критериях измерения (установления) ее экономической обоснованности.

*Л.А. Наконечный, ассистент кафедры
предпринимательского и энергетического права СПбГЭУ*

Принцип запрета непоследовательного поведения (эстоппель) и пределы конвализации ничтожных сделок

Принцип запрета непоследовательного поведения (эстоппель) означает ограничение права лица заявлять требования (возражения), которые противоречат ранее занимаемой данным лицом позиции, в ущерб другой стороне, которая положила на эти действия и вела себя соответственно.

Принцип запрета непоследовательного поведения в отношении недействительности сделок (договоров) получил свое прямое закрепление сравнительно недавно в следующих статьях Гражданского кодекса РФ:

1. В 2013 году в отношении сделок – абз.4 п.2 ст.166 и п. 5 ст. 166 ГК РФ;
2. В 2015 году в отношении договоров - п. 2 ст. 431.1 ГК РФ.

Причем обоснованность закрепления принципа запрета непоследовательного поведения (эстоппель) в нескольких статьях ГК РФ является предметом обсуждения в научной литературе:

- «На данный момент, таким образом, трудно сказать, в чем могло бы заключаться специфическое различие в сферах применения двух рассматриваемых норм <в отношении абз.4 п.2 ст.166 и п. 5 ст. 166> в отношении оспоримых сделок»⁶¹⁷;

- «Проблема заключается в том, что запрет на оспаривание после ратификации оспоримой сделки <касательно п.2 ст.431.1 ГК РФ> с 2013 г. установлен в п.2 ст.166 ГК РФ. В чем логика такого шага?»⁶¹⁸

Между тем представляется обоснованным говорить как об общих основах закрепления применения принципа запрета непоследовательного поведения к сделкам (ст.166 ГК РФ), так и о частных случаях (ч.2 ст.431.1. ГК РФ), конкретизирующих условия его применения к договорам в предпринимательских отношениях.

Несмотря на то, что появление принципа запрета непоследовательного поведения (эстоппель) в российском гражданском праве произошло не с появлением в ГК РФ указанных статей, сколько исходя из положений о принципе добросовестности, являющемся основанием принципа эстоппель и закрепленном в статье 10 ГК РФ, наибольшее развитие в регулировании гражданских правоотношений и судебной практике указанный принцип получил именно с момента закрепления в вышеуказанных статьях ГК РФ. Хотя, безусловно, до этого возможность конвализации недействительных сделок в ряде случаев исследовалась⁶¹⁹ и применялась исходя из смысла ряда статей ГК РФ (напр. ст. ст. 165, 171, 172 ГК РФ)

Необходимость и условия закрепления принципа запрета непоследовательного поведения были также ранее отражены в Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации⁶²⁰, в связи с массовым характером споров о признании сделок недействительными. Между тем применение принципа запрета непоследовательного поведения к недействительным (ничтожным) сделкам фактически означает их конвализацию, т.е. придание недействительной (ничтожной) сделке юридической силы с момента ее совершения.

Согласно п.1 ст.166 ГК РФ установлено, что сделка может быть недействительна по основаниям, установленным законом, в силу признания ее таковой судом (оспоримая сделка) либо независимо от такого признания (ничтожная сделка).

В п.5.1.4. вышеуказанной концепции предусмотрено, что на тот момент законодательство не предусматривало положений о возможности последующего одобрения оспоримых сделок.

⁶¹⁷ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153-208 ГК РФ/отв. Ред. А.Г. Карапетов, - М.: Статут, 2018., стр.305

⁶¹⁸ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307-453 ГК РФ/ Отв. Ред. А.Г. Карапетов. – М.: Статут, 2017., стр.945

⁶¹⁹ Богданова Е.Е. Принцип добросовестности в действиях сторон и проблемы оздоровления (конвализации) недействительных сделок // Законы России: опыт, анализ, практика. 2010. N 8. С. 70 - 76.

⁶²⁰ "Вестник ВАС РФ", N 11, ноябрь, 2009

Следует обратить внимание, что концепция отдельно оговаривала «необходимость» закрепления в гражданском законодательстве положений о последующем подтверждении (одобрения) в отношении оспоримых сделок и допускает «возможность» исцеления (конвалидации) в отношении ничтожных сделок. Безусловно, вопрос закрепления возможности и пределов конвалидации ничтожных сделок является более сложным, в связи с недопустимостью оставлять в силе наиболее социально опасные ничтожные сделки, грубо нарушающие закон, о чем прямо говорится в концепции.

Разъяснение о допустимости применения принципа запрета непоследовательного поведения к ничтожным сделкам сделано в пункте 70 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 23.06.2015 N 25 "О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации", где установлено, что под «заявлением о недействительности сделки», изложенным в пункте 5 ст.166 ГК РФ следует понимать сделанное в любой форме заявление о недействительности (ничтожности, оспоримости) сделки и о применении последствий недействительности сделки (требование, предъявленное в суд, возражение ответчика против иска и т.п.).

Закрепление принципа запрета непоследовательного поведения в гражданском праве способствует стабильности гражданского оборота. Однако наличие таких инструментов в законодательстве и отсутствие четких пределов их применения относительно ничтожных сделок небезосновательно вызывает опасения ряда авторов, как говорящих о рисках судебного произвола⁶²¹, так и утверждающих, что применение чужеродных норм вряд ли сможет дать желаемые результаты.⁶²² Хотя подобные высказывания, безусловно, являются дискуссионными.

Происхождение принципа запрета непоследовательного поведения (эстоппель) из систем общего права под сомнение не ставится, но необходимо учитывать то, что достаточно обоснованной выглядит точка зрения о том, что в настоящее время это уже общий принцип права, признанный таковым и на международном уровне. Фактически принцип эстоппель был применен Международным судом ООН в споре между Камбоджией и Таиландом по поводу принадлежности храма Преар-Вихеар.⁶²³ В споре, рассмотренном позже Международным судом, о континентальном шельфе от 20 февраля 1969 года⁶²⁴.

При этом общепризнанно, что общие принципы права зачастую складываются именно в национальном праве и только в последующем входят в международное через договор или обычай⁶²⁵. Таким образом, автор настоящей статьи не разделяет указанные опасения, учитывая признание указанного принципа на международном уровне.

⁶²¹ Проблемы развития частного права: Сборник статей к юбилею Владимира Саурсеевича Ема / С.С. Алексеев, А.В. Асосков, В.Ю. Бузанов и др.; отв. ред. Е.А. Суханов, Н.В. Козлова. М.: Статут, 2011.

⁶²² Не могу сказать, что наш ГК страдает от недостатка диспозитивности [Интервью с Л.Ю. Василевской] // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2016. N 1. С. 6 - 20.

⁶²³ Электронный ресурс. <http://www.icj-cij.org/docket/files/45/9249.pdf>

⁶²⁴ I.C. J. Reports, 1969. P. 26.

⁶²⁵ Лукашук И.И. Международное право, общая часть, М: Волтерсклувер, 2005, стр. 164

Представляется, что при формировании практики и выработки общих подходов к вопросу конвализации ничтожных сделок при применении принципа эстоппель следует в первую очередь учитывать подходы, сформированные Верховным судом Российской Федерации.

В частности, представляется целесообразным обратить внимание на разъяснение Верховного суда, изложенное в Обзоре судебной практики по спорам, связанным с договорами перевозки груза и транспортной экспедиции, утв. Президиумом Верховного Суда РФ 20.12.2017, согласно которого, отсутствие правового значения заявления страховщика о ничтожности договора страхования, обусловлено:

1. Соответствием заключения подобных договоров интересам обеих сторон;
2. Отсутствием нарушений прав третьих лиц и публичных интересов;
3. Распространенностью аналогичных договоров в международной практике;
4. Наличием аналогичных договоров в законодательстве для перевозок иными видами транспорта.

В целях определения понятия «публичных интересов» для целей определения пределов применения принципа запрета непоследовательного поведения при конвализации ничтожных сделок представляется целесообразным руководствоваться п.75 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 N 25, согласно которого установлено, что под публичными интересами, в частности, следует понимать интересы неопределенного круга лиц, обеспечение безопасности жизни и здоровья граждан, а также обороны и безопасности государства, охраны окружающей природной среды.

Таким образом, вышеуказанной позицией Верховного суда был сформирован перечень критериев, при наличии которых может быть допущена конвализация договора, ничтожность которого связана только с нарушением прямого законодательного запрета. Причём можно сказать, что Верховный суд в указанном информационном письме развил и закрепил для судов нижестоящих инстанций ранее высказанную позицию в Определении от 20.07.2015 N 307-ЭС15-1642 по делу N А21-10221/201. Так в указанном деле по иску перевозчика к страховщику о выплате страхового возмещения по договору страхования риска договорной ответственности, Верховный суд указал, что несмотря на то, что противоречие условий договора страхования положениям пункта 1 статьи 932 Гражданского кодекса само по себе не является основанием для освобождения страховщика от выплаты страхового возмещения, поскольку договор был заключен на предложенных страховщиком условиях на основании утвержденных им правил страхования, которые являлись общими для всех лиц, обращающихся за таким страхованием, что, как указал Верховный суд, означает распространённость в практика подобных договоров.

Также, исходя из существующей правоприменительной практики, представляется возможной конвализация ничтожных сделок через применение

принципа запрета непоследовательного поведения в связи с нарушением императивного требования к форме сделки, тем более, что ч.1 ст.165 ГК РФ установлена возможность обращения в суд с требованием признания такой сделки действительной (напр. Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 30.09.2016 N 02АП-7657/2016 по делу N А28-2924/2016, Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 10.10.2017 N 13АП-17207/2017 по делу N А56-52068/2015).

В рассмотренном Арбитражным судом Уральского округа от 15.09.2017 N Ф09-4177/17 деле N А50-21799/2016 суд отклонил доводы ответчика о том, что дополнительные соглашения, которыми изменялись площади передаваемого в аренду объекта федерального недвижимого имущества, являются ничтожными ввиду нарушения процедуры их заключения без согласия собственника, указав, что действующим законодательством и сложившейся судебной практикой не допускается попустительство в отношении противоречивого и недобросовестного поведения субъектов хозяйственного оборота, не соответствующего обычной коммерческой честности (правило эстоппель).

Между тем, судами однозначно развивается практика о недопустимости конвализации ничтожных сделок, нарушающих требования законодательства и посягающих на публичные интересы либо права и охраняемые законом интересы третьих лиц. Например, в Постановлении от 24.10.2017 по делу N А10-1430/2016 Арбитражный суд Восточно-Сибирского округа указал, что нарушение императивных норм закона о приватизации и нарушение прав неопределенного круга лиц являются основаниями для неприменения положений об эстоппель. При этом примененные судом положения п.4 ст.5 Закона «О приватизации государственного и муниципального имущества» устанавливают прямое указание о незаконности и ничтожности сделки.

На основании вышеизложенного представляется обоснованным следующий вывод:

Как и было предусмотрено Концепцией развития гражданского законодательства Российской Федерации, положениями гражданского права предусмотрена возможность конвализации ничтожных сделок через применение принципа запрета непоследовательного поведения (эстоппель). Возможность конвализации ничтожных сделок допускается при соблюдении определенных в настоящее время практикой Верховного суда пределов (например, соответствие интересам обеих сторон, отсутствие нарушений прав третьих лиц и публичных интересов, распространенность аналогичных договоров в международной практике, наличие аналогичных договоров в законодательстве), а также в других случаях, перечень которых предстоит выработать. Сложившаяся ситуация, вопреки опасениям ряда ученых, не способствовала отходу от правовых традиций российского права, но предоставила участникам делового оборота дополнительные гарантии стабильности делового оборота.

Правовые проблемы защиты интеллектуальных прав в сети Интернет – регулирование отношений с информационным посредником

Вопросы регулирования сети Интернет являются в настоящее время одними из самых актуальных и широко обсуждаемых. Интерес к ним широкой публики и их значение для различных общественных процессов требуют большего внимания к ним со стороны юридического сообщества.

Степень правовой неопределенности в отношениях между гражданами и государственными институтами, компаниями, предоставляющими информационно-коммуникационные услуги и их пользователями, пользователями друг с другом и с третьими лицами, в цифровой среде непозволительно высока. Во многом объясняется тем, что формирование правил поведения для новых, ранее неизвестных и бурно развивающихся отношений только начинается. Это, конечно, не самое лучшее оправдание для подлинного ученого-правоведа и юриста-практика, которые должны находить ответы на те вопросы, которые ставит перед ними юридическая реальность здесь и сейчас. Поэтому поиск верных законодательных решений и подходов правоприменительной практики к разрешению множества проблем в этой области - одна из самых актуальных и сложных проблем современной юриспруденции.

Закон «о блогерах», о «суверенном» Интернете, преследование «за лайки и репосты», противостояние Роскомнадзора с популярным сервисом «Телеграм», уголовное преследование за ловлю «покемонов» (персонажей Интернет-игры, использующей технологии дополненной реальности) в религиозных учреждениях, обращение «криптовалюты», ответственность за «фейк-ньюз», право на «забвение» и ряд иных не менее значимых тем общественной дискуссии иллюстрируют отсутствие даже базовых правовых принципов регулирования отношений в сфере Интернет-коммуникаций.

Оставляя за рамками настоящей статьи огромный пласт проблем в сфере публичного права (предотвращение распространения вредоносных программ, экстремистских материалов, защиту несовершеннолетних от нежелательной информации, персональных данных и пр.), рассмотрим не менее важные вопросы защиты частных прав в цифровой среде, а именно защиту интеллектуальной собственности - прежде всего объектов авторского и смежных прав, средств индивидуализации от незаконного использования в Интернете.

С момента появления глобальной информационной сети до настоящего времени, когда Интернет становится средой, где сосредотачивается гражданский оборот, прошло не так много времени. При этом уже очевидно, что Интернет как виртуальная реальность стал зоной наиболее высокого риска именно для объектов интеллектуальной собственности в силу их нематериального, бестелесного характера, сделал их наиболее уязвимыми по сравнению с другими объектами гражданских прав.

Довольно быстро возникла проблема определения оптимального баланса, позволяющего развивать возможности новой информационной среды без ущерба для устоявшихся общественных отношений в сфере использования произведений литературы, науки, искусства, товарных знаков, промышленного дизайна и иных охраняемых результатов интеллектуальной деятельности.

Очевидно, что допустить бесконтрольное использование таких результатов нельзя, в то же время многие лица, участвующие в развитии сети, такие как провайдеры услуг по предоставлению доступа в ней, регистраторы доменных имен, обеспечивающие использование владельцами сайтов средств адресации, хостинг-провайдеры, предоставляющие технические средства для работы сайтов, операторы сайтов, позволяющие пользователям размещать и хранить на них информацию (в том числе социальные сети, сайты объявлений, новостные сайты) не могут исключить нарушение пользователем, размещающим на сайте какую-либо информацию, авторских прав третьих лиц, прав на товарный знак, иных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации.

Именно в результате рассмотрения исков правообладателей к таким лицам стало понятно, что даже повышенная осмотрительность операторов таких услуг не может исключить нарушений и привлекать их к ответственности только за то, что они создали возможность нарушения, не следует.

Первые дела подобного рода рассматривались еще в середине 90-х годов прошлого и века преимущественно в США, в отношении таких компаний как America On Line, Netcom и иных компаний, предоставляющих пользователем средства распространения информации. В судах сформировались правовые позиции, которые нашли отражение в важнейшем для Интернет-индустрии законодательном акте - Акте об авторском праве в цифровом тысячелетии (Digital Millennium Copyright Act – DMCA, далее – Акт тысячелетия), раздел 512 которого, включенный специальным актом - Актом об ограничении ответственности авторских прав в интернете (Online Copyright Infringement Liability Limitation Act (OCILLA) устанавливает регламент обработки субъектами, предоставляющими различные услуги в сети Интернет, обращений правообладателей, соблюдение которых позволяет им не отвечать за нарушение авторских прав, находясь в положении так называемых «safe harbors» (безопасных гаваней), то есть не требующих от них предварительного контроля содержания размещаемых и передаваемых пользователями материалов.

Несколько позднее, в 2000 году акт, учитывающий особенности правового положения таких субъектов, появился в Европе - Директива 2000/31/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза "О некоторых правовых аспектах информационных услуг на внутреннем рынке, в частности, об электронной коммерции (Директива об электронной коммерции)", раздел 4 которого посвящен отношениям с участием информационных посредников.

Таким образом, понятие информационного посредника появилось в законодательстве стран, вносящих наибольший вклад в развитие Интернета и

для которых рассматриваемая проблема ответственности информационных посредников стала актуальной ранее, чем в других государствах.

В России особенности правового положения информационного посредника впервые были сформулированы в Постановлении Президиума ВАС РФ от 23.12.2008 N 10962/08 по делу N А40-6440/07-5-68⁶²⁶, в котором правообладатель добивался ответственности хостинг-провайдера за размещение на обслуживаемым им сайте музыкальных произведений без согласия правообладателя.

Высшая судебная инстанция восприняла подходы Акта об авторском праве в цифровом тысячелетии США и Директивы ЕС об электронной коммерции, указав, что судам следует учитывать степень вовлечения провайдера в процесс передачи, хранения и обработки информации, возможность контролировать и изменять ее содержание. Провайдер не несет ответственности за передаваемую информацию, если он не иницирует ее передачу, не выбирает получателя информации, не влияет на ее целостность, а также принимает превентивные меры по предотвращению использования объектов исключительных прав без согласия правообладателя.

В Постановлении Президиума от 01.11.2011 N 6672/11 по делу N А40-75669/08-110-609⁶²⁷ Высший Арбитражный Суд РФ дополнил аргументацию особого подхода к регулированию отношений с участием информационных посредников, рассматривая дело по иску обладателя прав на фотографические произведения, размещенных незаконно на нескольких сайтах, к хостинг-провайдерам таких сайтов.

Суд указал, что при рассмотрении таких дел судам необходимо проверять: получил ли провайдер прибыль от деятельности, связанной с использованием исключительных прав других субъектов, которую осуществляли лица, пользующиеся услугами этого провайдера; установлены ли ограничения объема размещаемой информации, ее доступности для неопределенного круга пользователей, наличие в пользовательском соглашении обязанности пользователя по соблюдению законодательства Российской Федерации при размещении контента и безусловного права провайдера удалить незаконно размещенный контент; отсутствие технологических условий (программ), способствующих нарушению исключительных прав, а также наличие специальных эффективных программ, позволяющих предупредить, отследить или удалить размещенные контрафактные произведения. Судам следует также оценивать действия провайдера по удалению, блокированию спорного контента или доступа нарушителя к сайту при получении извещения правообладателя о факте нарушения исключительных прав, а также в случае иной возможности узнать (в том числе из широкого обсуждения в средствах массовой информации) об использовании его интернет-ресурса с нарушением исключительных прав других лиц. При отсутствии со стороны провайдера в течение разумного срока

⁶²⁶ Вестник ВАС РФ. 2009. № 5.

⁶²⁷ Вестник ВАС РФ. 2012. № 2.

действий по пресечению таких нарушений либо в случае его пассивного поведения, демонстративного и публичного отстранения от содержания контента суд может признать наличие вины провайдера в допущенном правонарушении и привлечь его к ответственности. Учитывая современное развитие сети Интернет, такая правовая позиция может быть применена и при привлечении к ответственности владельцев социальных и файлообменных интернет-ресурсов.

В законодательстве данный подход нашел свое отражение несколько позднее, когда Федеральным законом от 02.07.2013 N 187-ФЗ (ред. от 12.03.2014) "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам защиты интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационных сетях"⁶²⁸ в Гражданский Кодекс РФ была введена новая статья 1253.1.

Содержание статьи во многом содержит правила, уже выработанные на тот момент и активно применяемые в судебной практике.

На Постановления ВАС РФ от 23.12.2008 N 10962/08 и от 01.11.2011 N 6672/11 до настоящего времени ссылаются суды, например, Верховный Суд РФ в Определении от 05.03.2019 N 302-ЭС19-2387 по делу N А19-28503/2017⁶²⁹. В указанном деле имело существенное значение установить, приняты ли информационным посредником необходимые и достаточные меры для предотвращения нарушения.

Правообладатель обратился к хостинг-провайдеру с претензией, потребовав заблокировать работу сайтов, содержащих воспроизведение произведений декоративно-прикладного искусства. Получив претензию, информационный посредник обратился к администратору сайта для урегулирования разногласий. Согласно возражениям администратора сайта права на спорные произведения принадлежали именно ему, элементы оформления были разработаны им самостоятельно. Поскольку названный сайт, на котором были размещены спорные произведения, провайдер заблокировал до получения от администратора сайта ответа на претензию истца, и такой ответ был получен, администратор сайта разблокировал сайт.

Судами такие действия были признаны соответствующими критериям необходимости и достаточности и соответствующими положениям подпункта 2 пункта 3 статьи 1253.1 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Вопрос соответствия действий информационного посредника, получившего заявление о нарушении прав, которое информационный посредник способен прекратить, критериям необходимости и достаточности является одним из основных вопросов в подобных ситуациях. Так, в рассмотренном выше деле хостинг-провайдером применена модель взаимодействия провайдера с право-

⁶²⁸ Собрание законодательства РФ, 08.07.2013, N 27, ст. 3479.

⁶²⁹ http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/9286911c-c916-42a7-961b-a9f7099fa1e9/d141516b-a387-422b-9542-cbe7651bce2c/A19-28503-2017_20190305_Opredelenie.pdf (дата обращения - 26.05.2019).

обладателем и пользователем, разместившим спорный контент, регламентированная Актом тысячелетия. Данную модель используют не только американские компании (например, Facebook, Google), но и некоторые российские (например, ООО «В контакте»). Эта модель никак не регламентирована российским законодателем, но в силу своей простоты и возможностям правообладателей быстро устранять очевидные нарушения, а информационному посреднику – избежать участия в споре, она активно применяется на практике.

При этом существует потребность в законодательной регламентации действий информационного посредника в случае получения им претензий правообладателя. Из текста ст. 1253.1 следует, что законодатель предусмотрел появление такой регламентации. В частности, указано что «перечень необходимых и достаточных мер и порядок их осуществления могут быть установлены законом». Но до настоящего времени такого регулирования не появилось. Информационные посредники устанавливают собственные правила, с которыми должны ознакомиться и согласиться пользователи соответствующих ресурсов.

Представляется, что более удачное общее регулирование, чем предусматривает Акт тысячелетия, вряд ли возможно для того разнообразия отношений, который возникают между правообладателями, пользователями и информационными посредниками. Разнообразие объектов интеллектуальных прав, различных способов их использования онлайн, различные технические функции, выполняемые информационными посредниками, существенно затрудняют какое-либо общее более детальное регулирование.

При этом необходимо учесть, что информационный посредник не может нести бремя оценки обоснованности поступивших претензий, то есть разрешать вопросы принадлежности исключительных прав, наличия заимствований, определения сходства товарных знаков и прочие непростые вопросы с риском несения ответственности за такие решения. Неправильно требовать от информационных посредников такой квалификации и отвлечения значительных ресурсов для такой деятельности.⁶³⁰

Но информационные посредники получают и необоснованные претензии. Как в этих условиях создать механизм, учитывающий законный интерес информационного посредника свести к минимуму издержки на рассмотрение обращений и необоснованное удаление или отказ от удаления информационных материалов? И как при этом не нарушать презумпцию добросовестности

⁶³⁰ Несмотря на то, что новая Директива ЕС 2019/790 об авторском праве и смежных правах на Едином цифровом рынке от 17.04.2019 в отношении крупных информационных посредников – лидеров рынка (таких как Google, Youtube, Facebook) повышает стандарт их осмотрительности для недопущения нарушения прав (фактически вынуждая иметь средства предварительной фильтрации контента), указанные меры - скорее вызов к саморегулированию и последствия введения таких практик многими из них. Такие новеллы направлены более на обеспечение добросовестной конкуренции и противодействие недобросовестным практикам, когда платформы, используя недостаточность регулирования, получают преимущества вследствие возможности поддержки доступа к незаконному контенту // https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2019.130.01.0092.01.ENG (дата обращения – 23.05.2019).

и разумности действий отправителей таких обращений? Представляется, что таким решением является правила об ответственности отправителя претензии за ее заведомую необоснованность. При этом такие правила должны эффективно реализовываться на практике. Это предполагает, что все обращения должны быть персонифицированы⁶³¹, содержать достоверную информацию об отправителе, об объекте интеллектуальных прав, которые он полагает нарушенными, о полномочии отправителя действовать в защиту этих прав. Такая ответственность создаст предпосылки для более быстрой реакции на обращения, освободит от необходимости представления значительного количества доказательств.⁶³² Ведь любые документы, которые запрашиваются информационными посредниками для подтверждения обоснованности претензий, могут включать информацию, доступ к которой ограничен в соответствии с законом (например, персональные данные, информация, охраняемая как коммерческая тайна) и их раскрытие информационному посреднику может быть невозможно и (или) связано с существенным риском бесконтрольного распространения. Информационный посредник таким образом не будет выполнять функцию арбитра, разрешая вопросы принадлежности исключительных прав, действительности предоставленных прав использования результатов интеллектуальной деятельности, наличие у лица полномочий действовать от имени правообладателя⁶³³, и прочие вопросы.

⁶³¹ Вопрос авторизации в сети Интернет также является один из актуальнейших вопросов повестки дня законодателей и практиков – Материал круглого стола «Электронный» гражданский оборот: форма сделок, идентификация лиц, государственная регистрация, доказательства. Петербургский Международный Юридический Форум, 2019 // <https://broadcast.comdi.com/watch/e9910blh?fbclid=IwAR2ViRVZ50Lcf442d71viS0YjA8CAgrcTyw7vqZNRcYSBmIl9W6R9aWReSE> (дата обращения – 23.05.2019).

⁶³² Так, например ООО «Яндекс» просит приложить к заявлению следующие документы: Надлежащим образом заверенные копии документов, подтверждающих наличие у заявителя исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, в отношении которых направляется заявление, и приводит их примерный перечень: свидетельство ФИПС о регистрации программы для ЭВМ; договор авторского заказа на создание произведения с соответствующими приложениями (включая техническое задание на создание произведения) и акт о выполнении по нему работ, подтверждающие передачу исключительных прав на соответствующее произведение правообладателю, направляющему претензию, и соответствие результата работ условиям технического задания; договор о передаче исключительных прав на соответствующее произведение, акт передачи прав (подтверждающий их фактическую передачу), а также документы, подтверждающие обладание лицензиаром соответствующими исключительными правами, которые он передал по указанному договору правообладателю; в случае создания произведения работником организации: трудовой договор с работником (автором); задание на создание произведения; заключение комиссии о соответствии произведения требованиям, установленным заданием; прокатные удостоверения, а также удостоверения национального фильма; другие документы, подтверждающие исключительные права заявителя на результаты интеллектуальной деятельности. // <https://yandex.ru/support/direct/qanda/complaints-ipr.html> (дата обращения - 21.05.2019).

⁶³³ Полагаю, обращение не обязательно должно исходить от правообладателя. В условиях современного информационного общества и сложных, многоуровневых отношений по использованию различных объектов интеллектуальных прав любое заинтересованное лицо

Правило о том, что информационный посредник должен прекратить доступ к спорному контенту после получения обращения и предоставить пользователю, разместившему контент, право на возражение, при условии, что автор обращения обязан возместить убытки в случае, если его обращение необоснованно, в наибольшей степени соответствует цели защиты интеллектуальных прав. Такое регулирование не будет противоречить конституционному принципу свободного распространения информации.

Так, во Франции п. 4 ст. 6 Закона «О доверии в цифровой экономике»⁶³⁴ введена уголовная ответственность за недостоверные сведения о нарушении прав, содержащиеся в обращении. Это позволяет информационным посредникам блокировать контент по первому обращению, полагаясь на его обоснованность. Для России подобное публично-правовое регулирование представляется несколько несвоевременным. Но установить, что лицо, доступ к материалам которого был прекращен по обращению другого лица, вправе вместо возмещения убытков требовать выплаты компенсации, по аналогии с правилами о компенсации за нарушение интеллектуальных прав ст.ст. 1301, 1311, 1406.1, 1515, 1537 ГК РФ, представляется возможным и необходимым.

Разумная и справедливая компенсация, устанавливаемая судом, вместо возмещения убытков, характер и размер которых сложно оценить (например, если в результате блокировки некоторое время не работал сайт, был недоступен блог или профиль в социальной сети) в указанных отношениях будет наиболее подходящим средством.

Такое регулирование обеспечит действие презумпции добросовестности и разумности автора обращения о прекращении доступа к контенту и освободит информационного посредника от необходимости оценки обоснованности его требований об удалении информации.

Ключевым вопросом в этих отношениях останется другой значимый вопрос – вопрос технической возможности у информационного посредника прекратить нарушение. Если таковая имеется, она должна быть осуществлена информационным посредником в силу общеправового принципа недопустимости содействия противоправному поведению. Ситуации, когда информационному посреднику известно о нарушении права, но он ссылается на отсутствие законных оснований для принятия мер по прекращению нарушения, не должны возникать.

Введение правил об ответственности за необоснованные обращения о блокировке контента позволит установить должный баланс интересов в цифровой среде, сохранит в информационном обществе «безопасные гавани»,

должно иметь возможность требовать прекращения нарушения (см. также: Нюняев В.О. Актуальные проблемы защиты прав на товарные знаки в сети Интернет // E-commerce и взаимосвязанные области (правовое регулирование): сборник статей / А.А. Богустов, О.Н. Горохова, Д.А. Доротенко и др.; рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2019. 448 с. Справочно-правовая система «Консультант Плюс»).

⁶³⁴ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000801164> (дата обращения - 29.03.2018).

оставляя пользователям широкую свободу, ограниченную только необходимостью соблюдения тех прав других лиц, которые последние готовы ответственно защищать.

*А.П. Путило,
старший инспектор ФГКУ
«Специальное управление ФПС № 3
МЧС России» г. Москва*

Маркировка товаров и контрольно-кассовая техника

В 2019 г. становится обязательной маркировка некоторых потребительских товаров. Это нововведение напрямую коснется также предпринимателей, применяющих контрольно-кассовую технику⁶³⁵.

На Федеральном портале проектов нормативных правовых актов идет процесс обсуждения проекта постановления Правительства РФ «Об установлении дополнительного обязательного реквизита кассового чека или бланка строгой отчетности»⁶³⁶, согласно которому вводится новый реквизит чека – «код товара». Правильно ли мы понимаем, что продавцам придется указывать в кассовом чеке напротив каждой товарной позиции код маркировки?

Проект постановления Правительства Российской Федерации «Об установлении дополнительного обязательного реквизита кассового чека или бланка строгой отчетности» разработан Министерством финансов Российской Федерации в соответствии с пунктом 5 статьи 4.7 Федерального закона от 22 мая 2003 г. № 54-ФЗ «О применении контрольно-кассовой техники при осуществлении расчетов в Российской Федерации» (в редакции Федерального закона от 31 декабря 2017 г. № 487-ФЗ «О внесении изменений в статью 4⁷ Федерального закона «О применении контрольно-кассовой техники при осуществлении наличных денежных расчетов и (или) расчетов с использованием электронных средств платежа» и статьи 5 и 8 Федерального закона «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации»).

Проект постановления направлен на установление дополнительного обязательного реквизита кассового чека или бланка строгой отчетности – «код товара», который позволит идентифицировать товар или код товарной номенклатуры.

⁶³⁵ <http://regulation.gov.ru/projects#npra=83683>; п. 5 ст. 4.7 Закона от 22.05.2003 N 54-ФЗ (ред., действ. с 01.01.2019)

⁶³⁶ ПОЯСНИТЕЛЬНАЯ ЗАПИСКА к проекту постановления Правительства Российской Федерации «Об установлении дополнительного обязательного реквизита кассового чека или бланка строгой отчетности» // <https://regulation.gov.ru/projects#npra=83683>

Как сказано в пояснительной записке: проект постановления не противоречит положениям Договора о Евразийском экономическом союзе, а также положениям иных международных договоров Российской Федерации.

Сказано, что Проект постановления не содержит положений, вводящих или способствующих введению избыточных административных и иных ограничений и обязанностей для заинтересованных лиц, а также положений, способствующих возникновению необоснованных расходов бюджетов всех уровней бюджетной системы Российской Федерации, с чем конечно трудно согласиться так как потребует от предпринимателей интеллектуальных, организационных, материальных и иных видов затрат.

Так, чтобы реализовать намеченное необходимо ККТ подключить к единой системе мониторинга.

Ведь с помощью маркировки в режиме реального времени будет фиксироваться не только производство (ввоз на территорию РФ), но и продажа каждой единицы маркированного товара. Нанесенный код будет считываться сканером и с помощью кассовой программы переноситься на кассовый чек. Отдельно отметим, что этот код может быть использован покупателями в целях проверки товара на предмет оригинального происхождения. Поэтому и предполагается появление дополнительного обязательного реквизита кассового чека, который должен обеспечить идентификацию товара или кода товарной номенклатуры.

Замены контрольно-кассовой техники не потребуется. Предполагается, что для реализации маркированных товаров необходим новый фискальный накопитель, однако тем пользователям ККТ, у которых уже есть касса, будет предоставлена возможность доработать с действующими накопителями до окончания срока действия ключа фискального признака. Возможно, пользователям придется обновить соответствующее программное обеспечение для своей ККТ. код товара будет задан программным обеспечением для каждого товара и его проставление в чеке будет автоматическим.

Маркировка затрагивает не только маркируемую продукцию, подлежащую обязательной маркировки.

Предполагается, что для всех остальных категорий товаров в поле "код товара" будет записывается код товарной позиции согласно ТН ВЭД ЕАЭС. Но для того чтобы записать код ТН ВЭД в чек, его предварительно нужно найти и сохранить в своей базе данных по товарам по каждой номенклатурной позиции. Даже если база небольшая, это может занять довольно много времени.

В настоящее время отсутствует сложившаяся практика использования товарной номенклатуры внешнеэкономической деятельности при розничных продажах.

Предприниматели, которые на УСН, ПСН, ЕНВД, ЕСХН, могут не указывать товарные позиции в кассовом чеке до 2021.

Напомним, что в целях реализации Указа Президента Российской Федерации от 23 января 2015 г. N 31 «О дополнительных мерах по противодействию незаконному обороту промышленной продукции»⁶³⁷ была принята «Стратегия по противодействию незаконному обороту промышленной продукции в Российской Федерации на период до 2020 г. и плановый период до 2025 г.», утвержденная распоряжением Правительства РФ от 5 декабря 2016 г. N 2592-р⁶³⁸.

В целях реализации указанной стратегии принят **Федеральный закон от 25 декабря 2018 г. N 488-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» и статьи 4.4 и 4.5 Федерального закона «О применении контрольно-кассовой техники при осуществлении расчетов в Российской Федерации»⁶³⁹ направленный на защиту от фальсифицированных или контрафактных товаров в России. С этой целью создается единая информсистема мониторинга оборота маркированных товаров, которая постепенно должна охватить все отрасли промышленности. Правительство будет включать такие товары в специальный перечень. На них будут наносить машиночитаемый код маркировки, состоящий из кода идентификации и кода проверки. Система сможет проследить движение таких товаров от производителя до конечного потребителя.**

В настоящее время маркируется алкогольная продукция, с 01.03.2019 *маркировка табачных* изделий становится обязательной (распоряжение Правительства РФ от 28.04.2018 N 792-р) [6]⁶⁴⁰. Согласно Федеральному закону от 29.07.2018 N 272-ФЗ, с марта 2019 года в России допускается оборот только тех сигарет, которые прошли обязательную маркировку средствами идентификации.

В 2019 году планируется присоединить ещё 12 категорий, а в 2024 году рассчитывается присоединить все группы товаров.

Принятые нормы позволят создать эффективную комплексную систему противодействия незаконному обороту товаров и внедрить единую национальную информационную систему маркировки и прослеживаемости оборота товаров.

⁶³⁷ Указ Президента РФ от 23.01.2015 N 31 (в ред. от 13.11.2018) «О дополнительных мерах по противодействию незаконному обороту промышленной продукции» // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 23.01.2015.

⁶³⁸ Распоряжение Правительства РФ от 5 декабря 2016 г. N 2592-р // Официальный интернет-портал правовой информации www.pravo.gov.ru 9 декабря 2016 г.

⁶³⁹ Федеральный закон от 25 декабря 2018 г. N 488-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» и статьи 4.4 и 4.5 Федерального закона «О применении контрольно-кассовой техники при осуществлении расчетов в Российской Федерации» // Официальный интернет-портал правовой информации (www.pravo.gov.ru) 25 декабря 2018 г.

⁶⁴⁰ Распоряжение Правительства РФ от 28 апреля 2018 г. N 792-р // Официальный интернет-портал правовой информации" (www.pravo.gov.ru) 4 мая 2018 г.

*М.В. Савельева, канд. юрид. наук, доцент кафедры
гражданского права и гражданского процесса
СПб университета МВД России*

Гражданско-правовое регулирование очередности исполнения денежных обязательств в России

Очередность погашения требований по денежному обязательству при недостаточности суммы платежа изложены в ст.319 ГК РФ. Данные правила направлены на защиту интересов кредитора.

Как отмечает проф. С.В. Сарбаш «так как именно его (кредитора – прим. автора) права нарушены должником, он нуждается в защите, а должника следует стимулировать к своевременному исполнению обязательства»⁶⁴¹. Такой порядок характерен для большинства современных кодификаций и международных актов унификаций частного права. Прежде всего погашаются (1) издержки кредитора по получению исполнения, затем (2) проценты, а в оставшейся части (3) основная сумма долга.

Поскольку тело долга погашается в последнюю очередь, проценты начисляются на невозвращенную сумму до ее полного погашения. Установленная очередность не может быть в одностороннем порядке изменена должником, в свою пользу. Поэтому указание должником в платежном документе назначения уплачиваемой им суммы (например, возврат основной суммы долга по кредитному договору) само по себе не имеет значения при определении порядка погашения его обязательств перед кредитором, которое осуществляется по правилам ст.319 Кодекса⁶⁴².

Буквальное толкование рассматриваемой нормы позволяет определить ее диспозитивный характер. Возможность изменения очередности погашения денежных обязательств заинтересованных участников оборота с сильного переговорной позицией, привели к злоупотреблениям кредиторов. Ссылаясь на диспозитивность, в договоры включаются крайне невыгодные условия о погашении неустойки и иных санкции, а только после проценты за пользование деньгами и основную сумму долга. При такой конструкции размер задолженности искусственно увеличивается, должник фактически теряет возможность исполнить свое обязательство перед кредитором.

Злоупотребления со стороны кредиторов и взыскание при недостаточности суммы платежа в первую очередь процентов-ответственности по ст.395 ГК РФ подтолкнуло судебную практику выработать ограничительное толкование правил диспозитивности норма ст. 319 ГК РФ. Договоренность о погашении

⁶⁴¹ Сарбаш С.В. Элементарная догматика обязательств: Учебное пособие / Исслед. центр частн. права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, Рос. школа частн. права. – М.: Статут, 2016. С.81.

⁶⁴² Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 20 октября 2010 г. № 141 // сайт Zakon.ru (<https://zakon.ru/publication/igzakon/463/>) / Посмотрено: 05.03.2019

суммы основного долга при недостаточности суммы платежа по денежному обязательству не ставится под сомнение (п.2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 октября 2010 № 141, п.37 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Однако соглашением сторон может быть изменен порядок погашения только тех требований, которые названы в ст.319 ГК РФ⁶⁴³.

Спор об ограничительном толковании и правоприменении судами диспозитивности ст.319 ГК РФ неоднократно критиковался учеными. Так, А.Г. Карапетов, критикуя подходы судебной практики не признающей право сторон своим соглашением определять, что в первую очередь будет погашаться начисленные проценты за нарушение договора неустойки и только после их погашения платеж пойдет в счет покрытия тела основного долга, высказал предположение, что суды игнорируют положение ст.421 ГК РФ о свободе договора⁶⁴⁴.

На отсутствие императивности ст.319 ГК РФ указывает и Р.С. Бевзенко, уточняя при этом, что соглашением сторон можно изменить порядок погашения денежных обязательств по сравнению с тем, как он определен названной статьей ГК РФ⁶⁴⁵.

Единая позиция была достигнута после разъяснений Президиума ВАС РФ, который разъяснил, что нормы ст.319 ГК РФ не направлены на регулирование отношений, связанных с привлечением должника к ответственности за нарушение обязательства, а призваны определить порядок исполнения денежных обязательств, принятых последним в рамках договора.

Соглашение об уплате процентов, являющихся мерой гражданско-правовой ответственности, предусмотренные ст.395 ГК РФ, ранее требований, названных в ст.319 ГК РФ, противоречит смыслу данной статьи и является ничтожным в силу нарушения требований закона.

Финансовые санкции погашаются после суммы основного долга. Такой подход к применению ст. 319 ГК РФ нельзя признать ограничивающим свободу контрагентов определять очередность погашения денежных обязательств. Частичное погашение денежных обязательств, по основному долгу, не запрещает должнику добровольно погасить неустойку как до, так и после требований кредитора. Также не получивший исполнения в виде основной суммы долга кредитор, не лишается права предъявить судебные требования о взыскании с должника неустойки или иных финансовых санкций. Норма 319 ГК РФ является *generalis regula*.

⁶⁴³ Обзор судебной практики по делам, связанным с защитой прав потребителей финансовых услуг // Бюллетень Верховного Суда РФ, N 10, октябрь, 2018.

⁶⁴⁴ Карапетов А.Г. Свобода договора и пределы императивности норм гражданского права // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11. С.114-115 (доступно в Интернете по адресу: https://www.m-logos.ru/img/file/1214220713_karapetov_a.g._-_svoboda_dogovora_i_imperativnyye_normy.pdf).

⁶⁴⁵ Бевзенко Р.С, Порядок погашения требований кредитора по денежному обязательству: частный вопрос проблемы несправедливых договорных условий // Вестник ВАС. 2010. №12. С.53.

Иная очередность погашения требований по денежному обязательству также может быть предусмотрена специальными нормами закона. Например, к отношениям по договорам потребительского кредита (займа), заключенным после введения в действие Федерального закона от 21 декабря 2013 г. N 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)», подлежит применению очередность погашения требований, предусмотренная ч. 20 ст. 5 указанного закона.

Созданные правила заставляют регулятора финансовых услуг следить за интересами людей, а не банков, кредиторов инвестиционных фирм и лизинговых компаний, что должно принести пользу не только потребителям, но и всей экономике в целом.

РАЗДЕЛ VI

**СТАТЬИ УЧАСТНИКОВ СЕКЦИИ
«УГОЛОВНОЕ ПРАВО И УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС»**

**Ответственный за организацию работы секции – доцент кафедры
уголовного права и уголовного процесса, канд. юрид. наук,
доцент О.А. Чабукиани**

MARIO ANTINUCCI
Prof. of Criminal Procedure
Sapienza University of Rome,
Criminal lawyer of Supreme Court

**Investigative use of the computer virus in criminal trials and the defensive
guarantees with a part of the law being established on blockchain**

Summary: 1. Foreword – 2. The mechanism of asymmetric cryptography and its use. The RSA algorithm: an almost absolute reliability system – 3. Possible application of asymmetric cryptography in the field of criminal interceptions by insertion of computer sensors – 4. Blockchain: open and distributed registry to record transactions between two linked blocks – 5. Possible application of the block chain in the field of criminal interceptions by computer captator

1. Foreword

In line with it has already been represented by the Legal Forum of St. Petersburg in May of 2018 the blockchain system can be applied to the criminal justice system⁶⁴⁶

The present contribution pursues the intent to provide a critical reading of Legislative Decree n. 216/2017 laying down provisions concerning interceptions of conversations or communications between those present, paying particular attention to the practical aspects.

After the recent changes in Italy of the Code of Criminal Procedure in the field of interceptions by insertion of computer virus, emerges a discipline still little attentive to possible intrusions, adulteration, omissions in the intercepted material such as to hinder the integrity and certainty of the probative material.

Paragraph 2 to art. 89 ter disp. att. c.p.p., added by art. 5 of D. Lgs. 216/2017, has thus laid down: "*In the cases provided for in paragraph 2a, intercepted communications shall be transferred after the acquisition of the necessary information on the technical safety and reliability conditions of the transmission network, exclusively to the works of the prosecutor's Office of the Republic. Constant integrity*

⁶⁴⁶ ANTINUCCI, *Global aspects of counterfeiting and criminal strategy*, in "Law and Modern Economy", International Scientific-Practical Conference of the Law Faculty - April 5th, 2018, Saint Petersburg State University of Economics, UNECON Press, 2018; www.lfacademy.ru

checks are carried out during the transfer of data in order to ensure the integral correspondence between intercepted and transmitted and recorded"⁶⁴⁷.

It is clear that the rule does not clarify which subjects are responsible for transferring intercepted communications, nor what are the constant integrity checks capable of ensuring full correspondence between when intercepted and what is transmitted and registered.

Therefore, through an analysis of computer tools such as asymmetric cryptography and blockchain, this contribution, in a perspective of the law being established, hypothesizes their possible use in the system of data collection and telematics.

These tools, in fact, as best you will see in the continuation, could preserve the material intercepted by any intrusion, sophistication, omission.

Through the system of asymmetric cryptography, the contents of the chip can be decrypted and then decoded only by the possessor of the key that allows it to be deciphered. This means that the intercepted material can only be known by the one who holds such a key, thus preventing the captations from being able to become acquainted with third parties.

Moreover, through the block chain (to the letter "chain of blocks"), the material picked up cannot be eliminated or modified, preserving its integrality.

2. The mechanism of asymmetric cryptography and its use. The RSA algorithm: an almost absolute reliability system

Cryptography (from the greek κρυπτός, that means "*hidden*", and γραφία, which means "*writing*") is the branch of cryptology that deals with hidden scriptures, or methods to make a message blurred so as not to be understandable, intelligible to people not authorize to read it. Such a message is called cryptogram and the methods used are called encryption techniques.

Each cryptography system has two essential parts: an algorithm (to encode and decode) and a "key", which is composed of information that, combined with the text "in clear", passed through the algorithm, will then give the encoded text. Conversely, providing the decryption key and coded text will be possible to trace the text "in clear"⁶⁴⁸.

In any modern encryption system, the algorithm is presumed to be known by potential "enemies". It follows that the security of the system lies solely in the secrecy of the key.

The aim is, therefore, to translate the language of the message "in clear" into a new "language" that cannot be understood or translated without the additional in-

⁶⁴⁷ ANTINUCCI, *Il virus informatico nel processo penale*, Roma, 2018; GAITO, *Le nuove intercettazioni ambulanti: tra diritto dei cittadini alla riservatezza ed esigenze di sicurezza per la collettività*, in *Arch. pen.*, 2016, 3, 309; CONTI, *Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2018, 9, 1210.

⁶⁴⁸ ATERNO, *La Cassazione alle prese con il captatore informatico, non convince sull'acquisizione mediante screen shot*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2018, 8, 1063. FILIPPI, *Intercettazioni: una riforma complicate ed inutile*, in *Dir. Pen. e proc.*, 2018, 3, 294.

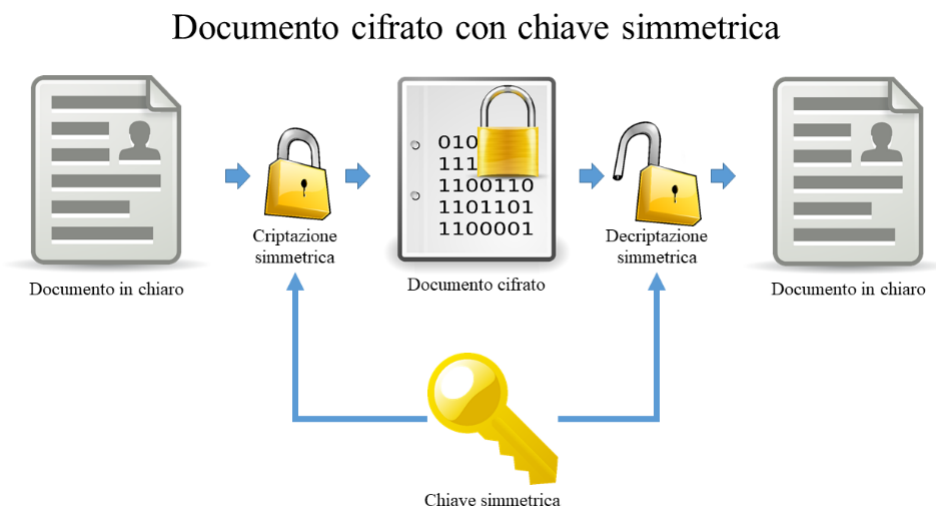
formation provided by the key. To understand this system it might be useful to introduce the concept of entropy, which in the physical field is used to indicate the measure of the amount of disorder in a physical system. In the context, however, of the system of cryptography, this concept could be explained as the absence of information in a communication system.

In a natural language, like the Italian language, entropy is low as there is redundancy and a statistical regularity in terms and characters. In fact, even if some terms or characters of the sentence were absent or incomprehensible, we would be equally able, albeit with approximation, to reconstruct the period.

Otherwise, to prevent or make difficult the possibility that "enemies" decode a message, it will be necessary that the text addressed to us have the highest possible entropy. To understand this concept, it is advisable to hypothesize that our text is composed of a series of random letters and symbols. Only in this way will it be possible to increase the uncertainty of the cryptanalyst.

Until a few years ago, the only existing cryptography system was symmetrical. With this system only one key was used to protect the message and to make it readable again.

However, it was the problem of sharing the encryption key with the recipient of the encrypted message without it being discovered. This way, in fact, anyone in possession of the symmetric key could have produced encrypted documents.



The real novelty was the introduction of a cryptographic technique able to use different keys to encrypt and decipher a message, facilitating the task of distributing the keys.

Asymmetric cryptography, known as a key-pair cryptography, public/private keys cryptography or even public key cryptography, is a type of cryptography, which associates with each subject involved in the communication a pair of keys.

The idea behind asymmetric key cryptosystems is that the encryption key is different from that of decrypting. In fact, if the first key is used for encryption, the latter must necessarily be used for deciphering and vice versa. This means that if one

of the two keys encodes a message, only the other key will allow the owner to read the message.

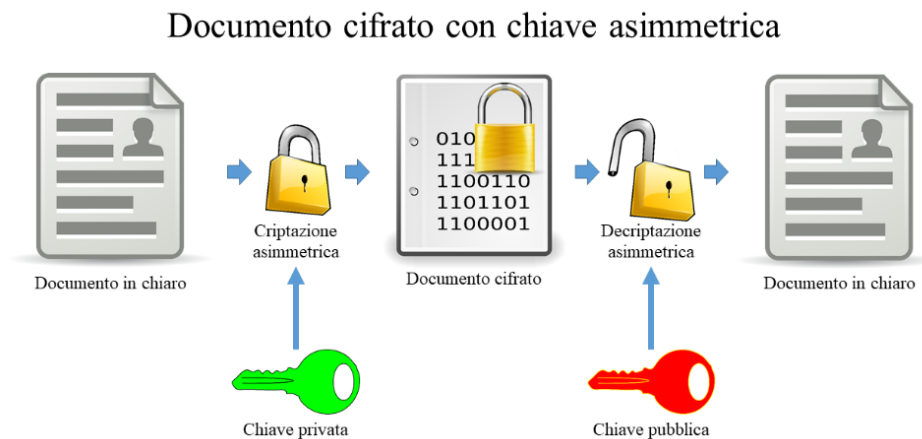
In addition, each subject must hold only one pair of keys. The public keys will be entered in special registers, publicly consultable, from which they can be downloaded at the appropriate time.

Although the two keys are among their employees, it is not possible to trace from one to the other, so that even if you were aware of one of the two keys you could not go back to the other guaranteeing in this way the cryptography.

It is almost unlikely to obtain a key from the other. The keys, in fact, must be independent. The knowledge of one must not grant any useful information to the reconstruction of the other.

This system shows that it is not necessary to hide the keys or the password: there is, in fact, a key for cryptographing (that anyone can see) and one to decipher, that knows only the recipient without having to receive it (to exchange it) from sender.

Therefore, you can distribute your own decryption key (so-called public key) and keep the encryption key secret (so-called private key), which is personal.⁶⁴⁹



It is immediate to deduce that the more the keys are long and the more secure the algorithm of cryptography. In fact, if you use a key too short (compared to the text "in the clear") most likely the algorithm used, at some point in the coding, will have to repeat characters or sequences of characters, thus providing a scheme that the cryptanalyst could exploit to accomplish his work. If this situation is repeated many times, the cryptanalyst may have sufficient material to obtain the decryption key.

⁶⁴⁹ This avoids any problem connected to the need for a safe exchange of the only key useful to the encryption/decryption instead in the symmetric encryption. In traditional symmetric cryptography, a single key is used to encode and decode messages. Therefore, to agree a key with your interlocutor, you need to get in contact with him beforehand (by telephone, sending a message, etc.). In any case, there is a danger that the key will be intercepted on the way, compromising the entire communication system. However, public-key cryptography allows two or more people to communicate confidentially without using the same key, even if they have never met before.

Another important factor to analyze is the number of keys the algorithm can admit.

For example, if the algorithm admits 10,000 keys, an "enemy" with a computational means, it could get the decryption key in a moderate amount of time, thus negating the cryptography system. The technique that tests every possible key is called "brute force Attack".

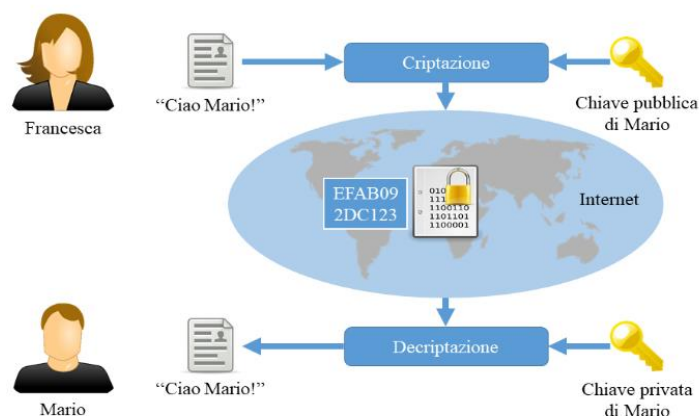
The intent is, therefore, to make as high as possible the work factor needed to break the system of cryptography. In fact, the "enemy" before starting to decode a complex system will probably perform a cost-benefit balance. If the benefit that it may have from decoding the message will be less than the (even economic) effort that it will incur to decode it (or attempt to do so) it most likely desists from that intent.

There are two functions that can be realized: The authentication mode and the confidential one. The first mode allows the possessor of the private key to encrypt the file.

This inevitably guarantees the integrity of the document. In fact, once the document has been deciphered and modified, only the possessor of the private key can encrypt again.

However, confidentiality is not guaranteed for the addressee since anyone holding the public key can decrypt the file. The confidential mode allows, instead, that the confidentiality and integrity of the file are ensured by the fact that only the possessor of the private key can encrypt the file and only those in possession of the public key can decrypt it.

The force of the public key cryptography system is based on the difficulty of determining the private key corresponding to the public key. The guarantee of authenticity (of an encrypted message) depends, therefore, only on keeping the secret private key, while the public key can be published⁶⁵⁰.



⁶⁵⁰ RAZZANTE, *Bitcoin: tra diritto e legislazione*, in *Notariato*, 2018, 4, 383. In this system, the transfer of values takes place between virtual portfolios and each transaction is included in the so-called blockchain. An asymmetric encryption system is used that creates arbitrary-length addresses. Virtual wallets are address aggregators. The block chain gives evidence of: the date and time of the transaction; amount of bitcoin transferred; Payer and beneficiary.

One of the most used algorithms in asymmetric cryptography is the RSA algorithm.

The RSA code is based on a proceeding using primes and mathematical functions that is almost impossible to reverse.

In fact, given two primes it is very easy to establish their product while it is much more difficult to determine, starting from a given number, which primes produced that result after being multiplied between them. This ensures that the security system at the base of public key cryptography is guaranteed.

In practice, the operation of deriving the secret key from that public is too complex to be executed. In fact, the RSA code is considered safe because it has not yet been found a way to factorize very large primes, i.e. find the two primes by knowing their product.

It is evident that an attack on the privacy of a double key system is not feasible in a convenient way. The cryptography programs currently available provide private keys with a robustness that reaches and exceeds the 2048 bits, are therefore virtually unattackable, considering that the time needed to break keys of this type are exponential and It usually goes from a few days to hundreds of years.

3. Possible application of asymmetric cryptography in the field of criminal interceptions by insertion of a computer virus-captator

After introducing the asymmetric cryptography system and the RSA algorithm, it is advisable to reflect on the possible use of such systems in the field of interceptions by means of computer virus. However, before addressing the issue it seems duty to dwell on the people responsible for installing the malware inside portable electronic devices.

In fact, following the reform introduced with D. Lgs. n. 216/2017 was added to art. 268 co. 3a of the C.p.p. the following period: "*For the operations of initiation and termination of the recordings with computer captator on portable electronic device, concerning communications and conversations between the present, the judicial police officer you can make use of suitable persons referred to in art. 348 co. 4 c.p.p.*"⁶⁵¹.

The appropriate persons referred to in art. 348, co. 4, C.p.p. are persons of whom the judicial police use to carry out acts or operations requiring specific technical competences, which may refuse their work.

Such private entities, not belonging to the judicial police, not only can carry out operations relating to interceptions of computer and telematics communications but may also be authorized to avail themselves for such work of installations of their membership.

It follows that there may be no certainty as to the integrity of the material picked up through the private facilities.

⁶⁵¹ ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 1142.

In fact, having provided the installation of the malware on the portable electronic device, the private technician could at any time interfere on the intercepted material compromising its integrity and genuineness, without that it could be a trace of as accomplished.

The appropriate persons referred to in art. 348, co. 4 C.p.p., moreover, could also provide for the deactivation of the virus captator in such a manner as to render it unsuitable for subsequent uses (art. 89, co. 2, quinquies, disp. att., C.p.p.) with the same consequences already illustrated at the point of installation.

For example, we think of the hypothesis that, after the activity of interception, the private, charged by the judicial police, the installation or disabling of the malware, fulfill, only in appearance, ways that make it unfit to Subsequent uses. Despite the interruption of the operation is given in the minutes, the private technician could continue the activity of captation, in fact, never interrupted.

Moreover, the intercepted communications are transferred to the installations of the Prosecutor's Office of the Republic (in accordance with paragraph 2b of art. 89 disp. att., C.p.p., introduced by D. Lgs. 216/2017); the defenders of the parties can listen to the recordings with apparatus available to the archive, but they cannot obtain copies of the recordings and the documents stored therein (art. 89 bis, co. 4, C.p.).

Despite the discipline mentioned in art. 89 co. 2 b, disp. att., C.p.p. states that, during the transfer of data, constant checks of integrity are carried out, in order to ensure the integral correspondence between the intercepted and the transmitted and recorded, to date no decree of the Minister of Justice that establishes the technical requirements of the computer programs functional to the execution of interceptions by insertion of computer sensors on portable electronic device.

Therefore, in order to be able to know the contents of the computer capings only the subjects authorized (judge who proceeds, prosecutor who has arranged the interception and its auxiliaries, the defenders of the parties), one could hypothesize The use of the asymmetric cryptography system in the field of interceptions by means of computer and telematics tools. For this to happen you could imagine the installation in the malware of the key that allows you to encrypt (encode) the intercepted content.

The Prosecutor of the Republic and, more specifically, the Office of the Prosecutor who has arranged the interception, could generate the key pair of asymmetric cryptography (cc.dd. private key and public key).

The decryption key could be kept at the Prosecutor's Office while the corresponding encryption key could be installed in the Trojan program.

After the Trojan has been installed, the malware may send the encrypted data with the key that it encodes, and thus intelligible, to the possessor of the decoding key, which makes the content of the intercept readable.

No third party, through this system, may be able to access data sent to the possessor of the key that decodes and encrypts them with the key it encodes.

The key pair, private and public, could also be generated directly by the Trojan.

It follows that no private technician, instructed by the judicial Police, to install the malware could have the key pair. The Trojan will only generate the key that will allow you to decrypt the content you have picked up.

The key that it decodes could be guarded, during interception, at the Office of the Prosecutor who has arranged the interceptions. At the end of the interception, the decoding key could be used by the Prosecutor and its auxiliaries to hear the contents of the intercepted material. Subsequently, the Office of the Prosecutor could provide the defenders of the parties with the key that allows them to decode to listen to the recordings and to take cognition of the flows of information and telematics Communications (ex art. 268 bis, co. 2, C.p.p.). Remaining within the framework of American jurisprudence, it deserves to remember again how, with the very recent decision *Carpenter v. United States* of June 22, 2018, the Supreme Court, expressing itself by majority, deemed necessary the mandate of the judge in order to Acquire data that allow geolocation through cell phones, penalty violation of the Fourth Amendment to the Federal Constitution, prejudice to the hypothesis of exceptional urgency and severity⁶⁵².

On the other hand, the judges of Strasbourg-in the case *Uzun C. Germany* of 2010 and in case *Ben Faiza C. France* of 2018-considered the satellite stalking an act that interferes with art. 8 of the Convention, albeit to a lesser extent than other instruments characterised by greater⁶⁵³

4. Blockchain: Open and distributed register to record transactions between two linked blocks

We have illustrated how, through the asymmetric cryptography system, the material picked up could only be known by the person able to decrypt its contents with the corresponding public key. However, it is appropriate to understand whether there are computer systems capable of ensuring the integrity of the material intercepted on portable electronic devices. In Many sectors, mainly economic and industrial, it has begun to use a technology based on the logic of the distributed database whose characteristics are, mainly, reliability, transparency, solidity, convenience and irrevocability.

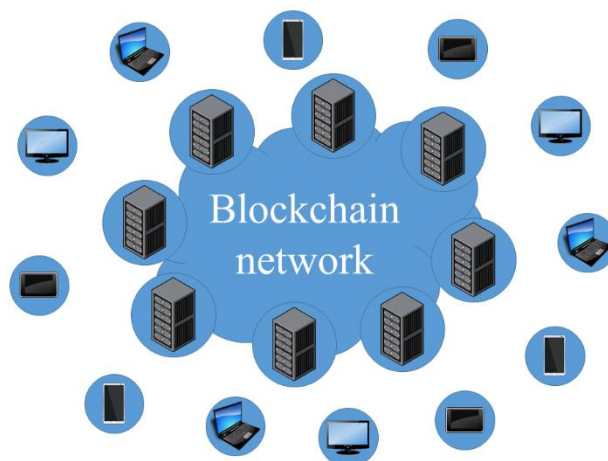
We're referring to the blockchain database.

The Block chain ("block chain") is a decentralized database that stores assets and transactions using peer-to-peer (P2P) networks, i.e. equal networks where all connected users have access to pooled resources to be shared and Exchanged.

In simpler terms, the block chain can be defined as an open log (a public database) and distributed that can store transactions between two parties securely, verifiable, and permanent.

⁶⁵² www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-402_h315.pdf. Cfr. A. Liptak, *In Ruling on Cell-phone Location Data, Supreme Court Makes Statement on Digital Privacy*, in *New York Times*, 22 giugno 2018.

⁶⁵³ Cedu, *Uzun c. Germania*, 2 settembre, 2010, in *Cass. pen.*, 2011, 395; Cedu 8 febbraio 2018, *Ben Faiza c. Francia*, in www.echr.coe.int.org.



We talk about a distributed database because the data is not stored on a single computer but on several machines connected to each other and defined nodes (or servers).

This digital register can only be updated through the consensus of most system participants. Once any information is introduced, you create a time stamp and a link to the previous block. The data, written within the block, cannot be retrospectively altered without any subsequent blockages being modified.

The block chain is, therefore, a continuously growing list of records, called blocks, linked together and made safe through complex mathematical algorithms. Each block in the chain contains an imprint of the previous block, called a hash, (that is, a function that traces the position and associates elements of the blocks themselves), a timestamp, (that is, a time stamp that identifies the time when a certain Operation has occurred) and the transaction data.

Finally, with the block chain it is possible to make irrevocable and at the same time more easily traceable transactions. This ensures that transactions are final, with no chance of being changed or cancelled.

5. Possible application of block chain in the field of criminal interceptions by computer virus-captator

As already stated, the block chain is a distributed and decentralized database. Through a secure and fast validation system, the database nodes record new transactions and validate the precedents, creating a chain of transaction blocks .

Each transaction is immutable, irreversible, and replicated on the various nodes of the system. In addition, the block chain is based on the management, widespread and public, distributed on all nodes that are part of the network and not on a single central authority that must validate the changes.

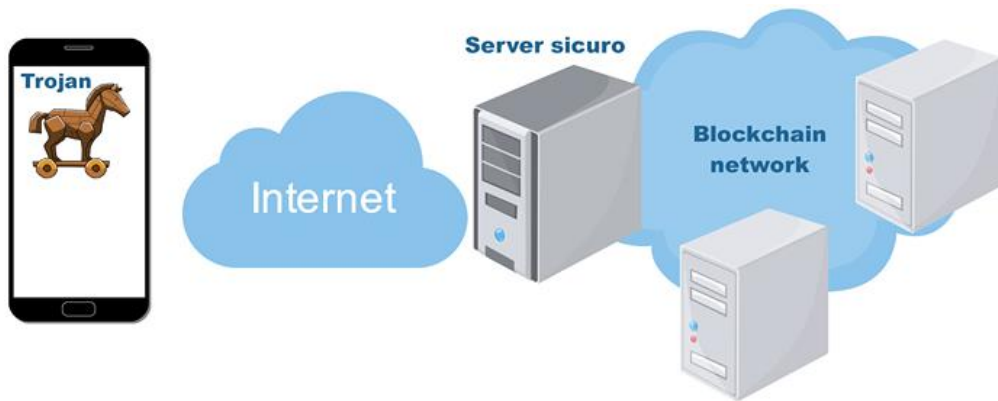
Transparency is, therefore, provided by the same trustless system in which no one must trust a specific authority for the system to function⁶⁵⁴.

It follows that the only way to eliminate the legal risks to the use of conventional it protection technologies is precisely the elimination of the need for recourse

⁶⁵⁴ANTINUCCI, *Il virus informatico nel processo penale*, cit., in www.radioradicale.it/soggetti/231550/mario-antinucci

to human intervention. Just by eliminating the need to use intermediaries, brokers could reduce potential security issues (hacking, corruption, etc.).

In the context of criminal interceptions through a computer scanner, the "Trojan", installed on a portable electronic device, could send, through a secure and encrypted channel (e.g. secure Internet connection, cellular network, etc.) the Interceptions captured to a node (ie, to a server), which could provide for writing in the block chain such interceptions.



Only the use of cryptography ensures that the content intercepted and reported in the chain block can only be known by the possessor of the key that will allow it to decrypt.

If, in fact, you do not use cryptography, the interceptions saved on the chain block would be public and known by all participants in the blockchain.

In addition, the block chain ensures the timestamp — the time at which the lock containing the intercepted data is added to the block chain. However, this time will not correspond to the time the intercept was understood but when the lock is placed in the deployed database. It is still possible to add an additional timestamp through the computer sensor that carries the exact moment of the interception.

To go back to the location of the interception, the Trojan will have access to the tracking devices of the monitored device.

Within the block chain interceptions can not, in any way, be eliminated and their modification will be almost impossible.

How to reconcile this system with the discipline set out in art. 89 disp. att. C.p.p. in the matter of minutes and tapes of interceptions?

As provided for by this rule, the minutes of the operations provided for by art. 268, co. 1, C.p.p. contains an indication of the details of the decree which placed the interception, the description of the registration procedures, the record of the day and the time of initiation and termination of the interception and the names of the persons who took part in the operations.

The tapes containing the recordings are enclosed in special numbered and sealed enclosures and placed in a casing which shows the number of recordings contained, the number of the controlled unit, the names, if possible, of the persons

Which conversations have been listened to and the number that, with reference to the permitted registration, results from the register referred to in art. 267, co. 5, C.p.p.

Intercepted communications are recorded and transactions are drawn up a verbal.

The Minutes and recordings are immediately forwarded to the Prosecutor.

To the defenders of the parties is immediately given notice of the faculty to examine the proceedings and listen to the recordings.

Then the judge will arrange the complete transcription of the recordings of which the defenders can extract copy.

At the Office of the Public Prosecutor is established the archive in which the records are kept, the minutes, the documents and the records of the interceptions to which they agree.

Only the court proceeding and its auxiliaries, the prosecutor and its auxiliaries, including the judicial police officers delegated to the hearing, the defenders of the parties assisted, if necessary, by an interpreter can be accessed in the archive.

Through the block chain it would not be necessary to enclose the recordings in special cases because the same recordings would be contained in the blocks of chains that make up the block chain with precise indication of the moment when it started and interrupted the interception.

The key that allows you to decrypt the interceptions could be kept in the Office of the Prosecutor and used at the end of this investigative activity to decipher. The secret and personal key could, therefore, be provided to the court that proceeds, to the defenders of the parties so that they may know the content of the interceptions as learned by the prosecutor and its auxiliaries, including the officers of Judicial police⁶⁵⁵.

However, the Criminal Judge which proceeds, after having ordered by order, the acquisition of the conversations or notices indicated by the parties, orders the excerpt of the registrations and the minutes of which the use is prohibited.

In this case, it will be necessary to ask if and to what extent it is possible to erase the interceptions on the chain block.

We said that every transaction entered in the block chain cannot be cleared and if it were modified there would be trace of the modified effected.

This problem could not be easily exceeded.

In fact, the key that allows decrypting could not be destroyed but could be kept and not used by its possessor. In this case it would be possible to have only an absolutely intelligible encrypted content within the chain block.

⁶⁵⁵ ANTINUCCI, *Il virus informatico nel processo penale*, cit., in www.radioradicale.it/soggetti/231550/mario-antinucci. GAITO, *Il libro dei sogni ... oltre la riforma della prescrizione*, in *Arch. Pen.*, 2018, 3, 243, www.archiviopenale.it .

*Pietro Maria Sabella,
Ph.D. in Law and Business LUISS Guido Carli*

The use of cryptocurrencies in money laundering and terrorist financing. Description of the phenomenon and of EU regulation strategies development

Summary

1. An introduction. Money laundering and terrorist financing in the age of Internet 2. Cryptocurrencies principal characteristics and related risks of crimes 2.1. The *Blockchain system*. Brief remarks 3. The use of cryptocurrencies in money laundering activities 4. *Cyberlaundering* in a digitalized market 5. Web-jihadism, cryptocurrencies and terrorist financing. Brief comments about a contemporary phenomenon 6. The European Union legal framework on anti money-laundering and terrorist financing 7. A brief focus on the legislative decree n. 90/2017 adopted in Italy. Conclusion.

1) An introduction. Money laundering and terrorist financing in the age of Internet.

The constant evolution of the technological instruments requires to the western legislations the adoption of new indispensable and efficient measures⁶⁵⁶ aimed to create a new preventive and repressive normative framework adequate to fight against those kind of crimes realized using internet or other IT tools.

It is therefore glaringly obvious that this is a reference to the world of *cyber-crimes*, commonly defined as those ones necessarily achievable using an automatic electronic device that performs mathematical or logical function such a computer, but also realizable thanks to the use of new technologies and Internet, to commit a undeterminable variety of traditional crimes which may be committed also through means other than by the use of a computer⁶⁵⁷.

In this context, as far as we are concerned, is firstly necessary to underline how both organized and terroristic organizations and corporate criminality started to use internet to improve their illicit profits avoiding the law, generally provided to prevent and to repress conducts put in place in the material reality.

Secondly, we have to highlight how these two difference criminal worlds began to share offensive and illicit strategies. The strong interrelationship developing⁶⁵⁸ between the world of corporate crimes and organized crime is more and more evident in Europe. Little by little the world of extortion, drug trafficking, kidnapping, human trafficking and other typical organized criminal association offences is

⁶⁵⁶ About the new relation between law and new technologies, cfr. JOHNSON - POST, *The Rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 1996, p. 1367.

⁶⁵⁷ *Ex multis*, cfr. GILLESPIE, *Cybercrime, Key Issues and Debates*, Oxon-New York, Routledge, 2016; MANACORDA - FLOR, *Cyber-criminality: finding a balance between freedom and security*, Milano, 2012, pag. 14; PICOTTI, *La "nozione di criminalità informatica" e la sua rilevanza per le competenze europee*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 2011, pag. 4.

⁶⁵⁸ Talks about that SAVONA, *Economia e criminalità*, in *Enc. Scien. Soc.*, Roma, 2001.

getting linked to the “world of economy and enterprises” through the mechanism of money laundering that gives both to the entrepreneur and to the criminal organization the possibility to generate easily a cash flow re-employable in the market. In other words, we can definitively affirm that money laundering is the offensive mechanism through which criminality and business talk. These two different worlds are moving to the same direction and this means that – in some ways - the two distinct kind of crimes are getting confused into one, such as “economic organized crime”. This phenomenon is polluting the global economy, thanks also to the transnazionalization, specialization and professionalization of organized and terroristic crime in supplying economic services.

2. Cryptocurrencies principal characteristics and related risks of crimes.

As anticipated, new technologies and internet services are facilitating criminal organizations in laundering money, since – as it is possible to imagine – for instance, is quite easy to make online transaction in a international context using the own internet banking service⁶⁵⁹.

That can be realized using the so called “smart cards”, characterized to operate as credit cards, since they have a microchip able to content electronic money, but independently from a bank account to which are related. In this way, it can be enough to recharge continuously a smart card to launder money in the international market, buying goods and services. Furthermore, in some countries loading the card autonomously is even allowed without a certain preventive control done by a credit institution.

The risks coming from this activity have been already underlined by the FATF⁶⁶⁰ (Financial Action Task on money laundering) in 1999 and these have been identified in: 1) difficulty, or sometimes impossibility of the identification of money laundering operations authors; 2) difficulty in the reconstruction of the so-called *paper trail*⁶⁶¹; 3) the using of sophisticated encryption instruments, as *anonymizer server* or *remailer* that allow authors to erase the e-mail flow communication.

⁶⁵⁹ Cfr. SIMONCINI, *Cyberlaundering e nuova frontiera del riciclaggio*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 2015, pag. 903; CUCUZZA, *Segreto bancario, criminalità organizzata, riciclaggio, evasione fiscale in Italia*, Padova, 2007; SCARTEZZINI, *Il rischio di riciclaggio in internet: alcune ipotesi di regolazione*, in *Atti del convegno “Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, Trento 22nd-23th october 1999.

⁶⁶⁰ “The Financial Action Task Force (FATF) is an inter-governmental body established in 1989 by the Ministers of its Member jurisdictions. The objectives of the FATF are to set standards and promote effective implementation of legal, regulatory and operational measures for combating money laundering, terrorist financing and other related threats to the integrity of the international financial system. The FATF is therefore a “policy-making body” which works to generate the necessary political will to bring about national legislative and regulatory reforms in these areas in <http://www.fatf-gafi.org/>; recently on FATF, BORLINI, *The reform of the fight against Money laundering and terrorist financing: from the 2012 FAFT Recommendations to the new EU legislation*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 2015, pag. 737.

⁶⁶¹ Cfr. RAZZANTE, *L'archiviazione informatica dei dati. Il paper trail nella lotta al riciclaggio*, in *Gnosis*, 2010, pag. 6.

In this context and in those last years a fundamental role in committing activities of money laundering⁶⁶² and terrorist financing has been assumed by the *virtual currencies*⁶⁶³ and in particular by a specific kind of cryptocurrencies⁶⁶⁴, we mean the *Bitcoin*⁶⁶⁵.

As it is known, the globalization of the economy that caused also the necessity for people to move, invest and spend money wherever they want to, has brought to light new payment technologies, that, first of all, allow people from carrying large quantities of cash as well as to do businesses at a long distance.

At the same time, we are seeing at a greater number of lawful commercial activities made thanks to new payment technologies and at a growing number of unlawful conducts, including money laundering and terrorist financing, realized with virtual and cryptocurrencies⁶⁶⁶.

In particular, virtual currencies represent the most effective instrument to guarantee the author's offence anonymity, since, first of all, 1) they are not produced and distributed by states or public institution; 2) their circulation is not regulated clearly by the law; 3) they can be used on internet and, most of all, in the *dark web*; 4) they can be used both as “money” and as “financial commodity”⁶⁶⁷.

So *Bitcoin*, and in general cryptocurrencies, can be defined as the new “digital cash” and the new unregulated “financial commodity” or “financial investment instrument” managed regardless of financial intermediaries, banks or other credit institutions.

We can also highlight that, since *Bitcoin* is strictly regulated by an algorithm that defines its functioning, it can be used, as said, as digital cash or as electronic value. As first use, cash guarantees lack of traceability and does not require the payment purpose; as electronic value, it represent “simply” a number, that can be divided or multiplied, giving the possibility to transfer any amount imaginable⁶⁶⁸.

⁶⁶² STURZO, *Bitcoin e riciclaggio 2.0.*, in www.penalecontemporaneo.it, 3th may 2018.

⁶⁶³ LA ROCCA, *La prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo nelle nuove forme di pagamento. “Focus” sulle valute virtuali*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, pag. 201-222; SIMONCINI, *Cyberlaundering e nuova frontiera del riciclaggio*, cit., pag. 905; VARDI, “*Criptovalute*” e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica dei bitcoin, in *Dir. inf e dell'informatica*, 2015, pag. 443 and following;

⁶⁶⁴ CAPACCIOLI, *Criptovalute e bitcoin: un'analisi giuridica*, Milano, 2015.

⁶⁶⁵ About that, RAZZANTE, *Bitcoin e monete digitali. Problematiche giuridiche*, in *Gnosis*, pag. 106 and following; MANCINI, *Valute virtuali e bitcoin*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, pag. 117; NAKAMOTO, *Bitcoin a peer-to-peer- electronic cash system*, in www.bitcoin.org, 2008.

⁶⁶⁶ It can be useful to read one of the last report made by EUROPOL, *Internet Organized Crime Threat Assesment* released by the *Internet Cybercrime center* provided at Europol, in www.europol.europa.eu.

⁶⁶⁷ PERUGINI-MAIOLI, *Bitcoin tra moneta virtuale e commodity finanziaria*, in <http://ssrn.com/abstract-2526207>, pag. 10;

⁶⁶⁸ Cfr. AMATO-FANTACCI, *Per un pugno di Bitcoin*, Milano, 2016.

2.1. The *Blockchain* system. Brief remarks.

Moreover, all these transactions, as said before, are not verified by a central Institution that detains a centralized ledger and controls if the bank account of each contractor contains a credit amount enough to conclude the settlement correctly, but by all the users; that represents the fundamental and real revolution brought by the electronic values⁶⁶⁹.

In this way, the ledger is not only simply decentralized since it is held by each user, but it is also distributed in a network system where anyone “knot” is centralized. This “distributed ledger” is also called *blockchain*, that it can be defined as a “linked blocks series, that can register the payer identity, the credit amount and the beneficiary identity at each transaction”⁶⁷⁰.

An interesting definition of *blockchain* was also given by UK government as <<*type of database that takes a number of records and puts them in a block (rather like collating them on to a single sheet of paper). Each block is then “chained” to the next block, corroborated by anyone with the appropriate permission*>>⁶⁷¹.

Each block contains all the information related to all those transactions made in a specific defined time, as well as a reference to the previous block. Therefore, the linked series of blocks that make a *blockchain* give to the users a complete representation of all the transactions made till that moment. From a centralized system of control, we moved to a distributed one where all the users can authorize each single transaction.

Using this system, each operator has to transfer a encrypted pass key to all the users to access at his account. Consequently, all the users have to decrypt this pass key to authorize the transaction. The peculiarity is related to the fact that decrypting depends on the solution of mathematical problem found by one of the users. The first solver is rewarded with an amount of bitcoins.

Those finders are defined as *miners* whose role consist in solving these mathematical problems using algorithms produced and calculated by powerful hardware⁶⁷². Each user can be a *miner*.

The quantity of criptocurrency available in the market depends on the computing power of the complex of “knot” settling the entire blockchain structure.

Mining activity creates fresh “money” as result of the algorithm solution.

3. The use of cryptocurrencies in money laundering activities.

That is the reason why we cannot be surprised if the attention that organized and terrorist criminality or economic criminality pay to the use of the crypto values clearly emerges.

⁶⁶⁹ RAZZANTE, *Bitcoin e monete digitali*, cit., pag. 110.

⁶⁷⁰ Cfr. AMATO- FANTACCI, *Per un pugno di Bitcoin*, cit., pag. 101;

⁶⁷¹ *Distributed ledger technology:beyond blockchain. A report by the UK Government Chief Scientific Adviser*, in <https://www.gov.uk>;

⁶⁷² Cfr. MANCINI, *Bitcoin:rischi e difficoltà normative*, in *Banca impresa soc.*, 2016, pag. 126 and following.

Anonymity, low traceability⁶⁷³ by the financial administration and police, lack of regulation in an international perspective, are definitively the main reasons why organized and terrorist criminal association and corporate crime look at cryptocurrencies and, in particular, to the most known *Bitcoin* (along with *Monero* or *ZCash*⁶⁷⁴), as the new most efficient instrument for money laundering and, in general, for financing illicit activities.

The cryptocurrencies statement in the globalized world provided the strengthening of cybercrimes able to provide huge illicit profits how specifically was affirmed by EUROPOL.

In the annual report, indeed, EUROPOL stated that cryptocurrencies are more and more used by cybercriminals and that *Bitcoin* is the most used electronic value⁶⁷⁵.

Cryptocurrencies are employed not only for *ransomware attacks*⁶⁷⁶, *cyberextortion*, or *cyberfraud*, but also to operate in the world wide market, to make illicit transaction, for money laundering, for buying licit and illicit products and services or for terrorist financing.

Indeed, for what concern particularly money laundering, it is clear enough that crypto coins and cryptocurrencies in general, can be evaluated as <<material object of the offense >>⁶⁷⁷ since they can be considered now <<immaterial goods>> or at least <<other utilities>>⁶⁷⁸.

Consequently, for instance and taking in consideration the Italian legal system, if the entire illicit activity – comprehensive both of the predicative offence of extortion and the next profit laundering conduct is committed online by a single person or company, without any cooperation coming from a money exchanger or from a credit institution, may take place a <<*self-money laundering*>> operation, sanctioned by article 648-ter 1 c.p.

Otherwise, if a part of the entire illicit conduct (always comprehensive both of the predicative offence and the laundering activity) is committed online and the

⁶⁷³ Cfr. BRYANS, *Bitcoin and money laundering: mining for an effective solution*, in *Indiana law journal*, 2014, pag 89 where it is possible to read: «*new virtual currencies, such as Bitcoin, add yet another layer of anonymity by allowing users to transfer value without the collection of any personally identifiable information. Regulations often fail to affect such virtual currencies due to lack of foresight by the regulation writers, creating a legal grey area. Thus, criminals can continue to capitalize on techno-logical innovation to bolster their illegal activities*».

⁶⁷⁴ PEARSON, *Meet Monero, the currency dark net dealers hope is more anonymous than Bitcoin*, in www.motherboard.vice.com; about ZCash <https://news.bitcoin.com/snowden-zcash-bitcoin-risks/>.

⁶⁷⁵ Cfr. *Internet Organized Crime Threat Assessment, IOCTA 2017* in www.europol.europa.eu;

⁶⁷⁶ *Financial Crimes Enforcement Network (FinCen), FinCEN Fines BTC-e Virtual Currency Exchange \$110 Million for Facilitating Ransomware, Dark Net Drug Sales*, in <https://www.fincen.gov/sites/default/files/2017-07/BTC-e%20July%2026%20Press%20Release%20FINAL1.pdf>;

⁶⁷⁷ It is usually considered the element which the illicit conduct or its effect falls on, cfr. FIAN-DACA-MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, Bologna, 2017.

⁶⁷⁸ CAPACCIOLI, *Criptovalute e bitcoin: un'analisi giuridica*, cit., pag. 252.

second part offline or vice versa, may through an exchange money operation trading real values for cryptocurrencies, it would be possible to have a case of <<self-money laundering>>⁶⁷⁹ committed by the principal author and, in some cases, money laundering conduct committed by the contribution of the third money exchanger, if it is possible to attribute to it a willful misconduct liability.

On this point, it means about the relationship between money laundering and self-money laundering, it is possible to report that recently the Italian Supreme Court, by the sentence n. 17235/2018 stated that, in compliance with the *ratio* that inspired the introduction of art. 648-ter.1 in the Italian Criminal Code, considers that the subject who, not having participated in the willful preventive crime, puts in place the typical conduct of self-laundering, or contributes to the realization of the conduct committed by the <<*intra-neus*>> subject, typified by the art. 648-ter.1 of the Italian Criminal Code, continues to respond for the crime of money laundering pursuant to art. 648-bis c.p. (or, if the conditions are known, of the one contemplated by Article 648-ter of the Criminal Code) and not of contribution in the criminal act (depending on the case, pursuant to Articles 110 or 117 of the Criminal Code) of the (less serious) self- moneylaundering offense pursuant to art. 648-ter.1 c.p .

In this context, cybercriminals belonging to criminal organizations playing as *users* can operate alone, if they have an expertise as computer programmers or software engineering , or as <<*money muler*>>, that is money launderers, or they can achieve their goals also thanks to the help of third persons or third companies operating as <<*money exchangers*>>, <<*wallet providers*>> or <<*money transfer*>>⁶⁸⁰.

In particular, money exchangers or any kind of virtual currency exchanger can be involved in money laundering conducts; for example it can be possible through the mechanism of <<ready made companies>> acquisition, or through the exchange of virtual coins aimed at terrorist or organized crime financing. These misconducts criminal relevance is clear, most of all when their activities are not limited in forms of *indirect trading*, that means their business consist in facilitating transactions – that cannot be controlled - made by *users* autonomously in the website platform, but when they act forms of *direct trading*, since firstly the play in the market buying electronic values and cryptocurrencies at an attractive price or producing them by *mining*, secondly they sell them to *users*, companies or other buyers having back legal tender money and making a profit⁶⁸¹.

⁶⁷⁹ To know about <<self-money laundering>> in the italian system, GULLO, *Autoriciclaggio, voce per il libro Treccani 2016*, in www.penalecontemporaneo.it, 21th december 2015.

⁶⁸⁰ Cfr. ACCINNI, *Profili di rilevanza penale delle criptovalute nella riforma della disciplina antiriciclaggio 2017*, in *Arch. Pen.*, 2018, pag 10 and 27-28.

⁶⁸¹ Cfr. AMATO-FANTACCI, *Per un pugno di bitcoin*, cit., pag. 24; D'AGOSTINO, *Operazione d'emissione, cambio e trasferimento di criptovaluta: considerazioni sui profili di esercizio (abusivo) di attività finanziaria a seguito dell'emanazione del d.lgs.n. 90/2017*, in *Riv. Dir. banc.*, 2017, pag. 10. Also the european jurisprudence, CGE C-254/14, *Skatteverket c. David Hedqvist*.

Anyway the money exchangers criminal liability is not so evident or clear, since it is always necessary to prove their real willful misconduct awareness of taking part into money laundering activities.

In any case, no one can hide the fact that these market operators, such as <<*money exchanger*>> or <<*wallet providers*>> should play a strategic role in the prevention of cryptocurrencies money laundering activities.

Indeed, how it will be analyzed later, the European legislation and, in particular, the Italian legislation, thanks to the Legislative Decree n. 90/2017, are improving their approach to reducing cyber laundering conducts, also providing identification and control obligations about cyber traders.

Under particular conditions, money exchangers and wallet providers will have to control traders identity and where money is coming from.

4. Cyberlaundering in a digitalized market.

How is possible to imagine, the use of cryptocurrencies in online money laundering activities is increasing and it needs new defensive legislative strategies to be adopted commonly by the states.

Before dealing with the substance of the principal European normative aspects, it can be useful, also for the sake of completeness, to deepen some characteristics profiles concerning the new emerging offence, denominated *cyberlaundering*.

How it has been anticipated, it is becoming the privileged instrument adopted by organized and terrorist criminal organizations and by the world of corporate crime to <<clean “dirty money”>>⁶⁸², to remain anonymous, to move funds more rapidly and to make law enforcement work even more complicated.

This phenomenon adds fundamentally a technological perspective to the traditional scheme of money laundering offence, because it also traverses two different fields of crime.

Cyber crime on one hand, and money laundering, on the other. So, the first question arising deals about this crime's nature. Is this something different from money laundering or since only the methods used are changing, thanks to technology, we are still in typical money laundering misconduct?⁶⁸³

Certainly *cyberlaundering* represents a form of evolution of the classical crime of money laundering since the illicit conduct is realized in the web thanks to new digital technologies. So *cyber laundering* could be traced back to the wide phenomenon of *cybercrime*, as that kind of crime achievable through internet, IT tools or new technologies⁶⁸⁴; even some elements of the typical conduct change, as we are

⁶⁸² To know the reasons why “dirty money cleaning” started to be name “money-laundering”, RICHARDS, *Transnational criminal organization, Cybercrime and money laundering: a handbook for law enforcement officers, auditors and financial investigations*, CRC Press, New York City, 1998.

⁶⁸³ LESLIE, *Legal principles for combating cyberlaundering*, Law Governance and Technology Series 19, Springer International Publishing Switzerland 2014.

⁶⁸⁴ About Cybercrime, among Italian Scholars, PICOTTI, *La nozione di “criminalità informatica” e la sua rilevanza per le competenze europee*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 2011, pag. 827. Also, GILLESPIE, *Cybercrime, key issues and debates*, cit., pag. 5 and following.

going to see, *cyber laundering* still can be classified as a “ordinary” money laundering operation⁶⁸⁵.

Having said that, it is possible to arrange a definition affirming that *cyber-laundering* is the use of a computer or a digital technology to form a transaction or a relationship involving property, whether tangible or intangible, coming from a criminal activity, which led to: a) the conversion or transfer of such property; b) the concealment or disguise of the real nature, source, location, disposition, movement, rights with respect to, or ownership of, property; c) the acquisition, possession or use of such property, so hiding the identification of its unlawful origin.

Then, those transactions, as also said, can be done or through smart cards or through electronic values, such as cryptocurrencies⁶⁸⁶, thus generally online.

Traditionally, money laundering circle can be divided in three distinct stages but composing a single process: a) *placement stage*; b) *layering stage*; c) *integration stage*⁶⁸⁷.

Placement stage consists in the “dirty cash” reintegration into the market; with *cyberlaundering* cash might be deposited through an unregulated financial institution which issues smart cards or other electronic means of payment. Layering represents the most complex stage since it involves the separation of illicit money from its source. This can be done by sophisticated layering of financial transactions that obscure the audit trail and cover the link with the predicative crime. In this stage, money launderers can move funds electronically from one country to another, dividing money in different investments also in overseas markets. Generally, they move money frequently in order to elude the law, for example, opening several bank accounts in different countries and making many continuous transactions.

The third stage provides the full integration of cleaned money in the licit market.

Even if this scheme can be applied for all money laundering operations, is necessary to underline how usually the first stage of *placement* consists in a initial physical action that requires the material dirty money movement in the legal economy circuits; only in a second moment money launderers can proceed to operations of dematerialisation.

However, in case of *cyberlaundering* there is no need to go through this stage since money or other values has already an electronic form, since they already exist in cyberspace.

Particularly, this stage is surpassed when not only some transactions are made on internet, but all.

⁶⁸⁵ HUNT, *The new frontier of money laundering: how terrorist organizations use cyberlaundering to fund their activities, and how governments are trying to stop them*, in *Information & Communications Technology Law*, 2011, 2, pag. 138

⁶⁸⁶ FILIPKOWSKI, *Cyber Laundering: An Analysis of Typology and Techniques*, *International Journal of Criminal Justice Sciences*, 2008, 3, pag. 21 and following.

⁶⁸⁷ SIMONCINI, *Cyberlaundering e nuova frontiera del riciclaggio*, cit., pag. 899.

In this cases, it is possible to speak about <<*full cyber laundering*>> and it represents the most evolved form of money laundering. Indeed, all those different stages are realized through economical-financial anonymous on line transactions⁶⁸⁸.

Money launderers can carry on all the three different stages making one online operation only, sometimes be helped by the so called <<*money mulers*>>, bank accounts figureheads, asked to receive and transfer money online.

If we think that all these online operations can be also made using cryptocurrencies, such as the *Bitcoin*, we can easily imagine the reason why *cyberlaundering* phenomenon is expanding quickly. Anonymity, lack of online transnational traceability, layering operation easiness, lower risks are definitively the main elements that make money laundering so attractive for organized crime and corporate crime.

5. Web-jihadism, cryptocurrencies and terrorist financing. Brief comments about a contemporary phenomenon.

In these last years is more and more evident how some international terroristic organizations, and not only *IS* or *Daesh*, are getting involved in a massive use of new technologies to achieve specific illicit goals.

Indeed, even if the *islamic state*, (IS) is losing territory from 2016 to 2017, this does not equate to a loss of authority among its followers or to a decrement in its ability to inspire attacks. Instead, IS improves the use of internet to promote its doctrine⁶⁸⁹ and to inspire acts of terrorism.

To be sincere, military defeats made internet more important for IS, that's why we can also analyze terrorism in a *cyber* dimension.

Cyber terrorism is a phenomenon characterized by the fact that Internet is used by international or national terrorist groups for propaganda, training, affiliating, attacking, fund raising, or in general for damaging the national or international security⁶⁹⁰.

How it was also highlighted by EUROPOL⁶⁹¹, in particular about some islamic international terroristic organizations⁶⁹², between 2014 and 2017, jihadist activity on web has increased enormously, most of all on social network and on *dark web* for money laundering operations aimed at financing terrorism, but not only.

For example, online propaganda and social network have now become essential instruments in supplying new economic and human resources in the whole world. In March 2018, IS members tried to come up with a *Facebook* alternative.

⁶⁸⁸ GUTTMANN, *Cybercash: The Coming Era of Electronic Money*, in Palgrave Macmillan: Basingstoke, UK, 2003.

⁶⁸⁹ About the deep relationship existing among terrorism and communication, WARDLAW, *Political terrorism: Theory, Tactics and Countermeasures*, Cambridge, 1989.

⁶⁹⁰ COHEN, *L'evoluzione del terrorismo contemporaneo nel cyber-spazio*, in *Gnosis*, 2016, pag. 118; PINO, *Il "cyber terrorismo": un'introduzione*, in *Cyberspazio e diritto*, 2013, pag. 429.

⁶⁹¹ *2017 EU Terrorism Report: 142 failed, foiled and completed attacks, 1002 arrests and 142 victims died*, in www.europol.europa.eu.

⁶⁹² About international islamic terroristic organizations, FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Padova, 2016.

The new social was named *Muslim's network* and it was made available in english, arabic and french.

In particular, for what social networks using concerns, jihadist groups have demonstrated a sophisticated understanding of how the *socials* operate and have launched well-organized, concerted social media campaigns to recruit followers and <<*solitary wolves*>>, to promote, glorify acts of terrorism and violent extremism and to train new islamic fighters.

For what in particular terrorism financing concerns, it is possible to say that the 40% of terrorist plots in Europe are believed to be at least partly financed through crime, especially drug dealing, theft, robberies, the sale of counterfeit goods, loan fraud, and burglaries.

In one of the last reports, EUROPOL⁶⁹³ also underlined that terrorist groups hardly abuse online platforms and social network, distributing propaganda material in their efforts to recruit, fundraise and organize attacks. In doing so, they make use of legitimate services and try to develop continuously their technical capability also to raise fund via cryptocurrencies⁶⁹⁴.

Cryptocurrencies clearly represent a big opportunity for terrorist groups, allowing them to move funds and capitals across national borders avoiding the regular banking scrutiny. It is known that IS makes use of cryptocurrencies since 2014⁶⁹⁵, but it is only in 2017 that IS members and sympathizers triggered mass cryptocurrencies, most of all *Bitcoin*, *Monero* and *Zcash*, donation campaigns in IS affiliated websites and in some chats as *Telegram*, to support their cause.

For instance, we can remember that in november 2017, the affiliated IS website *Akhbar al Muslimin* started calling for *Bitcoin* donations though prepaid credit cards. Also, still in late 2017, other websites, such as *Dawaalhaq Islamic News Agency* and *Isdarat* also solicited cryptocurrencies donations to finance online infrastructures and to purchase hosting servers. Finally, other websites, such as *Sadaqah*, totally stated in english, was aimed at supplying fighters in Syria with weapons and other economic resources.

This exemplifications show a certain technical sophistication acquired by terrorist groups.

Yet despite the clear potential, till today, the use of cryptocurrencies by terrorist groups has only involved low-level transactions. Anyway, how it has been underlined also in a study commissioned by the European Parliament in 2018⁶⁹⁶ use of cryptocurrencies by national and international terrorist organizations is increasing since new total anonymous crypto moneys are developing.

Indeed, even if *Bitcoin* ensures a certain anonymity, there is always the possibility to find the seller or the buyer in the blockchain system.

⁶⁹³ IOCTA 2018, *Internet organized crime threat assesment 2018*, in www.europol.europa.eu.

⁶⁹⁴ LAUDATI, *Terrorismo internazionale, criminalità organizzata e money transfer*, in *Gnosis*, 2002, pag. 24 and following.

⁶⁹⁵ IOCTA 2018, *Internet organized crime threat assesment 2018*, in www.europol.europa.eu.

⁶⁹⁶ Study for the TERR committee, *Virtual currencies and terrorist financing: accessing the risks and evaluating responses*, 2018, in www.europarl.europa.eu

Media or some scholars frequently describe *Bitcoin* as an ‘anonymous’ and ‘untraceable’ system but this is oversimplified and inaccurate. *Bitcoin* is more appropriately described as ‘pseudonymous’: indeed *Bitcoin* users are represented on the *blockchain* with alphanumeric addresses associated with their *Bitcoin* wallet. Whilst a user’s actual identity is not visible on the *blockchain*, information about their transactions – such as dates, values, and the *Bitcoin* addresses of counterparties – are all recorded publicly. Furthermore, because the *blockchain* is a chronological record of transactions, it is possible to derive a reliable picture of the movement of *Bitcoin*.

Other several methods exist for guarantee more anonymity. One of these include mixing services such as CoinJoin, as well as DarkWallet, a service which integrates mixing features into a user’s Bitcoin wallet.

Then, as said, recent years have seen substantial innovations in use of new anonymous cryptocurrencies that are focusing the interest paid by terrorist groups. We are talking about *Monero*, *Zcash* and *Dash*. In particular, at this moment, *Monero* is the largest used currency for illicit activities in the world⁶⁹⁷.

So, it means that even if today most of the attacks and the activities carried out appear not to have been funded via cryptocurrencies, the main European Institutions affirm that this phenomenon is increasing and that is necessary to intervene at a international and not an European dimension only both to cooperate with the virtual currencies industry to ensure a collaboration in acting against illicit finance and to guarantee adequate controls on the transactions made on internet, empowering the role of all those websites and platforms, as the *money transfers*, in order to verify the identity of buyers, sellers and investors.

6. The European Union legal framework on anti money-laundering and terrorist financing.

Now, it can be useful to take a look at the legislative european measures adopted in this field. Firstly, is necessary to highlight that we are witnessing a European and national regulatory activity that seeks to adapt to a <<perennial emergency>>⁶⁹⁸ caused by the unpredictability of the phenomenon of the use of cryptocurrencies for illicit activities.

Since it is still missing an adequate international legislative regulation about cryptocurrencies, useful to integrate a powerful and licit Information Technology economy⁶⁹⁹, the preventive and repressive disciplines adopted by the European Un-

⁶⁹⁷ MOSER and Others, *An Empirical Analysis of Traceability in the Monero Blockchain*, in *Privacy Enhancing Technologies Symposium (PETS)*, 2017, p. 1, <https://arxiv.org/>; SUBERG, *Bitcoin Exchange ShapeShift Helps Police as WannaCry Attacker Converts to Monero*, in *CoinTelegraph*, 4 August 2017, <https://cointelegraph.com/news/bitcoin-exchange-shapeshift-helps-police-aswannacry-attacker-converts-to-monero>.

⁶⁹⁸ MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000.

⁶⁹⁹ SEVERINO, *Le leve e le sfide per il rilancio del Paese. Le frontiere della sicurezza informatica e prevenzione del cybercrime*, Cernobbio 3rd september 2017, available in

ion Institutions and by the EU Member States on anti money-laundering and terrorist financing are unable alone to defeat totally this phenomenon, since first of all they must follow continuously the technological development that is obviously always quicker. It would be necessary to build a legislative framework able to regulate technology and its influence on economy and society.

Nevertheless, as said at the beginning of this note, the European Union understood that money laundering and terrorist financing must be fought as an integrated phenomenon, produced by the increasing development of international organized crime, able to attack the European financial interests in many different ways.

Indeed, both money laundering and terrorist financing are, first of all, those kind of misconduct able to distort the market competition and indirectly democracy.

As known, the European internal market enables free movement of capital, services, businesses and persons within the European Union. However, these freedoms can be distorted by money laundering purposes and, in general, by those kind of cybercrimes able to enrich organized and terrorist organizations.

It is therefore imperative to establish an effective legislation to counteract the misuse of the internal market freedoms and to ensure healthy functioning of the internal market.

For this reason, European Union adopted several Directives both on anti money-laundering and on terrorist financing.

First of all, it is necessary to start setting out the Council Directive 91/308/EC on the prevention of use of the financial system for the purpose of money laundering. It represented the first common step to ensure a uniform approach by the member States of EU to fight against money laundering in order to protect EU market and the internal competition. This measure was also referred to as *First Anti-Money Laundering Directive*.

Some years later, by the Directive 2001/97/EC of the European Parliament and of the Council of European Union, the First Directive was updated including underlying offences as corruption, resulting in a broader definition of money laundering by expanding the predicate offences. Also, the Second Directive made it possible to identify, trace, freeze, seize and confiscate property and proceeds derived from criminal activities.

By 2012, thanks to work exploited by the FATF, enclosed in the Recommendations 24 and 25, the European Union attention started to be focused also on the abuses of the law made with the use of *shell companies*, among which can certainly be included, for some profiles, the <<*ready made companies*>>, the use of which can integrate, as anticipated, serious hypotheses of money laundering or terrorist financing, as well as VAT fraud and tax evasion⁷⁰⁰.

<http://open.luiss.it/2017/09/08/la-criminalita-informatica-nuovi-rischi-da-affrontare-e-prevenire-lintervento-di-paola-severino/>.

⁷⁰⁰ BORLINI, *The reform of the fight against Money laundering and terrorist financing: from the 2012 FATF Recommendations to the new EU legislation*, cit., pag. 739; DI GREGORIO – MAINOLFI, *Le transazioni finanziarie sospette: controlli e adempimenti*, Roma, 2004;

It became to be relevant the necessity to guarantee an adequate transparency of all financial transactions made in the internal European market. In this context, only a full knowledge of the corporations structures could ensure an adequate mechanism to inhibit the concealment of economic resources. Therefore, was one again decisive the role of the intermediaries in the fulfillment of the obligation of customers identity verification.

The third anti-money laundering Directive, 2005/60/UE, further improved the European anti-money laundering and terrorist financing standards, also by including professionals, such as lawyers, notaries, accountants, real estate agents, casinos, trusts and company service, among those must verify the transactor identities and, consequently, money origins.

The third anti-money laundering Directive, to which the Member States had to implement by December 15, 2007, "is the result of a modern approach to the problem of combating the economic bases of crime (both common and organized) and international terrorism". The European Union provision, which incorporates the indications of the FATF on money laundering and terrorist financing, improves the customer's due diligence obligations.

For instance, paragraph 14 of the Preamble to the third Directive establishes that notaries and other legal professionals must verify customer's identity when *<<they participate in financial or corporate transactions, including tax consultancy, for which the risk is particularly high that the services such legal professionals are used for the purpose of money laundering or for terrorist financing purposes>>*.

Moreover, with the implementation of the third anti-money laundering directive (done by the Italian system with the Legislative Decree 231/2007), the Italian legislator introduced into corporations criminal liability system, (Legislative Decree 231/2001), the art. 25-octies, thus extended the liability of entities and corporations for the crimes of fencing stolen goods, money laundering and use of money, goods or benefits of illegal origin, significantly innovating the channel of recipients of anti-money laundering legislation⁷⁰¹.

Now, therefore, it may be useful to highlight what are the latest regulatory measures adopted at European level to integrate and improve the system of prevention of money laundering and terrorist financing, by imposing verification obligations on businesses and professionals operating within the EU.

The merit of the IV anti-money laundering and counter terrorist financing Directive, 2015/849/EU⁷⁰² is to have highlighted the need of more efficient prevention

⁷⁰¹ POLI – MARCHI, *Recepimento III Direttiva antiriciclaggio in Italia (d.lgs. n. 231/2007): nuovi scenari per i destinatari del d.lgs. n. 231/2001*, in *Rivista 231*, 2008, pag. 135 and following.

⁷⁰² *Ex multis*, URBANI-MINTO, *La Quarta Direttiva europea in materia di antiriciclaggio, tra luci, ombre e prospettive*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2017, pag. 119 and following; VADALA', *La provenienza illecita nel delitto di riciclaggio: possibili novità dalla quarta direttiva antiriciclaggio?*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 2017, pag. 234 and following; SALVINI, *Il contrasto all'abuso del sistema finanziario per scopi di riciclaggio e finanziamento del*

measures, including customer verification obligations, to unmask funds deriving from serious forms of crime and collection of assets or money for terrorist financing through an approach that is founded on the recognition and identification of "risk"; market operators are asked to carry out verification processes based on factual evidence, in order to identify the risks of money laundering or terrorist financing more effectively.

The most significant provisions deal with the obligation of verifying customers identity in order to reduce risks deriving from the use of cryptocurrencies adopted to carry out those kind of online operations in total anonymity.

Then, between 2015 and 2017, a significant attention was just paid on online transactions and on the specific role played by all those corporations whose scope is changing cryptocurrencies in legal tender money or regulate transactions made only using *Bitcoin* or other electronic values.

Thanks to the proposal of the European Commission done in 2016, all the service providers that operate online and with digital currencies, in particular <<*ex-changers*>>, <<*money transfers*>> and <<*e-wallets providers*>>, will be called to fulfill the specific constraints of adequate customer verification when establishing a relationship or assignment with someone, even in the presence of an occasional transaction.

The trick suggested by the Commission will make it possible to impose the obligation on any type of private entity operating in the market, regardless of the qualification given by art. 3 of the Directive, at least every time the transaction and the investment has done using cryptocurrencies.

Finally, a particularly innovative measure has as its object the lowering of the threshold required to be able to proceed with the identification of the effective owner of a company.

Overall, therefore, the specific purpose of this amendment presented by the European Commission is to set up a prevention system capable of tackling the problem of the dematerialization of money and income. The exact and the correct identification of customers becomes a fundamental condition for reducing risks. And since most of the financial intermediation and investment activities are carried out by companies and corporation, the process of European harmonization on preventing cyber money-laundering and terrorist financing should also be based on a standardization of the laws concerning companies criminal liability.

Afterwards the approval of the European Commission's 2016 proposal by the European Parliament, which took place on April 2018, on May 14th, was adopted the fifth anti-money laundering and terrorist financing Directive.

In particular, this Directive innovates the system establishing that to ensure a greater transparency of financial transactions, of companies and other legal entities, as well as trusts and legal institutions having a structure or functions similar

terrorismo: la IV direttiva (EU) 2015/849, tra coordinamento e cooperazione, in *Riv. it. Dir. pubb. Com.*, 2016, pag. 147 and following.

to those, with the aim of improving the current prevention framework and to counter terrorism financing more effectively and in order to combat anonymity and to distinguish correctly between virtual currencies and e-money and thus ensure transparency in the market to guarantee investors, among other things, service providers of virtual currencies will be treated as banks or other financial intermediaries⁷⁰³.

In this way, all these operators are called to apply adequate customers identity controls to put a brake on the anonymity regime associated with online financial transactions made by cryptocurrencies.

In conclusion, the Fifth Anti-money laundering Directive will introduce closer regulation for virtual currencies such as *Bitcoin*, to prevent their use for money laundering and terrorism financing. Virtual currency exchanges and wallet providers will have to be registered and will have to apply the same customer due diligence controls as banks do. The threshold for identifying the holders of prepaid cards will be reduced from €250 to €150.

7. A brief focus on the legislative decree n. 90/2017 adopted in Italy. Conclusion.

As conclusion, it could be useful to highlight that on May 25th 2017, Italy implemented the IV European anti money laundering Directive (Directive UE n. 849/2015), anticipating also the provisions have adopted in the fifth Directive by the European Institutions⁷⁰⁴.

Nonetheless, Italy has not only transposed the european dispositions, but has also anticipated some provisions on cryptocurrencies regulation which are issued with the V European anti money laundering directive still under adoption by the EU Member States.

In particular, with this new discipline, the Italian legislator has increased the controls on the exchangers and on the subjects that carry out financial brokerage activities also with cryptocurrencies.

Services providers relating to the use of virtual currency are now obliged to comply with regulation on anti money-laundering and counter terrorist financing. Indeed, in force of the art. 8 of Leg. Decree n. 90/2017, amending art. 17-bis of D. Lgs. 141/2010, those service providers are *<<obliged, by virtue of this provision, to enter into a special section of the Register referred to in paragraph 1 [...]>>*. For not to be subject to hard penalties, they also have to proceed with a customer identification and to report all the suspicious transactions to the Financial Intelligence Unit, present in each EU Member State⁷⁰⁵.

⁷⁰³ BIXIO, *Le valute virtuali nella V direttiva anti-riciclaggio*, in *Corr. Trib.*, 2018, pag. 1987 and following.

⁷⁰⁴ ROSSI, *Prevenzione del riciclaggio e finanziamento del terrorismo: finalità e novità normative*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, pag. 25 and following.

⁷⁰⁵ For further information: <https://uif.bancaditalia.it/homepage/index.html?com.dotmarketing.htmlpage.language=1>;

In this way, updating the legislation on money laundering provided by the Legislative Decree no. 231/2007, the Italian legislator has placed stricter constraints, ensuring a greater transparency and both a higher respect of the competition in the European market and a stronger protection of the European financial interests.

The use of cryptocurrencies for money laundering and terrorist financing activities is an increasingly widespread phenomenon, in continuous and exponential growth, due to the opportunities of technological progress.

Since cyberlaundering, such as terrorist financing done using, for instance, *Bitcoin*, are not separate crimes from the ordinary ones, realized in the reality, we have to combat them by using or arranging the same legal means. The real future challenge is to adapt such means to the cyberspace. For this reason, it is of crucial importance that the European Union will make use of its competence to harmonize Member States' framework creating a real interrelationship between law and technology, since the new dimension of crime will more and more grow up on Internet.

*Е.Н. Алешина-Алексеева,
старший преподаватель кафедры уголовного права
Санкт-Петербургского университета МВД России*

Интерпретация понятия «экономические преступления в сфере кредитования»

До принятия действующего уголовного законодательства, охрана интересов банка либо иного кредитора, выдающего денежные средства индивидуальным предпринимателям или руководителям организации не была регламентирована. В связи с этим, не осуществлялось эффективной защиты и противодействия преступным посягательствам в данной сфере. Гарантом для осуществления экономической деятельности выступили новые нормы – в сфере кредитования, включенные в Раздел VIII УК РФ. Данные противоправные деяния относятся к преступлениям экономической направленности. С введением ст. 176 и 177 УК РФ, имеющих в своем содержании много понятий и терминов ранее не применяемых в уголовном законодательстве, возникли вопросы к их толкованию. Большинство из терминов статей 176 и 177 УК РФ относятся к отраслевым юридическим наукам: гражданскому, финансовому. В связи с этим, у юристов возникает множество вопросов относительно интерпретации понятий. Под интерпретацией понимается толкование, логическое структурирование основного понятия. Необходимость в ней возникает при введении новых терминов, образующихся в условиях современной модернизации социально-экономического изменения в обществе.

Значение «экономического преступления в сфере кредитования»⁷⁰⁶ употребляется в уголовной терминологии реже, чем «преступления в сфере кредитования»⁷⁰⁷. Под вторым понятием, юристы трактуют преступления, предусмотренные ст. 176 и 177 УК РФ. О.В. Расторопова в своей работе указывает на различное толкование понятия «преступления в сфере кредитования» в узком и широком понимании⁷⁰⁸. В узком смысле к ним относятся общественно опасные деяния, предусмотренные гл. 22 УК РФ, а именно: ст. 176 и 177 УК РФ. Данные преступления предусматривают ответственность за посягательство на кредитные правоотношения (порядок кредитования, участники кредитных отношений, условия возвратности и т.п.). В широком, к ним добавляются ст. 195, 196, 197 УК РФ⁷⁰⁹.

Формулирование понятия «экономические преступления в сфере кредитования», произошло по аналогии с употребляемым юристами определением «экономические преступления против собственности»⁷¹⁰, в котором указывались статьи, закрепленные в 21 главе УК РФ.

Кредитование является формой финансовых взаимоотношений, в которых одна сторона – кредитор, предоставляет второй стороне – заемщику ссуду в денежной форме, при условии возвратности.

На территории РФ установлен порядок реализации кредитования, установленный ФЗ «О банках и банковской деятельности»⁷¹¹. Соблюдение данного процесса необходимо для его участников, к которым относятся кредиторы (банки или иной кредитор) и заемщики. Для обеих сторон это извлечение выгоды, для кредитора – получение процентов после выдачи кредита, для заемщика решение возникших затруднений (рефинансирование кредита, закупка зерна, техники и т.п.). Денежные средства, не возвращающиеся в связи с преступлениями, предусмотренными ст. 176, 177 УК РФ подрывают экономическое развитие, создавая для него трудности. Нормальный порядок кредитования способствует экономическому развитию, создавая возможность для получения прибыли – положительного финансового результата. Поэтому, защищая

⁷⁰⁶ Шапиашвили Г.Р., Якунина И.А. Экономические преступления в сфере кредитования. Экономические аспекты развития промышленности в условиях глобализации. Материалы Международной научно-практической конференции. 2015. С. 400-402.

⁷⁰⁷ Финогенова О.В. Уголовная ответственность за незаконное получение кредита и злостное уклонение от погашения кредиторской задолженности: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 8; Золотова Н.М. Преступления в сфере кредитования: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 15.

⁷⁰⁸ Расторопова О.В. Понятие преступлений в сфере кредитования в отечественной доктрине уголовного права. Пробелы в российском законодательстве. 2014. № 6. С. 302-305.

⁷⁰⁹ Отмечается, что после введения ст. ст. 159¹ УК РФ

⁷¹⁰ В.Д. Ларичев, А.Я. Казаков. О концепции предупреждения экономических преступлений против собственности. Вестник Воронежского института МВД России. № 4. 2014. С.7-12.

⁷¹¹ ФЗ от 02.12.1990 № 395-1 (ред. от 27.12.2018) «О банках и банковской деятельности» (с изм. и доп. вступившие в силу с 01.01.2019). Собрание законодательства РФ. 05.12.1996, № 6. ст. 492.

субъекта-участника кредитной сферы, законодатель в том числе, заботится об экономическом обороте денежных средств.

Обязательным условием является установление причинения крупного ущерба (ст. 176 УК РФ) или кредиторской задолженности в крупном размере (ст. 177 УК РФ) гражданам, организациям или государству свыше 2 250 000 рублей.

В последние годы складывается тенденция при возникновении трактования того или иного термина, вносить коррективы в действующее постановление Пленума Верховного Суда РФ в определенной сфере. По преступлениям в сфере кредитования можно отметить следующие: 15 ноября 2016 г. принято постановление Пленума Верховного Суда РФ № 48⁷¹², постановления Пленума Верховного Суда РФ № 48 от 30 ноября 2017 г.⁷¹³, но ни в одном из них не содержится значение понятий, вызывающие затруднения при квалификации деяний, предусмотренных ст. 176 и 177 УК РФ. Устранить, это возможно после добавления в вышеуказанные документы, либо в единый, объединивший в себе только понятия по экономическим преступлениям в сфере кредитования.

Рассматривая общественно опасные деяния, совершаемые заемщиками, отмечается, что они совершаются путем действия – ст. 176 УК РФ (Незаконное получение кредита) и бездействия – ст. 177 УК РФ (Злостное уклонение от погашения кредиторской задолженности).

Подводя итог, предлагается авторское понятие «экономических преступлений в сфере кредитования» включающее в себя составы преступлений, предусмотренных ст. 176, 177 УК РФ, изначально созданные охранять кредитные посягательства. Ведь в первую очередь, данные преступления оказывают ущерб экономической составляющей гражданина, банка, государства, которые предоставляют заемщику кредитные средства.

Следовательно, под «экономическими преступлениями в сфере кредитования» понимаются, предусмотренные уголовным законом общественно опасные деяния в форме действия (ст. 176 УК РФ) или (бездействия ст. 177 УК РФ), направленные против установленного государством экономического порядка реализации кредитования в РФ в целях извлечения выгоды для обеих сторон (кредитора и заемщика), с причинением крупного ущерба (размера) гражданам, организациям или государству.

⁷¹² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15.11.2016 № 48 «О практике применения судами законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности за преступления в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности». Бюллетень Верховного Суда РФ. № 1, январь 2017.

⁷¹³ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 30.11.2017 № 48 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате». Бюллетень Верховного Суда РФ. № 2, февраль 2018.

*Я.Л. Алиев, д.ю.н., профессор
профессор кафедры криминологии
Санкт-Петербургского университета МВД России
В.В. Пасынков, к.ю.н., доцент
доцент кафедры криминологии
Санкт-Петербургского университета МВД России*

Основные детерминанты преступности против собственности как факторы, влияющие на экономику страны

Анализ ситуации, сложившейся в экономике России к настоящему времени, убедительно свидетельствует о значительном влиянии криминогенных факторов на состояние и перспективы развития страны. Динамика и направленность криминальных процессов в экономике обусловлена институциональными преобразованиями и, прежде всего, реформированием отношений собственности в России. Происходящие в обстановке недостаточной правовой урегулированности и общего кризиса эти реформы объективно обусловили рост имущественных преступлений⁷¹⁴.

Нестабильность в некоторых секторах экономики, проблема импортозамещения отечественными товарами и услугами; нарастание напряженности в межнациональных отношениях; недостатки в формировании и регулировании государственного управления, предопределяет благоприятную среду для криминализации общества, что оказывает непосредственное влияние на общественную безопасность и правопорядок.

Поступательное развитие общественных и государственных институтов характеризуется сложными социально-экономическими и политическими процессами, которые тесно связаны с различными общественными явлениями, в том числе с таким негативным феноменом, как преступность.

Современное состояние преступности, несмотря на снижение большинства характеризующих ее показателей, свидетельствует об ее устойчивости и реальности ее угрозы для национальной безопасности, все большем внедрении преступности в социальную структуру общества, а также высокой адаптированности преступности к происходящим в социуме изменениям, новейшим достижениям научно-технического прогресса, о перерождении в новых формах, методах и способах совершаемых преступных посягательств в сферах, сложных для осуществления социального контроля⁷¹⁵.

Современное общество характеризуется повышенным спросом на потребление. Ориентация большинства населения на удовлетворение материальных, а не духовных ценностей, оказывает влияние и на структуру, состо-

⁷¹⁴ Долгова А. И. Преступность, ее виды и проблемы борьбы. М., 2018. С.18.

⁷¹⁵ Азарова И.В. Проблемы уголовного права, криминологии, уголовного процесса и уголовно-исполнительного права: теория и практика: материалы V Международной научно-практической конференции. Тамбов, 2016. С. 349-350.

яние преступности. Ежегодно по России порядка 40-45% от общего количества зарегистрированных преступлений составляют общественно опасные деяния против собственности (кражи, грабежи, разбои, мошенничество и др.). Так, в 2018 году в общей структуре преступности, преступления против собственности составили 1 161 241⁷¹⁶. Самую значительную долю традиционно занимают кражи – 67,8 %; доля мошенничеств составляет 19,1 %, грабежей – 4,9 %, угонов – 1,9 %, присвоений или растрат – 1,4 %, разбоев – 0,8 %, мелких хищений, совершенных лицом, подвергнутым административному наказанию – 0,8 %, вымогательств – 0,4 %⁷¹⁷. В связи с тем, что удельный вес в структуре преступности всегда составляет почти половину зарегистрированных преступлений против собственности, даже самые незначительные изменения в количественно-качественных показателях влияют на всю преступность в стране.

Поэтому исследование причин преступности против собственности помогает подвергнуть анализу криминогенные факторы преобладающего большинства преступлений, что является немаловажным в прогнозировании состояния преступности и планировании ее предупреждения.

Полный перечень факторов порождающих преступления против собственности, дать практически невозможно. Процессы и явления, способные прямо или косвенно сыграть небольшую или существенную криминогенную роль, многочисленны, они содержатся во всех без исключения сферах жизнедеятельности людей. Поэтому уделим внимание на наиболее значимых факторах, повышенное криминогенное влияние которых доказано материалами многочисленных научных исследований (экономико-социальных, политических, нравственно-духовных и организационно-управленческих).

Политико-экономические преобразования в нашей стране связанные с реформированием разных сфер экономики и социальной жизни, привели к увеличению числа граждан, оказавшихся у черты бедности, ставшими безработными, имеющими непогашенные кредиты и т.п. По данным Федеральной службы государственной статистики, около 18,3 млн. российских граждан имеют доходы ниже величины прожиточного минимума. В складывающихся условиях закономерным становится поведение общественно опасное, переходящее в привычку и одобряемое большинством граждан как вынужденное. Противоправное поведение становится доминирующим не только у отдельных граждан, но и у целых социальных групп.

Крайняя имущественная поляризация населения России в значительной мере усиливает негативное воздействие бедности и порождает безработицу (в большинстве случаев изменение социального статуса у лиц, потерявших работу, вызывает чувство озлобленности, враждебности, агрессивности). Данное

⁷¹⁶ Официальный сайт Министерства внутренних дел Российской Федерации /URL: http://mvd.ru/Deljatel_nost/statistics/reports/ (дата обращения: 10.01.2019).

⁷¹⁷ Антонян Ю. М. Бражников Д. А., Гончарова М. В. Комплексный анализ состояния преступности в Российской Федерации и расчетные варианты ее развития: аналитический обзор. М.: ФГКУ «ВНИИ МВД России», 2018. С.59-64.

явление способствует совершению имущественных преступлений; играет определяющую роль в криминализации личности.

За период январь-сентябрь 2017 года в Российской Федерации зарегистрировано преступлений, совершенных лицами, не имеющими постоянного источника дохода 162178, из них безработных 1112.⁷¹⁸ По данным Федеральной службы государственной статистики мужчин, числящихся в статусе безработных составило на 2015 год- 75,3%, на 2016-76,2%, на 2017-75%, женщин за 2015 год-75,8%, за 2016-76,9%, 2017- 77,1%.⁷¹⁹ Приведённые данные указывают, что число безработных остается на достаточно высоком уровне.

Прогрессирующая урбанизация (процесс увеличения городских поселений и распространение городского образа жизни на всю часть населения), несет не только позитивные последствия. Урбанизация может способствовать созданию сложного экономического положения средних, малых поселений ввиду оттока молодого, трудоспособного населения. В свою очередь увеличение миграционных потоков как внутри страны, так и за ее пределами, приводит к сложной экономической ситуации в крупных городах и мегаполисах, ввиду возрастания конкуренции на рынке труда; изменение социальной инфраструктуры; обострения межнациональных конфликтов и т.п.

Необходимо отметить, что в экономической сфере происходит интенсивное развитие криминального сектора теневой экономики. В данном случае речь идет не только о тех видах деятельности, которые запрещены законом (эксплуатация проституции, торговля людьми, торговля человеческими органами и т.д.), но и о тех видах деятельности, которые представляют обычное предпринимательство, осуществляемое с нарушением установленного законодательством порядка (незаконное предпринимательство – ст. 171 УК РФ, незаконная банковская деятельность – ст. 172 УК РФ и др.).

Преобразования в экономике, отношениях собственности сопровождаются коллизиями в общественном сознании. Из-за отсутствия у подавляющего большинства граждан навыков поведения в новых экономических условиях, низкой правовой культуры в их сознании. Это может приводить к усилению криминальной направленности поведения людей. Так, за последние три года (2016–2018 гг.) увеличилось количество лиц, совершивших преступление впервые. К детерминантам преступности против собственности необходимо отнести алкоголизацию и наркотизацию общества. Как показывают исследования, возраст первой пробы наркотиков, алкоголя снизился до 12-13 лет⁷²⁰.

⁷¹⁸ Состояние преступности - январь-сентябрь 2017 года [Электронный ресурс]: Официальный сайт Министерства внутренних дел Российской Федерации – URL: <https://xn--b1aew.xn--p1ai/Deljatelnost/statistics> (Дата обращения 20.02.19).

⁷¹⁹ Социальное положение и уровень жизни населения России [Электронный ресурс]: Официальный сайт Федеральной службы государственной статистики – URL: http://www.gks.ru/free_doc/doc_2015/soc-pol.pdf (Дата обращения 20.02.2019).

⁷²⁰ Федоров П.А., Никитин А.В., Ефимовский А.В., Малофеев А.А., Стебенева Е.В. Наркоситуация в Санкт-Петербурге. Криминологический мониторинг и прогноз. – СПб., 2017.

Совершение преступлений лицами, находившимися в состоянии алкогольного опьянения, составляет ежегодно порядка 30%; в состоянии наркотического опьянения – 15%.

Перечисленные детерминанты являются не исчерпывающими, что определяет необходимость глубокого и полного изучения всех факторов, влияющих на преступность против собственности, а именно нестабильность социально-экономической обстановки в стране, алкоголизация и наркотизация населения, обострение социального неравенства в обществе, снижение уровня правосознания населения, недостатки в деятельности субъектов профилактики преступности и др.

*А.А. Володарская, магистрантка СПбГЭУ
Н.А. Крайнова, канд. юрид. наук, доцент,
декан юридического факультета СПбГЭУ*

Аудиторская проверка как средство предупреждения экономических преступлений: некоторые вопросы теории и практики

Вопрос о предупреждении преступлений в сфере экономической деятельности является актуальным не только для России, но для других стран. Особое внимание данной проблеме обусловлено влиянием количества финансовых преступлений на экономику страны, что не может не отражаться негативным образом на финансовом положении граждан.

Ведение хозяйственной деятельности подлежит особому контролю со стороны субъектов предупреждения экономических преступлений. Успешное противодействие финансовым преступлениям зависит от совместных усилий всех соответствующих акторов процесса, включая руководителей деловых кругов, бухгалтеров, регулирующих органов, специалистов по установлению стандартов и финансового сектора.

Особое место в системе финансового контроля отведено внутреннему и внешнему аудиту. Исследования, проводимые международной аудиторской компанией – PricewaterhouseCoopers (PwC) показали существенный рост выявления корпоративных преступлений за последние годы. Исследования также говорят об увеличении затрат организаций на совершенствование систем внутреннего контроля, позволяющих выявить финансовые преступления на стадии зарождения⁷²¹.

⁷²¹ «Combating fraud: measures taken by companies. Russian Economic Crime and Fraud Survey 2018» [Электронный ресурс]. - Режим доступа: <http://www.pwc.ru/en/services/forensics> (дата обращения 25.03.2019)

Однако следует отметить, что реальная оценка масштабов корпоративных преступлений затруднена из-за высокого уровня латентности, фирмы предпочитают не разглашать выявленные факты злоупотребления, и ограничиваются внутренними санкциями. Интересен и тот факт, что число афер, совершаемых менеджерами, значительно превышает число тех, что исходят со стороны рядовых работников, что указывает на рост и развитие так называемой «беловоротничковой» преступности.

Цель аудиторской проверки заключается в получении достаточных надлежащих аудиторских доказательств для предоставления разумной уверенности в том, что финансовая отчетность не содержит существенных искажений вследствие мошенничества или ошибки, позволяет выразить мнение о том, что финансовая отчетность подготовлена во всех существенных аспектах в соответствии с применимой основой представления финансовой отчетности. Аудиторская деятельность осуществляется в соответствии с международными стандартами аудита, в которых регламентируются требования к проведению аудиторских процедур и к лицам, их проводящим. Процедуры, направленные на выявление признаков мошенничества, коррупции и иных преступных деяний, нашедших отражение в 8 главе Уголовного Кодекса РФ, проводятся с опорой на федеральный закон «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем и финансированию терроризма» от 7 августа 2001 года № 115-ФЗ⁷²².

В Российской Федерации существует две формы аудита: обязательный и инициативный. Обязательному аудиту подлежат общества с ограниченной ответственностью, выручка которых превышает 400 миллионов рублей или сумма активов бухгалтерского баланса по состоянию на конец предшествовавшего отчетному году, превышает 60 миллионов рублей. По признаку организационно-правовой формы аудиту подлежат - любые акционерные общества, по признаку вида деятельности - профессиональные участники рынка ценных бумаг, страховые и клиринговые компании, а также кредитные организации и биржи, как товарные, так и фондовые⁷²³.

Отдельное внимание хотелось бы уделить вопросу об ответственности за злоупотребление профессиональными полномочиями аудиторов, который находит отражение в ст. 202 УК РФ и предусматривает наказание в виде:

- штрафа;
- принудительных работ;
- ареста на срок до шести месяцев;

⁷²² 3. Федеральный закон «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» от 07.08.2001 № 115-ФЗ// СПС «Консультант плюс». [Электронный документ]. – Режим доступа: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_32834/.

⁷²³ Федеральный закон от 30.12.2008 №307-ФЗ (ред. от 23.04.2018) «Об аудиторской деятельности» // СПС «Консультант плюс». [Электронный документ]. – Режим доступа: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_83311/5662200f71fec9b8ab1a6e0615896613d3852b5a/.

- лишения свободы на срок до пяти лет с лишением права занимать определенные должности и заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет⁷²⁴.

В последнее время на повестку дня Минфин выносит предложение о возможной корректировке составов преступлений, за которые аудиторы могут быть привлечены к уголовной ответственности. В частности, представленный министерством законопроект предлагает внести новую статью 202.1 Уголовного кодекса РФ, которая будет предусматривать ответственность за выдачу заведомо ложного аудиторского заключения. При этом предполагается исключить из статьи 202 действующего УК РФ т состав злоупотребления полномочиями аудиторов.

В условиях постоянного санкционного давления на экономику нашей страны, прозрачности ведения хозяйственной деятельности уделяется особое внимание. К числу преимуществ компаний, которые подлежат аудиту, можно отнести наибольшую симпатию инвестиционного характера со стороны сторонних пользователей финансовой отчетности. Так, при выявлении искажений отчетности в ходе аудиторской проверки, не подлежащие своевременной корректировке искажения, выносятся в состав замечаний аудиторского заключения. Таким образом, отчетность, которая подвергается проверке, становится более прозрачной, что благоприятно воздействует на инвестиционный климат.

Отдельное внимание аудиторская проверка отводит контролю за непрерывностью ведения деятельности хозяйствующего субъекта. Детальной проверке подлежат связанные стороны, бенефициары компании, заключенные агентские договоры. Тестируются оценочные обязательства компании на предмет открытого судебного производства, в котором аудируемое лицо выступает ответчиком. Благодаря построению тенденций и ожиданий, основанных на анализе состояния структуры рынка, можно судить об отсутствии или наличии упущенных выход в отчетном периоде. Таким образом, открывается возможность выявления скрытых признаков, влекущих к несостоятельности аудируемого лица. Дополнительной проверке подлежат договоры и операции, которые относятся к событиям после отчетной даты и находят отражение в учете до момента выпуска аудиторского заключения, на предмет наличия существенных операций за период, которые могут повлечь за собой деструктивные последствия.

Резюмируя вышесказанное, можно оценить значительный вклад аудита в развитие прозрачности финансовой деятельности хозяйствующих субъектов и, как следствие, улучшение инвестиционного климата нашей страны. Благодаря замечаниям, выявленным в ходе аудиторской проверки и своевременному их исправлению, минимизируются риски получения штрафов, пеней, которые могут

⁷²⁴ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 №63-ФЗ (ред. от 27.12.2018) // СПС «Консультант плюс». [Электронный документ]. – Режим доступа: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_10699/.

негативно сказаться на рентабельности юридического лица в будущем. Вопрос о непрерывности ведения деятельности организации также подлежит полному тестированию в ходе проведения аудита, что позволяет корректно спрогнозировать тенденции развития и функционирования компании. Как отмечалось ранее, проверке подлежит и вероятность наличия актов совершения коррупции и мошенничества внутри компании, что можно выявить на стадии их зарождения и, соответственно своевременно устранить.

*Н.Г. Григорян, адъюнкт кафедры уголовного права
Санкт-Петербургского университета МВД России*

**Освобождение от уголовной ответственности лиц,
сотрудничающих с правоохранительными органами
(по материалам республики Армения)**

Функция государственного убеждения реализуется в поощрительных нормах, которые являются стимулом законопослушного (социально полезного) поведения, развивают социальную активность и устанавливают поощрения за одобряемое поведение. Применение поощрительных норм особо подчеркивается на фоне борьбы с коррупционными преступлениями, которые имеют наивысшую латентность, а раскрываемость таких преступлений, несмотря на их рост, неуклонно снижается.

Ни для кого не секрет, что взяточничество является наиболее распространённой и опасной формой коррупции. Занимая лидирующие позиции среди преступлений по степени латентности, взяточничество, а в частности её такая форма как получение взятки, помимо этого считается и трудно раскрываемым и доказуемым преступлением, что в значительной степени связано интересами субъектов этого преступления, которые заинтересованы в том, чтобы факт получения-дачи взятки не получил огласки. В результате – часто не бывает человека, который заинтересован в раскрытии преступления.

В ч. 4. ст.312 Уголовного Кодекса Республики Армения (далее УК РА) законодатель попытался заинтересовать одну из сторон-дающего взятку, «исправить» совершенное им криминальное деяние закрепив, что: «дающее взятку лицо освобождается от уголовной ответственности, если имело место вымогательство взятки, и если это лицо до того, как об этом стало известно правоохранительным органам, но не позднее, чем в течении 3 дней после совершения преступления, добровольно сообщило о даче взятки органам уголовного преследования и содействовало раскрытию преступления».

Указанное положение создает атмосферу страха и ослабляет психологическую связь между участниками, так как одному из участников дается,

условно говоря, мощный «козырь», с помощью которого он может выйти из «игры», оставив своего коллегу – получателя взятки в «игре».

Становится очевидным, что если такой «козырь» будет иметь не только дающий взятку, но и получающий, а также посредник, то фактор страха увеличится вдвое, соответственно–вдвое увеличится возможность раскрытия коррупционного преступления. Кроме того, правоохранительные органы будут ждать подобной информации не от одного человека, а от трех. По нашему мнению, это еще более подорвет взаимное доверие между участниками, что в два раза затруднит возможность осуществить преступные намерения.

Известно также, что посредничество во взяточничестве также обладает высокой латентностью. В результате посредничества во взяточничестве обстоятельства складываются так, что посреднику достаточным образом доверяют как взяткодатель, так и взяткополучатель. Это способствует достижению соглашения между лицом, дающим взятку и получающим ее или реализации уже достигнутого соглашения. Поэтому нами предлагается и для посредника установить указанную поощрительную норму, согласно которой посредник освобождается от уголовной ответственности, если после совершения преступления (посредничества во взяточничестве) добровольно сообщил правоохранительным органам.

Предлагаемое положение будет иметь превентивный характер, поскольку затруднит процесс завершения преступного деяния и в некоторой степени упростится раскрытие указанного преступления.

Что касается вопроса, следует ли установить подобную поощрительную норму для взяткополучателя, то, в отличие от посредника, более сложно однозначно ответить, поскольку взятка дается именно должностному лицу. С одной стороны совершение такого поступка со стороны должностного лица и применение поощрительных норм, безусловно, может рассматриваться как несправедливость, но с другой стороны, такая норма могла бы способствовать раскрытию преступления, предоставить должностному лицу возможность «исправлять» неправомерные деяния, совершенные им. По нашему убеждению именно законодательное расширение возможностей освобождения от уголовной ответственности лиц, сотрудничающих в борьбе с коррупционными преступлениями, должно стать важным приоритетом антикоррупционной политики, что уже долгое время достаточно эффективно применяется западными странами и США. Другими словами, наряду с карательным методом уголовного права должен широко применяться и поощрительный метод, что, в свою очередь, будет способствовать реализации принципа экономии уголовной репрессии. Мы также солидарны с мнением Р.М. Мелтоняна, что ограничивать сферу уголовно-правовых исследований только понятием наказания и норм его регламентирующих, нельзя признать достаточным⁷²⁵. Возросшие требования и задачи успешной борьбы с взяточничеством требуют применения и иных средств арсенала уголовно-правовой борьбы, в частности, поощрительных уголовно-

⁷²⁵ Мелтонян Р. М. Поощрительные нормы Уголовного кодекса Российской Федерации: Автореф. дис... канд. юрид. наук. Рязань, 1999. С. 1.

правовых норм. В этой связи, следует согласиться и с мнением профессора Б.В. Волженкина, что «интересы борьбы с коррупцией требуют доведения до логического конца идеи, закрепленной в примечании к статье 291 УК РФ, об освобождении от уголовной ответственности лиц, давших взятку и добровольно заявивших о содеянном. Последовательно проводя эту важную идею деятельного раскаяния, следует, безусловно, распространить данное правило на посредников во взяточничестве и на всех других лиц, являвшихся соучастниками в даче и получении взятки, в том числе и на взяткополучателя»⁷²⁶. Следует добавить, что в примечании 1 к ст. 305 Модельного УК, принятым постановлением Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ от 17 февраля 1996 года, написано: «Лицо, получившее взятку, не связанную с ее вымогательством, освобождается судом от наказания, если оно явилось с повинной, не зная об осведомленности органов власти о совершенном им преступлении, активно способствовало его раскрытию, возвратило полученное или возместило его стоимость»⁷²⁷.

По нашему мнению, предусмотрение в действующий УК РФ поощрительных норм, дающих возможность освобождения от уголовной ответственности субъекта получения взятки и посредника во взяточничестве повысит раскрываемости не только самого взяточничества, но и связанных с взяточничеством иных преступлений, таких как превышение и злоупотребление должностными полномочиями, хищение имущества, мошенничество и т.д.

Теперь обратимся к вопросу, какие мотивы побуждают человека для раскаяния, принятия подобного решения и обращения в правоохранительные органы и нужно ли для этого временное ограничение. Сообщению о даче взятки правоохранительным органам могут послужить разные мотивы: страх уголовного наказания, «месть» в отношении получателя взятки, стремление «угодовать» правоохранительным органам, чувство вины, раскаяние и т.д.

Уже в зависимости от того, по каким мотивам лицо заявляет о содеянном им поступке правоохранительным органам, можем сделать выводы. Если мы имеем дело с мекстью в отношении получателя взятки, мотивами "угодовать" правоохранительным органам, то, как бы ни были сжаты сроки, тем не менее, времени будет достаточно, поскольку лица, имеющие подобные намерения, как правило, заранее планируют свои шаги.

Когда имеет место «явка с повинной» из страха к уголовному наказанию, то для принятия такого решения необходимо определенное время.

В основном страх, как и гнев, побуждает человека говорить, разжигаться, выражать какие-либо эмоции, а молчание является признаком отсутствия страха. Ситуация иная, если основной причиной является раскаяние. Исходя из

⁷²⁶ Волженкин Б. В. Избранные труды по уголовному праву и криминологии (1963 - 2007 гг.). СПб. 2008. С. 427-428.

⁷²⁷ Модельный Уголовный кодекс для государств - участников СНГ (принят постановлением Межпарламентской Ассамблеи государств - участников СНГ от 17 февраля 1996 г.) // Межпарламентская Ассамблея государств - участников СНГ: официальный сайт: - <http://www.iacis.ru> (дата обращения: 17.02.2019).

логики закона, именно раскаяние должно лежать в основе данного действия. Необходимым условием для раскаяния является чувство вины. Согласно основам психологии, человек, чтобы осознать свою вину, а также сожалеть о содеянном, должен пройти некоторые психические этапы (процессы). Основными из них являются анализ совершенного действия, переход к заключению, возникновение чувства вины, принятие вины, покаяние. Для перехода с каждого этапа на другие этапы необходимо определенное время, после чего только у человека может быть сформировано определенное поведение. Уже в зависимости от психических качеств, упомянутый период у каждого человека может быть разным. По этому, подход законодателя, не только ограничить время для сообщения даче взятки, но и для всех установить один и тот же трехдневный срок, не представляется правильным.

Вышеупомянутые психические этапы исходят из «Эпигенетической теории развития личности»⁷²⁸ Эрика Эриксона, последователя З.Фрейда. Центральная идея теории состоит в том, что основополагающее влияние на наследственность оказывает не геном, а эпигенетическая система – совокупность факторов, воздействующих на онтогенез. Согласно теории Эриксона, чувство вины возникает на 3-м этапе – т.е. на локомотор-генитальском, который является периодом, когда у человека возникает чувство вины⁷²⁹. Анализ теории Эриксона показывает, что чувство вины может возникнуть только в том случае, когда человек может осознать и анализировать свои действия. По указанным этапам проходит совершеннолетнее лицо, когда совершает какое-либо деяние, о котором жалеет⁷³⁰. Из «Общей теории адаптации»⁷³¹ также следует, что для перехода от каждого психического этапа к другим, человеку необходимо время.

Поскольку дача взятки для психики человека является наиболее эмоциональным, не повседневным (конечно, не всегда) действием, то согласно у человека такое эмоциональное состояние длится определенное время. Затем, когда эмоции в какой-то степени возвращаются в привычный ритм, человек умеет более трезво оценивать ситуацию.

И.П. Павлов отмечает, что только после эмоционального душевного состояния у человека может быть сформирована смена стереотипа⁷³². С обсуждаемой точки зрения – переход от коррупционного стереотипа к антикоррупционному стереотипу. По моему опыту работы в правоохранительных органах могу сказать, что значительная часть (примерно 90%) лиц, которые претендуют на этот шаг, медленно проходят через указанные этапы. Таких людей, несомненно,

⁷²⁸ Эриксон Э. Х. Идентичность: юность и кризис: Пер. с англ./ Общ. ред. и предисл. Толстых А. В. М.: Издательская группа "Прогресс", 1996. С. 33.

⁷²⁹ Эриксон Э. Х. Идентичность: юность и кризис: Пер. с англ./ Общ. ред. и предисл. Толстых А. В. М.: Издательская группа "Прогресс", 1996. С. 35

⁷³⁰ Там же: С. 36-37.

⁷³¹ Лежявичюс Э. Элементы общей теории адаптации. 1986. Вильнюс. «Мокслас», 273 с.

⁷³² Павлов И. П. Мозг и психика / Под ред. М. Г. Ярошевского. М.: Издательство «Институт практической психологии», 1996. 320 с.

нужно вовлечь в борьбу с коррупцией и в случае добровольного сообщения о даче взятки освободить от уголовной ответственности.

Представленные в статье законодательные предложения вытекают из принципа равенства перед законом (в действующем порядке один из трех фигурантов коррупционной сделки – взяткодатель, приобретает привилегированное положение в сравнении с взяткополучателем и посредником), а изменения и дополнения по расширению возможностей применения поощрительных уголовно-правовых норм в борьбе с коррупционными преступлениями будут способствовать совершенствованию законодательной практики и уголовной политики.

*Е.Б. Калис, канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедры уголовного права
и уголовного процесса СПбГЭУ*

Поощрительные нормы в уголовном законе

Уголовный закон определяет не только преступность и наказуемость деяний, но и основания освобождения от уголовной ответственности и наказания.

Освобождение от уголовной ответственности предусмотрено Главой 11 УК РФ. Общим основанием освобождения является то, что применяется оно только в отношении лиц,

- признанных виновными в совершенном преступлении;
- совершивших преступление впервые;
- совершенное преступление относится к категории небольшой или средней тяжести, либо преступление в сфере экономической деятельности.

В указанных статьях 75, 76, 76.1 УК РФ основания освобождения являются возможными, а в ст.ст. 76.1 и ч.1 ст.78 УК РФ обязательными для суда.

Обязательным условием освобождения виновного во всех указанных нормах является определенное постпреступное поведение виновного лица, подтверждающее его раскаяние и отсутствие в его действиях состава иного преступления.

Согласно ч.2 ст.75 УК РФ лицо, совершившее тяжкое или особо тяжкое преступление может быть освобождено от уголовной ответственности, если это предусмотрено статьями Особенной части УК РФ. Всего на настоящий момент таких составов 44 и распределяются они следующим образом: наибольшее количество - 14 составов преступлений, посягающих на общественную безопасность и общественный порядок, 11 составов преступлений в сфере экономики, 12 преступлений против государственной власти. 5 преступлений против личности и 2 против военной службы. В этих случаях законодатель указывает на конкретные условия освобождения.

В первую очередь таким условием является добровольность прекращения продолжения преступной деятельности. Это обстоятельство предусмотрено при осуществлении длящегося преступления (например: ст. 126, 127.1, 178, 184, 198, 199, 199.1, 199.3, 199.4, 200.1, 200.3, 200.5 и др.)

Иные обстоятельства предусмотрены законодателем в качестве условия освобождения при совершении преступлений против общественной безопасности. В этом случае, кроме прекращения преступной деятельности, виновный должен оказать помощь правоохранительным органам в предотвращении совершения преступлений другими лицами - добровольно сдать оружие, сообщить органам власти о прохождении обучения в целях организации массовых беспорядков, способствовать раскрытию преступления или выявлению других лиц, совершивших такое преступление, другие действия, указанные законодателем применительно к конкретному составу преступления.

Условия освобождения виновного в последнем случае определяется необходимостью как можно быстрее предотвратить совершение иных тяжких преступлений, выявить лиц, опасность преступной деятельности которых тем больше, чем длительнее она будет продолжаться, в которую будут вовлекаться новые участники, будут совершенствоваться методы преступной деятельности. К таким преступлениям относятся все формы преступных организаций, ответственность за которые предусмотрена ст.ст. 208, 209, 210, 212 УК РФ. Во всех указанных преступлениях деятельность, с целью которых происходит объединение участников, является продолжением противоправного поведения, но образует самостоятельные преступления, требующие дополнительной квалификации. Именно для предотвращения их законодатель в большинстве случаев предусматривает возможность освобождения от уголовной ответственности виновного при выполнении им указанных в примечании действий. Не вполне понятна позиция законодателя в отношении отсутствия такого примечания к ст. 209 УК РФ «Бандитизм». Полагаю, что возможность освобождения от уголовной ответственности участников банды при прекращении ими участия в ней и способствовании раскрытию преступлений, совершенных другими лицами, даст возможность предотвратить другие тяжкие преступления. Поощрительную норму можно было бы предусмотреть и в примечании к ст. 211 УК РФ, определив в качестве условия освобождения от ответственности добровольное прекращение захвата судна воздушного или водного транспорта либо железнодорожного подвижного состава, ответственность за который установлена в ч.1 ст. 211 УК РФ.

В некоторых случаях условием освобождения от уголовной ответственности виновного является добровольное сообщение о совершенном им преступлении, обоснованном стремлением изобличения преступных действий иных лиц (ч.1-4 ст. 204, ст.ст. 204.1, 204.2, 291, 291.1, 291.2 УК РФ). Без такого сообщения изобличение затруднительно, сами преступления носят латентный характер, а общественная опасность их более высокая, - это преступления связанные с получением незаконного вознаграждения (ч.5-8 ст. 204, ст. 290 УК РФ).

Во всех случаях поощрительные нормы предусматривают добровольность постпреступной деятельности виновного лица, выражающую таким образом осознанное стремление совершить указанные в качестве обязательных для освобождения условий действия. Осознанность возможности совершения указанных действий является обязательным элементом оценки добровольности, тогда как мотивы такого поведения не имеют значения. Виновный может совершить их как из желания прекратить преступную деятельность других лиц или из жалости к потерпевшему, так и из-за страха перед наказанием. Такие действия не нейтрализуют вредных последствий совершенного виновным преступления, однако они предотвращают возможность причинения последствий более опасных для охраняемых общественных отношений. Именно это является целью поощрительных норм Особенной части УК РФ.

*Д.М. Кокин, канд. юрид. наук,
старший преподаватель кафедры уголовного права
Санкт-Петербургского университета МВД России*

О некоторых аспектах хищения оружия

Преступления в сфере незаконного оборота оружия относятся к составам с двойной превенцией и охраняют общественные отношения не только от незаконных действий по обороту оружия, но и от возможного причинения вреда при использовании оружия, находящегося в незаконном обороте в противоправных целях. Перечень деяний, образующих незаконный оборот оружия весьма обширен, основная их часть входит в диспозицию статьи 222 УК РФ. Некоторые из этих деяний в силу своей специфики выделяются в качестве самостоятельных составов преступления.

Таким частным случаем является установление ответственности за хищение оружия. Данному составу преступления присущи признаки, как хищений, так и преступлений в сфере незаконного оборота оружия. Однако эти признаки не всегда идентичны по своему содержанию тем же признакам, образующим основные составы похожих преступлений (ст.ст. 158, 222 УК РФ). Исходя из положений примечания к ст. 158 УК РФ, данное в нём определение понятия хищения распространяется на все случаи упоминания термина «хищение» в Уголовном кодексе. Соответственно хищению оружия должны быть присущи все признаки хищения. Стоит рассмотреть, всегда ли признаки хищения наличествуют в случае незаконного завладения оружием. Первым признаком называемым в определении понятия хищения выступает корыстная цель. Корыстной в теории уголовного права, как правило, называется цель обогащения, приобретения материальной выгоды, избегания затрат. Всегда ли незаконное изъятие оружия корыстно? Хищение оружия, зачастую, может быть

связано с реализацией намерения дальнейшего использования его для совершения преступления, в таком случае можно рассматривать в качестве корыстной цели избегание затрат на покупку оружия, однако мотивация может быть совсем иной, и основываться на невозможности получения оружия другим, способом. Кроме того, Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 12.03.2002 № 5 «О судебной практике по делам о хищении, вымогательстве и незаконном обороте оружия, боеприпасов, взрывчатых веществ и взрывных устройств» прямо указывает, что «уничтожение, оставление на месте преступления или возвращение назад похищенного оружия после его использования для совершения других противоправных действий либо в иных целях не является основанием для освобождения лица от ответственности за хищение оружия». Однако имеет ли ввиду субъект толкования, отсутствие, в качестве обязательного признака состава, корыстной цели совершения преступления? Если преступник похитил оружие с корыстной целью оружие, после совершил с его помощью насильственное преступление, а затем вернул оружие на место, чтобы избежать ответственности за насильственное преступление, должен ли он избежать ответственности за хищение оружия? Мы разделяем точку зрения Пленума Верховного Суда, согласно которой этот факт не является основанием освобождения лица от уголовной ответственности. Но как должны применяться нормы уголовного закона, когда преступление совершено изначально без корыстной цели и в соответствии с примечанием к статье 158 УК РФ хищением не является? В качестве примера рассмотрим случай, когда жена похищает у мужа боевой пистолет, закреплённый за ним по службе, совершает убийство и возвращает оружие обратно. В данном деянии отсутствуют сразу несколько признаков хищения. Субъект совершает изъятие предмета без корыстной цели с целью воспользоваться по прямому назначению, изъятие осуществляется на некоторое время, после чего предмет возвращается, не происходит обращения предмета в пользу виновной или других лиц, соответственно не причиняется ущерба собственнику.

Квалификация действий указанного субъекта как хищения оружия противоречит аутентичному толкованию термина хищение, следовательно, возможны, как минимум два вероятных разрешения указанного противоречия. Первым решением представляется квалификация указанных действий как незаконного приобретения оружия, и игнорирование судебного толкования хищения оружия. На наш взгляд это решение, несмотря на строгое соответствие букве закона, противоречит духу закона и недооценивает общественную опасность деяния. В таком варианте решения вопроса не учитывается вред, причиняемый праву собственности, как дополнительному объекту уголовно-правовой охраны. Вторым возможным решением представляется формулировка аутентичного толкования понятия хищения применительно к статье 226 УК РФ в примечании к последней. За основу такого толкования можно взять используемую сегодня в тексте пункта 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 12.03.2002 N 5, то есть «...противоправное завладение ими любым способом с намерением лица присвоить похищенное либо передать его

другому лицу, а равно распорядиться им по своему усмотрению иным образом.». Такой подход позволил бы обеспечить надёжной уголовно-правовой защитой как общественную безопасность, так и отношения собственности и при этом конкретизировать повышенную общественную опасность хищений оружия в структуре преступлений в сфере незаконного оборота оружия.

*Н.А. Крайнова, канд. юрид. наук, доцент,
декан юридического факультета СПбГЭУ*

Некоторые проблемы ресоциализации женщин, отбывших наказание в виде лишения свободы

Ресоциализация осужденных входит в число приоритетных задач уголовной политики на современном этапе. Важность решения данного вопроса трудно переоценить, ибо в настоящее время невозможно говорить с полной уверенностью о том, что вся масса бывших осужденных, отбывших наказание в местах лишения свободы, не испытывает сложностей в ресоциализации, адаптируется к жизни в обществе, не совершает преступлений впоследствии. Зачастую дело обстоит совершенно обратным образом: процесс воспроизводства преступлений не прекращается, наблюдается четкая зависимость между недостижением целей ресоциализации и ростом рецидивной преступности. Если говорить о ресоциализации осужденных с точки зрения половозрастной характеристики, то можно с уверенностью утверждать о том, что существуют значительные различия между успешностью решения ресоциализационных проблем в отношении мужчин и женщин.

Отсутствие реалистичных решений проблем ресоциализации бывших осужденных приводит к крайне печальным последствиям, в первую очередь речь идет об ухудшении криминологической обстановки в стране, усиление криминогенности общества. Об этом свидетельствует и официальная статистика. Количество преступлений, совершаемых женщинами и с их участием, неуклонно растет. По данным официальной статистики, представленным на сайте МВД РФ, за период январь-февраль 2019 г. в Российской Федерации было выявлено 23725 женщин, совершивших преступления, что на 1, 5 % больше, чем за аналогичный период прошлого года⁷³³.

Как отмечают специалисты, «научные исследования и практический опыт показывают, что одной из основных причин криминализации российского общества является отсутствие цельной государственной политики в

⁷³³ Состояние преступности за январь-февраль 2019 года. [Электронный документ]. – Режим доступа: <https://мвд.рф/Deljatelnost/statistics>. Дата обращения: 31.03.2018 г.

отношении освобожденных от отбывания наказания лиц, в том числе осужденных женщин»⁷³⁴. Безусловно, освобожденные от наказания женщины являются специфическим объектом ресоциализационного воздействия, что обусловлено, в первую очередь, особенностями личности осужденных женщин.

Многочисленными научными исследованиями установлено, что пребывание в местах лишения свободы является серьёзным стрессом для осужденной женщины. Так, Л.В. Яссман подчеркивает, что «исследование лиц, находящихся в условиях изоляции, дает основание говорить о характерном для них состоянии выраженной дезадаптации»⁷³⁵.

Весьма значительные психологические трудности встречаются женщину в исправительном учреждении уже с самого начала отбывания наказания. По сути, женщина приобретает там определенные свойства и качества, которые будут сопровождать ее все жизнь и не являются социально одобряемыми. Так, по мнению сотрудников одного из исправительных учреждений для осужденных женщин, «осужденные мужчины – это лица, которые утрачивают свои социально полезные навыки в местах лишения свободы, что уже говорить об осужденных женщинах. Это явление крайне удручающее»⁷³⁶.

Места лишения свободы оказывает крайне негативное влияние, прежде всего, на женщин молодежного возраста. Жизнь в исправительном учреждении заставляет девушек адаптироваться, позиционировать себя как личность, прежде всего, для того чтобы занять свое место в условиях ограниченного социального пространства. В этой связи они вынуждены проявлять агрессивность, настойчивость. Находясь в местах лишения свободы, женщине приходится менять свои ценностные установки и ориентации, отношение к социальному окружению, психологические характеристики женщин подвергаются серьезному воздействию, что в конечном итоге может привести к дезадаптации личности осужденной женщины.

В научной литературе указывается также на то, что негативное влияние на адаптацию женщин оказывает удаленность исправительного учреждения, в котором они отбывают наказание, что приводит к еще большему разрыву социальных связей. «Маленькая численность женских колоний, всего их насчитывается около 35 в Российской Федерации, следовательно, отсутствуют в каждом субъекте РФ, поэтому женщин осужденных иногда этапируют далеко от дома. Далекое отбывания наказания женщинами показывает оторванность их от места жительства, следовательно, ограничиваются свидания с родными,

⁷³⁴ Баранов Ю.В., Хамадишин Д.З. Реабилитация и ресоциализация как защита прав осужденных к лишению свободы и освобожденных от этого наказания // Актуальные проблемы экономики и права. Выпуск № 1 (17) / 2011. С. 260.

⁷³⁵ Яссман Л.В. Психологические проблемы ранней профилактики правонарушений у несовершеннолетних. Автореф. дисс. докт. психол. наук. – М.: Академия МВД РФ, 1998. С. 25.

⁷³⁶ По результатам проведенного автором настоящей работы исследования: опрос работников ИК-6 ФСИН по Санкт-Петербургу.

происходит затруднение получения посылок, или передачи вовсе исключаются»⁷³⁷.

В исправительном учреждении женщина дезадаптируется. Степень дезадаптации женщин может быть различной, варьироваться от низкой до высокой степени. Дезадаптация может проявляться в различных сферах: в производственной, семейной, бытовой и досуговой и иных.

Научные исследования демонстрируют тот факт, что женщины утрачивают свои предыдущие социальные роли, не понимают, как им жить дальше. По сравнению с мужчинами женщины чаще испытывают личностные проблемы: страх одиночества, замкнутость, фрустрации. Кроме того, характерны для адаптационных процессов проблемы с трудоустройством, материальные трудности. Абсолютное большинство женщин имеют вредные привычки, злоупотребляют алкоголем, наркотическими, психотропными средствами и веществами, и такая зависимость, зачастую, является необратимой. Большинство женщин предпочитают вести иждивенческий и аморальный образ жизни: жить на иждивении у какого-либо мужчины, заниматься проституцией.

Ближайшее окружение бывших осужденных женщин чаще всего отворачивается от них после освобождения: разрушается семья, утрачиваются близкие социальные связи, друзья, хорошие знакомые, соседи по месту жительства не желают иметь ничего общего с такими лицами. Работодатели не хотят принимать на работу бывших осужденных женщин, относя их к категории неблагонадежных работников. И в большинстве случаев этому есть объективные причины: низкий уровень образования осужденных женщин, отсутствие мотивации к социально полезному труду, невозможность самоорганизации, что проявляется, прежде всего, в нарушении трудового режима, недостаточная ответственность в выполнении порученных заданий и т.д.

Как отмечают специалисты, осужденные женщины крайне безответственно относятся к вопросам формирования семьи. Так, например, Ковалев О.Г. и Малышева О.А. отмечают, что «несмотря на то, что осужденные женщины в будущем хотели бы иметь семью, представления о будущей семейной жизни размыты и формальны. Положительные перспективы на будущее у осужденных женщин могут сложиться при поддержке и контроле государства, потому что женщины «нежизнеспособные иждивенцы», которые имеют тенденцию к устойчивой маргинальности. Сами женщины считают, что они «такие же, как все», однако 80% опасаются, что в жизни может все измениться и сами могут «скатиться на дно».⁷³⁸

⁷³⁷ Садчикова С.А. Ресоциализация и социальная адаптация осужденных женщин // Научные достижения и открытия современной молодежи. С. 233.

⁷³⁸ Ковалев О.Г., Малышева О.А. Криминологические и психологические проблемы дезадаптации женщин молодежного возраста, отбывших наказание в виде лишения свободы. – Учебное пособие. – М.: «Права человека», 2001. С. 64-65.

Правовое регулирование прав и свобод осужденных женщин является предметом рассмотрения на уровне международных организаций. Так, Организация Объединенных Наций (ООН) постоянно уделяет внимание необходимости отдельного регулирования воздействия в отношении женщин-правонарушителей и в свое время приняла специальные рекомендации, касающиеся женщин-заключенных. Таким документом являются одобренные Генеральной Ассамблеей ООН в декабре 2010 года так называемые Бангкокские правила – «Правила ООН, касающиеся обращения с женщинами-заключенными и мер наказания для женщин-правонарушителей, не связанных с лишением свободы», носящие рекомендательный характер.⁷³⁹

Следует отметить, что процессы адаптации бывших осужденных женщин определяются еще и тем, в какое общество возвращаются такие лица. Поэтому важно перейти к осмыслению трансформирующегося российского социума. Как отмечают специалисты, «степень и успешность адаптации освобожденных женщин можно оценить через анализ новой социальной, в частности социокультурной реальности, российского общества».

Таким образом, проведенное автором исследование позволяет сделать ряд выводов, имеющих рекомендательный характер. Проблемы ресоциализации осужденных, в частности, осужденных женщин, в настоящее время не решены. Осуществляя подготовку к освобождению от отбывания уголовного наказания, администрация исправительных учреждений не в полной мере учитывает особенности отдельных категорий осужденных, в том числе, женщин. Освобожденные от отбывания наказания женщины, если наказание было связано с лишением свободы, являются абсолютно неподготовленными к условиям жизни на свободе, к тем условиям, которые их ждут в обыденной жизни. Ситуация обостряется и сложившимся в обществе негативным отношением к осужденным женщинам.

В рамках решения проблем ресоциализации женщин полагаю возможным предложить ряд мер, направленных на решение вышеобозначенных проблем. Прежде всего, в исправительном учреждении следует реализовывать целенаправленную продуманную стратегию по подготовке женщин к освобождению от наказания. В этом процессе следует использовать профессиональную помощь психологов, медицинских работников, юристов, социальных работников и т.д. При разработке такой стратегии необходимо учитывать, ориентацию на решение существующих актуальных социальных проблем (помощь с устройством на работу, жилищные проблемы, подготовка к общению с семьей и друзьями). Необходимо акцентировать внимание на соответствующей информационной работе по повышению уровня терпимости населения к бывшим осужденным женщинам, что обеспечит им чувство защищенности, уверенность в будущем без совершения преступлений. Терпимое отношение к

⁷³⁹ Бангкокские правила ООН, касающиеся обращения с женщинами-заключенными и женщинами-правонарушителями Краткое руководство. [Электронный документ]. Режим доступа: <https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2013/07/Final-PRI-Short-Guide-Bangkok-Rules-Russian.pdf>. Дата обращения: 31.03.2019 г.

бывшим осужденным следует развивать с детства, что возможно реализовать благодаря привлечению сотрудников полиции, которые могли бы обсуждать данные темы с учениками школ, обучающихся вузов и т.д. К обсуждению данных проблем логично привлекать СМИ, телевидение, использовать ресурсы сети Интернет. Такой подход позволит еще более расширить границы реального применения принципа гуманизма, что впоследствии приведет к сокращению к сокращению рецидивной преступности. Ведь ни для кого не секрет, что повторное совершение преступлений в большинстве случаев является следствием негативного или равнодушного отношения общества к бывшим осужденным, которые не могут найти себе места в обществе и вынуждены добывать себе средства к существованию преступным путем.

Эффективным средством предупреждения рецидивной преступности среди женщин является применение уголовных наказаний, не связанных с лишением свободы. Назначение такого рода наказаний позволит избежать негативных последствий отрыва женщины от социального окружения, вредного воздействия социокультурной среды исправительного учреждения, сложившейся субкультуры. Кроме того, содержание осужденных в исправительных учреждениях является достаточно существенной расходной строкой бюджета. Как отмечают Н.Д. Ратникова и Л.В. Ковтуненко, «система исполнения наказаний должна стать более открытой, менее формализованной, а главное – ориентированной на решение основной задачи: исправления осужденных и полноценного включения их в жизнь общества после отбытия наказания»⁷⁴⁰. Что позволит существенно минимизировать расходы государства на содержание осужденных.

*А.Ю. Левченко, слушатель факультета
подготовки сотрудников для перативных
подразделений Санкт-Петербургского университета МВД России
Е.Н. Макарова, старший преподаватель кафедры криминалистики
Санкт-Петербургского университета МВД России*

Тактические особенности осмотра и изъятия электронных носителей информации

На протяжении долгого времени одной из важных задач человека являлось не только получение информации, но и её фиксирование. Перед человеком стояла важная задача – сохранение большого количества информации, которая привела к созданию носителей информации. История появления

⁷⁴⁰ Ратникова Н.Д. Ковтуненко Л.В. Ресоциализация осужденных женщин в России на основе международного опыта // Ведомости уголовно-исполнительной системы. – 2012. – № 5. – С. 12.

и совершенствования носителей насчитывает не одну тысячу лет, и в конце XX века развитие технологий привело нас к радикально новому виду носителей. То количество информации, которое раньше занимало целые помещения в бумажном формате, сейчас можно уместить на ладони. Благодаря техническому прогрессу современный человек может заменить огромное количество бумажных носителей всего одним – электронным. Выбор в пользу электронного носителя информации обуславливается удобством в использовании, мобильностью, возможностями быстрого поиска и редактирования необходимых файлов. Сегодня практически каждый человек в своей деятельности использует электронные носители информации.

Благодаря электронным носителям, сотрудники ОВД имеют возможность получить информацию, которая может являться источником важных сведений о деятельности лиц, в том числе необходимых и для дальнейшего доказывания их вины. Основной проблемой является незнание тактических особенностей осмотра и изъятия таких носителей при осуществлении своей деятельности сотрудниками различных подразделений ОВД⁷⁴¹.

Для начала необходимо пояснить, что же является электронным носителем. Электронный носитель информации (ЭНИ) – вид материального носителя, который записывает, хранит и воспроизводит данные, обрабатываемые средствами вычислительной техники. Их разделяют на: оптические (например, DVD и CD-ROM), полупроводниковые (флеш-накопители и SSD-диски) и магнитные (жесткий диск компьютера)⁷⁴².

Также необходимо отметить, что основной классификацией, на основе которой будет различаться тактика осмотра и изъятия таких носителей, является классификация по способу использования. Электронные носители информации могут быть внешними, то есть их конфигурация позволяет им находиться от компьютера, так и внутренним, где носитель встроен в конструкцию компьютера.

При проведении осмотра электронных носителей информации необходимо в обязательном порядке отметить положение, в котором был обнаружен носитель (подключен ли носитель к устройству), а в случае, когда носителем является непосредственно компьютер, необходимо отразить, подключен ли компьютер к источнику питания. Далее сотрудник ОВД обязан произвести описание внешнего вида носителя.

При описании носителя информации в первую очередь необходимо указать вид носителя, так как от этого будет зависеть дальнейшее описание внешнего вида. Классификация носителей по видам была приведена ранее. Также при описании в обязательном порядке указывается форма, цвет, размеры устройства и фирма-производитель, если название производителя отражено на

⁷⁴¹ Гаврилов М.В., Иванов А.Н. Осмотр места происшествия при расследовании преступлений в сфере компьютерной информации: учебное пособие. – Саратов: Изд-во Саратовской государственной академии права, 2004. – С. 7.

⁷⁴² Аверьянова Т.В. Криминалистика: учебник / Т.В. Аверьянова, Р.С. Белкин, Ю.Г. Коровов, Е.Р. Россинская. – М.: Норма, 2012. – С. 327–329.

внешнем корпусе устройства. Еще одним элементом, который обязательно должен быть зафиксирован при осмотре электронного носителя информации, является наличие характерных особенностей корпуса. Это могут быть как различные механические повреждения, оставленные на корпусе в процессе использования устройства (царапины, сколы, повреждение покрытия корпуса), так и рукописный или печатный текст, нанесенный на носитель, различные пометки или маркировки.

Такое подробное описание внешнего вида электронного носителя информации необходимо для последующей его идентификации, а также для дальнейшего проведения необходимых экспертиз⁷⁴³.

Изъятие электронных носителей информации имеет ряд обязательных действий, несоблюдение которых может повлечь за собой утрату следов, которые могут быть использованы в процессе доказывания. Изъятие электронных носителей информации по способу можно разделить на две группы: изъятие внешних электронных носителей информации и изъятие внутренних носителей.

Изъятие внешних электронных носителей информации производится после осмотра носителя в присутствии не менее двух понятых, путем помещения носителя в конверт. На конверте предварительно делаются необходимые записи, затем он запечатывается. При этом сотрудник ОВД должен соблюдать аккуратность и осторожность во избежание повреждения носителя.

При изъятии внутреннего носителя важно соблюдать необходимую последовательность действий. Следует отметить, что особенность изъятия внутренних электронных носителей заключается в необходимости изымать системный блок компьютера, если изъятию подвергается носитель информации, находящийся в персональном компьютере. При изъятии информации, находящейся в ноутбуке, моноблоке и других подобных устройствах, конфигурация которых не позволяет изъять лишь составную часть устройства, где располагается носитель, производится изъятие всего устройства целиком. Необходимо помнить о том, что нельзя вскрывать корпус устройства и изымать непосредственно внутренний носитель, так как это приведет к потере данных. Также желательно, чтобы при изъятии присутствовал специалист в области компьютерной информации, познания которого помогут предотвратить потерю данных с носителя вследствие нарушения порядка изъятия сотрудниками ОВД⁷⁴⁴.

Во-первых, производится фотофиксация положения компьютера в помещении, всех соединений компьютера с периферийными устройствами, соединение компьютера с источником питания, а также фиксация экрана компьютера в случае, если компьютер включен. Если компьютер включен,

⁷⁴³ Мещеряков В.А. Основы методики расследования преступлений в сфере компьютерной информации: Автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук. Специальность: 12.00.09. – Уголовный процесс; криминалистика, судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность. – Воронеж: Издательство Воронежского государственного университета, 2001. – С. 6.

⁷⁴⁴ Поляков В.В. Этапы осмотра места происшествия по компьютерным преступлениям. – М.: Издательство «ЮНИТИ-ДАНА» // Закон и право. – 2016. – №11. – С. 113.

необходимо выключить компьютер только способом отсоединения его от источника электропитания, не закрывая открытые программы и не используя стандартный способ завершения работы компьютера через взаимодействие с операционной системой во избежание потери данных. Далее следует отсоединить от системного блока компьютера все подключенные периферийные устройства. Затем необходимо надежно опечатать элементы корпуса, открытие которых может привести к несанкционированному доступу посторонних лиц к внутренним элементам системного блока компьютера. Последним этапом является упаковка системного блока компьютера (либо ноутбука или моноблока) вместе с присоединенным проводом подключения к электропитанию в подходящую по размеру коробку, либо полиэтилен, и запечатать. При этом необходимо присутствие двух понятых. Очень важно соблюдать особую осторожность при транспортировке.

Выполнение указанных правил и соблюдение приведенной последовательности при изъятии электронных носителей информации сотрудниками ОВД позволит избежать потери необходимых данных, находящихся на внутреннем носителе электронной информации. После изъятия носители информации могут быть отправлены эксперту для проведения необходимых экспертиз.

На сегодняшний день электронными носителями информации пользуются абсолютное большинство людей, в том числе и преступники. При совершении противозаконных действий они также предпочитают использовать технологии, в том числе и в области хранения информации. Именно поэтому сотрудникам ОВД необходимо знать правильную последовательность и тактические особенности при проведении осмотра и изъятия электронных носителей информации. Эти знания позволят избежать потери данных, отсутствие которых может повлиять на результаты принятия решений в отношении преступных лиц.

*Г.В. Лукьянова,
канд. юрид. наук, ст. преподаватель кафедры криминологии
Санкт-Петербургского университета МВД России*

Особенности правового механизма противодействия мошенничеству в сфере туризма

В настоящее время туризм выступает как неотъемлемая часть жизни современного человека. Данная сфера выступает средством удовлетворения духовных и интеллектуальных потребностей.

Кроме того как сфера услуг – туризм еще и представляет активно развивающуюся отрасль экономики. Это перспективное и прибыльное направление, особенно актуальное в последнее время для экономики Российской Федерации.

Однако вместе с множеством положительных факторов, сопровождающих путешествие и отдых, существует и риск встретиться с мошенничеством и прочими нарушениями прав граждан в указанной сфере. Жертвами злоумышленников становятся граждане, а также банки, страховые компании, сами туристические фирмы, которых обворовывают их же сотрудники.

В целях стабильного функционирования отрасли, повышения качества жизни граждан, поддержания их здоровья, гарантии личной безопасности, соблюдения высоких стандартов оказания услуг, необходим отлаженный правовой механизм регулирования туристической сферы.

Правовая политика Российской Федерации направлена на защиту интересов всех участников возникающих отношений. Основной целью при этом является укрепление законности и правопорядка на туристическом рынке.

Нормативно-правовое регулирование туристической деятельности базируется, прежде всего, на положениях Конституции РФ, Федерального закона «Об основах туристской деятельности в РФ», Гражданского кодекса Российской Федерации, Закона «О защите прав потребителей», Федерального закона «О лицензировании отдельных видов деятельности», Постановления Правительства «Правила предоставления гостиничных услуг в Российской Федерации», Федерального закона «О техническом регулировании, Стратегии развития туризма в Российской Федерации в период до 2020 г.

Туризм – явление, объединяющее множество общественных отношений, требующее постоянного внимания законодателя и контроля со стороны государства.

К мерам воздействия со стороны государства на туристскую отрасль, нуждающуюся в доработке, следует отнести деятельность по стандартизации объектов туристической индустрии, сертификацию и оценку эффективности единого федерального реестра туроператоров.

По-прежнему не решенной остаётся задача разграничения полномочий между федеральным центром и местными исполнителями.

Бесспорно, что рассматриваемая отрасль отличается повышенным уровнем конкуренции.

Туроператорскую деятельность в Российской Федерации могут осуществлять только зарегистрированные на территории государства юридические лица, с занесением соответствующих данных в ЕФРТ.

Туроператорская деятельность, осуществляемая с нарушением требований законодательства недопустима. Однако каждый год появляются всё более изощренные мошеннические схемы, раскрываемые оперативно-разыскными подразделениями по экономической безопасности МВД России⁷⁴⁵.

В соответствии с действующим в настоящее время законодательством, к уголовной ответственности за мошенничество в туристической области

⁷⁴⁵ См.: Мошенничества в сфере туризма: серия публикаций ГУ МВД по Саратовской области, посвященных наиболее распространенным способам обмана граждан, которыми пользуются мошенники. 25.08.2011 [электронный ресурс 64.xnb 1 aew.-xn-plai– дата обращения 26.03.2019).

можно привлечь по ст. 159 УК РФ, а также за незаконное предпринимательство, по ст. 171 УК РФ.

На сегодняшний день рынок предоставления туристических услуг перенасыщен, что привело к кризису отрасли. Единый способ борьбы с конкурентами, это снижение цены. В антимонопольном законе предусмотрены санкции как за демпинг, так и за необоснованное завышение цен лишь для компаний, имеющих доминирующее положение на рынке.

В связи с тем, что после массового ухода туроператоров с рынка, возникает общественный резонанс, подрывается доверие граждан, что, безусловно, негативно отражается на работе всей отрасли – необходимо разработать четкие правила прекращения деятельности, а также вхождения в туристический бизнес, пересмотреть принципиальные начала деятельности. Важно, к тому же, создать гарантии финансовой устойчивости основных участников данного сегмента экономики, определить мероприятия по контролю деятельности страховых компаний.

Не может не вызывать озабоченности ситуация непрекращающегося роста темпов криминализации сферы страховых услуг. Обстановка складывается таким образом, что преступная активность в рассматриваемой отрасли выше преступности большинства экономических секторов, при этом латентность правонарушений здесь также достаточно высока⁷⁴⁶.

Согласно мнению экспертов, сегодня туристской отрасли требуется более жесткое регулирование и назрела необходимость принятия нового нормативного акта, регламентирующего туристскую деятельность, поскольку существующий уже не может рассматриваться адекватно складывающейся ситуации. Он не препятствует демпингу и не дифференцирует уровень ответственности турагентств за качество сервиса. Поэтому у многих недобросовестных субъектов появляется соблазн считать туризм источником бесконтрольного заработка. Тогда как в экономически развитых странах туризм может составлять 15–20% ВВП.

Для того, чтобы усовершенствовать действующее законодательство, регламентирующее работу туроператоров, требуется создание новых нормативных документов, в отношении ключевых элементов туристской отрасли.

Предполагается, что основные направления должны включать: усиление санкций за незаконную предпринимательскую деятельность; унифицированность нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации в туристской отрасли; мероприятия по реализации политики государства в области обеспечения личной безопасности туристов, повышение ответственности должностных лиц организаций, за оказание услуг ненадлежащего качества.

Немаловажной задачей является реализация комплекса мер, по повышению культуры безопасного поведения туристов, проведение разъяснительной

⁷⁴⁶ Степанов М.В. Плюсы и минусы уголовно-правового механизма противодействия мошенничеству в сфере страхования // Вестник Нижегородской академии МВД России. Н. Новгород, 2015. № 3 (31). С. 159.

и профилактической работы, с целью сформировать у путешествующих граждан ответственный подход к обеспечению собственной безопасности, и вместе с тем, требования бережного отношения к природе, культурно-историческим ценностям.

Необходима реализация действующих норм законодательства в части создания в местах активного отдыха и туризма условий для беспрепятственного доступа к средствам связи, а также для страхования рисков, связанных с прохождением туристами маршрутов повышенной опасности.

В Российской Федерации механизм защиты прав туристов постоянно совершенствуется.

В соответствии с действующим законодательством туроператоры, ведущие свой бизнес в области выездного туризма, обязательно должны состоять в профессиональном членстве «Турпомощь».

Что касается организации туристской деятельности в Российской Федерации, то такой механизм защиты на внутреннем рынке отсутствует. Известно, что в ряде регионов периодически возникают трудности, связанные с несвоевременной оплатой, запаздыванием сроков перевода средств от туроператора за предоставление услуг.

В случае недобросовестности должностного лица турагентства, страховой фонд не может компенсировать причиненный ущерб.

Такого рода недостатки свидетельствуют о необходимости сбалансированного подхода и поиска иных методов регулирования расчетных действий и финансовой стратегии субъектов туристического бизнеса⁷⁴⁷.

Способы противодействия правонарушениям в туристской сфере в разных государствах различны.

Социальная природа преступности требует системного подхода к противодействию преступлениям против туристов⁷⁴⁸.

К примеру, американские юристы на основе обобщения опыта зарубежных стран разработали рекомендации по противодействию такого рода нарушениям. Такие рекомендации предусматривают совместную деятельность по охране общественного порядка не только правоохранительных органов, но и представителей гражданского общества.

В настоящее время следует принять во внимание, эффективность действий, создающихся за рубежом подразделений правоохранительных органов, специализирующихся именно на противодействии правонарушениям в отношении туристов, в качестве которых можно назвать «туристскую полицию».

В нашей стране подобного правоохранительного органа не создано. В отдельных территориальных подразделениях ОВД однако, введены должности

⁷⁴⁷ См.: Распоряжение Правительства РФ от 31 мая 2014 г. № 941-р Москва «Об утверждении Стратегии развития туризма в Российской Федерации на период до 2020 г. // Российская газета [электронный ресурс rg.ru] (дата обращения 26.03.2019).

⁷⁴⁸ Писаревский Е.Л., Трунцевский Ю.В. О государственной политике в области обеспечения безопасности туризма [электронный ресурс www.garant.ru] (дата обращения 27.03.2019).

по профилактике правонарушений в отношении туристов-иностранцев. Например, в ГУВД Санкт-Петербурга функционирует подразделение, которое специализируется на противодействии преступности в отношении иностранцев.

Отмечается, что положительным фактором профилактики является своеобразных «зон (территорий) безопасности», которые могли бы создаваться для туристов⁷⁴⁹. В таких зонах увеличено количество патрулей, систем видеонаблюдения, обустроена безопасная туристская инфраструктура, присутствуют специальные обозначения, символы, а также знаки безопасности.

В заключение необходимо отметить, что на данный момент нет эффективных правовых механизмов, позволяющих оперативно принимать меры к недобросовестным субъектам туристической индустрии. В уголовном и административном законодательстве недостаточно четко определена ответственность за осуществление незаконной предпринимательской деятельности.

Таким образом, совершенствование правового регулирования в данной области по-прежнему является актуальным.

*Е.Н. Макарова, ст. преподаватель кафедры криминалистики
Санкт-Петербургского университета МВД России*

Отдельные криминалистические аспекты исследования насильственной преступной деятельности

Изучением различных аспектов преступной деятельности занимаются ученые нескольких областей научных знаний: уголовного права, уголовного процесса, криминологии, теории оперативно-розыскной деятельности, социологии, психологии, конфликтологии и др. Это обусловлено разносторонностью преступной деятельности, изучить которую в рамках одной науки не представляется возможным, а одностороннее исследование не приведет к выработке эффективных мер противодействия, должной профилактической работе.

Криминалистические аспекты противодействия преступности направлены на усовершенствование процесса предотвращения, раскрытия и расследования преступлений, включают в себя закономерности механизма преступления и возникновения информации о нем, которая содержится в следах⁷⁵⁰.

⁷⁴⁹ Богатырев Р.М. Создание «зон безопасности» в наиболее криминогенных местах мегаполиса // Законность, 2009, № 7.

⁷⁵⁰ Хайрусов Д.С., Щербич Л.А. Источники и методы криминалистического исследования преступной деятельности. – М.: Издательство «Юрлитинформ», - 2008. – 144 с. – С. 53

Некоторые авторы рассматривают криминалистические аспекты не через механизм совершения преступления, а через механизм преступной деятельности⁷⁵¹, тем самым предлагая объединить познания нескольких дисциплин для достижения эффективности противодействия. То, что криминалистические аспекты имеют межотраслевой характер – бесспорно. Именно это обстоятельство приводит к тому, что иногда в юридической литературе ученые выходят за рамки криминалистики, включая в нее уголовно-правовые и криминологические аспекты, но включать в криминалистические аспекты исследования все, что связано с совершением преступления и личностью преступника – ошибочно. Поэтому мы придерживаемся мнения О.В. Чельшевой о том, что криминалистика исследует именно преступные акты, особенности их подготовки, совершения и сокрытия, а не жизнедеятельность преступников и преступных сообществ вообще⁷⁵².

Таким образом, в качестве криминалистических аспектов исследования преступной деятельности мы придерживаемся авторов, относящих следующие элементы: механизм преступления; техническое обеспечение преступной деятельности и вооруженность преступников; отражение в преступной деятельности особенностей отношений в криминальной среде; механизм взаимодействия жертвы и преступника, в том числе посткриминальная их взаимосвязь⁷⁵³.

Насильственная преступная деятельность – это структурная часть преступности в целом, которая характеризуется насилием в отношении личности путем физического или психического воздействия, либо угрозы применения такого насилия. Она весьма разнообразна и может быть классифицирована по различным основаниям. Например, по объекту преступного посягательства могут быть выделены: насильственные преступления против личности; против здоровья; против половой свободы и половой неприкосновенности; против собственности и т.д. По виду насилия: с применением физического насилия; с применением психического насилия; с применением угрозы насилия. Данные классификации характерны для уголовного права и имеют значение при вопросах квалификации деяния, установления вины и определения размера причиненного вреда.

Для криминологии научный интерес представляет классификация по потерпевшему и характеру его поведения. Например, Д.В. Ривман выделял шесть групп потерпевших, каждая группа из которых объективно влияла на развитие

⁷⁵¹ Лубин А.Ф. Механизм преступной деятельности как междисциплинарная научная категория // Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского. Серия: Право. 2001. - № 2. – С. 169-176.

⁷⁵² Чельшева О.В. Гносеологические основы криминалистики (теоретико-прикладное исследование): Дис. ... д.ю.н. (12.00.09). – СПб., 2003. – 300 с. – С. 42-43.

⁷⁵³ Вандышев В.В. Жертвы тяжкого преступного насилия: Социально-правовые аспекты использования виктимологических данных в правоприменительной сфере. СПб.: Межрегиональный институт экономики и права. 2007. – 376 с. - С. 181.

предкриминальной ситуации: потерпевшие с активным поведением; с инициативным поведением; с пассивным поведением; с некритичным поведением; с нейтральным поведением⁷⁵⁴. В. Быков выделял четыре группы потерпевших: добросовестный активный потерпевший; неактивный добросовестный потерпевший; неустойчивый потерпевший; недобросовестный потерпевший⁷⁵⁵.

Специфика преступлений, связанных с угрозой насилия потерпевшему, а также изученные материалы уголовных дел, позволили нам выделить следующие **группы потерпевших**, непосредственно влияющих на следственную ситуацию:

1) активный потерпевший. Эта группа делится на следующие подвиды: 1.1 активный потерпевший, пытающийся уменьшить свою роль при формировании умысла на совершение преступления у виновного; 1.2 активный потерпевший, стремящийся завесить свою роль жертвы от преступного посягательства (в том числе дача заведомо ложного сообщения о совершении в отношении него преступления); 1.3 активный потерпевший, имеющий стойкую гражданскую позицию о неотвратимости наказания виновного;

2) пассивный потерпевший. Эта группа может быть представлена следующими видами: 2.1 пассивный потерпевший в силу фактического провоцирования совершения преступления виновным; 2.2 пассивный потерпевший в силу недоверия к правоохранительным органам и неверия в справедливое свершение правосудия; 2.3 пассивный потерпевший в силу стойкого желания лично свершить «правосудие» над виновным;

3) скрывающийся потерпевший. Эта группа может быть представлена следующими видами: 3.1 потерпевший отказывается являться по вызову в связи с боязнью за свою безопасность и безопасность близких лиц; 3.2 потерпевший отказывается от явки в правоохранительные органы, так как сам является исполнителем (соисполнителем) иных общественно опасных деяний; 3.3 потерпевший отказывается являться для производства освидетельствования или судебных экспертиз, так как боится огласки сведений о себе, которые бы он предпочел оставить в тайне.

Тактика допроса потерпевшего во многом зависит от того, к какому криминалистическому типу он относится.

Вторым основанием классификации насильственных преступлений в криминологическом аспекте выступает **личность преступника**. Особенно рассматривается в теории дезорганизации личности, ставящей непосредственно совершение преступления в зависимость психических процессов личности от процессов функционирования общества в целом.

Для криминалистики важно выяснить личностные данные преступника, так как это поможет достоверно установить закономерности формирования,

⁷⁵⁴ Ривман Д.В. Криминальная виктимология. СПб.: Питер, 2002. С. 54-56.

⁷⁵⁵ В. Быков. Допрос потерпевшего //Законность. – 2014. – № 6. – С.27-32.

выбора и реализации способов подготовки, совершения и сокрытия преступления; поможет установить возникновение умысла на совершение преступления и выявить особенности посткриминального поведения виновного.

В ходе изучения личности виновного следует особо установить закономерные связи между ним и совершенным общественно опасным деянием, которые проявляются во вне, в различных последствиях содеянного. В этом плане личность следует изучать как слеодообразующий объект, источник информации о совершенном преступлении и как средство его сокрытия⁷⁵⁶. Именно такой подход позволяет разграничить изучение личности в криминалистическом аспекте, от криминологического, оперативно-розыскного.

Изучение личности преступника предполагает выделение отдельных значимых сведений:

1) проявление личности в основных сферах деятельности общества (вид занятости, быт, общественно-полезная деятельность, участие в политической жизни общества и т.д.);

2) социально-психологические качества;

3) эмоционально-волевые качества;

4) социально-демографическая информация.

Информация о личности лица, виновного в совершении рассматриваемой категории лиц, может быть получена из различных источников:

1) процессуальных (показаний свидетелей, потерпевших, заключения экспертов, вещественных доказательств, протоколов следственных действий, материалов ранее возбужденных уголовных дел);

2) непроцессуальных (результаты оперативно-розыскной деятельности, сведения, содержащиеся в иных документах, изучение быта и условий проживания подозреваемого, ответы на запросы с места жительства, характеристики с места работы или учебы; медицинские документы, подтверждающие факт заболеваний, имеющих принципиальное значение для принятия процессуальных решений по уголовному делу).

Изучение личности подозреваемого (обвиняемого) в процессе расследования играет важную роль в целях выявления закономерностей в их поведении в процессе расследования и в судебном разбирательстве, а также для использования в методике расследования преступления.

Сложность представляет установление механизма совершения преступления при угрозе применения насилия, так как следов фактического причинения вреда в большинстве случаев нет, абсолютное большинство деяний совершается без очевидцев; анализ изученных материалов уголовных дел дает основание констатировать, что основная часть доказательств, на которые ссылается сторона обвинения по данной категории дел – это показания потерпевшего и подозреваемого (обвиняемого). Возьмем статистику привлечения к ответственности по ст. 119 УК РФ. За 2016 год по ч. 1 осуждено 26001 человек,

⁷⁵⁶ Гавло В.К. Теоретические проблемы и практика применения методики расследования отдельных видов преступлений. Томск, 1985. С. 197.

оправдано – 10; по ч. 1 осуждено 3 человека, оправдано- 0; в 2017 году по ч. 1 осуждено 24292 человека, оправдано 5, по ч. 1 – 6 человек, оправдано – 0. Получается, что за два года 50302 человека были осуждены на основе показаний. Такое обстоятельство требует выработке новых методик расследования и изменения доказательственного права, выработки новых криминалистических виктимологических исследований.

*Д.В. Новокшенов, канд. юрид. наук, доцент
начальник кафедры уголовного процесса
и криминалистики факультета (командного)
Санкт-Петербургского военного института
войск национальной гвардии Российской Федерации*
*О.А. Чабукиани, канд. юрид. наук, доцент
доцент кафедры уголовного права
и уголовного процесса СПбГЭУ*

Актуальные проблемы предупреждения преступлений среди военнослужащих

Основной функцией военной службы является осуществление полномочий государства по обеспечению своего суверенитета, защите иных важнейших государственных интересов в сфере обороноспособности.

Особенность военно-уголовного законодательства заключается в том, что оно является составной частью уголовного права и военного права.

Предупреждение преступлений среди военнослужащих является актуальным и значимым, так как основным показателем состояния военной безопасности государства является уровень дисциплины и правопорядка в военной организации государства⁷⁵⁷.

Статистика зарегистрированных случаев совершения преступлений против должных уставных правоотношений говорит о недолжной профилактической работе, несвоевременных мерах, направленных на снижение уровня противоправного поведения.

Вопросам предупреждения преступлений рассматриваемой категории занимались многие ученые на монографическом уровне. Среди них: Р.М. Агисhev, Р.А. Адельханян, Р.Р. Амирова, Э.К. Багандова, В.П. Бодаевский, С.В. Борисов, А.Е. Волков, С.М. Горелов, В.А. Жарких, Е.О. Иванова,

⁷⁵⁷ Запелепин О.К. Актуальные вопросы обеспечения военной безопасности Российской Федерации (уголовно-правовой и криминологический аспекты) // Электронное научное издание «Военное право». Выпуск 4, 2014. – С. 5. <http://www.voennoepravo.ru/magazineravo/> - дата обращения 20.04.2019 г.

С.М. Иншаков, В.Б. Малинин, В.А. Маркелов, В.И. Никоненко, Д.В. Новокшонов, Ю.П. Оноколов, А.М. Панченко, Е.А. Пасько, Н.А. Петухов, Ю.А. Романов, Н.А. Сафаров, Ф.Н. Сафаров, В.В. Сидорин, С.А. Соколов, П.П. Степанов, И.В. Талаев, А.И. Хомяков, В.М. Шеншин и другие.

Функции военной службы, важность соблюдения должного порядка построения уставных взаимоотношений, определяют необходимость закрепления специальных норм ответственности за нарушения, допускаемые в ходе выполнения обязанностей несения военной службы, особых видов наказания за совершаемые преступления такими участниками.

Предупреждение преступлений рассматриваемой категории целесообразно рассматривать по двум направлениям: 1) меры, непосредственно направленные на предотвращение совершения общественно опасных деяний со стороны виновных; 2) меры, направленные на предотвращение виктимных последствий.

Первое направление может осуществляться на следующих уровнях: микро, мини и макроуровне. Первый определен отношениями, складывающимися при выполнении обязанностей младшего начальствующего состава; второй – при выполнении обязанностей, входящих в компетенцию должностных лиц от командования воинской частью до высшего военного командования; третий уровень – это сфера деятельности высших государственных органов⁷⁵⁸.

На микроуровне должны осуществляться следующие меры: 1) виктимологическая профилактическая деятельность; 2) формирование устойчивых представлений по отрицанию неуставных отношений, нетерпимости к нарушениям дисциплинарных предписаний; 3) активное поддержание «здорового климата» в коллективе; 4) искоренение признаков неформальной системы воинских отношений («дедовщины», «землячества», «диктатуры» и др.), замена таких отношений на должные уставные взаимоотношения; 5) индивидуальная и групповая воспитательная работа с привлечением общественности, родителей, священнослужителей, военнослужащих в запасе, пользующихся авторитетом и уважением среди личного состава; 6) личный пример должного исполнения своих служебных обязанностей непосредственным начальником, проявляющим нетерпимое отношения к любому рода нарушениям дисциплины.

На миниуровне авторами выделяются следующие виды деятельности⁷⁵⁹: 1) взаимодействие по профилактической работе младшего и среднего офицерского состава, направленное на неукоснительное исполнение подчиненными служебных обязанностей, бережного отношения к военному имуществу и техники; 2) своевременное принятие мер дисциплинарного воздействия или привлечение к уголовной ответственности лиц, нарушающих должный порядок

⁷⁵⁸ Иншаков С.М. Системное воздействие на преступность в Вооруженных Силах России: дис. ... д.ю.н., 12.00.08. – М., 1997. – С. 137.

⁷⁵⁹ Новокшонов Д.В. Уголовно-правовая и криминологическая характеристика преступлений против порядка подчиненности и воинских уставных взаимоотношений: монография. – Белгород: ООО «ЭПИЦЕНТР», - 176 с. – С. 137-138.

несения военной службы; 3) своевременное принятие мер поощрения командирам, обеспечивающим здоровый климат в подчиненных им коллективах; 4) постоянное воспитание военнослужащих в духе законопослушания, личной ответственности каждого военнослужащего за состояние правопорядка и должной дисциплины в коллективе, соблюдение социальной справедливости; 5) соблюдение и поддержание позитивных военных традиций; 6) привлечение к профилактической и воспитательной работе широкого круга общественности, правозащитными организациями; 7) оказание психологической и юридической помощи по нейтрализации конфликтных ситуаций; 8) формирование у военнослужащих навыков разрешения конфликтных ситуаций законными методами; 9) должный контроль за кандидатами, назначаемыми на должность командиров, проверка их профессиональных и морально-этических качеств, 10) своевременное направление на обучение перед назначением на должности и последующую аттестацию при назначении на вышестоящую должность⁷⁶⁰.

На третьем уровне (макроуровне) могут быть выполнены следующие действия: 1) воспитательная работа в идеологическом, правовом, психологическом направлении; должное формирование патриотического и нравственного воздействия на военнослужащих и лиц призывного возраста со стороны общества и государства; 2) обеспечение четкой, исключаящей двоякого толкования правовой регламентации профилактических и воспитательных мер, применяемых к военнослужащим; 3) совершенствование методик, направленных на выявление, пресечение и расследование общественно опасных деяний против военной службы, обеспечивающей своевременное привлечение к ответственности виновных лиц; 4) обеспечение должного контроля и надзора за своевременным реагированием и качественной проверкой каждого случая нарушения уставных отношений и совершения проступка, подрывающего авторитет военной службы; 5) совершенствование уголовно-правовых и уголовно-процессуальных норм, обеспечивающих должную профилактическую работу; 6) разработка эффективных научных концепций, обеспечивающих высокий воинский правопорядок, эффективную профилактическую работы рассматриваемой категории преступлений.

Указанные меры профилактической работы взаимосвязаны между собой, могут обеспечить должный результат лишь при комплексном, взаимосвязанном использовании.

Для предупреждения и пресечения преступлений против военной службы сделано многое: сокращение сроков прохождения службы, альтернативная гражданская служба, привлечение общественности и религиозных организаций для профилактических бесед, изменение действующего военного законодательства, Уставов, повышение авторитета службы в вооруженных силах, гарантии социальной обеспеченности военнослужащих и др.

⁷⁶⁰ Новокшенов Д.В. Уголовно-правовая и криминологическая характеристика преступлений против порядка подчиненности и воинских уставных взаимоотношений: монография. – Белгород: ООО «ЭПИЦЕНТР», - 176 с. – С. 138-139.

Одним из самых действенных направлений профилактики остается повышение патриотизма, правового сознания и виктимологическая профилактика, направленная на исключение ситуаций, при которых личностные качества потерпевшего или его поведение спровоцируют совершение противоправного деяния.

Поддерживая мнение Д.В. Ривмана⁷⁶¹ о необходимости принятия мер, направленных на устранение возможных виктимных последствий, путем создания условий, исключающих или значительно затрудняющих агрессивное поведение потенциальных жертв, предлагаем следующие профилактические меры: 1) индивидуальные и коллективные беседы военнослужащих по призыву, содержащие разъяснения и рекомендации как не стать жертвой таких противоправных действий либо минимизировать их последствия; 2) мероприятия, направленные на своевременную адаптацию к несению службы и в быту, успешную интеграцию в воинский коллектив; 3) информирование о поведении военнослужащего в случае, если он стал жертвой противоправного поведения со стороны других военнослужащих (доклад непосредственному начальнику, порядок обращения в медицинские учреждения для фиксации последствий противоправных действий, процессуальный статус потерпевшего и гарантии реализации его прав в случае возбуждения уголовного дела, порядок возмещения ущерба, причиненного противоправным деянием.

Указанные меры были бы более действенными, если программы допризывной подготовки гражданской молодежи проводились в рамках миникурсов в школах или военкоматах. В профилактической работе особое место отведено деятельности непосредственного командира воинских подразделений и иных органов военного управления. Твердый, устойчивый порядок, хорошая организация быта, воспитательная работа командира с личным составом во многом определяют состояние воинской дисциплины подразделения, должны взаимотношения между военнослужащими. Работа командира должна носить предметный и конкретный характер, планироваться и проводиться с учетом специфики предназначения подразделения, поставленных перед ним задач, территорией несения службы, в том числе особенностей местных условий.

Также нужно стремиться своевременно выявлять и пресекать случаи нарушения уставных отношений, не скрывать от учета такие факты, своевременно привлекать виновных к ответственности, анализируя в личных и коллективных беседах результаты профилактической деятельности, исключать неформальное лидерство. Личный пример законопослушного и должного поведения командира, нетерпимость к любого рода нарушениям уставных отношений военнослужащими, неотвратимость наступления наказания за каждый случай нарушения таких отношений, должная воспитательная работа с каждым военнослужащим, изучение климата в коллективе и своевременное принятие мер на его оздоровление – важное условие профилактической работы.

⁷⁶¹ Ривман Д.В. Криминальная виктимология: учебное пособие. – СПб: Питер. – 2002. – С. 264.

Если непосредственный начальник не может должным образом осуществлять профилактическую работу, а также в случае злоупотребления им своими полномочиями, то на неисполнительность и нарушения должно своевременно реагировать в рамках контрольной функции вышестоящее руководство⁷⁶², применяя также меры профилактики как на индивидуальном, так и на коллективном уровне.

Таким образом, профилактическая работа по должному исполнению военнослужащими своих обязанностей и соблюдению уставных отношений – гарантия не только поддержания боеспособности подразделения, но и достижения обороноспособности государства в целом.

*Т.А. Огарь, канд. юрид. наук,
доцент кафедры уголовного права
Санкт-Петербургского университета МВД России*
*М.В. Шкеле, канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедры уголовного права
Санкт-Петербургского университета МВД России*

Значение вопроса о моменте окончания преступления для судебно-следственной практики по делам о мошенничестве

Вопрос о моменте окончания преступления имеет большое значение в судебно-следственной практике с точки зрения как уголовного, так и уголовно-процессуального права.

В уголовном праве момент окончания преступления рассматривается в рамках учения о стадиях совершения преступления и во взаимосвязи с учением об объективной стороне преступления.

С учетом конструкции объективной стороны состава конкретного преступления момент его окончания определяется по-разному:

- в момент совершения общественно-опасного деяния, если это преступление с формальной конструкцией состава;
- в момент наступления общественно-опасных последствий, если это преступление с материальной конструкцией состава;
- на стадии приготовления или покушения в преступлениях с усеченным составом⁷⁶³.

⁷⁶² Белый И.Ю. Вопросы предупреждения нарушений уставных взаимоотношений между военнослужащими, совершаемых с применением оружия // Актуальные проблемы борьбы с нарушением уставных правил взаимоотношений в Вооруженных Силах Российской Федерации. М., 1997. – С. 32

⁷⁶³ Уголовное право. Общая и особенная части: учебное пособие / под общ. Ред. д.ю.н., проф. Л.В. Готчиной, доц. А.В. Никуленко. СПб.: Изд-во СПб ун-та МВД России, 2018. С. 43.

Если в содеянном лице отсутствуют все признаки, необходимость которых обусловлена конструкцией состава, то речь может идти о неоконченном преступлении на стадии приготовления или покушения. Сразу следует оговориться, что стадии совершения выделяются только применительно к умышленным преступлениям, в которых общественная опасность действий (бездействия) осознается виновным лицом и лицо либо желает их совершить, либо, предвидя наступление вредных последствий, положительно относится к их наступлению.

Правильность определения момента окончания преступления обуславливает надлежащую квалификацию действий лица и, как следствие, справедливо назначенное наказание. Если лицо совершило окончательное деяние, содержащее все признаки состава конкретного преступления, то содеянное квалифицируется только по статье Особенной части УК РФ без ссылки на статьи Общей части. Если же по независящим от виновного лица обстоятельствам преступление было прервано на стадии приготовления или покушения, то при квалификации таких деяний, помимо указания на статью Особенной части УК РФ, необходима ссылка соответственно на ч.ч. 1 или 3 ст. 30 УК РФ.

Наказание, назначаемое виновному, зависит от стадии совершения преступления. При окончательном преступлении наказание может назначаться в пределах статьи Особенной части УК РФ. В случае же совершения лицом неоконченного преступления при назначении наказания применяются специальные правила, предусмотренные ст. 66 УК РФ. Так, максимальный срок или размер наиболее строгого вида наказания снижается наполовину для стадии приготовления. При совершении лицом покушения на преступление, назначенное наказание не может превышать трех четвертей максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания. Кроме того, в соответствии с ч. 2 ст. 69 УК РФ при совершении лицом совокупности преступлений, правила назначения наказания будут зависеть от стадии совершения преступлений, входящих в указанную совокупность.

В рамках настоящей статьи представляет интерес рассмотрение момента окончания мошенничества. Состав мошенничества обладает материальной конструкцией, в связи с чем такое преступление, по общему правилу, считается оконченным в момент наступления общественно опасных последствий, к которым относится ущерб собственнику или иному владельцу имущества (на это указывается в пункте 1 примечаний к ст. 158 УК РФ). Вместе с тем, особенностью рассматриваемого преступления является то, что момент его окончания определяется не только конструкцией состава данного преступления, поэтому в правоприменительной практике момент наступления общественно-опасных последствий в отдельных видах мошеннических действий не совпадает.

Определение момента окончания для конкретных видов преступлений приобрело особую актуальность в свете принимаемых Пленумом Верховного Суда Российской Федерации разъяснений по отдельным категориям уголовных дел. После принятия Уголовного кодекса Российской Федерации практика по уголовным делам о мошенничестве обобщалась в двух постановлениях Пленума

Верховного Суда РФ: постановлении № 51 от 27 декабря 2007 г. «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате»⁷⁶⁴ и сменившем его постановлении № 48 от 30 ноября 2017 года с аналогичным названием⁷⁶⁵. Момент окончания мошенничества в Постановлении № 51 разъяснялся в пунктах 4 и 12, а в Постановлении № 48 ему посвящены пункты 5 и 6. В обоих рассматриваемых постановлениях момент окончания мошенничества ставится в зависимость от характеристики предмета преступного посягательства.

Если предметом мошенничества выступает имущество (как правило, движимое, в том числе наличные деньги), то момент его окончания определяется поступлением этого имущества виновному и получению им реальной возможности пользоваться и распоряжаться по своему усмотрению (абзац первый пункта 5 ныне действующего Постановления № 48, аналогично этот вопрос рассматривался и в пункте 4 утратившего силу Постановления № 51). Если же имущество поступило виновному, но он при этом не получил возможности фактически им пользоваться и распоряжаться, то мошенничество будет считаться неоконченным. Приведем пример: Б, действуя умышленно, из корыстных побуждений, пыталась ввести в заблуждение потерпевшую Ш. относительно возможности повлиять на положительный исход по гражданскому делу, то есть путем обмана, получила от потерпевшей денежные средства в размере 100000 рублей, что является для последней значительным ущербом, однако была задержана на месте совершения преступления сотрудниками полиции, проводившими оперативно-розыскное мероприятие «оперативный эксперимент», в связи с чем не довела свой преступный умысел на завладение денежными средствами потерпевшей до конца по не зависящим от нее обстоятельствам. Суд квалифицировал содеянное по ч. 3 ст. 30, ч. 2 ст. 159 УК РФ как покушение на мошенничество⁷⁶⁶.

Если предметом мошенничества является имущество, право на которое требует юридического оформления⁷⁶⁷, то преступление считается оконченным «с момента возникновения у виновного юридически закрепленной возможности вступить во владение или распорядиться чужим имуществом как своим собственным (в частности, с момента регистрации права собственности на недвижимость)...»⁷⁶⁸. То есть для данной формы мошенничества момент окончания связывается не с фактической, а с юридической возможностью распорядиться

⁷⁶⁴ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 2.

⁷⁶⁵ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 2.

⁷⁶⁶ Приговор № 1-471/2018 от 18 июня 2018 г. Калининского районного суда Санкт-Петербурга [Электронный ресурс] // Судебные и нормативные акты РФ URL: //sudact.ru/regular/doc/5jAufpGVYy1R/ (дата обращения 21.03.2019).

⁷⁶⁷ Для указанной формы мошенничества вопрос о предмете преступления является дискуссионным. См. об этом: Тюнин В.И., Огарь Т.А. Право на имущество в составе мошенничества // Уголовный процесс. 2006. № 9 (21). С. 21-27.

⁷⁶⁸ Пункт 6 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 30.11.2017 года № 48 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 2. Аналогично этот момент разъяснялся в абзаце втором пункта 4 Постановления № 51.

указанным имуществом. И если виновные, например, получили фактический доступ к квартире, но не успели осуществить государственную регистрацию права собственности, то такое преступление не будет считаться оконченным⁷⁶⁹.

Если же предметом мошенничества выступают безналичные денежные средства, то в следственной практике встречались различные подходы к квалификации содеянного, определению момента окончания преступления и круга потерпевших⁷⁷⁰. В соответствии с абзацем вторым пункта 5 ныне действующего Постановления № 48 мошенничество будет считаться оконченным с момента изъятия денежных средств с банковского счета их владельца. Так, например, А., получив кредитную карту К. от другого лица, нашедшего ее, умышленно, из корыстных побуждений, путем обмана сотрудника магазина относительно принадлежности указанного средства платежа рассчитавшись за приобретенные товары бесконтактным способом, похитил 218, 950, 950, 820, 8, 721, 721, 660, 660, 305, 273, 785, 234 рубля, принадлежащие потерпевшему, причинив ему значительный материальный ущерб на общую сумму 7305 рублей. Суд признал А. виновным в совершении оконченного преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 159.3 УК РФ в редакции Федерального закона от 23.04.2018 г. № 111-ФЗ⁷⁷¹.

Следует отметить, что в п. 12 ранее действовавшего постановления № 51 момент окончания мошенничества в отношении безналичных денежных средств определялся иначе: «в указанных случаях преступление следует считать оконченным с момента зачисления этих средств на счет лица, которое путем обмана или злоупотребления доверием изъяло денежные средства со счета их владельца, либо на счета других лиц, на которые похищенные средства поступили в результате преступных действий виновного»⁷⁷².

Зачастую перечисление денежных средств с одного счета на другой осуществляется за считанные минуты. Однако изменение момента окончания данного вида мошенничества повлекло последствия с точки зрения уголовно-процессуального права. Уголовно-правовой момент окончания преступления в уголовно-процессуальном праве используется правоприменителями для определения места совершения преступления. В ст. 152 УПК РФ указывается, что пред-

⁷⁶⁹ Приговор № 1-22/2016 1-350/2015 от 15 августа 2016 г. Смольнинского районного суда Санкт-Петербурга [Электронный ресурс] // Судебные и нормативные акты РФ URL: //sudact.ru/regular/doc/R2ylGoUmytbU/ (дата обращения 21.03.2019).

⁷⁷⁰ См., например: Шкеле М.В. Вопросы квалификации хищений с банковских счетов /Уголовное законодательство: вчера, сегодня, завтра : Материалы ежегодной всероссийской научно-практической конференции. СПб.: Санкт-Петербургский университет МВД России. 2016. С. 78-83.

⁷⁷¹ Приговор № 1-518/2018 от 11 сентября 2018 г. Ленинский районный суд г. Омска [Электронный ресурс] // Судебные и нормативные акты РФ URL: //sudact.ru/regular/doc/d1Buz-RvbnKbt/ (дата обращения 21.03.2019).

⁷⁷² Пункт 12 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.12.2007 года № 51 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 2.

варительное расследование производится по месту совершения деяния, содержащего признаки преступления. В том случае, если преступление было начато в одном месте, а окончено в другом месте, то уголовное дело расследуется по месту окончания преступления. То есть местом совершения преступления будет признано то место, в котором преступление будет считаться оконченным.

Изменение оценки уголовно-правового момента окончания мошенничества, совершенного в отношении безналичных денежных средств, привело к значительным изменениям в практике правоприменения: изменению подследственности данных преступлений. И если раньше местом окончания такого вида мошенничества считалось место открытия банковского счета виновного, то сейчас им является место открытия банковского счета потерпевшего⁷⁷³. Данный подход, как представляется, в большей степени способствует защите прав потерпевшего от преступления физического или юридического лица.

Таким образом, определение особенностей момента окончания отдельных видов мошенничества с учетом положений уголовного законодательства является условием правильной квалификации совершенного деяния и назначения законного и справедливого наказания, а также определяет территориальную подследственность этого преступления в соответствии с нормами действующего уголовно-процессуального законодательства.

*В.В. Петров,
судья, пребывающий в отставке*

Банкротство 2018

Первые нормы, регулировавшие на Руси несостоятельность должника, упоминаются в Русской Правде, являющейся одним из основных письменных источников русского права и относящейся к XI веку.

Развивающиеся экономические отношения того периода времени предопределили возникновение и дальнейшее регулирование правил о персональной ответственности должника, вопросы долгового рабства виновного должника и изменение процедуры возврата (реструктуризации) долга в случае невиновного банкротства.

В настоящее время процедура банкротства в РФ регулируется ФЗ от 26.10.2002 N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)"⁷⁷⁴ и упомянутый закон, в том числе и в соответствии с Гражданским кодексом Российской

⁷⁷³ См., например: Федосов А.Е. Направление сообщений о преступлениях по подследственности // Законность. 2018. № 8. С. 29 - 31.

⁷⁷⁴ См: Федеральный закон от 26.10.2002 N 127-ФЗ (ред. от 27.12.2018) "О несостоятельности (банкротстве)" (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2019) www.consultant.ru

Федерации (ст. 65 ГК РФ)⁷⁷⁵ устанавливает основания для признания должника несостоятельным (банкротом), регулирует порядок и условия осуществления мер по предупреждению несостоятельности (банкротства), порядок и условия проведения процедур, применяемых в деле о банкротстве, и иные отношения, возникающие при неспособности должника удовлетворить в полном объеме требования кредиторов.

Действие Закона о банкротстве распространяется на юридические лица, которые могут быть признаны несостоятельными (банкротами) в соответствии с ГК РФ, индивидуальных предпринимателей, а так же на граждан.

Нормы, которые регулируют несостоятельность (банкротство) граждан, в том числе индивидуальных предпринимателей, и содержатся в иных федеральных законах, могут применяться только после внесения соответствующих изменений и дополнений в Закон о банкротстве.

Производство по делу о банкротстве возбуждается арбитражным судом при соблюдении следующих критериев:

- в отношении юридических лиц, если требования к должнику в совокупности составляют не менее чем триста тысяч рублей;

- в отношении физических лиц, если требования к должнику составляют не менее размера, установленного пунктом 2 статьи 213.3, то есть не менее чем пятьсот тысяч рублей.

Определены лица, участвующие в деле о банкротстве и ключевая фигура конечно арбитражный управляющий, который утверждается арбитражным судом в зависимости от процедуры в качестве временного, административного, внешнего, конкурсного, финансового управляющего.

Вышеупомянутым законом определено, что арбитражным управляющим признается гражданин РФ, который должен состоять в одной из саморегулируемых организаций и он является субъектом профессиональной деятельности, осуществляет регулируемую законодательством профессиональную деятельность, занимаясь частной практикой.

Саморегулируемая организация арбитражных управляющих устанавливает обязательные условия членства, коими являются наличие высшего образования, наличие стажа работы на руководящих должностях не менее чем 1 год и стажировки в качестве помощника арбитражного управляющего в деле о банкротстве не менее чем 2 года, сдача теоретического экзамена по программе подготовки арбитражных управляющих.

Участвующие в деле о банкротстве лица, а именно конкурсный кредитор или уполномоченный орган, или собрание кредиторов вправе выдвинуть к кандидатуре арбитражного дополнительные требования, как то наличие высшего юридического или экономического образования, либо образования по специальности, соответствующей сфере деятельности должника, наличие определенного стажа работы на должностях руководителей организаций в

⁷⁷⁵ См: "Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)" от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2019) www.consultant.ru

соответствующей отрасли экономики, проведение в качестве арбитражного управляющего определенного количества процедур, применяемых в деле о банкротстве.

Приказом Министерства экономического развития РФ от 10 декабря 2009 г. № 517⁷⁷⁶ утверждена «Единая программа подготовки арбитражных управляющих», которая включает в себя изучение правового обеспечения процедур банкротства, законодательства РФ о банкротстве, экономического обеспечения указанных процедур, законодательства РФ об оценочной деятельности, практики деятельности арбитражного управляющего.

По каждой части программы проводится зачет в форме тестирования, вся программа рассчитана на 572 часа.

Исходя из программы, управляющие изучают гражданское, уголовное законодательство, законы об акционерных обществах, обществах с ограниченной ответственностью, бухгалтерском учете, банкротстве, защите конкуренции, рынке ценных бумаг, организации страхового дела, исполнительном производстве, развитии предпринимательства, защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля, законодательство о налогах и сборах, государственной регистрации прав.

В теории в процедуру банкротства должны назначаться высококвалифицированные специалисты в области антикризисного управления с практическим опытом работы в качестве руководителя предприятия, после специальной подготовки, но каковы результаты их деятельности.

Об эффективности процедуры банкротства можно судить из опубликованных 18.01.2019 АО «Интерфакс»⁷⁷⁷ сводных результатов процедур, применявшихся в деле о банкротстве за 2018 год, на основе обработки сведений из 29796 опубликованных отчетов арбитражных управляющих.

Отчет имеет несколько разделов и если остановиться на наиболее интересных и характеризующих эффективность процедур можно увидеть, что сумма требований, включенных в реестр требований кредиторов по делам, находящимся в производстве, составила 3 197 393 465 376, 95 рублей, а сумма удовлетворенных требований составила 2 427 078 547, 04 рублей.

Сумма требований, включенных в реестр требований кредиторов по завершенным делам, составила 2 686 335 650 303, 02 рублей, сумма удовлетворенных требований 123 582 922 265, 71 рублей.

Резюмируя приведенные цифры, мы видим, что общая сумма требований, включенных в реестр требований кредиторов 5 611 593 566 713, 04 руб., а общая сумма удовлетворенных требований 127 532 360 035, 3 руб., то есть удовлетворяемость требований составляет всего 2,27%. К сведению доходная

⁷⁷⁶ См: Приказ Минэкономразвития РФ от 10.12.2009 № 517 "Об утверждении Единой программы подготовки арбитражных управляющих" (Зарегистрировано в Минюсте РФ 29.01.2010 № 16135) www.consultant.ru

⁷⁷⁷ См: Результаты процедур в делах о банкротстве за 2018 год 18.01.2019 «Федресурс» (fedresurs.ru).

часть бюджета РФ за 2018 год составила 19,455 трлн. руб.⁷⁷⁸ и потери кредиторов составили приблизительно $\frac{1}{4}$ бюджета страны.

В таблице приводятся и другие данные, так арбитражным управляющим за исполнение ими обязанностей выплачено вознаграждение в сумме 7 021 441 781, 51 рублей, лицам, привлеченным арбитражными управляющими для обеспечения своей деятельности, выплачено 2 641 195 497, 10 рублей.

Закон о банкротстве обязывает арбитражных управляющих составлять заключения о наличии признаков преднамеренного банкротства, а так же заключения о наличии признаков фиктивного банкротства и таких заключений составлено 1876 и 54 соответственно.

Арбитражными судами принято 8607 заявлений об оспаривании сделок должника, поданных в суд в соответствии с главой III.1 Закона о банкротстве, рассмотрено 7452 заявления, удовлетворено 3234.

По данным, приведённым руководителем проекта «Федресурс» Алексеем Юхниним средний процент возврата средств кредиторов по итогам процедур банкротства компаний держится на уровне 5-6%, залоговые кредиторы получают порядка 30% своих требований, незалоговые – чуть больше 1%.

Возможно, что одна из причин столь неудовлетворительных результатов процедур банкротства, соответственно и деятельности арбитражных управляющих в этих процедурах это излишняя коммерциализация, что частично оправдывается характером частной практики.

Законодательство о банкротстве предполагает так же оздоровление (восстановление) деятельности юридических лиц и предотвращение их ликвидации, что предусмотрено специальными процедурами, в том числе назначение арбитражным судом внешнего управляющего имуществом должника.

Однако действующий на сегодняшний день институт арбитражных управляющих не выполняет в полной мере задачи, определенные законом, арбитражные управляющие не заинтересованы в восстановлении платежеспособности несостоятельных юридических лиц, что обуславливается, в том числе системой вознаграждения, установленной Законом о банкротстве.

В настоящее время в РФ осуществляют деятельность примерно 9320 арбитражных управляющих. Эта цифра постоянно изменяется ввиду приема новых членов в СРО и их исключения.

Так в Санкт-Петербурге по данным АО «Интерфакс» зарегистрировано 6 саморегулируемых организаций, в которых состоят 1146 арбитражных управляющих, в Москве 19 СРО, в которых состоят 4156 управляющих.

Примерные расходы арбитражного управляющего состоят из оплаты курсов подготовки – 50 000 руб., вступительного взноса в саморегулируемую организацию – 200 000 руб., стоимость страхового полиса, рассчитывается индивидуально приблизительно – 30 000 руб. в год, содержание аппарата 1000 руб. ежемесячно, получение процедуры приблизительно – 10 000 руб.

⁷⁷⁸ См: Москва, 22 января — «Вести. Экономика», www.vestifinance.ru

Оплата деятельности арбитражных управляющих установлена Законом о банкротстве, где определено (ст. 20.6), что последние имеют право на вознаграждение, а также на возмещение в полном объеме расходов, фактически понесенных ими при исполнении возложенных на них обязанностей.

Практически все выплаты арбитражному управляющему производятся за счет формирования конкурсной массы и за счет средств должника, что в частности негативно сказывается на удовлетворяемость требований кредиторов.

Вознаграждение арбитражного управляющего состоит из фиксированной суммы и суммы процентов.

Размер фиксированной суммы составляет для временного управляющего 30 000 руб. в месяц, административного управляющего 15 000 руб., внешнего управляющего 45 000 руб., конкурсного управляющего 30 000 руб., финансового управляющего 25 000 руб. одновременно за проведение всей процедуры.

Сумма процентов по вознаграждению устанавливается исходя из проводимой процедуры и зависит у временного, административного управляющего от балансовой стоимости активов должника, у внешнего управляющего от сумм, направленных на погашение требований кредиторов, включенных в реестр требований кредиторов, при прекращении производства по делу о банкротстве и стоимости чистых активов должника за период внешнего управления, у конкурсного управляющего от размера удовлетворенных требований кредиторов, включенных в реестр требований кредиторов

Экономически выгодней вести процедуру конкурсного производства, реализовывая имущество должника и пополняя конкурсную массу, а соответственно и удовлетворять требования кредиторов, чем восстанавливать платежеспособность и получать вознаграждение в процентах от балансовой стоимости активов должника, которые зачастую на момент введения процедуры утрачены.

Если разделить сумму общего вознаграждения выплаченного арбитражным управляющим на количество управляющих получится годовой доход каждого 753373 руб., с которого необходимо еще уплатить налог.

Очевидно, небольшая сумма дохода побуждает арбитражных управляющих искать более выгодные процедуры и отказываться от невыгодных, даже на стадии конкурсного производства, что порой влечет за собой прекращение производство по делу.

Один из примеров дело о несостоятельности (банкротстве) в отношении ООО «ПАКО», процедура наблюдения введена определением Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 18.11.2014, дело № А56-55452/2014.⁷⁷⁹

Решением арбитражного суда от 09.04.2015 ООО «ПАКО» признано несостоятельным (банкротом), в отношении должника открыта процедура конкурсного производства, утвержден конкурсный управляющий.

⁷⁷⁹ См: kad.arbitr.ru

Срок конкурсного производства в отношении должника неоднократно продлевался, определением арбитражного суда от 18.07.2017 назначенный конкурсный управляющий освобожден от исполнения обязанностей по личному заявлению.

На дату очередного судебного заседания кандидатура конкурсного управляющего должника никем из участников дела о банкротстве не представлена, саморегулируемая организация, в которой состоит прежний конкурсный управляющий, заявила отказ от представления кандидатур из числа членов СРО.

Поскольку в течение трех месяцев отсутствовало лицо, исполняющее полномочия конкурсного управляющего, на момент рассмотрения вопроса об утверждении конкурсного управляющего не имелось соответствующей кандидатуры и возможности определить такую кандидатуру либо саморегулируемую организацию арбитражных управляющих иным предусмотренным законом способом, арбитражный суд, руководствуясь ст. 45 Закона о банкротстве своим определением от 28 декабря 2017 года производство по делу прекратил.

Процедура велась более трех лет и за это время конкурсный управляющий регулярно получал вознаграждения за счет средств должника, оплачивал услуги привлеченных лиц, реализовал большую часть имущества ООО «ПАКО» и результатом этой деятельности явилось прекращение производства по делу и в определении и суд указал о необходимости возврата оставшегося имущества собственникам.

Так же неэффективность работы может определяться и формальным отношением арбитражного управляющего к исполнению обязанностей, что очевидно, когда процедура банкротства длится несколько лет.

Достаточно показательным примером «коммерческой» деятельности арбитражных управляющих в деле о банкротстве является процедура в отношении ЗАО «Волховский химический завод», дело № А56-56120/2015⁷⁸⁰ введенная определением арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области 20.08.2017 и прекращенная определением от 16.07.2018 опять же ввиду отсутствия кандидатуры арбитражного управляющего, поскольку прежняя освобождена от исполнения обязанностей по личному заявлению.

За время своей «бурной» деятельности с 08.12.2015 по 28.11.2017 арбитражный управляющий, согласно сведениям, имеющимся в ЕФРСБ⁷⁸¹, совершила 10 публикаций о ходе процедуры, провела 2 собрания кредиторов, произвела инвентаризацию и оценку имущества должника. После прекращения процедуры она обратилась в суд с заявлением о взыскании с должника в ее пользу вознаграждения и расходов на публикации.

Определением от 27.05.2019 года за исполнение обязанностей арбитражного управляющего должника в период с 08.12.2015 до 28.11.2017 с ЗАО «ВХЗ» взыскано 710000 рублей фиксированного вознаграждения конкурсного управляющего и 14482 руб. 49 коп. судебных расходов.

⁷⁸⁰ См: kad.arbitr.ru

⁷⁸¹ См: bankrot.fedresurs.ru

Конституция Российской Федерации в статье 46 гарантирует гражданам право на судебную защиту, что включает в себя не только возможность гражданина, организации обратиться в суд с заявлением о банкротстве, но и предполагает обеспечение со стороны государства реальных условий для использования всего механизма банкротства. Отказ арбитражного управляющего от участия в процедуре фактически лишает граждан, организацию данного права. Механизма принудительного привлечения для участия арбитражных управляющих в процедуры банкротства не существует, что набирает все большую актуальность в процедурах банкротства граждан, где вознаграждение, выплачиваемое арбитражному управляющему в качестве финансового управляющего, составляет двадцать пять тысяч рублей единовременно за проведение всей процедуры.

Возможно разработка и введение нормы закона о принудительном привлечении арбитражных управляющих в процедуры банкротства, по аналогии с участием адвоката в уголовном судопроизводстве частично решит данные проблемы, однако необходимо так же продумать вопросы вознаграждения арбитражного управляющего при отсутствии денежных средств и имущества у должника.

Принятый в 2002 году Закон о банкротстве редактировался более 38 раз, что говорит о динамичном развитии данной отрасли законодательства и очевидно поиски «золотой середины» продолжатся, что свидетельствует об актуальности темы.

*В.С. Раменская, канд. юрид. наук, доцент кафедры уголовного процесса
Уральского государственного юридического университета*

Отраслевая принадлежность института возмещения юридическим лицам, причиненного незаконным уголовным преследованием: вопросы идентификации

Институт реабилитации в целом и возможность юридических лиц в его рамках возместить причиненный вред впервые закреплены в УПК РФ. Но после их появления возникли вопросы, которые во многом были обусловлены тем, что упомянутые нормы не типичны для уголовно-процессуального права.

Дискуссия об отраслевой принадлежности норм о возмещении вреда, возникшего в ходе уголовного судопроизводства, началась ещё до появления Указа Президиума Верховного Совета СССР от 18 мая 1981 года «О возмещении ущерба, причиненного гражданину незаконными действиями государственных и общественных организаций, а также должностных лиц при исполнении ими служебных обязанностей»⁷⁸². И с тех пор не утратила своей

⁷⁸² Ведомости ВС СССР №21 от 27 мая 1981 года, ст. 741

остроты. Сейчас уже можно утверждать, что существует не просто три основных позиции по указанному вопросу, но и об имеющейся хронологии их появления.

Первым получило распространение мнение, согласно которому возмещение вреда, причинённого незаконным уголовным преследованием, имеет гражданско-правовой характер⁷⁸³.

Далее активизировались сторонники публично-правовой, уголовно-процессуальной принадлежности данных отношений⁷⁸⁴.

В последние годы всё чаще высказывается точка зрения, согласно которой указанные нормы имеют межотраслевой, многоступенчатый характер⁷⁸⁵. Рассуждая о том, что отношения по реабилитации не имеют ярко выраженных проявлений признаков той или иной отрасли права, делается вывод о его комплексности⁷⁸⁶.

Как тогда быть с определением отраслевой принадлежности отдельной нормы, включённой законодателем в главу 18 УПК РФ, а именно статьи 139? Она настолько разительно отличается от всех других предписаний главы, что невольно соглашаешься с И.Л. Петрухиным, что в данной главе объединены несколько правовых институтов. Игорь Леонидович говорит о двух: реабилитация и возмещение вреда, причинённого гражданам незаконными действиями должностных лиц и органов государства⁷⁸⁷. Но хотелось бы несколько иначе расставить приоритеты и вести речь о восстановлении прав физических лиц, незаконно привлечённых к уголовной ответственности, а также о возмещении вреда юридическим лицам.

Организации не так часто появляются среди участников уголовного процесса, как граждане. Тем не менее, юридическое лицо может участвовать в уголовном судопроизводстве в разных процессуальных статусах. Условно их можно поделить на четыре группы. Во первых, в качестве потерпевшего и, при желании возместить вред, причинённый преступлением, гражданского истца.

⁷⁸³ См., например, Малеин Н.С. Возмещение вреда, причиненного незаконными действиями работника милиции // Советское государство и право. – 1967. – №1. – С. 131-132.

Малеин Н.С. Об имущественной ответственности судебных и следственных органов за причиненный вред // Советское государство и право. – 1968. – №2. – С. 129-132.

Макарова М.Г. Ответственность органов дознания, следствия, прокуратуры и суда // Известия высших учебных заведений. Правоведение. – 1969. – №4. – С.107-109.

⁷⁸⁴ См., например, Полякова М.Ф. Возмещение имущественного ущерба в случаях реабилитации – одна из гарантий прав личности в советском уголовном процессе. – М., 1986. – С.22. Безлепкин Б.Т. Отраслевая принадлежность института возмещения вреда реабилитированному // Советское государство и право. – 1989. – №1. – С.65-73.

⁷⁸⁵ Петрухин И.Л. Оправдательный приговор и право на реабилитацию: монография. – М.: Проспект, 2009 – С. 175

Пастухов М.И. Реабилитация невиновных: Основы правового института. – Минск, 1993. – С.21-22.

⁷⁸⁶ Татьяна Д.В. Реабилитация в уголовном процессе России (понятие, виды, основания). – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2007. – С. 37.

⁷⁸⁷ Петрухин И.Л. Оправдательный приговор и право на реабилитацию: монография. – М.: Проспект, 2009 – С. 176

Во вторых, нести ответственность за вред, возникший в результате противоправного деяния, выступая гражданским ответчиком. В третьих, настаивать на восстановлении в правах и компенсации затрат, связанных с незаконным привлечением к уголовной ответственности физических лиц. В четвертую группу можно объединить такие ситуации, как предоставление имущества в качестве залога, наложение имущественного ареста в качестве обеспечительной меры, запрет на пользование/распоряжение предметом, признанным вещественным доказательством по делу и другие случаи, когда попадающее в орбиту уголовного процесса имущество, принадлежит организации. Для каждой из описанных групп, законодатель предусмотрел свои правила. Но все они носят часто поверхностный характер, оставляя широкое поле для аналогий, домысливания, рассуждений. Такая ситуация не способствует единообразному, отлаженному их применению.

Основанием для возмещения вреда компаниям, по замыслу законодателя, должен выступать факт его причинения незаконными действиями (бездействием) и решениями суда, прокурора, следователя, органа дознания, дознавателя и начальников органа, подразделения дознания. Но данная норма сформулирована настолько широко, что по своему содержанию начинает перекликаться со ст. 1069, 1070 ГК РФ. Где же проходит грань, которая отличает уголовно-процессуальное и гражданско-правовое правила? Или стоит говорить об ещё одном комплексном/межотраслевом правовом институте?

Идея создать «сквозные» для нескольких отраслей права предписания активно обсуждается последние годы. Но пока в полном объёме не воплощена в жизнь. Поэтому в рамках действующей российской правовой системы стоит однозначно определять отраслевую принадлежность того или иного правила. Ведь это не просто формальность. Решая дилемму, важно помнить о принципах, основных правовых началах отрасли, её предмете и основных чертах метода правового регулирования.

Можно только предположить, что причинение вреда компании должно быть связано с незаконными действиями в отношении физических лиц в рамках рассмотрения уголовного дела. Этот вывод следует из места закрепления правой нормы, но не подкрепляется/опровергается официальными документами. Значит важно подтвердить или отвергнуть это предположение.

Опровергая выдвинутую версию, необходимо исключить правило из УПК РФ. Но оно занимает отведённое место уже более 17 лет. Поэтому предлагаю указать более конкретно, какими именно действиями суда/прокурора/следователя/дознателя может быть причинён вред, в отношении какого субъекта они совершаются. Тем более, что объём возмещаемого вреда, порядок, сроки его возмещения следует определять в рамках правил главы 18 УПК РФ, регламентирующей восстановление в правах физических лиц, незаконно подвергшихся уголовному преследованию. То есть, предмет регулирования ст. 139 и главы в целом должны совпасть. Особых указаний относительно метода реализации нормы также нет.

Значит, отраслевая принадлежность изучаемой нормы должна быть идентична главе, в которой она расположена. Такой подход вызывает массу вопросов.

Предписания анализируемой главы рассчитаны только на физических лиц. Они не предполагают даже возможности защитить интересы организации как хозяйствующего субъекта.

Возможный объём требований, процедура их заявления, порядок рассмотрения, механизм возмещения – всё рассчитано на физическое лицо, не зарегистрированное в качестве самостоятельного субъекта экономической деятельности.

Тем не менее следует исходить из уголовно-процессуальной принадлежности правила, что позволит организациям более эффективно (оперативно, с меньшим числом издержек) восстановить нарушенные права.

Для воплощения этой идеи в жизнь предлагается подготовить соответствующие изменения в УПК РФ. Следует предусмотреть специальный порядок восстановления прав как физических, так и юридических лиц. Распространение существующей процедуры принятия судебных решений в стадии исполнения приговора на данную категорию споров не выдерживает критики. Субъектный состав, предмет доказывания, процедура рассмотрения должны быть рассчитаны на возмещение всех возможных видов вреда, любых потерь, вызванных незаконным привлечением к уголовной ответственности физических лиц. Необходимо предоставить возможность не просто обосновать свою позицию документально, но и быть готовым отвечать на доводы противоположной стороны, оспаривать высказанную ею точку зрения. Следует предусмотреть механизм, аналогичный судебному следствию в первой инстанции с его процессом получения, изучения информации.

Не менее актуально адаптировать перечень затрат, которые можно возместить в рамках процедуры реабилитации. Как физические, так и юридические лица должны иметь возможность компенсировать упущенную выгоду, недополученные доходы (в том числе и от предпринимательской деятельности), настаивать на защите деловой репутации, а не просто требовать возмещения морального вреда. Ведь всё больше людей в последние годы решается самостоятельно зарабатывать себе на жизнь, переходить в число самозанятых либо участвовать в создании/управлении организациями. Необоснованное привлечение к уголовной ответственности зачастую сказывается и на оценке окружающими профессиональных качеств. Значит требуется дополнить статьи 135 и 136 соответствующими предписаниями.

Также важно нормативно закрепить причинно-следственную связь между незаконным привлечением к уголовной ответственности физического лица и возникновением вреда у юридического. Прямая зависимость очевидна при привлечении руководителя, главного бухгалтера, высшего руководящего звена компаний к ответственности за экономические правонарушения. Но не менее заметно такое взаимодействие и при привлечении к уголовной ответственности за любые другие правонарушения, что сопряжено с принудительным отстранением лица

от привычной жизни, возможности выполнять свои трудовые обязанности, вести предпринимательскую деятельность.

Значит необходимо дополнить перечень лиц ч.2 ст. 133 УПК РФ, что неминуемо повлечёт за собой расширение списка документов, которыми будет возможно закрепить за лицом право на восстановление нарушенных прав.

Конечно, предложено столько изменений разного рода, что, на первый взгляд, может показаться проще изменить отраслевую принадлежность одной – двух норм, обязав юридические лица, индивидуальных предпринимателей обращаться в рамках арбитражного процесса за защитой своих прав, выдвигая сугубо цивилистические аргументы в обоснование позиции по делу.

Но это противоречило бы публичным первопричинам возникновения таких отношений. А уголовно-процессуальное законодательство планомерно претворяет в жизнь мысль, что все убытки, ущерб, причинённый как преступлением, так и процедурой его расследования, рассмотрения уголовного дела, закономерно должны возмещаться в рамках того же производства. Ведь применяется гражданский иск, расширяется число оснований заявления требований о возмещении вреда в порядке ст. 133 УПК РФ. Значит законодателю остаётся лишь отразить специфические требования предпринимателей, самозанятых граждан и юридических лиц.

*К.П. Семенов, канд. юрид. наук,
доцент кафедры уголовного права
Санкт-Петербургского университета МВД России,*

Жестокое обращение с животными в контексте Федерального Закона об ответственном обращении с животными

19 ноября 2010 года группой депутатов Государственной Думы Федерального Собрания РФ был внесен в Государственную Думу Федерального Собрания РФ текст законопроекта № 458458-5 «Об ответственном обращении с животными»⁷⁸⁸. О необходимости принятия такого Федерального закона и его полезности для создания логически стройной концептуальной системы

⁷⁸⁸ Паспорт проекта Федерального закона № 458458-5 «Об ответственном обращении с животными» (внесен депутатами Государственной Думы ФС РФ Е.А. Туголуковым, В.Р. Мединским, А.Н. Нюдюрбековым, Л.В. Пепеляевой, Ю.Н. Волковым, В.А. Пехтиным, В.П. Таскаевым, Н.В. Расторгуевым, М.Н. Гасановым, С.Ю. Осадчим, В.В. Зубаревым, С.И. Колесниковым, М.Л. Шаккумом, С.Г. Иткуловым, В.И. Тараниным) [Электронный ресурс] // Правовой сайт «КонсультантПлюс». URL: <https://www.consultant.ru> (дата обращения: 18.03.2019).

нормативных правовых актов разных отраслей российского права, регламентирующих отношения ответственного обращения с животными, ранее нами указывалось в проведенных исследованиях⁷⁸⁹. Спустя восемь лет в результате длительных законотворческих процедур законопроект № 458458-5 обрел статус Федерального закона от 27.12.2018 № 498-ФЗ «Об ответственном обращении с животными и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁷⁹⁰. Складывается впечатление, что за восемь лет формирования текста будущего закона его положения были тщательно выверены и достигли совершенства в формулировании правовых норм, образующих комплексный отраслевой институт ответственного обращения с животными. Или все же положения закона не столь безупречны, что оставляет возможность для их последующей модернизации. На поспешность принятия закона указывает то обстоятельство, что за десять дней декабря 2018 года законопроект прошел процедуру от момента его принятия Государственной Думой Федерального Собрания РФ во втором чтении (18.12.2018), через принятие Государственной Думой Федерального Собрания РФ в окончательной редакции (19.12.2018) и одобрение Советом Федерации Федерального Собрания РФ (21.12.2018), до подписания Президентом РФ (27.12.2018)⁷⁹¹. Обратимся к положению закона относительно формулирования понятия жестокого обращения с животными.

Прежде чем анализировать понятие жестокого обращения с животными, приведенное в Федеральном законе об ответственном обращении с животными, хотелось бы предварительно оговориться, что указанное понятие должно носить универсальный характер и содержать в себе общеправовые признаки жестокого обращения с животными, позволяющие применять меры ответственного реагирования, предусмотренные различными отраслями российского права за допущенное правонарушение, что регламентировано соответствующим положением указанного закона относительно наступления административной, уголовной и иной ответственности в порядке, установленном действующим законодательством РФ⁷⁹². Кроме того, сразу обращает на себя внимание выгодное использование законодателем термина «животное» в единственном числе, что исключает плюрализм мнений относительно невозможности ответственного реагирования за единич-

⁷⁸⁹ Семенов К.П. Животные как предмет и средство преступления: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.08. - СПб., 2015. С. 124, 190.

⁷⁹⁰ Федеральный закон от 27.12.2018 № 498-ФЗ «Об ответственном обращении с животными и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» [Электронный ресурс] // Правовой сайт «КонсультантПлюс». URL: <https://www.consultant.ru> (дата обращения: 23.03.2019).

⁷⁹¹ Паспорт проекта Федерального закона № 458458-5 «Об ответственном обращении с животными». Указ. док.

⁷⁹² Федеральный закон от 27.12.2018 № 498-ФЗ «Об ответственном обращении с животными и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Указ. док. Ст. 21.

ный акт противоправного деяния, не образующего продолжаемого поведения субъекта, а также за деяния с одной животной особью, с чем мы безусловно соглашаемся⁷⁹³. Такой же законодательный подход продемонстрирован в новой редакции ст. 245 Уголовного кодекса РФ (далее УК РФ), предусматривающей уголовную ответственность за жестокое обращение с животными⁷⁹⁴.

Итак, под жестоким обращением с животным понимается такое обращение, которое привело или может привести к гибели, увечью или иному повреждению здоровья животного (включая истязание животного, в том числе голодом, жаждой, побоями, иными действиями), нарушение требований к содержанию животных, установленных Федеральным законом об ответственном обращении с животными, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами РФ (в том числе отказ владельца от содержания животного), причинившее вред здоровью животного, либо неоказание при наличии возможности владельцем помощи животному, находящемуся в опасном для жизни или здоровья состоянии⁷⁹⁵. Из приведенного общеправового понятия жестокого обращения с животным видно, что законодатель разделил его на три самостоятельных вида. Первый вид представляет собой собственно жестокое обращение с животным, выражающимся в совершении лицом различных мучительных для животного деяний. Этот вид жестокого обращения с животным содержит следующие объективные признаки. Деяние выражается в форме действий или бездействий. К активным действиям относятся истязание животного, причинение ему побоев а также совершение иных действий. Содержание ни одно из перечисленных действий законодатель не раскрывает. Видимо все оставлено на откуп правоприменительной практике и субъективному взгляду правоприменителя на конкретное поведение субъекта. Несколько понятнее выражена бездейственная форма противоправного деяния субъекта, которую законодатель называет бездейственным истязанием и относит к нему оставление животного без пищи (истязание голодом), оставление животного без воды (истязание жаждой) и иные использованные субъектом способы бездейственного истязания животного к которым, вероятно, можно отнести оставление животного в неблагоприятных погодных условиях, оставление животного в иных условиях, создающих опасность для его жизни или здоровья. Мы полагаем, что по законодательному замыслу все перечисленные

⁷⁹³ Семенов К.П. К вопросу о предмете преступления, предусмотренного статьей 245 Уголовного кодекса Российской Федерации // Мир юридической науки. – 2016. - № 3. – С. 47 - 48. Семенов К.П. Животные как предмет и средство преступления: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.08. Указ. соч. С. 122 – 123.

⁷⁹⁴ Федеральный закон от 20.12.2017 № 412-ФЗ «О внесении изменений в статьи 245 и 258¹ Уголовного кодекса Российской Федерации и статьи 150 и 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». Ст. 1. [Электронный ресурс] // Правовой сайт «КонсультантПлюс». URL: <https://www.consultant.ru> (дата обращения: 23.03.2019).

⁷⁹⁵ Федеральный закон от 27.12.2018 № 498-ФЗ «Об ответственном обращении с животными и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Указ. док. П. 5 ст. 3.

бездейственные формы жестокого обращения с животным объединяются в содержании понятия истязания, поскольку требуют развития деяния во времени. К последствиям жестокого обращения с животным законодатель относит наступление гибели, увечья или иного повреждения здоровья животного. Для наличия состава правонарушения перечисленные последствия могут и не наступать, но тогда совершенные субъектом деяния должны создавать реальную опасность наступления указанных последствий. То есть, деяния субъекта объективно поставляют мучимое животное в опасность гибели, увечья или иного повреждения здоровья. Эта зависимость указывает на то обстоятельство, что предусмотренные понятием объективные признаки жестокого обращения с животными находятся в прямой причинно-следственной связи. Под гибелью животного следует понимать наступление его смерти, что выражается в прекращении жизнедеятельности организма погибшего животного и проявляется посредством обнаружения первичных признаков наступления смерти животного организма, таких как окоченение тела животного, снижение его температуры, отсутствие реакций на внешние раздражители и др. Под увечьем следует понимать очевидное нарушение анатомической целостности организма животного, утрату органа или его физиологических функций, что создает существенные трудности для самостоятельного выживания животного в условиях естественной среды обитания (добывание пищи, оборона от хищников и др.)⁷⁹⁶. Наибольшую трудность, по нашему мнению, представляет установление предусмотренного законодателем признака иного повреждения здоровья животного. Ранее о необходимости нормативного закрепления указанного признака высказывались ученые мнения⁷⁹⁷. Мы его не разделяем, поскольку считаем установление этого признака нецелесообразным и излишне затратным, что существенно затруднит правоприменительную практику⁷⁹⁸.

Второй вид жестокого обращения с животным представлен законодателем нарушениями установленных законами и иными нормативными правовыми актами РФ требований содержания животных. То есть, деяния второго вида мучительства животных выражаются различными нарушениями установленных нормативных требований содержания животных. Подобные требования регламентированы в третьей главе Федерального закона об ответственном обращении с животными, которая включает общие требования к содержанию животных (ст. 9 ФЗ), требования по защите животных от жестокого обращения (ст. 11 ФЗ), требования к содержанию домашних животных (ст. 13 ФЗ), требования к содержанию и использованию служебных животных (ст. 14 ФЗ), требования к содержанию и использованию животных в культурно-зрелищных целях (ст. 15 ФЗ), требования к содержанию в приютах бесхозных животных

⁷⁹⁶ Семенов К.П. Животные как предмет и средство преступления: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.08. Указ. соч. С. 130 - 131.

⁷⁹⁷ Мирошниченко В.С. Жестокое обращение с животными (уголовно-правовые и криминологические аспекты): дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.08. - М., 2013. С. 59 - 60.

⁷⁹⁸ Семенов К.П. Животные как предмет и средство преступления: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.08. Указ. соч. С. 128 - 129, 131 - 132.

(ст. 16 ФЗ)⁷⁹⁹. Обращает на себя внимание то обстоятельство, что закон ограничен по предмету регулирования отношений ответственного обращения с животными, к каковым относит только животных, находящихся на содержании человека, а именно, домашние или бесхозные животные-компаньоны, служебные животные, а также животные, используемые в культурно-зрелищных целях. Значит положения закона не распространяются на обеспечение морально-нравственного и ответственного аспекта обращения с дикими животными, находящимися в естественной среде обитания, а также, что выглядит парадоксально, на обращение с сельскохозяйственными и лабораторными животными, благополучие которых попало в зависимость от воли человека⁸⁰⁰. Общий перечень деяний, относимых к жестокому обращению с животным, противоречащих требованиям их содержания, регламентирован ст. 11 Федерального закона об ответственном обращении с животными и включает в себя следующие⁸⁰¹:

- проведение животным болезненных ветеринарных и иных процедур без применения обезболивающих лекарственных препаратов;
- стравливание животных (кроме служебных);
- отказ владельцев от исполнения обязанностей по содержанию животных до их определения в приюты или отчуждения иным законным способом;
- торговля животными вне отведенных для этого мест;
- организация и проведение боев животных;
- организация и проведение зрелищных мероприятий, влекущих травмирование, изувечение или умерщвление животных;
- публичное кормление хищных животных другими живыми животными.

Приведенный в законе перечень деяний, относящихся к жестокому обращению с животным, видится нам излишне детализированным, а потому далеко не исчерпывающим, что потребует его нормативного расширения в случаях выявления новых деяний, обладающих признаками мучительства животных. Как, например, отсутствие в перечне деяния, связанного с перевозкой животного. Но здесь законодатель предусмотрительно подстраховался и искусственно вывел мучительство при перевозке животных за рамки регламентирования рассматриваемым законом, что, по нашему мнению, не корректно, поскольку снова суживает сферу регулирования морально-нравственных аспектов ответственного обращения с животными⁸⁰². Неблагоприятным последствием перечисленных деяний, нарушающих требования по содержанию животных, является наступление

⁷⁹⁹ Федеральный закон от 27.12.2018 № 498-ФЗ «Об ответственном обращении с животными и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Указ. док. Гл. 3.

⁸⁰⁰ Федеральный закон от 27.12.2018 № 498-ФЗ «Об ответственном обращении с животными и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Указ. док. П. 1, 2 ст. 1.

⁸⁰¹ Там же. Ч. 2 ст. 11.

⁸⁰² Там же. Ч. 4 ст. 1.

вреда здоровью животного. Наше суждение относительно причинения вреда здоровью животного мы уже высказывали выше, а потому считаем его неуместным в составе рассматриваемого правонарушения. Вызывает недоумение то обстоятельство, что законодатель не ввел в состав правонарушения второго вида такие последствия как наступление гибели или увечья животного.

Отсутствует в перечне деяний, относимых к мучительству животных, регламентированных ч. 2 ст. 11 ФЗ, оставление владельцем животного в опасном для его жизни или здоровья состоянии, хотя общие требования к содержанию животных обязывают владельца обеспечивать надлежащий уход за животным и своевременное оказание ему помощи⁸⁰³. Мы полагаем, что это обстоятельство явилось причиной для формулирования законодателем третьего самостоятельного вида жестокого обращения с животным. Субъектом такого правонарушения является владелец животного имеющий возможность оказать помощь животному, находящемуся в опасном для жизни или здоровья состоянии. Последствия такого деяния законодательно не предусмотрены. Состав такого правонарушения возникает от бездействия владельца не оказывающего помощь животному.

Таким образом, законодательно регламентированное общеправовое понятие жестокого обращения с животным в виду сложности его формулирования обладает рядом несовершенств, затрудняющих его толкование и создающих условия для возникновения ошибок в правоприменительной практике. Это обстоятельство сохраняет перспективу для последующей модернизации положений закона в части упрощения общеправового понятия жестокого обращения с животным.

*И.Г. Скурту, канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедры теории права
и правоохранительной деятельности
Санкт-Петербургского гуманитарного
университета профсоюзов*

О целесообразности и обоснованности расширения практики применения суда с участием присяжных заседателей в современной России

С 01 июня 2018 года в России вступили в силу изменения в УПК, согласно которым существенно расширилась компетенция суда с участием присяжных заседателей. Во-первых, суды с участием присяжных заседателей теперь формируются не только на уровне судов субъектов федерации, но и в

⁸⁰³ Федеральный закон от 27.12.2018 № 498-ФЗ «Об ответственном обращении с животными и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Указ. док. П. 1, 2 ч. 1 ст. 9.

районных и гарнизонных судах; во-вторых, расширен перечень норм УК РФ, обвинение по которым дает подсудимому право на выбор суда с участием присяжных заседателей.

Закономерно возникает вопрос о том, хорошо это или плохо?

Несомненно, в пользу данных нововведений говорит уголовно-правовая статистика: в 2018 году российские суды рассмотрели уголовные дела в отношении почти 900 000 человек. Из них осудили 685 000 человек, то есть три четверти от общего числа, а оправдали всего 2000. Так что доля оправдательных приговоров в общем числе незначительно выросла и составила приблизительно 0,3%. Это больше, чем в 2017 году, – тогда показатель составил 0,2%.

Судами субъектов Федерации с участием присяжных заседателей, которые действуют в России с 1993 года, в 2018 году было рассмотрено 220 дел в отношении 408 лиц. Осуждены 347 человек, оправдан — 61. В апелляционном порядке отмены обвинительные приговоры в отношении 24 (7%) и оправдательные приговоры в отношении еще 24 человек (39%). Причиной для отмены, по словам Лебедева, также стали нарушения процессуальных норм.

Районные суды присяжных, появившиеся в России с 1 июня 2018 года, за первые полгода своей работы вынесли 28% оправдательных приговоров. Об этом заявил на семинаре-совещании для судейского корпуса РФ председатель Верховного суда Вячеслав Лебедев.

Таким образом, можно констатировать, что суды с участием присяжных заседателей выносят в 50 раз чаще оправдательные приговоры, нежели профессиональные судьи. Однако данная «математика» неприменима к оценке деятельности суда присяжных. Во-первых, следует учесть, что порядка 2/3 уголовных дел рассматриваются профессиональными судами в так называемом «особом порядке» судебного производства, то есть, без исследования в суде доказательств с предварительным полным признанием вины подсудимого и согласием на рассмотрение дела в упрощенном порядке. В данной ситуации законом прямо предусмотрено однозначное постановление обвинительного приговора без возможности обжалования его по основанию недоказанности, то есть, оправдательный приговор априори не может быть вынесен и подсудимый на это заранее соглашается.

Во многих случаях подсудимые к концу процесса оказываются перед выбором – признать вину даже по «плохо доказанному» преступлению и получить меньшее наказание либо «рискнуть» доказывать свою невиновность и получить при неудаче строгое наказание. (Особенно такая тенденция прослеживается в уголовных делах по незаконному обороту наркотических средств и психотропных веществ). Сроки лишения свободы, предусмотренные законодателем сегодня за подобные преступления, лишают желания подсудимых и их адвокатов «рисковать», оспаривая доказательства. Не секрет, что суды имеют обвинительный уклон, и принцип «независимости» правосудия в основном существует лишь на бумаге. Судьи боятся отмены оправдательных приговоров, проверки вышестоящей инстанцией, по выражению одного из судей, их «буквально с лупой», осложнения отношений с

государственным обвинением, иных негативных последствий для себя своей карьеры. Автор настоящей статьи наблюдал ситуацию, когда в уголовном процессе судья и прокурор уговаривали друг друга «взять на себя» бремя оправдания – суд просил отказаться обвинителя от обвинения, а тот, в свою очередь, предлагал судье вынести оправдательный приговор. Процессуальный закон также лишает возможности судей быть независимыми, разрешая им избирать и продлевать меру пресечения подсудимому, а затем рассматривать дело по существу.

Таким образом, в суде присяжных многие подсудимые и адвокаты видят «выход из ситуации». Однако, следует учесть, что во многих случаях суд присяжных также не является панацеей от необоснованного обвинения. Несомненно, он независим в большей степени, чем профессиональный суд, присяжные не беспокоятся за свою «карьеру», за отмену или изменение приговора вышестоящей инстанцией. Однако они не являются профессионалами и им сложно иногда оценить достоверность, достаточность, объем и содержание тех доказательств, которые представлены сторонами. Сложно понять, почему человек оговорил себя (вопросы применения физической силы и недопустимых методов следствия не могут обсуждаться при присяжных), почему подсудимый дал показания на другого подсудимого, не раскрывается перед присяжными и привилегии «сделки с правосудием». Многие присяжные переносят ситуацию из дела на свою личную жизнь (так, например, при рассмотрении дела об убийстве они представляют как это могло бы случиться с ними или с их близкими. На их мнение может повлиять профессия подсудимого (например, полицейский, врач, чиновник, если у них был негативный опыт общения с подобными лицами), статья, по которой он обвиняется (дела о взятках, половых преступлениях). Имеет также значение национальная толерантность или отсутствие таковой (дела о преступлениях, совершенных мигрантами, лицами кавказской национальности). Бывшие профессионалы (следователи, сотрудники полиции, правоохранительных органов) не могут долгие годы избавиться от обвинительного уклона своей бывшей профессии, тогда как законом не запрещено участвовать им в судебном заседании в качестве присяжных, если со времени увольнения прошло более пяти лет. Несмотря на запрет проводить собственное расследование и искать информацию по делу в иных источниках, присяжные зачастую обращаются к сети Интернет в поисках данных по делу, используя данные либо неоправданной шумихи вокруг резонансного преступления и рассматриваемого дела, либо наоборот, неоправданной кампании в защиту подсудимого. На присяжных также воздействуют телевизионные ток-шоу, которые имеют мало общего с реальным судебным процессом. Несомненно, профессиональные судьи лишены всех этих «непрофессиональных» подходов, умеют абстрагироваться от личных впечатлений и эмоций.

Многих подсудимых и даже их адвокатов «отпугивает» перспектива практически невозможности обжалования обвинительного вердикта присяжных в вышестоящей инстанции.

По нашему мнению, в данной ситуации к выбору того или иного состава суда должен профессионально подходить адвокат, уже в период расследования оценивая необходимость выбора в последующем суда с участием присяжных. В дальнейшем работа в суде присяжных и результат его зависит от профессионализма и умения представлять доказательства как стороной обвинения, так и стороной защиты. К сожалению, законом предусмотрено, что в групповых делах мнение одного из подсудимых о выборе суда присяжных может исключить возможность иного выбора другими подсудимыми. На наш взгляд, УПК РФ должен предусмотреть возможность обязательного учета мнений выбора иными подсудимыми состава суда. В настоящее время суды не склонны «разделять» дела, по которым одна часть подсудимых не желает участия присяжных, рассматривая дело в отношении всех подсудимых судом с присяжными, ссылаясь на невозможность такого разделения, что зачастую необоснованно.

В целом мы считаем, что расширении компетенции суда присяжных в РФ – это правильное и перспективное направление уголовно-процессуальной политики, необходимо предусмотреть большее количество норм УК РФ и преступлений, по обвинению в которых подсудимые могут выбрать судопроизводство с участием присяжных. Однако выбор того или иного состава суда должен оставаться за подсудимым при грамотной юридической обоснованности данного мнения его профессиональным защитником.

*В.С. Харламов, канд. юрид. наук,
доцент кафедры криминологии
Санкт-Петербургского университета МВД России*

Насильственные внутрисемейные преступления экономической направленности

Правоприменительной практике известны нередкие факты совершенных между членами одной семьи преступлений экономической направленности. Так, приговором Озерского горсуда Челябинской области Вахрушев осужден за вымогательство денег у родной бабушки, и ему назначено наказание в виде лишения свободы сроком в один год шесть месяцев со штрафом в размере 10000 руб. в доход государства. Установлено, что виновный пришел в дом к своей родной бабушке, потребовал у нее одну тысячу рублей и, угрожая ножом, похитил деньги⁸⁰⁴.

Другой пример. В Новосибирской области подростком был угнан автомобиль у своих родственников. Прибывшая на место происшествия полиция установила, что около пяти утра несовершеннолетний злоумышленник угнал

⁸⁰⁴ Архив Озерского горсуда Челябинской области за 2011 г. Уголовное дело № 1- 167/2011 г.

автомашину «Ниву» из гаража приемных родителей. До этого он запер снаружи дом, где крепко спали его родители. По сообщению пресс-службы ГУВД Новосибирской области, подросток сдался полиции, когда закончился бензин в угнанной машине. В отношении угонщика возбуждено уголовное дело. В ходе предварительной проверки выявлено, что подросток вторично угоняет транспорт опекуна. Незадолго до указанного факта несовершеннолетний злоумышленник во время аналогичного инцидента попал в ДТП и чуть не разбился насмерть. Хозяин машины тогда не стал заявлять в органы внутренних дел, утилизировав покорёженную машину и купив другую⁸⁰⁵.

Уголовно-правовая квалификация имущественных преступлений в сфере семейных отношений вызывает определенные трудности для сотрудников правоохранительных органов. Настоящая статья посвящена рассмотрению отдельных криминальных проявлений рассматриваемой категории в уголовно-правовом контексте.

Насильственные внутрисемейные преступления экономической направленности ограничены посягательствами, предусмотренными главой 21 УК РФ «Преступления против собственности», а именно: п. «г» ч. 2 ст. 161, ст. 162, п. «в» ч.2 ст. 163, п. «в» ч.2 и ч. 4 ст. 166 УК РФ.

Объединяет все посягательства, включенные в главу 21 Особенной части УК РФ единый объект – собственность.

Обязательным элементом указанных посягательств является предмет. Предметом насильственных внутрисемейных преступлений признается чужое имущество в виде денежных средств, вещей, ценных бумаг, иного движимого и недвижимого имущества¹. Таковым признается только имущество, которое не принадлежит виновному, то есть не находится в его собственности или законном владении². Однако к предмету рассматриваемых посягательств не относится имущество, принадлежащее члену семьи на праве общей собственности (например, совместное имущество супругов или долевая собственность семьянина).

Отдельные проблемы разграничения собственности имущества родственников разрешаются посредством применения норм наследственного, семейного, гражданского права. Документы, штампы, печати, акцизные марки, специальные марки, знаки соответствия не могут быть признаны предметами посягательств против собственности. Их похищение должно квалифицироваться по ст. 325 УК РФ.

Основываясь на разработанной в теории уголовного права систематизации преступлений против собственности, выделим классификацию насильственных внутрисемейных преступлений экономической направленности, состоящую из следующих двух подгрупп.

⁸⁰⁵ Игнатенко Б. Подросток запер родителей и угнал их автомобиль. URL. http://www.gazeta.ru/auto/2011/04/07_kz_3578641.shtml (дата обращения: 24.03.2019).

¹ Предметом вымогательства (ст.163 УК РФ), наряду с чужим имуществом, признается и право на чужое имущество.

² См.: БВС РФ. 1995. № 4. С. 7.

1. Хищения. Представленная подгруппа содержит грабеж (ст. 161 УК РФ) и разбой (ст. 162 УК РФ).

2. Преступления, причиняющие или способные причинить имущественный вред отношениям собственности. В эту подгруппу входят вымогательство (ст. 163 УК РФ) и неправомерное завладение автомобилем или иным транспортным средством без цели хищения (ст. 166 УК РФ).

Дефиниция «хищение» закреплена в примечании к ст. 158 УК РФ: «Под хищением... понимаются совершенные с корыстной целью противоправные безвозмездное изъятие и (или) обращение чужого имущества в пользу виновного или других лиц, причинившие ущерб собственнику или иному владельцу этого имущества». Из приведенной нормы вытекает, что хищение выражается в виде изъятия и (или) обращение чужого имущества в пользу виновного или других лиц. Изъятие или обращение представляют собой криминальные действия, направленные на отторжение и обособление части имущества от общей имущественной массы, находящейся в обладании собственника или лица, во владении которого оно находится. При отсутствии прав у виновного на присвоенное имущество обращение чужого имущества в пользу виновного или других лиц означает установление фактического обладания вещью, вверенной виновному либо передачу её другим лицам.

Состав хищения отсутствует, когда лицо, имея определенные права на получение части имущества, изымает и присваивает эту часть с нарушением порядка ее приобретения.

Так, *по делу Б., осужденного за хищение личных вещей своей бывшей жены, совершенной для разрешения взаимных жилищных и имущественных претензий, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ признала, что, поскольку Б. действовал незаконно, пытаясь решить вопрос имущественного характера с женой путем самовольного изъятия ее вещей из квартиры и причинив существенный вред потерпевшей, в его действиях присутствуют признаки самоуправства*¹.

Обязательным признаком хищения чужого имущества является общественно опасные последствия, характеризующие причинение собственнику или иному владельцу имущества материального ущерба. Размер имущественного ущерба следует рассчитывать на основании стоимости похищенного, выражающейся в его цене. При отсутствии цены стоимость похищенного имущества требуется сформировать по результатам экспертных заключений².

Включать иные убытки в стоимость похищенного имущества отсутствует необходимость. Потерпевший может заявить гражданский иск в рамках уголовного дела на возмещение таких убытков. Упущенная выгода не образует состава хищения, но в определенных случаях квалифицируется по ст. 165 УК РФ «Причинение имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием». Безвозмездность изъятия имущества выражается в том, что

¹ БВС РФ. 1995. № 4. С.8.

² БВС РФ. 1995. № 7. С. 12.

собственник не получает соответствующего возмещения стоимости похищенного в денежном выражении либо другого равноценного имущества.

Судебная практика не считает возмездным изъятие имущества с частичным возмещением⁸⁰⁶. В случае ничтожности стоимости похищенного рассматриваемое посягательство не квалифицируется как преступление в силу его малозначительности согласно ч. 2 ст. 14 УК РФ.

Объективная сторона насильственных внутрисемейных преступлений характеризуется общественно опасным действием в форме грабежа, разбоя, вымогательства, угона.

Грабёж относится к преступлениям с материальным составом и считается оконченным с момента причинения ущерба. Составы разбоя, вымогательства и угона сконструированы законодателем как формальные. Для признания упомянутых посягательств оконченными преступлениями достаточно совершить упомянутые в законе действия.

Субъективная сторона насильственных внутрисемейных преступлений характеризуется умышленной виной. Умысел может быть только прямым.

Субъектом рассматриваемых преступлений является физическое вменяемое лицо, достигшее к моменту совершения преступления четырнадцатилетнего возраста.

Дела о внутрисемейных преступлениях против чужой собственности являются делами публичного обвинения и не требуют для досудебного производства и судебного разбирательства согласия собственника или иного владельца имущества, ставшего объектом преступного посягательства¹.

Таким образом, законодатель подчеркнул значимость уголовно-правовой защиты от имущественных преступлений домочадцев и других соотечественников.

⁸⁰⁶ БВС РСФСР. 1979. № 6. С. 8.

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25.04.1995 № 5 «О некоторых вопросах применения судами законодательства об ответственности за преступления против собственности (п.2) // БВС РФ. 1995. № 7.

РАЗДЕЛ VII

СТАТЬИ УЧАСТНИКОВ СТУДЕНЧЕСКОЙ СЕКЦИИ

«Теория и практика регулирования актуальных
и перспективных направлений в праве⁸⁰⁷»

Ответственный за организацию работы секции – доцент кафедры
гражданского и корпоративного права, канд. юрид. наук,
доцент Е.Н. Абрамова

Ю.С. Алексеева, студент

**Получение налогоплательщиком необоснованной налоговой выгоды
путем искусственного дробления бизнеса**

Платить государству меньше денег, а в идеале не платить вовсе — вполне обоснованное стремление предпринимателей. По ходу развития рыночных отношений в России эти эфемерные желания воплотились в рабочие схемы по минимизации налоговых платежей. Разнообразные способы, позволяющие сохранить значительную часть прибыли для бизнеса неизменно привлекают внимание аналитиков и контролирующих органов. Самым распространённым из них остаётся дробление бизнеса.

В данной статье анализируется практика арбитражных судов и разъяснительные письма контролирующих органов, касающиеся споров, связанных с дроблением бизнеса, рассматриваются критерии признания оптимизации необоснованной, направленной на создание условий для получения необоснованной налоговой выгоды. Приведены примеры бизнес-решений, попадающих в зону риска, сделаны обобщения из судебной практики 2015–2018 годов.

Законодательство России и обслуживающие его административные акты не содержат легального определения искусственного дробления бизнеса. Но в практике делового оборота под дроблением принято понимать совокупность способов по перестройке юридического лица, в результате которых организация экономит на налогах. Юридическая литература чаще всего раскрывает данное понятие через формулировку «получение необоснованной налоговой выгоды» ввиду отсутствия действительных экономических поводов, обосновывающих необходимость такого бизнес-решения. Яркими примерами дробления будут являться реорганизация в формах выделения или разделения, а также создание новых организаций в дополнение к имеющимся с передачей им "избыточных" объёмов имущества, видов деятельности, работников. Для понимания сущности методик получения необоснованной выгоды необходимо подробнее разобраться видах налоговых режимов.

⁸⁰⁷ Студенческая секция проведена Центром креативных проектов юридического факультета СПбГЭУ (руководитель ЦКП – к.ю.н., доцент Е.Н. Абрамова).

В Российской Федерации помимо общей системы налогообложения существуют специальные налоговые режимы в рамках которых налоговая нагрузка плательщика существенно ниже. Это: упрощенная система налогообложения (УСН), единый налог на вмененный доход для отдельных видов деятельности (ЕНВД), система налогообложения при выполнении соглашений о разделе продукции (СРП), патентная система налогообложения (ПСН), единый сельскохозяйственный налог (ЕСХН). Наиболее часто в схемах по уходу от налогообложения используются УСН и ЕНВД, поэтому в рамках данной работы им будет уделено особое внимание. При использовании УСН организации и ИП уплачивают 6% от дохода либо 15% от прибыли (доходы минус расходы), а также страховые взносы. Данные ставки значительно ниже совокупных ставок налога на добавленную стоимость (20%) и налога на прибыль организаций (основная ставка 20%), или налога на доходы физических лиц (13%), если речь идет об ИП. ЕНВД напротив обязывает организации и ИП определять сумму налога не из реально вырученного, а предполагаемого (вмененного) дохода.

Однако, для получения права производить государственные выплаты в льготном размере хозяйствующему субъекту необходимо соответствовать определенным требованиям, предъявляемым Налоговым кодексом. Эти условия и составляют краеугольный камень всех схем дробления бизнеса. Для УСН закон требует наличия в организации не более 100 сотрудников в штате, дохода и остаточной стоимости менее 150 млн рублей, доли участия других юридических лиц в ней не более 25%. Также предусмотрен прямой запрет УСН для организаций, имеющих филиалы. ЕНВД ограничивается определенными видами деятельности, прямо обозначенными в законе, налагает специальные условия на количество работников в штате организации (не более 100), долю других юридических лиц в уставном капитале компании (не более 25%), площадь промышленного помещения (не более 150 квадратных метров для торговли и общепита и не более 500 квадратных метров для услуг гостиничного бизнеса), единицы транспорта (не более 20).

Из описанного можно сделать вывод, что льготные формы налогообложения предусмотрены законодателем исключительно для государственной поддержки представителей малого и среднего бизнеса на рынке. Логика действий недобросовестных налогоплательщиков предельно проста. Стремясь воспользоваться преференциями, которые положены малым предприятиям, владельцы крупных компаний дробят бизнес на несколько внешне самостоятельных организаций или ИП. Формально отвечая требованиям закона производные структуры ведут хозяйственную деятельность, ранее выполняемую материнской организацией. Государство расценивает подобные незаконные действия, как наносящие ущерб бюджетам регионов, а также негативно влияющие на конкурентную ситуацию на рынке.

Рассмотрим ближе критерии недобросовестности налогоплательщиков. В настоящий момент исследованием схем ухода от уплаты налогов занимается Федеральная налоговая служба, а в случаях, когда это нарушает

уголовный закон — Следственный комитет России. Статистика органов, насчитывающая сотни тысяч раскрытых преступлений, позволила им выработать методические рекомендации по выявлению и раскрытию данной категории дел. Знаковым для практики выявления искусственного дробления организаций явилось Письмо ФНС России от 11.08.2017 №СА-4-7/15895@, содержащее совокупность признаков, свидетельствующих о возможном получении налогоплательщиком необоснованной налоговой выгоды:

- после дробления каждый из участников схемы применяет специальную систему налогообложения (УСН или ЕНВД);
- в ходе дробления налоговое бремя каждого участника схемы снизилось;
- участники схемы осуществляют аналогичный вид экономической деятельности;
- реорганизация/регистрация участников имела место в течение небольшого промежутка времени и непосредственно предшествовала увеличению производственных мощностей;
- участники схемы несут коммерческие расходы друг за друга;
- наблюдается прямая или косвенная взаимозависимость (аффилированность) участников схемы;
- управление деятельностью всех участников одним и тем же лицом (лицами);
- формальное перераспределение между участниками схемы персонала без изменения их должностных обязанностей;
- отсутствие у подконтрольных лиц, принадлежащих им основных и оборотных средств, кадровых ресурсов;
- использование участниками схемы одних и тех же вывесок, обозначений, контактов, сайта в сети "Интернет", адресов фактического местонахождения, помещений (офисов, складских и производственных баз и т.п.), банков, в которых открываются и обслуживаются расчетные счета, контрольно-кассовой техники, терминалов и т.п.;
- общие поставщики и покупатели (контрагенты) у всех участников схемы;
- единые для участников схемы службы, осуществляющие: ведение бухгалтерского учета, кадрового делопроизводства, подбор персонала, поиск и работу с поставщиками и покупателями, юридическое сопровождение, логистику и т.д.;
- показатели деятельности, такие как численность персонала, занимаемая площадь и размер получаемого дохода, близки к предельным значениям, ограничивающим право на применение специальной системы налогообложения и пр.

Высшие суды России в свою очередь публикуют разъяснения относительно процессуальных механизмов оценки доказательств обоснованности

возникновения налоговой выгоды у налогоплательщика. Среди них внимания заслуживает Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12.10.2006 № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды». Дополнительно к описанным налоговой критериям суды отмечают в качестве оснований недобросовестного сохранения средств:

- невозможность реального осуществления налогоплательщиком указанных операций с учетом времени, места нахождения имущества или объема материальных ресурсов, экономически необходимых для производства товаров, выполнения работ или оказания услуг;

- учет для целей налогообложения только тех хозяйственных операций, которые непосредственно связаны с возникновением налоговой выгоды, если для данного вида деятельности также требуется совершение и учет иных хозяйственных операций.

Интересно, что судом обозначены виды деятельности, которые сами по себе не могут однозначно свидетельствовать о недобросовестности хозяйствующих субъектов:

- создание зависимой организации незадолго до совершения хозяйственной операции;

- взаимозависимость участников сделок;
- неритмичный характер хозяйственных операций;
- нарушение налогового законодательства в прошлом;
- разовый характер операции;
- осуществление операции не по месту нахождения налогоплательщика;
- осуществление расчетов с использованием одного банка;
- осуществление транзитных платежей между участниками взаимосвязанных хозяйственных операций;

- использование посредников при осуществлении хозяйственных операций.

Несмотря на это, суд даёт понять, что совокупность и взаимосвязь указанных обстоятельств могут говорить о получении необоснованной налоговой выгоды. Но для этого стороне обвинения необходимо непосредственно доказать взаимосвязь операций и общность намерений всех участников сделки. Тем самым, ещё раз подчеркивается наличие презумпции добросовестности налогоплательщика, подразумевающей, что «действия налогоплательщика, имеющие своим результатом получение налоговой выгоды, экономически оправданы, а сведения, содержащиеся в налоговой декларации и бухгалтерской отчетности, - достоверны». Исходя из этого именно на налоговом органе лежит обязанность доказывания факта необоснованного возникновения плательщика налоговой выгоды.

Для достижения конечной цели — «пресечения использования агрессивных механизмов налоговой оптимизации», государство устанавливает два промежуточных требования необходимых для привлечения предпринимателя к ответственности. Это, во-первых, установление формального характера деятельности участников схемы (включение в бизнес процесс подконтрольных лиц, чья деятельность носит фиктивный характер) и, во-вторых, определение действительного размера налоговых обязательств (объекта налогообложения и налоговой базы).

Данную позицию по ходу рассмотрения споров на предмет соответствия Конституции, подтверждает также и Конституционный Суд Российской Федерации. В Определении от 04.07.2017 №1440-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Бунеева Сергея Петровича на нарушение его конституционных прав положениями статей 146, 153, 154, 247-249 и 274 Налогового кодекса Российской Федерации» суд делает вывод, что присутствие особых форм расчетов и сроков платежей, удостоверяющих коллективное единство действий, не обусловленных разумными экономическими причинами (первое требование), обуславливает доначисление суммы налогов и сборов, подлежащих уплате в бюджет (второе требование). Очевидно, что действие по взысканию задолженности и недоимки невозможно без точного определения действительного размера средств, подлежащих уплате.

Относительной новацией по части регулирования данной категории правоотношений стало инкорпорирование в Налоговый кодекс статьи 54.1 «Пределы осуществления прав по исчислению налоговой базы и (или) суммы налога, сбора, страховых взносов». Следует отметить, что под действие данной статьи попадают не только схемы по дроблению бизнеса. Типичным примером правонарушения под данной статье также будет являться неправомерное применение норм международных соглашений об избежании двойного налогообложения или нереальность исполнения сделки (операции) сторонами (отсутствие факта ее совершения). Для стимулирования ускоренного внедрения данной нормы в судебную практику, ФНС РФ выпустила целых два письма разъясняющих ее. Часть первая статьи запрещает уменьшение налоговой базы и (или) суммы подлежащего к уплате налога путём искажения сведений о хозяйственной деятельности предприятия. Далее по тексту озвучиваются два условия, в совокупности дающих налогоплательщику право законно оптимизировать налоговое бремя. Отсутствие хотя бы одного из двух обязательных признаков лишит субъекта права на налоговую льготу. Это крайне важный момент и на нем хотелось бы остановиться подробнее.

Первое условие ограничивает основную цель совершаемой сделки — ею не должна быть налоговая экономия. В опровержение вменяемого ему нарушения налогоплательщику требуется доказать разумную хозяйственную (деловую) необходимость операции. «Разумность» и «обоснованность» оценочные категории, следовательно, подтвердить реальный экономический эффект в собственном интересе можно с помощью любых письменных, свидетельских и вещественных доказательств, а также обоснований с точки зрения логики.

Вторым условием законодатель устанавливает, что сделка должна быть исполнена контрагентом, которому обязательство по исполнению сделки передано по договору или в силу закона. Иначе говоря, не допускается, расхождение личностей реального исполнителя от заявленного в документах первичной отчётности.

Несмотря на то, что подобные положения и ранее высказывались в разъяснительных письмах ФНС, внедрение их непосредственно в Налоговый Кодекс позволило поставить точку в процессе установления фактов не в пользу предпринимателей.

Важным нововведением можно считать отказ от формального подхода к доказыванию факта получения налогоплательщиком необоснованной налоговой выгоды. Налоговые органы теперь обязаны не только ограничиться сбором доводов подтверждающих недостоверность документов, представленных налогоплательщиком, но и опровергать реальность спорной сделки путём установления умышленного характера всей цепочки событий — существование искажения, причинно-следственную связь между действиями налогоплательщика и допущенными искажениями; общественно-вредные последствия в виде причинения ущерба бюджету.

Анализ разъяснительных писем контролирующих органов позволяет сделать вывод о том, что критерии, свидетельствующие о незаконном дроблении бизнеса, содержатся исключительно в административных актах, что нельзя считать достаточно легальным основанием для оценки деятельности хозяйствующих субъектов. Налоговая система России очевидно нуждается в последовательной инкорпорации в Налоговый Кодекс указанных признаков, что позволит снизить вероятность двойного толкования их государственными органами.

Рассмотрим, как применяются описанные выше обстоятельства при доказывании в судах фактов незаконного разделения бизнеса.

В деле ООО «Азия» против МИ ФНС №1 по Амурской области, административный истец подал кассационную жалобу на решение суда низшей инстанции, поддержавшего позицию ФНС по доначислению обществу налогов и пени.⁸⁰⁸ Основанием для начисления спорных сумм стали выводы инспекции о незаконной оптимизации бизнеса, а именно «...о создании учредителем налогоплательщика нового юридического лица – ООО «Гостиница Азия», как дополнительного звена в цепочке предоставления гостиничных услуг с целью снижения налоговых обязательств налогоплательщика, путем формального соблюдения действующего законодательства...». В ходе налоговой проверки ООО «Азия» было обнаружено, что последние несколько лет гостиница находилась на упрощенной системе налогообложения, а когда прибыль организации приблизилась к пороговому значению, превышение

⁸⁰⁸ Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 15.10.2015 года по делу № Ф03-4073/2015 // <http://kad.arbitr.ru/Card/559564fd-3be2-49e8-b4d9-f8c309aa6326> (дата обращения: 01.04.2019).

которого не позволило бы ей оставаться далее на льготном режиме, собственник учредил другую организацию с аналогичным видом деятельности. Обстоятельствами, позволившими суду сделать вывод о взаимозависимости лиц послужили:

- единый юридический адрес организаций;
- одинаковый учредитель двух организаций;
- идентичный вид хозяйственной деятельности обществ - оказание гостиничных услуг;
- открытие расчётных счетов обществ в одном банке;
- исполнение функций главного бухгалтера одним лицом;
- хранение бухгалтерской документации в одном офисном помещении;
- отсутствие документооборота между компаниями.

Самое главное, в суде было подтверждено, что инспекция по итогу проверки установила не только совокупность признаков, свидетельствующих об аффилированности лиц, но подтвердила формальный, лишенный экономического смысла характер деятельности зависимой организации. Действия налогоплательщика ООО «Азия» признаны направленными на получение необоснованной налоговой выгоды.

Несмотря на то, что по статистике большинство судебных решений принимается в пользу налоговой, в практике присутствует доля дел, в которых суд принимает сторону предпринимателей.

В деле № А56-67658/2014, рассматривавшемся в Арбитражном суде Северо-Западного округа⁸⁰⁹, налоговым органом была проведена проверка аптечной сети, состоящей из шести юридически самостоятельных подразделений, расположенных в разных районах города. Каждая из аптек осуществляла розничную торговлю медикаментами и находилась на ЕНВД. Инспекторы усмотрели в деятельности организаций необоснованный характер получения налоговой выгоды и доначислили налоги по ОСН. В подтверждение своей позиции они ссылались на следующие обстоятельства:

- каждая из аптек занимала торговый зал, площадью не превышающий 150 м²;
- основным видом деятельности всех организаций заявлена розничная торговля фармацевтическими товарами;
- у всех организаций был единый учредитель и руководитель;
- одинаковый товарный знак расположенный на вывесках, стендах и табло;
- общий телефон справочной службы;

⁸⁰⁹ Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 06 августа 2015 года по делу № А56-67658/2014 // <http://kad.arbitr.ru/Card/4196f604-2602-4ba7-8d3b-ac60be8733e8> (дата обращения: 01.04.2019).

- единые поставщики;
- открытие расчетных счетов организаций в одном банке

Однако суды, отклонили позицию налоговых органов, приняв во внимание аргументы налогоплательщика:

- каждая из организаций имела собственные органы управления, персонал, обособленное имущество и расчетные банковские счета, самостоятельно осуществляет бухгалтерский и налоговый учеты;
- каждая из аптек не несет затрат и не отвечает по расходам прочих организаций;
- организации созданы не одномоментно, а в период с 1998 по 2003 год;
- у учредителей имеется перспективный план развития торговой сети с дальнейшей специализацией каждого предприятия;
- не присутствовало подозрительного горизонтального движения средств между расчетными счетами сети.

Судом была принята во внимание изложенная выше позиция ВАС о признаках, которые не могут однозначно свидетельствовать о получении налогоплательщиком необоснованной налоговой выгоды, и сделан вывод о том, что налоговым органом не представлено доказательств, что взаимозависимость обществ оказала влияние на условия и экономические результаты деятельности налогоплательщика. Иными словами, каждая организация сети имела доказанную оправданную хозяйственную цель деятельности и удовлетворяла признакам самостоятельных юридических лиц, перечисленных в п. 1 ст. 48 ГК РФ.

Анализ статистики судебных дел по привлечению налогоплательщиков к ответственности из-за присутствия признаков присутствия в их хозяйственной деятельности следов незаконного дробления бизнеса говорит о том, что большая часть решений принимаются в пользу контролирующих органов. Субъективный характер возможного толкования описанных в разъясняющих письмах критериев дробления вкупе с отсутствием должного их легального закрепления свидетельствует о низком уровне защищённости предпринимательского сообщества. Проведённые автором работы выдержки из судебной практики подтверждают сделанный ранее вывод о том, что российская правовая система нуждается в инкорпорации указанных признаков в налоговое законодательство.

В качестве итога позволю себе обобщить уже сказанное выше:

Оптимизация бизнеса не есть *mala per se* – абсолютное зло. Следует различать законное и незаконное дробление. В своих разъясняющих письмах ФНС сформулировала ряд критериев, свидетельствующих о незаконной получении налоговой выгоды. Высшим арбитражным судом также определены признаки которые сами по себе не могут однозначно свидетельствовать о недобросовестности хозяйствующих субъектов. Статья 54.1. НК указала два основания, одновременное соблюдение которых снимает все вопросы о законности оптимизации в пользу налогоплательщика:

наличие действительной экономической цели дробления, а также финансовая и организационная самостоятельность вновь образованного лица. Тем не менее, признаки, свидетельствующие о совершении предпринимателем незаконной налоговой оптимизации бизнеса находят отражение исключительно в административных, судебных прецедентах и не инкорпорированы в Налоговый кодекс РФ

Из приведённых примеров судебных дел ясно, что грань определения добросовестности налогоплательщика в настоящий момент очень тонка. Открытый характер перечня критериев делает положение налогоплательщика шатким и нестабильным, повышает риск привлечения к ответственности невиновных лиц, складывающейся судебной практики, увеличивает возможности необоснованного давления на бизнес со стороны контролирующих органов. Также можно провести косвенную связь между отсутствием законодательного закрепления указанных признаков и статистикой принимаемых судебных решений, что обуславливает ориентированность судебно-арбитражной практики в большей степени на поддержание выводов контролирующих органов. Для устранения неустойчивости положения субъектов налоговых правоотношений целесообразно будет сформулировать и закрепить критерии свидетельствующие о получении налогоплательщиком необоснованной налоговой выгоды в рамках действующего налогового законодательства.

*В.А. Аршанский, студент
юридического факультета СПбГЭУ*

Иммунитеты высших должностных лиц государства и ответственность за международные преступления в практике международных и национальных судов

Актуальность данной темы подтверждается политической ситуацией в мире. Экономически развитые страны, обладающие ядерным вооружением, диктуют условия всему остальному миру, используя принципы и нормы международного права по своему усмотрению. Можно говорить о возможном превышении полномочий отдельных должностных лиц, принимающих решения о вторжении в суверенные государства, о поддержке сепаратистских движений в суверенных государствах.

Основной задачей данного исследования является установить: все ли государства равны (на примере ответственности высших должностных за международные преступления), как закреплено в п.1 ст. 2 устава ООН (принцип суверенного равенства государств). Для этого потребуется ответить на следующие вопросы: что считается международным преступлением; что такое иммунитет высших должностных лиц и какие существуют типы иммунитетов

высших должностных лиц; высшие должностные лица, каких стран были привлечены к ответственности за совершение международных преступлений за последние годы.

При подготовке данного исследования я использовал теоретические знания, специализированную литературу и практику международных и национальных судов.

Основные черты международного преступления содержатся в 6 статье устава Нюрнбергского трибунала (Устав международного военного трибунала для суда и наказания главных военных преступников европейских стран Оси), а именно: развязывание или ведение агрессивной войны в нарушение международных договоров (преступления против мира); нарушение законов или обычаев войны (военные преступления); убийства, истребление, порабощение, ссылка или другие жестокости, совершённые в отношении гражданского населения до или во время войны (преступления против человечества).

На основе данных черт можно дать определение международного преступления. Международное преступление – это нарушение принципов и норм международного права, представляющие угрозу человечеству, международному миру и безопасности.

Также статья 6 устава Нюрнбергского трибунала устанавливает, что руководители, организаторы, пособники и подстрекатели, которые планировали или причастны к осуществлению общего плана совершения международного преступления, несут ответственность за все действия, совершённые любыми лицами в целях осуществления такого плана.

Иммунитет высших должностных лиц государств вытекает из иммунитета государства («иммунитет государства представляет собой изъятие государства из-под действия юрисдикции других государств» - В.В. Грохотова).

Законодательство Российской Федерации обозначает, что Президент РФ обладает неприкосновенностью (статья 91 Конституции РФ). В.И. Червонюк под неприкосновенностью Президента РФ понимает: иммунитет главы РФ от юрисдикции, означающий невозможность по действующему российскому законодательству привлечь Президента к юридической ответственности.

Глотова С.В. в журнале российского права даёт следующее определение иммунитета высших должностных лиц: защита лица в отношении действий в бытность должностным лицом.

Обобщая вышесказанное, можно сделать вывод, что под иммунитетом высших должностных лиц считается: невозможность привлечения к уголовной ответственности лиц, занимающих определённые государственные должности.

В международно-правовой литературе выделяется два типа иммунитетов должностных лиц: *ratione materiae* (функциональный иммунитет, распространяющийся на всех должностных лиц государства, защита от уголовного преследования за деяния, которые были совершены в официальном качестве государственного служащего в течение срока своих полномочий) и *ratione personae* (персональный иммунитет, распространяется на глав государств, глав

правительств и министров иностранных дел, запрет на любое уголовное преследование, пока лицо занимает должность).

Рассмотрим персональный иммунитет. Он признаётся в соответствии с нормами международного права в отношении глав государств, глав правительств и министров иностранных дел. Применяется в отношении всех действий, совершённых вышеперечисленными лицами. Имеет чётко ограниченное сроком действие. Международный Суд ООН поясняет существование такого иммунитета, необходимостью гарантировать беспрепятственное выполнение носителями иммунитета своих функций.

Согласно Римскому статуту Международного уголовного суда: должностное положение не освобождает лицо от уголовной ответственности (статья 27). Из этого следует, что иммунитет – это отсрочка от наказания за совершённые преступления.

В 2006 Иракский высший уголовный суд (национальный суд Ирака) приговорил Саддама Хусейна (бывшего Президента Ирака) к смертной казни за совершение преступлений против человечности (он был признан виновным в убийстве 148 шиитов в 1982 году и многим другим преступлениям). Пример Ирака очень интересен, с одной стороны вопрос о судьбе Саддама Хусейна решался судом Ирака, после государственного переворота в результате которого Хусейн лишился власти, а значит так или иначе говорить о сохранении иммунитета высших должностных лиц не приходится. Данным примером, я хочу продемонстрировать: во-первых, существует практика наказания бывших высших должностных лиц национальными судами за уголовные преступления, как национального характера, так и международного (вторжение в Кувейт); во-вторых, государственный переворот влияет на иммунитет высших должностных лиц не лучшим образом.

Данный пример не помогает ответить на главный вопрос исследования, однако он дополняет теоретическую базу и демонстрирует разнообразность подходов к иммунитетам высших должностных лиц.

Разобравшись с основными понятиями, предлагаю незамедлительно окунуться в омут практики с головой. Как я заявил в введении, основной задачей является выявить: все ли государства равны, все ли высшие должностные лица всех стран несут равную ответственность за совершение международных преступлений.

В своей монографии А.Ю. Скуратова приводит следующую статистику: в период с 1990 года по 2008 год 67 глав государств (или правительств) из 43 государств мира было привлечено к ответственности за совершение уголовных преступлений. А именно: 32 главы государств из Латинской Америки, 16 из Африки, 10 из Европы, 7 из Азии и 2 с Ближнего Востока. Переводя в проценты: 48% - Латинская Америка, 23 % - Африка, 15% - Европа, 11 % - Азия, 3 % - Ближний восток. Практически невозможно установить сколько всего совершенно международных преступлений главами государств за данный период. Скольким высшим должностным лицам удалось избежать ответственности за международные преступления в данный период.

29 апреля 1999 года Югославия подала 10 заявлений о возбуждении судебных разбирательств против 10 государств — членов НАТО, обвиняя эти государства в бомбардировке территории Югославии. В тот же день она обратилась в суд с просьбой определить временные меры и вынести постановления о том, чтобы эти страны «немедленно прекратили применение силы» и «воздерживались от любых актов угрозы силой или её применения» против Югославии. Суд 2 июня 1999 года отклонил просьбы Югославии об определении временных мер, мотивируя своё решение тем, что не обладает юрисдикцией для указания таких мер.

По отношению к различным государствам обоснования отсутствия юрисдикции Суда были различными и зависели от особенностей содержания заявления Югославии в отношении конкретного государства. Так, в заявлении о возбуждении судебного разбирательства против США в качестве основания для юрисдикции Суда Югославия сослалась на статью IX Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него. Однако Суд указал, что США при ратификации Конвенции сделали оговорку, предусматривающую, что в отношении статьи IX, прежде чем какой-либо спор, стороной которого являются США, будет передан на рассмотрение Суда, «в каждом случае требуется конкретное согласие США». Поскольку в рассматриваемом случае США заявили, что они не давали конкретного согласия и не дадут его, суд счёл, что статья IX «не является основанием для юрисдикции в данном деле, даже *prima facie* (на первый взгляд).

В ходе исследования было доказано, что иммунитеты высших должностных лиц — де факто максимум являются отсрочкой наказания, так как никто не освобождён от уголовной ответственности независимо от должностного положения согласно нормам международного права (Римский статут международного уголовного суда).

Также можно говорить о выборочном действии данных норм, так как некоторые государства (в частности высшие должностные лица данных государств), как было показано на примерах, не подлежат ответственности за международные преступления, так как такие государства (главы государств), скорее всего, преследуют благие цели, нарушая нормы международного права и совершая международные преступления, или может быть влияет экономика и наличие определённых мер воздействия, например, ядерного оружия.

Равны ли государства в международном праве? Полагаю, что нет. Равны приближенные по вооружению и уровню развития государства или же тождественные государства. Как показывает практика в других случаях равенство государств условно соблюдается до начала международного конфликта, во время которого более сильные забывают о принципах и нормах международного права.

*Т.М. Варфоломеева, студент
юридического факультета СПбГЭУ*

К вопросу об определении недееспособности граждан нотариусами

Независимо от того, что привело к заключению сделки, взаимоотношение между сторонами могут рассматриваться в разных аспектах. При этом, чаще всего, юридически значимые действия, которые совершаются одной из сторон, другой будут восприниматься с недоверием, вызывают желание пересмотра и реформатирования. Одним из таких гарантов законности в наши дни является нотариус. На исключительное значение нотариальных действий для стабильности и обеспечения законности указывает Постановление Конституционного Суда РФ №15-П, которое устанавливает задачу нотариата — защита прав и законных интересов граждан и юридических лиц, посредством совершения нотариусами, которые работают в государственных конторах или занимаются частной практикой, действий, которые предусмотрены законодательством РФ. Данное Постановление также указывает на тот факт, что нотариальные действия гарантируют доказательственную силу и публичное признание нотариально оформленных документов⁸¹⁰.

В области совершения юридически значимых действий среди множества угроз законности и интересам сторон особое место занимает совершение сделки недееспособным лицом, так как данная угроза является скрытой, ее тяжело выявить и она тесно связана с немалым количеством проблем. На практике значительное количество сделок признается недействительными в связи с прямым участием в них недееспособных лиц.

Как и в большинстве профессий, функционал нотариуса представляет собой набор определённых шаблонных действий, которые необходимо миксовать в зависимости от ситуаций, с которой обращается клиент. Но, если для, например, производства необходимо ориентироваться на ГОСТы и требования технической безопасности, то для нотариуса ориентиром может быть только закон. Если в одном случае одни и те же действия правомерны, то в другом, повторив их, нотариус может совершить противозаконное действие.

Исключительная значимость проверки дееспособности при совершении сделок подтверждается законодателем в ст. 43 Основ законодательства РФ о нотариате (далее по тексту – Основы), в соответствии с которой нотариусам предписывается обязанность по проверке дееспособности граждан (т.е. юридического статуса), обратившихся за нотариальными действиями при удостоверении сделок, например при удостоверении доверенностей, завещания, заключении соглашения и договоров⁸¹¹.

⁸¹⁰ Постановление Конституционного Суда РФ от 19.05.1998 №15-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 2, 12, 17, 24 и 34 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате» // СПС КонсультантПлюс.

⁸¹¹ Основы законодательства Российской Федерации о нотариате (утв. ВС РФ 11.02.1993 №4462-1) // СПС КонсультантПлюс.

Для уточнения того, что законодатель подразумевает под понятием «недееспособность», необходимо обратиться к ГК РФ. Изначально стоит сказать, что дефиниция недееспособности заключена в ст. 21 ГК РФ: способность в полном объеме приобретать и осуществлять права, создавать и исполнять обязанности. Так как речь идет именно о собственных действиях гражданина, то можно сказать, что недееспособность — это способность к самостоятельной реализации прав и обязанностей без помощи и участия в этом третьих лиц. Гражданская же недееспособность связана с самостоятельным совершением сделок и несением имущественной ответственности. Она возникает по мере взросления гражданина, формирования у него волевых и интеллектуальных качеств, достижения определенного уровня психической зрелости и постепенно накапливается и, будучи динамичной, зависит от возраста (п. 1 ст. 21, ст. 26, 28 ГК РФ), вредных привычек и вызываемых ими последствий (ст. 30 ГК РФ), иных обстоятельств (п. 2 ст. 21, ст. 27 ГК РФ), в том числе оценочных (п. 4 ст. 26 ГК РФ), а также психического здоровья (ст. 29 ГК РФ). В связи с тем, что объем недееспособности разных граждан неодинаковый, если рассматривать со стороны сделко- и (или) деликтоспособности (элементов недееспособности), многие цивилисты определяют недееспособность как групповое явление. При доктринальном толковании законодательства выделяют несколько групп и подгрупп граждан и соответствующие им виды и подвиды недееспособности. Нас интересует группа, к которой относят совершеннолетних, а также лиц, вступивших в брак до достижения ими 18-летнего возраста и эмансипированных, которые, с одной стороны, полностью недееспособны, однако, по причине психических заболеваний и расстройств не могут понимать значения своих действий и руководить ими, в связи с чем могут быть признаны судом недееспособными. Основываясь на вышесказанном можно сделать вывод, что недееспособным может быть признан гражданин (совершеннолетний, гражданин, приобретший полный объем недееспособности в связи со вступлением в брак до 18 лет, а также эмансипированные граждане) по решению суда, в связи с наличием у него психических патологий, при которых он не может руководить своими действиями и понимать их значение.

Для того, чтобы нотариусы смогли удостоверить правомерность, действительность сделки, изначально им необходимо подтверждение юридического статуса недееспособности у гражданина. Как известно, презумпция недееспособности лица, достигшего установленного законом возраста, безусловно действует до тех пор, пока, во-первых, не появятся обоснованные сомнения в способности лица руководить своими действиями и осознавать их значение и, во-вторых, пока эти сомнения не будут подтверждены компетентным органом в соответствии с установленным законом порядком, и гражданин не будет признан недееспособным. Как уже было рассмотрено ранее, критерии недееспособности сформулированы в п. 1 ст. 29 ГК РФ. К ним относят: медицинский (психическое расстройство) и юридический (неспособность понимать значение своих действий или руководить ими). И для признания гражданина недееспособным необходимо совпадение этих критериев. В связи с этим можно сделать вывод о

том, что проблемы подтверждения дееспособности и вменяемости гражданина являются и юридическими, и медицинскими. Проведение соответствующей оценки требует от нотариуса дополнительных компетенции, которые не являются основными общепринятыми стандартами профессии. Так, например, в психиатрии используют специальную шкалу, применяя которую можно дать оценку позитивных и негативных нарушений у больных. При этом оценивают определенные проявления психического состояния личности: расстройство мышления, подозрительность, некоммуникабельность в общении и т.п. Многие граждане встречаются с подобными проявлениями практически каждый день, но это не означает, что, основываясь только на этих медицинских показателях, можно говорить о недееспособности гражданина, потому что такие нарушения могут являться особенностями характера человека, следствием тяжелого течения обстоятельств, а также могут быть усилены болезнью, действием медикаментов, или же могут быть предопределены возрастом лица. Выявление нотариусами юридического статуса (т.е. дееспособности) гражданина, обратившегося за совершением нотариального удостоверения — достаточно сложная задача. Поэтому процедуру установления дееспособности гражданина нотариусом необходимо разделить на две стадии.

Первая из стадий – проверка «законных условий» наличия полной дееспособности, а именно возраст гражданина (гражданин должен быть совершеннолетним), свидетельство о браке (п. 2 ст. 21 ГК РФ), решение органа опеки об эмансипации (п. 1 ст. 27 ГК РФ). При анализе законодательной базы, мы обратились к Письму Федеральной нотариальной палаты, из которого можно сделать вывод, что при проверке дееспособности нотариусу следует исходить из общих правил ГК РФ о дееспособности совершеннолетних, эмансипированных и вступивших в брак до восемнадцатилетнего возраста⁸¹². Однако в данном случае невозможно не согласиться с О.А. Серовой, которая считает, что нотариальные действия, при которых нотариус, основываясь только на проверке фактического возраста гражданина, делает вывод о наличии дееспособности, теряют истинное предназначение данного компетентного органа⁸¹³. Стоит отметить, что выявление законных оснований, документально подтверждающих наличие полной дееспособности, не является гарантом максимальной правовой защиты от негативных последствий.

Таким образом, необходима вторая стадия – проверка нотариусом «субъективных условий». Специальных методик об установлении дееспособности гражданина, которые были бы законодательно закреплены, на данный момент не существует, что, конечно же, увеличивает риск признания совершенного нотариального действия недействительным. Необходимо отметить,

⁸¹² Письмо Федеральной нотариальной палаты от 22.07.2016 г. № 2668/03-16-3 «О методических рекомендациях по удостоверению доверенностей» // СПС КонсультантПлюс.

⁸¹³ Серова О.А. О проблеме оценки нотариусами дееспособности гражданина // Нотариус. 2016. №3. С. 18.

что в законодательной базе существовал Приказ Минюста РФ⁸¹⁴, который, во-первых, не содержал разъяснений по вопросу о способах удостоверения нотариусами дееспособности гражданина, а, во-вторых, с 16.08.2018 г. утратил силу. В связи с этим встает вопрос о том, что на законодательном уровне необходима разработка методических рекомендаций или руководств, каких-либо разъяснений по указанному вопросу.

Для проверки дееспособности гражданина, помимо законодательной базы, нотариусы руководствуются и оценочных суждениями. Как отмечает в своей работе Д.В. Фролова⁸¹⁵, в процессе общения с гражданами, у нотариуса могут возникнуть подозрения о наличии у клиента психических расстройств, таких как:

- Нарушение чувственного познания, т.е. ощущения, восприятия, представления (например, нетипичная реакция или отсутствие таковой на громкие звуки);
- Расстройства восприятия, например появление галлюцинаций: зрительных, слуховых или иных;
- Расстройства мышления – невозможность установления внутренних связей между предметами и явлениями окружающего нас мира (например, бессвязность мышления, бред);
- Расстройства памяти;
- Расстройство самосознания, растерянность, что связано с отчуждением психических процессов, появлением острого недоумения;
- Появление импульсивных действий (обычно агрессивных) или импульсивных влечений, которые появляются внезапно, безмотивно и выполняются автоматически;
- Появление навязчивых явлений (например, появление острых неприятных воспоминаний или страхов);
- Так называемая «патология чувств» (например, резкое изменение настроения от тоскливого к агрессивному, апатия и другие).

Итак, нотариус в обязательном порядке выполняет следующие действия:

1. Устанавливает личность гражданина по его паспорту, проверяет возраст, а также наличие иных документов, подтверждающих наличие полной дееспособности.

2. Задает несколько вопросов общего характера, а также конкретные вопросы относительно цели визита, чтобы удостовериться в возможности гражданином понимать значение своих действий и руководить ими.

Что же следует делать нотариусу, если у него имеются основания предполагать, что участник сделки не может понимать значение своих действий и руководить ими? Для того, чтобы ответить на этот вопрос, необходимо обратиться к мнениям цивилистов. С точки зрения Г. Г. Черемных в

⁸¹⁴ Приказ Минюста Российской Федерации от 15 марта 2000 г. № 91 «Об утверждении Методических рекомендаций по совершению отдельных видов нотариальных действий нотариусами Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

⁸¹⁵ Фролова Д. В. Проблемы выявления дееспособности в профессиональной деятельности нотариуса. [Электронный ресурс].

данной ситуации нотариус должен отложить удостоверение сделки и проверить наличие судебного решения о признании лица недееспособным. В случае отсутствия такого решения, предположение нотариуса должно быть донесено до сведения лиц, наделенных законом правом поставить перед судом вопрос о признании лица недееспособным⁸¹⁶. А. Сафонов выдвигает предположение о том, что нотариус обладает правом отказать в совершении нотариального действия при условии, если он имеет сведения о недееспособности гражданина. В иных случаях он сообщает гражданину о характере сделки и ее последствиях⁸¹⁷.

Таким образом, нотариус обязан не только удостовериться в дееспособности, полное приобретение которой наступает при достижении возраста 18 лет, но и убедиться в том, что гражданин обладает сделкоспособностью, проявляющейся во внешнем выражении воли. Так как в большинстве случаев нотариусы не имеют медицинского образования, предоставляющего им в полном объеме оценить способность клиента понимать значение своих действий, наличие данного факта может привести к неблагоприятным последствиям для гражданина и других заинтересованных лиц, что можно увидеть на примере судебной практики по делу о выдаче доверенности недееспособному лицу⁸¹⁸. В данном деле доверенность, которая была удостоверена нотариусом на продажу жилого помещения, судом была признана недействительной и в следствие этого были применены нормы гражданского законодательства о ничтожности самого договора купли-продажи ввиду не надлежащего субъекта сделки — лица, признанного судом недееспособным. При этом отзыв нотариуса содержал информацию о том, что при оформлении указанной доверенности и проверке личности гражданина не возникло сомнений в дееспособности, так как ответы гражданина на поставленные нотариусом вопросы были адекватными.

Если обратиться к ст. 43 Основам, то можно отметить пробел в законодательстве, который заключается в проверке дееспособности граждан. Как именно проверяется дееспособность, то есть сам механизм проверки, не конкретизировано ни в данном законе, ни в других нормативных актах. Например, в Методических рекомендациях по удостоверению доверенностей в п. 5.8. предусмотрено, что при удостоверении доверенности от имени несовершеннолетнего в возрасте от 14 до 18 лет, который обладает гражданской дееспособностью в полном объеме, для подтверждения этого нотариусу следует истребовать соответствующие документы (свидетельство о браке, решение органа опеки и попечительства либо решение суда об объявлении полностью дееспособным)⁸¹⁹. Но при этом никаких рекомендаций по установлению недееспособности гражданина в данных рекомендациях не предусмотрено.

⁸¹⁶ Черемных Г. Г. Нотариальные действия и основные правила их совершения // Бюллетень нотариальной практики. 2004. № 5.

⁸¹⁷ Ефимов. А. Незаверенному верить // Коммерсант — деньги. 2005. 14 марта.

⁸¹⁸ Решение Собинского городского суда Владимирской области от 22 мая 2012 года № Р_2 – 133/2012. [Электронный ресурс].

⁸¹⁹ Письмо Федеральной нотариальной палаты от 22.07.2016 г. № 2668/03-16-3 «О методических рекомендациях по удостоверению доверенностей»//СПС КонсультантПлюс.

Действующая законодательная база РФ, по мнению О.М. Сычева, не дает нотариусу возможности оценивать дееспособность гражданина посредством применения специальной экспертизы медицинского характера. Он считает, что данное полномочие есть лишь у суда, в соответствии со ст. 283 ГПК РФ. Высказывая данную точку зрения, О.М. Сычев также ссылается на Закон РФ о психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании⁸²⁰ и утверждает, что нотариус не обладает правом даже на подачу в медицинские учреждения запроса о предоставлении необходимых данных, а также правом обращения к специалисту-психиатру с просьбой провести освидетельствование гражданина и выдать соответствующее заключение, так как указанные сведения, по его мнению, являются врачебной тайной.

Однако, если обратиться к ст. 41 Основ, в соответствии с которой нотариус вправе отложить совершение нотариального действия, если ему требуются дополнительные сведения от их клиентов, а также для того, чтобы направить документы на экспертизу, можно подвергнуть критике мнение О.М. Сычева, и сделать вывод о том, что у нотариуса есть неограниченный перечень прав по истребованию необходимых документов, для удостоверения сделки, так как в указанной статье нет конкретизации истребования каких именно документов необходимо и какие документы направляются на какую экспертизу. Следовательно, в силу того, что отсутствует: 1) закрытый перечень необходимых сведений, который нотариус может истребовать, 2) прямое указание на доступные для нотариуса экспертизы, – существует неправильное толкование законодательства.

На сегодняшний момент в РФ не существует единой базы, в которой имеются данные о недееспособных гражданах. К исключению можно отнести ЕГРН, в котором есть графа «Особые пометки», куда, при получении органом государственной регистрации соответствующей информации от суда, вносятся информация, свидетельствующая о признании гражданина недееспособным. И у нотариуса, согласно ст. 14 ФЗ № 218⁸²¹, есть возможность получить в течение 3 рабочих дней данные сведения. Это право также подтверждается п. 32 Регламента совершения нотариусами нотариальных действий, который устанавливает объем информации, необходимой для нотариуса, и способ ее фиксации⁸²².

В заключение хотелось бы сказать, что, в связи с отсутствием действующего нормативно-правового акта, в котором бы содержались все методические рекомендации для нотариусов, первоочередной задачей ближайшего будущего является создание соответствующего акта. Данный документ должен

⁸²⁰ Сычев О. М. Проверка дееспособности граждан в нотариальной практике // Российский юридический журнал. 2007. №3. С. 145.

⁸²¹ Федеральный закон от 13.07.2015 г. № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости» // СПС КонсультантПлюс.

⁸²² Регламент совершения нотариусами нотариальных действий, устанавливающий объем информации, необходимой нотариусу для совершения нотариальных действий, и способ ее фиксации от 01.01.2018 г. // СПС КонсультантПлюс.

разъяснять две стадии, составляющие процедуру проверки нотариусом дееспособности граждан, а также права, обязанности и ответственность нотариусов, при удостоверении сделок с недееспособными гражданами.

Данная мера, на наш взгляд, в современных реалиях является вынужденной, ввиду того что граждане лишенные дееспособности или страдающие психическими заболеваниями, по объективным причинам, являются менее защищенными. Их права и законные интересы других граждан, вовлеченных в гражданский оборот, могут быть подвержены угрозе – нежелательным юридическим последствиям (например, таким как недействительность сделки).

В связи с этим, существует необходимость внесения изменений в ст. 43 Основ, а именно дополнения этой статьи конкретизацией о том, каким образом нотариус должен проверить дееспособность граждан. А также необходимо разработать соответствующие методические рекомендации Нотариальной палатой РФ, руководствуясь которыми нотариус будет в полной мере осуществлять свои полномочия, а также охранять права и законные интересы участников гражданского оборота.

*Н.А. Ворончихин, магистрант
юридического факультета
Хабаровского государственного университета
экономики и права*

Правовой режим самовольных построек религиозного назначения

С вступившими в силу правовыми поправками статьи 222 Гражданского кодекса РФ⁸²³ особую роль законодатель отводит правовому режиму самовольных построек⁸²⁴, относящихся к имуществу религиозного значения, а также предназначенных для обслуживания имущества религиозного назначения и (или) образующих с ним единый монастырский, храмовый или иной культовый комплекс.

В статье 22 Федерального закона от 30.11.1994 г. № 52-ФЗ «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»⁸²⁵ указывается, что данные объекты самовольного строительства не подпадают под дей-

⁸²³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

⁸²⁴ Корнилова Н.В. Правовой режим самовольных построек в российском гражданском праве // Вестник Хабаровского государственного университета экономики и права. 2018. № 4-5. С. 24-32.

⁸²⁵ Федеральный закон от 30.11.1994 г. № 52-ФЗ «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 05.12.1994. № 32. Ст. 3302.

стве п. 4 ст. 222 Гражданского кодекса РФ, следовательно, применение внесудебного (административного) порядка сноса или приведение самовольной постройки в соответствии с действующим законодательством к самовольным постройкам религиозного назначения в порядке исключения – недопустимо.

Причины закрепления исключения из общего правила законодателем в Пояснительной записке «К проекту федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации (в части уточнения положений о самовольных постройках)» не указываются⁸²⁶.

Согласно п. 1 ст. 2 Федерального закона от 30.11.2010 г. № 327-ФЗ «О передаче религиозным организациям имущества религиозного назначения, находящегося в государственной или муниципальной собственности»⁸²⁷ под имуществом религиозного назначения следует понимать недвижимое имущество (помещения, здания, строения, сооружения, включая объекты культурного наследия (памятники истории и культуры) народов Российской Федерации, монастырские, храмовые и (или) иные культовые комплексы), построенное для осуществления и (или) обеспечения таких видов деятельности религиозных организаций, как совершение богослужений, других религиозных обрядов и церемоний, проведение молитвенных и религиозных собраний, обучение религии, профессиональное религиозное образование, монашеская жизнедеятельность, религиозное почитание (паломничество), в том числе здания для временного проживания паломников, а также движимое имущество религиозного назначения (предметы внутреннего убранства культовых зданий и сооружений, предметы, предназначенные для богослужений и иных религиозных целей).

Под религиозной организацией, согласно ст. 8 Федерального закона от 26.09.1997 г. № 125-ФЗ «О свободе совести и религиозных объединениях», понимается объединение граждан Российской Федерации на добровольной основе, проживающих в Российской Федерации постоянно и на законных основаниях, объединившихся с целью вероисповедания и распространения веры в рамках установленных законами Российской Федерации и имеющее регистрацию в качестве юридического лица.

Обратим внимание, что все религиозные организации в порядке ст. 11 Федерального закона от 26.09.1997 г. № 125-ФЗ «О свободе совести и религиозных объединениях»⁸²⁸ должны иметь соответствующую регистрацию, тогда все принадлежащее имущество данной организации будет рассматриваться как имущество религиозного значения.

Возможно ли применение аналогии закона, если органы местного самоуправления считают самовольную постройку религиозным имуществом, но соответствующей регистрации религиозная организация не имеет?

⁸²⁶ URL: <http://asozd.duma.gov.ru> (Дата обращения 27.03.2019).

⁸²⁷ Федеральный закон от 30.11.2010 г. № 327-ФЗ «О передаче религиозным организациям имущества религиозного назначения, находящегося в государственной или муниципальной собственности» // СЗ РФ. 2010. № 49. Ст. 6423.

⁸²⁸ Федеральный закон от 26.09.1997 № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях» // Собрание законодательства РФ. 1997. № 39. Ст. 4465.

Так, в решении Приморского районного суда г. Новороссийска Краснодарского края по делу № 2-960/2017⁸²⁹ суд указал, что если у органов местного самоуправления есть основания предполагать, что самовольная постройка является религиозным имуществом, но при этом отсутствует соответствующая регистрация религиозного объединения и нет иных доказательств, подтверждающих данный факт, то должна применяться аналогия закона (т.е. в отношении данной самовольной постройки действует ст. 22 Федерального закона от 30.11.1994 г. № 52-ФЗ «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

В соответствии с абз. 2 ст. 22 Федерального закона от 30.11.1994 г. № 52-ФЗ «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» самовольная постройка, относящаяся к религиозному имуществу, должна соответствовать требованиям, установленным Правительством РФ.

Требования, предъявляемые к самовольным постройкам религиозного значения, Правительством РФ не установлены. На рассмотрение вынесен Проект Постановления Правительства РФ «О требованиях к самовольным постройкам, относящимся к имуществу религиозного назначения, а также предназначенным для обслуживания имущества религиозного назначения и (или) образующим с ним единый монастырский, храмовый или иной культовый комплекс, в соответствии с которыми допускается использование таких построек религиозными организациями»⁸³⁰ (по состоянию на 12.12.2018 г.) (подготовлен Минстроем России).

Отсутствие указанного Постановления Правительства РФ является правовым пробелом. Правоприменительные органы не могут использовать данную поправку в законе, в связи с отсутствием установленных критериев.

В указанном проекте выделены следующие требования (указанные требования должны быть соблюдены одновременно):

1. Разрешенное использование земельного участка допускает размещение на нем данной постройки;

2. Постройка находится в надлежащем техническом состоянии⁸³¹ в соответствии с ч. 8 статьи 55.24 Градостроительного кодекса Российской Федерации⁸³², а также соответствует ограничениям использования земельных участков и объектов капитального строительства;

⁸²⁹ URL: <https://www.sudact.ru> (Дата обращения 29.03.2019).

⁸³⁰ URL: <http://regulation.gov.ru> (Дата обращения 29.03.2019).

⁸³¹ Согласно ч. 8 ст. 55.24 Градостроительного кодекса РФ под надлежащим техническим состоянием зданий, сооружений понимаются поддержание параметров устойчивости, надежности зданий, сооружений, а также исправность строительных конструкций, систем инженерно-технического обеспечения, сетей инженерно-технического обеспечения, их элементов в соответствии с требованиями технических регламентов, проектной документации.

⁸³² Градостроительный кодекс Российской Федерации» от 29.12.2004 г. № 190-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2005. № 1 (часть 1). Ст. 16.

3. Постройка не создает угрозу жизни и здоровью, а так же не нарушает права и охраняемые законом интересы других лиц.

В случаях соблюдения всех требований за религиозными организациями будет сохраняться право на использование самовольной постройки. Отметим, что по общему правилу, согласно абз. 2 п. 2 ст. 222 Гражданского кодекса РФ использования самовольных построек запрещается.

Еще одной особенностью самовольных построек религиозного назначения является то, что при несоблюдении требований, указанных выше, законодатель оставляет за религиозными организациями право использовать их до 2030 года (абз. 2 ст. 22 Федерального закона от 30.11.1994 г. № 52-ФЗ «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

Что можно понимать под «использованием» самовольных построек?

Официального разъяснения, что следует понимать под запретом на использование самовольной постройки, установленным абз. 2 п. 2 ст. 222 Гражданского кодекса РФ, ни законодательные, ни иные высшие органы государственной власти не дали.

К примеру, под использованием в толковом словаре С.И. Ожегов⁸³³ понимается извлечение выгоды из чего-либо, удовлетворение своих интересов. А.И. Бабкин⁸³⁴ в своих работах отмечает, что законодатель под «использованием» понимает использование незаконно возведенного строения в личных целях.

Таким образом, под использованием, на наш взгляд, следует понимать: проживание в незаконно возведенном строении, использование в качестве места для хранения религиозных ценностей и совершение иных действий, связанных с правомочием собственника по пользованию его недвижимым имуществом.

Исходя из прямого толкования нормы права, законодатель закрепляет право пользования (использования) самовольной постройкой религиозного назначения и прилегающего к ней имущественного комплекса, но при этом ограничивает владельца в распоряжении указанных объектов.

Открытым остается вопрос по праву владения. Право лица по владению вещью подразумевает, что лицо не только имеет возможность условно или материально обладать вещью, но и требовать гарантированности материального обеспечения, при нарушении его прав.

Руководствуясь ст. 222 Гражданского кодекса РФ и ст. 22 Федерального закона от 30.11.1994 г. № 52-ФЗ «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» у религиозной организации не воз-

⁸³³ URL: <http://slovarozhegova.ru> (Дата обращения 10.03.2019).

⁸³⁴ Бабкин А.И. Новеллы в законодательном регулировании правоотношений, связанных с самовольной постройкой // Российский судья. 2018. № 9. С. 5 - 11.

никает права собственности на самовольную постройку религиозного назначения и прилегающего к ней имущественного комплекса в силу отсутствия юридических прав и возможности требовать судебной защиты. Следовательно, право владения у лица не возникает.

Таким образом, предоставляя право использование самовольных построек религиозного назначения и прилегающего к ней имущественного комплекса, в порядке исключения, законодатель не предоставляет лицу права на владение и распоряжение данным имуществом.

Возможен ли снос самовольной постройки религиозного значения в судебном порядке? Прямого запрета на принятие решения о сносе самовольной постройки путем вынесения решения суда законодательства не содержит. Обратиться в суд с требованием снести самовольную постройку может собственник земельного участка или иной титульный владелец, лицо, чьи права нарушены и органы местного самоуправления.

Так, к примеру, Глазовским районным судом Удмуртской Республики было вынесено решение по делу № 2-2/2018⁸³⁵ о сносе самовольной постройки – церкви в честь Святителя Николая Чудотворца по иску Администрации муниципального образования Ярского района. Основанием удовлетворения иска послужило возведение церкви на не предназначенном для этого земельном участке, а также отсутствие необходимых документов для возведения недвижимого объекта.

Таким образом, самовольные постройки религиозного значения, а также предназначенные для обслуживания имущества религиозного назначения и (или) образующие с ним единый монастырский, храмовый или иной культовый комплекс, имеют особый правовой статус:

1. В отношении них не применяется внесудебный (административный) порядок сноса или приведения самовольной постройки в соответствии с законодательством;

2. Законом разрешается использование строений при соблюдении ими требований, установленных Правительством РФ;

3. При несоответствии требованиям установленных Правительством РФ за религиозными организациями закрепляется право использования самовольных построек религиозного значения до 2030 года;

4. Законодатель не закрепляет права на владение и распоряжение самовольной постройкой религиозного назначения и прилегающего к ней имущественного комплекса;

5. Снос или приведение в соответствие незаконно возведенного строения возможно только в судебном порядке.

⁸³⁵ URL: <http://glazovskiigor.udm.sudrf.ru> (Дата обращения 27.03.2019).

А.И. Гарцева, студентка юридического факультета СПбГЭУ

Проблемы правового регулирования трансграничного банкротства

Необходимость правового регулирования процедуры трансграничного банкротства – предмет дискуссий в РФ. Актуальность проблемы обусловлена отсутствием правового регулирования трансграничной несостоятельности в законодательстве РФ и потребностями правоприменителей, которые испытывают сложности при осуществлении правосудия в условиях правового вакуума. В этой связи цель работы: обосновать значимость законодательного регулирования вопросов трансграничного банкротства в масштабах РФ и внести предложения по усовершенствованию законодательства в данной области.

Основной правовой акт РФ, который на настоящий момент регулирует процедуру банкротства – Закон о банкротстве.⁸³⁶ Норма ч. 1 ст. 2 такого содержания определяет банкротства (несостоятельности) – это признанная арбитражным судом неспособность должника в полном объеме удовлетворить требования кредиторов. Вместе с тем, данный документ включает лишь одно упоминание о трансграничном банкротстве – как о том, которое осложнено иностранным элементом. Закономерен вопрос: что мы имеем в законодательстве помимо лаконично сформулированного понятия трансграничной несостоятельности (абз. 7 ч. 3 ст. 29 Закона о банкротстве)? У нас есть принцип равенства иностранных и отечественных кредиторов по делам о несостоятельности (п. 5 ст. 1 Закона о банкротстве) и возможность признания на основе международных договоров и принципа взаимности иностранных судебных решений (не актов) (п. 6 ст. 1 Закона о банкротстве). Чего у нас нет? Всего остального, то есть полного системного правового регулирования трансграничной несостоятельности. Учитывая, что в мире активно развивается законодательство в данной области – подтверждение тому, например, Закон ЮНСИТРАЛ О трансграничной несостоятельности, который появился в 1997 году и с того времени совершенствуется⁸³⁷ – несколько разрозненных норм на момент 2019 года о трансграничном банкротстве в российском законодательстве – это крайне мало. Вместе с тем, не стоит полагать, что в России отсутствовали попытки принять меры для разрешения имеющихся проблем. Таковая была предпринята в 2011 году, когда Минэкономразвития РФ представило Проект ФЗ «О трансграничной несостоятельности». Однако таковой не был внесен в качестве законопроекта в ГД РФ⁸³⁸ по причине необходимости уточнения

⁸³⁶ ФЗ от 26.10.2002 N 127-ФЗ (ред. от 27.12.2018) «О несостоятельности (банкротстве)» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2019) // «Собрание законодательства РФ», 28.10.2002, N 43, ст. 4190.

⁸³⁷ ЮНСИТРАЛ. Типовой закон о трансграничной несостоятельности. [Электронный ресурс]. URL: <https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/insolven/insolvency-r.pdf> (дата последнего обращения: 21.01.2019 г.).

⁸³⁸ Проект Федерального закона «О трансграничной несостоятельности (банкротстве)» ((подготовлен Минэкономразвития России) (не внесен в ГД ФС РФ, текст по состоянию на

его «экономической целесообразности и правовых последствий регулирования...»⁸³⁹ и с тех пор не совершенствовался. Новых проектов также не появлялось.

Пути совершенствования законов РФ в области правового регулирования трансграничного банкротства

Введение нормативного регулирования процедуры трансграничного банкротства сопряжено с выбором пути развития законодательства в данной области. В рамках ПМЮФ 2017 спикерам и слушателям была предоставлена возможность определить для себя наиболее приемлемый вариант. Наибольшее количество голосов набрали следующие: а) инкорпорировать в национальный правовой акт нормы Закона ЮНСИТРАЛ (39 % голосов); б) разработать региональный международный договор (21 %); с) предпочесть путь международно-договорного сотрудничества (18 %). Наиболее предпочтительным нам представляется первый вариант, поскольку он нацелен на большее количество стран: в идеале все государства – в том числе РФ – примут законы о несостоятельности, включив в таковые частично нормы Закона ЮНСИТРАЛ. Второму мы не отдаем предпочтение, поскольку выбор данного пути может привести к отсутствию единого понимания в мире того, какой должна быть процедура трансграничного банкротства. Третий же считаем несостоятельным по причине сложности его реализации в условиях существования транснациональных компаний (далее – ТНК), которые имеют производственные подразделения на территориях разных стран. В случае производства, в рамках которого одной из сторон является ТНК, у судов может возникнуть вопрос: положения какого международного договора применять, если государство, в котором находится головной офис ТНК, вправе заключить договор с другими государствами, где располагаются подразделения ТНК.⁸⁴⁰

Модель решения имеющихся процессуальных проблем

В литературе предлагается разделять проблемы трансграничной несостоятельности на локальные (связанные с правоприменением и прочие) и глобальные (множественность производств). Такой подход логичен, однако мы выделим процессуальные проблемы и материальные. В рамках данной статьи обратимся к некоторым проблемам процессуального характера.

04.04.2011). [Электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=PRJ&n=168728#06058706461386074> (дата последнего обращения: 20. 03. 2019 г.).

⁸³⁹ «Экспертное заключение по проектам федеральных законов «О трансграничной несостоятельности (банкротстве)» и «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием федерального закона «О трансграничной несостоятельности (банкротстве)» (принято на заседании Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 04.04.2011 (протокол N 92)). В данном виде документ опубликован не был. [Электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=PRJ&n=155271#023936952495335384> (дата последнего обращения: 20. 03. 2019 г.).

⁸⁴⁰ Петербургский Международный Юридический Форум. Международный форум по банкротству. Трансграничное банкротство. [Электронный ресурс]. URL: https://spblegalforum.ru/2017_International_Insolvency_Forum (дата последнего обращения: 25.03.2019 г.).

1) Территориальная подсудность: в РФ таковая определяется на основании норм ст. 35, 36 АПК РФ.⁸⁴¹ Считаем представленный в них подход не вполне верным. Таковой предполагает в качестве места подачи иска место регистрации должника или место расположения его имущества. Мы же считаем, что местом подачи иска в первую очередь должен быть центр основных интересов должника (государство, с которым должник имеет более тесную связь, нежели регистрация). Во вторую очередь целесообразно подать иск по месту расположения активов. Преимущества первого варианта: во-первых, таковой позволяет подать иск в том субъекте государства, с которым должник имеет не формальную, а действительную связь: в частности, налаженные контакты с кредиторами. Во-вторых, данный вариант нацелен на защиту интересов кредиторов, избавляя их от необходимости тратить временные и иные ресурсы на то, чтобы подать иск не в том месте, где осуществлялась сделка с должником, а там, где должник зарегистрирован (учитывая, что данные локации зачастую не совпадают, очевидно, что имеющий место порядок дел ставит кредиторов в неудобное положение, заставляя их регулярно перемещаться из пункта А в пункт Б, чтобы участвовать в процессе). Преимущество неосновного производства состоит в том, что таковое обеспечивает возможность подать иск в том государстве, куда были переведены активы должника. Закономерен вопрос: каким образом поступать, если активы переведены в несколько государств, а не в одно? Считаем, разумно возбудить производство в том государстве, где активы были найдены в первую очередь – в отношении иных государств суду того, где располагаются активы, необходимо вынести судебные акты о назначении конкурсных управляющих, которые будут заниматься реализацией имущества в конкретных государствах. Обозначенная модель деления судебных разбирательств, которая кажется нам логичной, представлена в Законе ЮНСИТРАЛ. Для ее реализации производство по делам о трансграничном банкротстве делится на основное и неосновное. Основное – осуществляемое по месту центра основных интересов должника, о котором известно третьим лицам. Неосновное – по месту расположения части имущества должника. Интересно, что нормы Закона ЮНСИТРАЛ допускают не только единичные производства (либо основное, либо неосновное), но и параллельные. В этой связи разумно на законодательном уровне установить алгоритм подачи судебных исков и обратить внимание на необходимость сотрудничества судов. Первоначально резонно подать иск по месту центра интересов должника, поскольку обычно в первую очередь истцу известно место, где должник преимущественно осуществлял деятельность. Далее необходимо подать иск по месту нахождения активов должника, если таковое не совпадает с местом центра интересов. Презюмируется, что расположение активов устанавливается в процессе расследования. Однако, если истцу известно это до подачи иска разумно сначала подать иск по месту нахождения активов, чтобы ускорить судебный процесс.

⁸⁴¹ «Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации» от 24.07.2002 N 95-ФЗ (ред. от 25.12.2018) // «Парламентская газета», N 140-141, 27.07.2002.

2) Второй вопрос, который логично проанализировать – допустимость множественности производств. С одной стороны, множественность (параллельность) производств может быть объективно необходима (когда в процессе расследования выясняется, что активы должника выведены в другое государство). Вместе с тем, в судебной практике есть яркий пример того, насколько может быть опасным ведение параллельных производств. Речь идет о банкротстве группы компаний KPNQuest N.V.⁸⁴² В собственности корпорации находились кабели, опоясывающие территорию нескольких европейских государств. Каждая часть кабеля принадлежала отдельной национальной дочерней фирме (немецкая часть кабеля – немецкой, французская – французской и т. д.). Исходя из этого, было возбуждено несколько дел о банкротстве. Это привело к тому, что кабель, который представлял из себя единый имущественный комплекс, реализовывался по отдельности.⁸⁴³ Разделение активов повлекло снижению стоимости при их продаже (продажа была необходима для того, чтобы впоследствии удовлетворить требования кредиторов). В итоге проиграли все: и признанный банкротом должник, и получивший суммарно невысокое удовлетворение кредитор, и государства, которые были заинтересованы в том, чтобы экономические акторы (субъекты) могли восстановить свою платежеспособность.⁸⁴⁴ Если бы заявленное дело рассматривалось в рамках одного производства, было бы больше шансов сохранить имущественный комплекс. Вместе с тем, ошибочно полагать, что данное дело подтверждает недопустимость множественность производств. Таковая может иметь место, однако в том случае, когда она объективно необходима. В случае KPNQuest N.V. разумно было либо возбудить одно производство по месту расположения головной компании и воспринимать кабель как единый имущественный комплекс, либо параллельные при условии сотрудничества судов и, опять же, понимания кабеля как единого комплекса.

3) Необходимость извещения кредиторов по делу о несостоятельности.

В настоящее время у судов возникает вопрос: необходимо ли извещать кредиторов о несостоятельности должника? Российский законодатель считает, что кредитор должен быть сам заинтересован в том, чтобы отслеживать уровень платежеспособности должников (норма ст. 28 Закона О банкротстве). Для

⁸⁴² Global Telesystems, Inc. v. KPNQWEST, NV, 151 F. Supp. 2d 478 (S.D.N.Y. 2001). U.S. District Court for the Southern District of New York - 151 F. Supp. 2d 478 (S.D.N.Y. 2001) July 13, 2001. [Электронный ресурс]. URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/151/478/2491758/> (дата последнего обращения: 26.03.2019 г.).

⁸⁴³ Гайфуллина И.Р. Проблемы российского законодательства в сфере трансграничной несостоятельности// Вестник Российского экономического университета им. Г.В. Плеханова. Вступление. Путь в науку. 2017. №1 (17). С. 153

⁸⁴⁴ Global Telesystems, Inc. v. KPNQWEST, NV, 151 F. Supp. 2d 478 (S.D.N.Y. 2001). U.S. District Court for the Southern District of New York - 151 F. Supp. 2d 478 (S.D.N.Y. 2001) July 13, 2001. [Электронный ресурс]. URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/151/478/2491758/> (дата последнего обращения: 26.03.2019 г.).

этого определены ресурсы, на которых кредитор может получить интересующую его информацию. Вместе с тем, постоянный мониторинг требует больших временных затрат от кредиторов даже в рамках РФ. Очевидно, что на международном уровне таковые преумножаются. Кроме того, существуют страны интернет-цензуры, в которых возможны трудности с доступом к информации. В этой связи разумно в каждом государстве – в том числе в РФ – для дел о трансграничной несостоятельности установить обязательный порядок извещения кредиторов. Такое правило уже закреплено в норме ст. 14 Закона ЮНСИТРАЛ. Более того, оно было инкорпорировано в Акт о несостоятельности 2003 года Британских Виргинских.⁸⁴⁵ Основное его преимущество состоит в том, что в определенной степени кредитору гарантируется получение информации о возбуждении процедуры банкротства в отношении его должника. Кроме того, облегчается деятельность судов в силу избавления их от необходимости анализировать целесообразность извещения кредитора.

4) Порядок назначения арбитражные управляющих. Далеко не в каждом государстве имеются разновидности арбитражных управляющих. Так, если в РФ выделяют временного, административного, внешнего, конкурсного, финансового (норма ст. 129 Закона о банкротстве РФ), то в Законе ЮНСИТРАЛ термин «управляющий в деле о несостоятельности» является общим. Полагаем, в делах о трансграничном банкротстве все же целесообразно различать арбитражных управляющих. Назначение их разумно осуществлять в зависимости от выполняемых ими функций и стадии процесса, на которой они задействованы. Например, поскольку конкурсный управляющий (норма ст. 129 Закона О банкротстве) осуществляет деятельность по удовлетворению требований кредиторов, таковой может быть назначен как в рамках основного, так и не основного производства в зависимости от того, где располагаются активы должника, за счет реализации которых выплачиваются долги. Такое предложение обусловлено желанием избежать дополнительных процедур по признанию решений иностранных судов, обмена документами и прочим.

4) Решение иностранных судов – признание таковых в настоящее время сопряжено с двумя проблемами: первая – сложности порядка признания; вторая – неопределенность категории «решение суда» при разрешении дел о трансграничном банкротстве. Сложность порядка признания решений обусловлена тем, что они в основном признаются на условиях взаимности (норма абз. 2 п. 6 ст. 1 Закона О банкротстве): иначе – на основании презумпции взаимности (норма ст. 1189 ГК РФ),⁸⁴⁶ которая была сильно искажена на практике. Если раньше необходимо было доказать отсутствие взаимности, то

⁸⁴⁵ INSOLVENCY ACT, 2003, VIRGIN ISLANDS. [Электронный ресурс]. URL: https://www.conyersdill.com/consolidatedact-files/BVI_Insolvency_Act_2003_Conyers.pdf (дата последнего обращения: 30.03.2019 г.).

⁸⁴⁶ «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2019) // «Собрание законодательства РФ», 05.12.1994, N 32, ст. 3301.

теперь – ее наличие: так принцип позитивной взаимности (презумпции взаимности) превратился в принцип конвенциональной экзекватуры. Теперь российские суды требуют доказательств исполнения или возможности исполнения на территории иностранного государства решений российских судов по аналогичным делам. До предоставления доказательств они отказываются признавать решения иностранных судов. Вполне закономерен вопрос: корректно ли применением принципа конвенциональной экзекватуры? Его реализация обусловлена желанием защитить интересы российских должников, РФ. Вместе с тем, такая расстановка приоритетов ставит под сомнение справедливость правосудия (норма ст. 123 Конституции РФ),⁸⁴⁷ в рамках которого теперь рассматриваются не само дело, а то, как аналогичное решение российского суда было воспринято иностранным. Поэтому наиболее верно вернуться к презумпции взаимности.

Дискуссионным является не только вопрос о том, что есть взаимность в решениях судов. В законе ЮНСИТРАЛ под таковым понимается как решение по существу, так и иные итоги заседания – российские суды считают иначе. Так, в деле, где на одной стороне выступал российский должник, а на другой – немецкие кредиторы, российский суд признал решение немецкого только в части факта банкротства. Конкурсный управляющий же был отклонен. Мотивировано это было тем, что назначение конкурсного управляющего не является решением по существу – это иной итог судебного разбирательства (судебный акт), который российский суд признавать не обязан.⁸⁴⁸ Нам не кажется убедительной ни позиция ЮНСИТРАЛ, ни понимание российскими судами термина «решение». Считаем, что деление решений на вынесенное по существу и судебный акт действительно целесообразно, поскольку возможны случаи, когда имеется объективная необходимость отказать в признании судебного акта (пример ниже). Вместе с тем, мотивировать отказ необходимо не так, как это делают российские суды в настоящее время. Например, если иностранный суд выносит решение по существу о признании должника банкротом и судебный акт о назначении конкурсного управляющего страны судопроизводства, резонно признать и решение, и акт в том случае, если активы должника находятся в государстве, где такие решения вынесены. Если же активы расположены в ином государстве, разумно в признании решения отказать, поскольку конкурсного управляющего логично назначить по месту расположения активов должника, чтобы избежать дополнительных процедур признания решений, обмена документами и прочего.

Таким образом, отсутствие специального правового акта о трансграничной несостоятельности, значительно усложняет эту процедуру. Совершенствование российского законодательства в части решения процессуальных и

⁸⁴⁷ «Конституция РФ» (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 N 6-ФКЗ, от 30.12.2008 N 7-ФКЗ, от 05.02.2014 N 2-ФКЗ, от 21.07.2014 N 11-ФКЗ) // «Собрание законодательства РФ», 04.08.2014, N 31, ст. 4398.

⁸⁴⁸ Определение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 28 мая 2008 г. по делу № А56-22667/2007. [Электронный ресурс]. URL: <http://www.iurisprudentia.ru/files/3opred.pdf> (дата последнего обращения: 12. 03. 19).

материальных проблем трансграничного банкротства мы предлагаем делать с учетом норм Закона ЮНСИТРАЛ. Для решения вопроса о территориальной подсудности дела считаем необходимым ввести понятие основного и неосновного производства. Множественность производств допустима в случае ее объективной необходимости. Вопрос о необходимости извещения кредиторов о несостоятельности должника считаем необходимым решить посредством закрепления правила об обязательности такого извещения для кредиторов любых государств. Назначение арбитражных управляющих должно быть сопряжено с функциями, которые такие управляющие осуществляют. Признание решений иностранных судов должно осуществляться с учетом принципа позитивной взаимности, а не конвенциональной экзекватуры.

*Д.М. Гасанова, студентка
Финансового университета при Правительстве РФ*

Защита личных неимущественных прав несовершеннолетних детей

Проблема защиты личных неимущественных прав несовершеннолетних всегда была актуальной. Как всем известно, права и свободы принадлежат ребёнку от рождения. Они гарантируются государством согласно Конституции Российской Федерации, общепризнанными принципами и нормами международного права, международными договорами Российской Федерации.

Преодоление личных неимущественных прав напрямую зависит от позиции законодателя и уровня общественных отношений, а также мер, принимаемых для правоприменительной практики.

Защита личных неимущественных прав несовершеннолетних связано с тем, что многие дети и подростки, которые считают, что знают все свои права, далеко не всегда располагают сведениями об этих правах в полном объёме. Кроме того, во многих случаях, они имеют смутное представление о защите этих прав. В основном вопрос о защите своих прав они перекладывают на взрослых, чаще всего – на родителей. Но и родители не всегда знают, как именно надо защищать интересы своего ребёнка в каждом конкретном случае, и при этом не выходить за пределы правового поля. Зачастую родители идут к классному руководителю или директору учебного заведения, если права их ребёнка были нарушены в учебном заведении или учащимися учебного заведения.

В другом случае, они идут к родителям или лицам, их заменяющим того ребёнка, что обидел их чадо. И круг замыкается, так как и родители, и учителя ограничены в своих знаниях законов, и поэтому они обходятся замечаниями и профилактическими беседами с ребёнком, нарушившим права другого ребёнка.

Иное положение дел складывается, если нарушены личные неимущественные права ребёнка взрослым, совершеннолетним человеком. Если этот человек облечён властными полномочиями, то бывает очень сложно привлечь его к какому-либо рода ответственности, пусть даже дисциплинарной, так как он использует своё служебное положение для того, чтобы прикрыть своё противоправное поведение и даже может оказывать давление на свидетелей и участников его противоправных действий. Воздействовать на таких людей возможно только, придавая широкой огласке их неблагоприятные поступки и получая поддержку общественности в противостоянии с такими деятелями. После чего их можно будет привлечь к юридической ответственности через суд.

Несовершеннолетний ребёнок достаточно раним на любые оскорбления в его адрес или в адрес близких к нему людей. Он воспринимает это очень остро. И здесь, как никогда, необходима помощь взрослых (родителей, опекунов, попечителей, социальных работников, учителей) в деле защиты чести и достоинства несовершеннолетнего и других его личных неимущественных прав. Особенно это важно, учитывая тот факт, что ребёнок является юридически полноправным субъектом, который имеет широкий набор как личных неимущественных, так и личных имущественных прав.

Мы не должны забывать, что среди подростков немало лиц, подверженных суицидальным наклонностям при малейших неудачах в личной жизни, в учебной деятельности и в других сферах его жизни. И поэтому эффективная защита его прав может существенно снизить его суицидальные наклонности, повысить самооценку и быть благодарным тем взрослым людям, которые помогут ему защитить его права.

В ряде случаев защита несовершеннолетнего необходима от самых близких ему людей – от его родителей и других членов его семьи, если они злоупотребляют своими родительскими правами, либо не выполняют их вообще. В этой ситуации необходимо вмешательство социальных служб, органов опеки и попечительства. Сам же несовершеннолетний может обращаться в суд только после достижения им четырнадцатилетнего возраста за защитой своих личных неимущественных прав в случае, если родители не выполняют свои обязанности по воспитанию ребёнка или злоупотребляют своими родительскими правами (что ещё и требует доказательств, которые очень трудно бывает собрать, так как семейная жизнь скрыта за дверями и далеко не всегда можно быстро обнаружить злоупотребления родителей своими правами, и своевременно принять меры к исправлению сложившегося положения дел).

Немало перекосов встречается и в практической деятельности правоохранительных органов, социальной службы, органов опеки и попечительства в деле защиты как имущественных, так и личных неимущественных несовершеннолетних. Бывают случаи, когда эти органы месяцами, а то и годами, не замечают или не хотят замечать нарушения прав ребёнка со стороны родителей, а в других случаях, не разобравшись в деле, скоропалительно лишают родительских прав, выполняющих свои родительские обязанности.

Вспомним такую ситуацию, когда мать вышла ненадолго в магазин за едой для детей. Дети, оставшиеся одни, расплакались. Соседи сразу же вызвали полицию и социальную службу, которая забрала у матери детей. Только с большим трудом их удалось отвоевать обратно. Это говорит о том, что как органы социальной службы, полностью не разобравшись в деле, забрали у матери ребёнка? Были ли основания для того решения? Какие доказательства были ими предоставлены? Поэтому их действия можно считать не правомерными.

Можно привести ещё один пример. В 90 - начала 2000 были заказные случаи лишения родителей родительских прав, чтобы не безвозмездно передать детей в семьи богатых «новых русских» для иностранцев.

Также не стоит забывать и о таком вопиющем случае. Она была представлена широкой огласке в Средствах массовой информации. Пятилетняя девочка была заперта в квартире, забитой мусором. Соседи по этажу слышали детский плач, пытались узнать, что происходит, но дверь в квартиру никто не открывал. К квартире также приходил участковый, но его также никто не впустил. Вчера плач усилился, соседи вызвали МЧС. Спасатели вскрыли дверь и обнаружили, что вся квартира завалена мусором. Еды и воды в квартире не было. Среди мусора была найдена пятилетняя девочка. Она не разговаривает, у нее гнойный отит, в шею врос провод. Ребенка госпитализировали. Мать девочки позже задержала полиция.⁸⁴⁹

Появление личных неимущественных прав у человека связано с его правоспособностью (то есть возникает в момент его рождения) и включает разнообразный спектр прав несовершеннолетнего, закреплённых как в Конституции Российской Федерации, так и в семейном и гражданском кодексах Российской Федерации, а также и в других законах и подзаконных актах. Эти права призваны защищать ребёнка, обеспечивают его социальную защиту в обществе. Чаще всего именно родители выступают в роли защитников личных неимущественных прав ребёнка. Роль родителей в деле защиты личных неимущественных прав детей прекращается в момент достижения детьми возраста полной дееспособности, эмансипации или вступления несовершеннолетнего в брак.

К личным неимущественным правам несовершеннолетнего относятся не только право на защиту, право на имя, отчество и фамилию (которые он может изменить, став частично дееспособным с четырнадцати лет), право на выражение своего мнения, право на жизнь и воспитание в семье, право на общение с родителями и другими родственниками, но и защиту прав ребёнка от произвольного или незаконного вмешательства в осуществление его права на личную жизнь или посягательства на честь и достоинство; всех форм психического и физического насилия, оскорбления или злоупотребления, отсутствия заботы

⁸⁴⁹ В Москве найдена 5-летняя девочка, которую заперли одну в квартире с мусором// URL: <https://novostimira24.ru/v-moskve-naidena-5-letniaia-devochka-kotoryu-zaperli-odny-v-kvartire-s-mysorom/> (дата обращения: 23.03.2019).

или небрежного обращения, грубого обращения или эксплуатации; незаконного потребления наркотических средств и психотропных веществ; бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения или наказания.

Личные неимущественные права несовершеннолетних распространяются на защиту их авторских прав, на исполнение, на нематериальные блага (жизнь, здоровье, достоинство личности, личная неприкосновенность, честь и доброе имя, личная и семейная тайна).

Право несовершеннолетнего ребёнка реализовано в ст. 56 СК РФ и может быть осуществлено путём обращения в суд по достижении несовершеннолетним возраста 14 лет. Право несовершеннолетнего на защиту своих личных неимущественных прав – это самостоятельное право, конечно, оно тоже может быть нарушено. Также право несовершеннолетнего возможно реализовать с помощью принуждения обязанных лиц к совершению действий, которые направлены на осуществление права несовершеннолетнего на защиту. Например, лишение родительских прав – это необходимая мера правовой ответственности, один из особо действенных, необходимых способов принудительной защиты личных неимущественных прав несовершеннолетних, так как в данном случае происходит принудительная реализация прав несовершеннолетних – право жить и воспитываться в семье.

Рассмотрим другой случай. Восстановление в родительских правах – это необходимая мера защиты не только родительских прав, но и одновременно права несовершеннолетних воспитываться в семье, права на общение с родителями.

Защита прав несовершеннолетних может также осуществляться организациями, уполномоченные по правам ребёнка.

Также не стоит забывать о том, что помимо применения различных семейно-правовых санкций при нарушении прав ребенка возможно использование гражданско-правовых способов защиты их прав, основанных на нормах Гражданского кодекса РФ, в частности возмещение вреда, причиненного ребенку вследствие неправомерных действий членов семьи и иных лиц.

Способы защиты прав ребенка, предусмотренных Гражданском кодексе РФ, и установленные в Семейном кодексе РФ не совпадают. В ст. 12 ГК РФ указан исчерпывающий перечень гражданско-правовых способов защиты субъективных гражданских прав, а в семейном – нет. В отдельных нормах Гражданского кодекса РФ предусмотрены также специальные способы защиты. В семейном законодательстве нет деления на общие и специальные способы защиты нарушенных прав. Однако в Семейном кодексе РФ для каждого конкретного случая нарушения семейных прав предусмотрен тот способ защиты, который является наиболее целесообразным.

С. А. Елисеева, студент магистратуры СПбГЭУ

Модернизация налогового администрирования в современных экономических условиях

«Искусство сбора налогов состоит в том, чтобы выщипать с гуся наибольшее число перьев при его минимальном шипении»⁸⁵⁰. Сформулированный Жан-Батистом Кольбером, государственным деятелем середины 17 века, Министром финансов Франции при Людовике XIV, принцип функционирования механизма налоговой системы актуален и на сегодняшний день, однако значительные изменения претерпело администрирование налогов, выразившееся в его цифровизации. Пошлинники и тиуны больше не обходят население с целью «выщипывания гуся», теперь население само с себя «выщипывает перья», оплачивая налоги в режиме он-лайн через интернет-сервисы и посредством мобильных приложений для смартфонов, не выходя из дома. Предоставлением автоматизированных удобств такого рода сборщик налогов минимизирует «шипение» и повышает уровень уплаты налогов, то есть реализует призвание администрирования. Нюанс состоит лишь в набирающем обороты процессе коммерциализации налогового администрирования, который развивается и функционирует за счет бюджетных средств. Получается, что с одной стороны, цифровизация налогообложения снижает финансовые издержки на администрирование, с другой стороны, коммерциализация последнего повышает издержки. В такой ситуации затраты из бюджетных средств на функционирование процесса администрирования под коммерческим началом могут превалировать над суммарным объемом собранных налоговых платежей, ведь согласно заключаемому концессионному соглашению с коммерческим лицом, последнее получает фиксированное вознаграждение за проведение администрирования независимо от суммы собранных налогов, что снижает его заинтересованность в сборе.

В коммерциализации фискального администрирования есть и положительные моменты. Делегирование фискальных полномочий коммерческим лицам не способствует процветанию бюрократии, так как такие субъекты налоговых правоотношений получают прибыль за деятельность по администрированию. Напротив, путь разрастания аппарата государственных служащих, обусловленный постоянным прогрессивным развитием системы налогообложения, для осуществления полномочий администрирования неизбежно повлечет за собой коррупционную составляющую. Активно развивающаяся цифровизация, с одной стороны, выступает в роли противника бюрократии, компьютерные программы и системы строго регламентируют процесс налогообложения, сводя к минимуму человеческий фактор. С другой стороны, их несовершенство в конечном итоге сводится к канцелярщине. То есть, не существует единой электронной цифровой подписи

⁸⁵⁰ Векшин Н. Ларец афоризмов. Пущино: Фотон век, 2015. С. 4.

(ЭЦП), основного ключа ко всем действиям в онлайн-сервисах, для каждой операции необходима своя цифровая подпись, оформление которой происходит при личном посещении соответствующей организации, является платным, имеет ограниченный срок действия, а ее изготовление занимает относительно продолжительный временной период. Получается, что на сегодняшний день, например, подать декларацию 3-НДФЛ удобнее не через электронную платформу, а посредством личного приема в налоговой инспекции. Между прочим, цифровая система контроля НДС породила новые механизмы злоупотребления правом, в частности, возможность корректировки декларации по НДС «умелые» налогоплательщики превратили в мошенническую схему по снижению налоговых обязательств – «массовый подписант». Вместе с тем присутствует и положительный эффект, цифровизация контроля по НДС, выразившейся в автоматизированном выявлении и адресном контроле расхождений в цепочке формирования добавленной стоимости, что повлияло на рост поступлений налога в бюджет.

Вот и проходит здесь тонкая грань, обозначенная социологом и историком экономической мысли 20 столетия Шумпетером: «Он (Кольбер) был честным, толковым и энергичным администратором, знающим, как занять деньги, утихомирить кредиторов, усовершенствовать способы управления и учета, поощрять промышленность, строить дворцы и порты, развивать флот и т.д. При этом он потерпел неудачу, осуществляя далеко идущие планы; эта история наглядно показывает, что расточительность, связанная с государственным планированием, может намного превзойти все потери, которые можно поставить в вину частному предпринимательству»⁸⁵¹, а, как известно, исторические вехи повторяются.

Интересно провести анализ модернизации налогового администрирования, подвергнувшегося коммерциализации, на примере рассмотрения системы «Платон», созданной для обеспечения порядка взимания платы с автомобильного транспорта на основании Постановления Правительства Российской Федерации от 14 июня 2013 г. №504 «О взимании платы в счет возмещения вреда, причиняемого автомобильным дорогам общего пользования федерального значения транспортными средствами, имеющими разрешенную максимальную массу свыше 12 тонн» во исполнение статьи 31.1 Федерального закона от 08.11.2007 г. №257-ФЗ «Об автомобильных дорогах и о дорожной деятельности в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» и статей 12.21.3, 23.36 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Оператором государственной системы взимания платы «Платон» является Общество с ограниченной ответственностью «РТ-Инвест Транспортные системы», коммерческий сборщик налога. Внесение платы в систему «Платон» производится безналичным банковским переводом на расчетный счет

⁸⁵¹ Шумпетер Й. История экономического анализа Т.2 / пер. с англ. под ред. В.С. Автомова. Спб.: Экономическая школа, 2004.

оператора, банковской или топливной картой в личном кабинете пользователя на сайте, в мобильном приложении, в специальных терминалах и в центрах обслуживания пользователей, наличными денежными средствами в ряде партнерских банков и организаций, через интернет-банкинг и другие платежные сервисы авансовым платежом без учета НДС. Собранные таким образом налоги поступают в Федеральный бюджет Российской Федерации и вкладываются в мероприятия по ремонту автомобильных дорог. Стоит заметить, что денежные средства, собирающиеся с транспортного налога, поступали в казну субъектов Федерации на их нужды, теперь, с целью предотвращения двойного налогообложения большегрузов, транспортный налог корректируется на сумму платежей, внесенных в систему «Платон».

Принцип работы системы «Платон» заключается в отслеживании проделанного большегрузами, выезжающими на федеральные трассы, километража при помощи спутниковой системы через установленные на такие автомобили бортовые устройства. Для выявления автомобилей без устройства и дополнительного контроля на трассах установлены рамки, фиксирующие большегруз-правонарушителя с немедленной отправкой его данных в единую базу данных. Возможность проехать без бортового устройства и не получить штраф, предусмотренный КоАП РФ, есть – необходимо заранее проложить в личном кабинете или терминале маршрут автотранспортного средства и оплатить его. Также контроль осуществляется непосредственно сотрудниками ООО «РТ-Инвест Транспортные системы», «патрулирующими» трассы на специальных автомобилях.

Здраво оценив реалии, можно сказать, что с момента введения в эксплуатацию 15 ноября 2015 года системы «Платон» выявились недостатки при ее использовании. На деле можно наблюдать периодические сбои в работе «Платон», выражающиеся в зависании системы, при котором невозможно получить разрешение на проезд, а другой способ его получения не предусмотрен. Бортовое устройство действительно только 3 года с даты его выпуска, и зачастую пользователям выдают устройство с близким кистекающему сроком, что влечет за собой необходимость его замены буквально через год. Логично, что уже использованные устройства выдаются в не самом лучшем качестве, однако от этого их залоговая стоимость не меняется и составляет 6822,98рублей, которые пользователь уплачивает при сдаче устройства или с повреждениями, или с утратой на него паспорта. При этом затрачивается много времени, так как на Санкт-Петербург и Ленинградскую область предусмотрены всего 2 офиса, плохо обустроенных и неудобно расположенных, с 4-6 операторами. Интересно, что спутниковая система не всегда корректно отображает данные, которые можно проверить в личном кабинете, связь может охватывать не все участки трассы.

Интересно, что листовки, продвигающие коммерциализированные онлайн-сервисы, в частности, услуги СБИС, системы АСК НДС-2, можно найти в налоговых службах, МФЦ.

В Германии, опыт коммерциализации администрирования транспортного налога которой был заимствован Российской Федерацией, оператором

спутниковой системы взимания дорожных сборов в Германии с 2005 года является компания «TollCollect», в отличие от ее последователя в Российской Федерации, строго подконтрольная и реально несущая ответственность за качество оказываемых услуг перед Федеральным ведомством грузовых перевозок, которое следит за неразглашением данных пользователей. Налог устанавливается на грузовые автомобили массой свыше 7,5 тонн, оплата производится аналогичными способами, но вдобавок можно производить пополнение лицевого счета через бортовое устройство. Следует отметить тенденцию перехода многих европейских государств на взимание налога не по массе транспортного средства, а по вреду, который транспортное средство наносит экологии.

В заключение стоит отметить, что проблема фискального администрирования налога «Платон» в настоящий момент стоит на пути коренной модификации. Министерство финансов Российской Федерации своим законопроектом планирует включить в Налоговый кодекс РФ 5 квазиналоговых платежей, в числе которых «Платон». В случае принятия поправок в Налоговый кодекс РФ целевое назначение рассматриваемого налога измениться не должно, однако льготный тариф (1,91 рубль за 1 километр пути) будет отменен, и по прогнозам размер налога составит 3,73 рубля за 1 километр пути с последующим ежегодным индексированием, а также, в случае уклонения от уплаты налога, на нарушителя будет возлагаться уголовная ответственность вместо административной. Открытыми остаются вопросы о целесообразности таких нововведений, требующих дополнительные законодательные изменения, и о порядке работы механизма, который не будет вписываться в конструкцию фискального обязательственного правоотношения⁸⁵², одной из сторон которого должно выступать государство, а не коммерческий субъект.

А.Э. Зобян, студент магистратуры СПбГЭУ

Уголовная ответственность за преступления, связанные с преднамеренным банкротством

Банкротство предприятия является процедурой, которая предусмотрена законом, основная её цель - помощь должнику в расчёте с всеми кредиторами и прекращении деятельности без долгов.

Банкротство является признанной арбитражным судом неспособностью должника удовлетворить в полном объёме совокупность требований со стороны кредиторов касательно денежных обязательств, выплат выходных пособий либо оплаты труда лиц, которые работают или работали в соответствии с трудовым договором. Вместе с тем, ряд руководителей компаний прибегают

⁸⁵² Васянина Е. Л. Классификация обязательств в финансовом праве. Финансовое право. 2018. № 2. С. 9-12.

к процедуре банкротства в других целях, которые, главным образом, ориентированы на то, чтобы избавиться от накопившихся долгов. В законодательстве РФ данные действия относятся к противозаконным.

Составы преступлений, которые связаны с банкротством, отражены в статьях 196, 197 УК РФ, и к ним следует отнести преднамеренное, а также фиктивное банкротство⁸⁵³.

О преднамеренном банкротстве говорят тогда, когда имеет место совершение учредителем юридического лица, руководителем или индивидуальным предпринимателем совокупности действий (или бездействий), которые заведомо влекут его неспособность удовлетворить в полном объеме требования, предъявляемые кредиторами в отношении денежных обязательств либо исполнить обязанность уплатить обязательные платежи. «Целью преднамеренного банкротства является стремление уклониться от уплаты долгов, в свою очередь, причинение вреда кредиторам (материального характера) либо налоговым органам является уже следствием»⁸⁵⁴. Лицо, которое совершает преднамеренное банкротство, прибегает к использованию комплекса мер: собственные внешние денежные обязательства наращивает, в то время, как свое имущество сокращает. Данная разность имущества и обязательств характеризуется денежным выражением, и банкрот стремится к наступлению этих последствий.

В ходе расследования случаев преднамеренного банкротства перед органами в правоохранительной системе нередко возникают проблемы, касающиеся оценивания исполнения приказа или распоряжения. Уголовная ответственность за эти деяния наступает у руководителя в тех случаях, когда данные действия (либо бездействия) повлекли за собой крупный ущерб.

К основным признакам преднамеренного банкротства следует отнести:

- продажу активов компании;
- выведение денежных средств в офшоры;
- создание новых компаний, на которые производится перевод активов;
- уничтожение либо искажение бухгалтерской отчетности.

В законодательстве Российской Федерации предусматривается уголовная ответственность за преднамеренное банкротство, что находит своё отражение в статье 196 УК РФ. В соответствии с данной статьёй, преднамеренное банкротство, которое понимается как совершение со стороны руководителя или учредителя (участника) юридического лица либо гражданина, включая индивидуальных предпринимателей, действий либо бездействия, инициировавших заведомую неспособность удовлетворить требования кредиторов либо исполнить обязательства касательно уплаты обязательных платежей,

⁸⁵³ См. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 27.12.2018) (с изм. и доп., вступ. в силу с 08.01.2019) // СПС «Консультант Плюс». Ст. ст. 196, 197.

⁸⁵⁴ Марапулец А.А. Уголовная ответственность за преднамеренное банкротство / А.А. Марапулец // Отечественная юриспруденция. - 2018. - № 4 (29). - С. 31.

при том условии, если оно влечёт за собой крупный ущерб, предусматривает уголовную ответственность⁸⁵⁵.

В данной норме (статья 196 УК РФ) предусматривается перечень следующих видов наказания, касающегося преднамеренного банкротства:

- наложение штрафа в размере от 200000 (двухсот тысяч) до 500000 (пятисот тысяч) рублей либо в размере заработной платы или другого дохода, осужденного за период от одного года до трёх лет;

- наказание в виде принудительных работ, срок которых составляет до пяти лет;

- лишение свободы, срок которого составляет до шести лет с наложением штрафа в размере до 200000 (двухсот тысяч) рублей либо в размере заработной платы или другого дохода, осужденного на период до полутора лет, либо без такового.

В тех случаях, когда действия субъекта касательно преднамеренного банкротства не привели к крупному ущербу, может наступить другой вид ответственности - административная.

К основной проблеме привлечения лиц к ответственности касательно преднамеренного банкротства относится сложность в доказывании состава преступления. Кроме того, усугублением данной проблемы служит тот факт, что отсутствует скрупулёзно и подробно проработанная методика, которая позволяла бы обнаружить ключевые признаки преднамеренного банкротства. Данное обстоятельство существенно затрудняет квалификацию преступлений по статье 196 УК РФ.

Помимо этого, важно обратить внимание на то, что в действующем российском законодательстве в качестве субъекта исследуемого преступления не указаны иные ответственные лица – речь идёт о заместителях руководителя компании, главных бухгалтерях, членах временной администрации, членах советов директоров, конкурсных управляющих и т. д. Данные лица тоже могут оказаться причастными к совершению преднамеренного банкротства.

На мой взгляд, целесообразно поддержать точку зрения Я.И. Шафаловича, считающего существенным изъяном статьи 196 УК РФ отсутствие отчётливого и однозначного толкования понятия «преднамеренное банкротство»⁸⁵⁶. Данное обстоятельство весомо затрудняет привлечение к уголовной ответственности за исследуемое преступление. Я думаю, что одной из важнейших причин трудности применения статьи 196 УК РФ служит довольно неоднозначное определение понятия «крупный ущерб» если применять его к процедуре банкротства.

⁸⁵⁵ См. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 27.12.2018) (с изм. и доп., вступ. в силу с 08.01.2019) // СПС «Консультант Плюс». Ст. 196.

⁸⁵⁶ См. Шафалович Я.И. Уголовная ответственность за неправомерные действия при банкротстве / Я.И. Шафалович // Современные научные исследования и разработки. - 2017. - № 5 (13). - С. 424.

К ещё одному фактору, который оказывает существенное воздействие на применение статьи 196 УК РФ в практическом аспекте, относится недостаточный уровень подготовки (в профессиональном плане) специалистов, работающих в правоохранительных органах, ведущих дела об исследуемом преступлении. Для эффективного расследования подобных дел требуется обладать полноценными знаниями, которые находятся на стыке экономических наук и юриспруденции, вместе с тем, найти специалистов с соответствующим уровнем подготовки является отнюдь не лёгкой задачей.

К базовым мерам, которые требуются для того, чтобы повысить результативность привлечения к ответственности за исследуемое преступление, как я считаю, целесообразно отнести следующие:

- подробно проработать определения ключевых терминов, в первую очередь, понятия «преднамеренное банкротство»;

- внести ясность в уточнение совокупности критериев, которые позволяют привлекать к уголовной ответственности за исследуемое преступление;

- отчётливо разграничить признаки, которые влекут за собой административную и уголовную ответственность за исследуемое преступление;

- расширить субъектный состав лиц, которых могут быть привлечены к ответственности за исследуемое преступление, посредством включения в данный перечень следующих лиц:

- 1) заместители руководителей;

- 2) члены советов директоров;

- 3) главные бухгалтеры;

- 4) конкурсные управляющие и иные лица, которые способны принимать участие в организации преднамеренного банкротства;

- повышать квалификацию специалистов следственных подразделений в системе правоохранительных органов, которые расследует дела об исследуемом преступлении.

Важно подчеркнуть, что отнесение какого-либо признака к преднамеренному либо фиктивному банкротству реально лишь с некоторой степенью условности. Эти разновидности банкротств объединятся наличием умысла со стороны должностных лиц, в связи с чем, как мне представляется, целесообразно ввести более универсальное понятие – речь идёт о термине «умышленное банкротство». Оговоренное статьёй 196 УК РФ преступление может быть совершено лишь с прямым умыслом. Устанавливать его наличие в решениях и действиях руководителя компании весьма непросто. Законодателем в конструкцию субъективной стороны был введён обязательный при доказывании мотив действий виновного – речь идёт о собственных интересах или интересах сторонних лиц.

Важнейшим обстоятельством, которое подлежит установлению по делам об исследуемом преступлении, служит способ его совершения, суть которого заключена в создании либо увеличении неплатежеспособности должника. В современных условиях в криминалистике накоплены знания о внушительном количестве способов совершения данного преступления, и сами

способы совершения преднамеренного банкротства, а также способы сокрытия данных преступлений непрерывно совершенствуются, а это, в свою очередь, существенно затрудняет работу правоохранительных органов, направленную на их выявление и доказывание.

Весьма значимым и одновременно сложным при установлении обстоятельств по исследуемому преступлению можно считать «наличие причинно-следственной связи, которая имеется между действиями субъекта преступления и наступающими последствиями в форме причинения крупного ущерба»⁸⁵⁷. В материалах уголовных дел следует установить, что ущерб наступил именно в связи с умышленными действиями (бездействиями) со стороны руководителей и индивидуальных предпринимателей, которые привели к формированию или увеличению неплатежеспособности.

Бесспорно, сложившаяся ситуация предполагает выработку своевременных мер, ориентированных на обнаружение противоречий и несогласованностей в уголовно-правовых нормах с нормами прочих правовых отраслей, которые регулируют отношения, возникающие при несостоятельности и банкротстве, а самое основное - коррекция обнаруженных недостатков.

*С.М. Карлик, студент
юридического факультета СПбГЭУ*

Российское законодательства о суррогатном материнстве: пути решения спорных вопросов

Нельзя отрицать, что институт суррогатного материнства, созданный в России в прошлом веке, существует, функционирует, периодически привлекает внимание СМИ и своим функционалом зачастую вызывает бурную полемику у наших соотечественников. Сам факт его существования и развития говорит о потребности в использовании тех методов и технологий, которые лежат в основе его создания, о том, что есть достаточно легко идентифицированный потребитель данного вида услуг. Есть потребитель, есть лица, которые услуги оказывают, что, казалось бы, является основанием для принятия соответствующих законов, регламентирующих данный вид деятельности. Тем не менее, института суррогатного материнства в Российской Федерации находится, если можно так сказать, в свободном полете: любому обывателю понятный процесс, с понятным составом участников и понятными всем целями на правовом уровне практически никак не регулируется. Государство

⁸⁵⁷ Иванова С.И. Уголовная ответственность за преднамеренное банкротство // Общество и преступность: уголовно-правовые, пенитенциарные и криминологические аспекты. Сборник научных статей Всероссийской научно-практической конференции. Киров, 2015. С. 23.

стыдливо отворачивается от бушующих на этой площадке страстей, не пытаясь как-то устаканить те роли, которые в этой игре должны исполнять ее участники. Пока что они эти роли играют по своему усмотрению и могут менять амплуа, в зависимости от своей прихоти, даже не предупреждая коллег по цеху. Государству, конечно, было бы в этой ситуации вполне уместно взять на себя роль режиссера, раздать всем законодательно закрепленный сценарий, предотвратив тем самым всякие возможные неожиданности и риски.

Вряд ли можно говорить о том, что законодательство РФ имеет недостатки, касающиеся урегулирования взаимоотношений сторон, договаривающихся об использовании суррогатного материнства. Ситуация, когда права и обязанности заказчика и исполнителя, а также вначале эмбриона, а в дальнейшем ребенка, рожденного в результате применения известных технологий, супруга суррогатной матери, как третьего лица, задействованного в процессе, никак законодательно не закреплены, то есть легализация института суррогатного материнства отсутствует, конечно, должна быть интерпретирована как законодательный вакуум, недостатки – это эвфемизм, скрывающий пустоту, за которой должен быть текст Закона. в целях наиболее полной защиты прав и интересов всех участников правоотношений, возникающих в связи с использованием суррогатного материнства. В настоящее время можно отметить следующие недостатки законодательства о суррогатном материнстве: отсутствует легальное понятие суррогатного материнства, не очерчен полный круг участников данных правоотношений, не закреплены права и обязанности сторон договора суррогатного материнства, а также не определена его правовая природа, отсутствуют нормы, регламентирующие ответственность сторон по договору, не учитываются интересы вынашиваемого ребенка, а также супруга суррогатной матери, а в ряде случаев и третьих лиц (в частности, в вопросах наследования).

Прежде чем мы рассмотрим повнимательнее ширму, на которой гордо значится «Законодательство Российской Федерации о суррогатном материнстве» и которая скрывает хаос, творящийся в зоне действия отечественного института рождения детей под заказ, целесообразно будет посмотреть на то, как с указанной проблемой – узаконить действия участников данного процесса – справляются зарубежные государства.

Начнем с того, что укажем, что в большинстве случаев до решения данной проблемы вообще дело не доходит. Не надо креативить и биться в сомнениях, как лучше узаконить, тем, кому пришло в голову все это изначально запретить. Причина запрета лежит в зоне религиозных убеждений, которые определяют морально-этические ориентиры граждан, в соответствии с которыми технологии суррогатного материнства оказываются греховными и не могут быть поэтому одобрены государством и религиозными институтами. Не просто ограничить, а запретить суррогатное материнство сочли возможным в Испании и Германии, в Греции и Нидерландах, в Норвегии и Швейцарии. Морально-этические ценности определяют не только запреты, но и ограничения в урегулировании действия сторон-участников соглашений о суррогатном материнстве.

Любые варианты в основе которых лежит принцип «купи-продай» попадает под запрет в Великобритании, Израиле, Канаде, в некоторых штатах Австралии (Виктория) и США (Нью-Гемпшир и Вирджиния). По таким коммерческим соглашениям в этих странах не допускаются и рассмотрение.

Помимо финансового вопроса, которые оказался камнем преткновения при выборе разрешить или запретить, поводом для ограничения суррогатного материнства стало в ряде стран и использование репродуктивных технологий. Так, ВРТ оказалось под запретом в Дании, Норвегии, Швеции.

Таким образом, католические страны, где позиции церкви сильны и определяют законодательную базу, применение указанных технологий стало незаконным. Во Франции, помимо морально-этических причин, запрет оказался связан и правовым статусом процесса усыновления, с которым суррогатное материнство оказалось несовместимо.

В Германии как преступление расценивается любая попытка "осуществить искусственное оплодотворение или имплантацию человеческого эмбриона женщине (суррогатной матери), готовой отказаться от своего ребенка после его рождения". Тот, кто «делает заказ» в данном случае не несет никакой ответственности, а вот врачу, которые провел ВРТ, и суррогатной матери, в Германии придется предстать пред законом.

Частные агентства в Канаде активно осуществляют сделки по суррогатному материнству. Правда, если это и не карается законом, договоры, которые при этом заключаются, никакой юридической силы не имеют. Так же обстоят дела с суррогатным материнством и в Великобритании.

Теперь перейдем к разговору о тех немногочисленных правовых актах, которые представляют собой отдельные колья, заменяющий крепкий забор, необходимый, чтобы оградить от проблем, участников процесс, связанного с суррогатным материнством. Основными источниками законодательной информации на данную тему можно считать Конституцию РФ, Семейный кодекс РФ, ГК РФ, ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»⁸⁵⁸, ФЗ «Об актах гражданского состояния»⁸⁵⁹, Приказ Минздрава от 30 августа 2012 года⁸⁶⁰. В каждом из перечисленных законодательных актах есть отдельные положения, регулирующие отношения, возникающие при использовании суррогатного материнства, определяющие круг субъектов. Там же можно почерпнуть основные понятия, перечень показаний к применению суррогатного материнства как технологии ВРТ.

⁸⁵⁸ Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ (ред. от 03.08.2018) «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

⁸⁵⁹ Федеральный закон от 15.11.1997 N 143-ФЗ (ред. от 03.07.2016) "Об актах гражданского состояния" // "Российская газета", N 224, 20.11.1997.

⁸⁶⁰ Приказ Минздрава России от 30.08.2012 N 107н (ред. от 01.02.2018) "О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению" // Российская газета. 11.04.2013. N 78/1.

Но к сожалению, количество положений, регулирующих суррогатное материнство крайне мало. По сути, институт суррогатного материнства обозначен в России пунктирно, отдельными штрихами, не дающими целостного понимания вопроса. Так, действующий в настоящее время ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» содержит всего лишь одну норму - ст. 55, в которой закреплено легальное понятие суррогатного материнства и содержатся требования, предъявляемые к суррогатной матери. В СК РФ суррогатное материнство также упоминается лишь в одной статье - ст. 51 о записи родителей ребенка в книге записей рождений.

Один из болевых моментов процесса как раз касается действий, обозначенных в ст. 51 СК РФ. Судебная практика отражает те проблемы, которые возникают при регистрации ребенка в ЗАГСе. Казалось бы, суррогатная является по законам логики только исполнителем заказа, промежуточным звеном, помогающим потенциальным родителям стать настоящими родителями, рожденному ею ребенку. Тем не менее, по закону она является настоящей матерью, ее статус суррогатной оказывается в законодательном плане второстепенным, связь с заказчиками, несмотря на финансовую составляющую взаимоотношений, весьма иллюзорной. Как показывает судебная практика, закон будет на ее стороне, если она решит оставить ребенка себе и записать его под своей фамилией. Рассмотрим, прецедент – решение Конституционного Суда Российской Федерации о проверке конституционности п.4 ст. 51 СК РФ в части, определяющей порядок записи в книге записей рождений родителей ребенка, рожденного в результате применения технологии суррогатного материнства. Супругам, являвшимся заказчиками услуг суррогатного материнства и заключившего с этой целью договор с лицом, взявшим на себя обязательства их предоставления и в итоге их не предоставившим – решившим оставить ребенка у себя, было отказано в установлении факта происхождения ребенка, рожденного суррогатной матерью и аннулировании записи акта о рождении ребенка, которые исполнитель услуг сделала на себя и на бывшего мужа (с его согласия), и в суде первой инстанции, и в суде кассационной инстанции, оставившем решение в силе и не передавшем дело в надзорную инстанцию. Казалось бы, справедливость должен был восстановить Конституционный Суд Российской Федерации, куда пострадавшие обратились с жалобой на нарушение их конституционных прав положениями п. 4 ст. 51 СК РФ и п. 5 ст. 16 ФЗ “Об актах гражданского состояния”. Но нет, и там их ждал отказ: жалобу у них принять отказались⁸⁶¹.

Данное судебное решение показывает, что в России все зависит от желания суррогатной матери принять или не принимать на себя родительские прав

⁸⁶¹ Определение Конституционного Суда РФ от 15 мая 2012 г. N 880-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Ч.П. и Ч.Ю. на нарушение их конституционных прав положениями пункта 4 статьи 51 Семейного кодекса Российской Федерации и пункта 5 статьи 16 Федерального закона "Об актах гражданского состояния" // Режим доступа: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/70093054/#ixzz4eRUEte7N> (Дата обращения: 05.03.2019).

и обязанности. Потенциальные родители оказываются лишены такого преимущества, им остается уповать на честность исполнителя договора и на ее добровольное согласие отказаться записывать ребенка на себя, так как закон приоритетное значение оставляет за ее решением. Кстати, как и когда ей давать это согласие, из законодательных источников, не ясно: формы и сроки нигде не определены. Конечно, можно сослаться на общие для всех требования зарегистрировать ребенка в ЗАГСе за месяц после его рождения, но, так как речь идет об особом случае, можно предположить, что срок здесь может быть и другой – больше, так как сложнее принять решение, или, наоборот, меньше – так как услуга может быть оказанной в момент рождения ребенка, когда процесс его вынашивания, ради которого и была приглашена суррогатная мать, завершен.

Следует отметить, что медицинская справка, которую требуют в ЗАГСе при регистрации ребенка, предполагает наличие записи о согласии суррогатной матери записи ребенка на других лиц. Если эта графа на генетических родителей в качестве родителей новорожденного не заполнена, то есть согласие отсутствует, через суд, даже при наличии подписанного сторонами договора, получить его будет невозможно. Тогда уже стоит вопрос об урегулировании финансовых вопросов и компенсации морального ущерба. Тут есть рычаги воздействия на суррогатную мать. В соответствии со ст. 783 и 723 ГК, ее действия можно квалифицировать как отказ от исполнения обязательств, что влечет обязанность возместить супругам-заказчикам все понесенные по договору расходы. Можно применить к суррогатной матери и меры гражданско-правовой ответственности: ст. 151 ГК регулирует алгоритм получения компенсации, которая вполне тут будет уместна, так как на лицо есть потерпевшие, получившие моральный урон, вследствие изменения ею правил игры по ходу пьесы.

Можно привести и другие примеры, подтверждающие, что при существующем законодательстве, регулирующее данный вопрос, несовершенно, но при этом обращение в суд все-таки может закончиться восстановлением попранных прав одной из сторон. Так, вариант благополучного разрешения проблемы может быть проиллюстрировано решением Смольнинского районного суда от 4 марта 2011 г. по гражданскому делу N 2-1601/11⁸⁶². Одинокому мужчине, которому отказали в ЗАГСе при регистрации двух детей, рожденных при использовании процедуры ВРТ, даже несмотря на наличие требуемого согласия суррогатной матери, удалось отстоять свои права и права своих детей через суд. Отказ ЗАГС, основанный на отсутствии у мужчины необходимого семейного статуса – он не состоял в браке – суд счел незаконным, так как по действующему закону и мужчины, и женщины имеют равные права на рождение детей, создание семьи, в которую будут входить только дети и их отец.

⁸⁶² Смольнинский районный суд г. С.-Петербурга, решение от 04 марта 2011 г. по гражданскому делу № 2-1601/11 // Режим доступа: <https://rospravosudie.com/court-smolninskij-rajonnyj-sud-gorod-sankt-peterburg-s/act-100079865/> (Дата обращения: 05.03.2019).

В решении суда было отмечено, что «законодательство не содержит запрета на регистрацию рождения ребенка, рожденного в результате имплантации эмбриона другой женщине в целях его вынашивания, одинокой матерью или отцом данного ребенка».

Хотя права истца и его детей суд восстановил, тем не менее сам вопрос о необходимости простановки записи свидетельствует о том, что закон не достаточно четко регламентирует звенья процесса, в результате которого потенциальный родитель может стать родителем законным. Анализируя данное дело, можно говорить о несовершенстве ст. 55 ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации». Именно в п. 3 этого закона в перечене лиц, имеющих право стать потенциальными родителями ребенка суррогатной матери, нет информации о том, что это может быть не только женщина, не состоящая в браке, но что воспользоваться вспомогательными репродуктивными технологиями может и находящийся в таком же статусе мужчина.

Данное положение ст. 55, несомненно, нарушает принцип равенства полов. Вопрос о том, стоит ли допускать, чтобы суррогатным родителем могли стать как одинокие женщины, так и одинокие мужчины, является дискуссионным. Разрешение мужчинам создавать семьи с детьми влечет за собой развитие института однополых браков, что может быть отрицательно воспринято обществом, традиционные устои которого не предполагают толерантного отношения к подобным ячейкам общества.

Отсутствие правовых норм, которые способны урегулировать данные вопросы, можно в некоторой степени объяснить тем, что законодатель признает юридически суррогатную мать матерью ребенка, т.к. именно от ее решения зависит, кто будет растить и воспитывать рожденного ребенка – она или же потенциальные родители. Стоит отметить, что сам термин “потенциальные родители”, упоминаемый в п.9 ст.55 ФЗ "Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации", указывает на статус данных лиц: они не станут родителями, если суррогатная мать не даст своего согласия на запись ребенка в ЗАГСе. В тех странах, где суррогатное материнство разрешено, законодатель признает изначально родителями потенциальных родителей, что препятствует возникающим у нас притязаниям суррогатной матери оставить ребенка себе. В реалиях российского права у суррогатной матери есть все законные основания пересмотреть свою позицию после рождения ребенка и, вопреки условиям договора, записать его на себя. Защитники прав суррогатной матери опираются на тот факт, что во время беременности между суррогатной матерью и ребенком возникает определенная психологическая связь, которую прерывать насильственным путем, забирая у нее ребенка, – это наносить серьезную травму ей и ребенку⁸⁶³.

Вопрос о связи ребенка с выносившей его женщиной – это вопрос, требующий особого решения, так как тут речь идет не только о матери и ее согласиях и решениях, но и о ребенке. Можно предположить, что для большинства

⁸⁶³ Шадрин В. В. Правовая природа суррогатного материнства // Молодой ученый. 2015. №22. С. 641.

суррогатных матерей, коль они идут на участие в этом деле, связь с ребенком – не особо существенна, а финансовые условия договора способствуют тому, чтобы об этой связи можно было вообще не думать. Но эмбрион, а в дальнейшем – новорожденный к договорным отношениям отношения не имеет. Если взять за основу, что для ребенка эта связи существенна, она возникает и может быть прервана только с нанесением серьезной травмы, то тогда суррогатное материнство становится изначально делом преступным, от которого требуется отказаться.

Существенен и тот момент, что цель суррогатного материнства – лечение бесплодия, а устанавливая право суррогатной матери оставить ребенка себе, указанной цели можно и не достичь: тогда данный метод ВРТ можно считать бессмысленным. Как было выше сказано, в решение споров между суррогатной матерью и потенциальными родителями в большинстве случаев законодатель встает на сторону суррогатной матери. Так как в законе строго не прописаны обязанности суррогатной матери, это дает ей право злоупотреблять своим положением с целью извлечения наибольшей коммерческой выгоды.

Хочется также отметить, что в законодательстве отсутствует перечень обязанностей не только по отношению к потенциальным родителям, но и по отношению к эмбриону, вынашиваемому ей. Вообще правовому положению эмбриона не дается единой оценки ни учеными-правоведами, ни нормативными актами международного и национального права. В частности, не определен этап развития, с которого человеческий эмбрион находится под защитой закона и наделяется правом на жизнь.

Выделяют два основных подхода к проблеме правового статуса эмбриона. При первом подходе эмбрион определяется как субъект права, полноправный участник правоотношений, приравненный к человеку. При втором подходе эмбрион определяется как объект права: как часть организма матери, приравненная к органам и тканям человека; как вещь, по поводу которой могут возникнуть правоотношения имущественного характера⁸⁶⁴. Проанализировав российскую нормативно- правовую базу, можно сделать вывод, что только в ГК РФ эмбрион рассматривается как субъект права (В соответствии со ст. 1116 Гражданского кодекса РФ в число лиц, которые могут призываться к наследованию, включаются граждане, зачатые при жизни наследодателя и родившиеся живыми после открытия наследства), в остальных же НПА говорится только о правах ребенка.

Но помимо законодательных, не решены и многие доктринальные проблемы. Так, не определена правовая природа договора суррогатного материнства.

Среди ученых есть те, кто считают, что договор суррогатного материнства - это гражданско-правовой договор.

⁸⁶⁴ Федосеева Н.Н., Фролова Е.А. Проблема определения правового статуса эмбрионов в международном и российском праве // Медицинское право. 2008. № 1.

К примеру, Е.С. Митрякова предлагает законодателю "принять во внимание бесспорное сходство договора о суррогатном материнстве с договором возмездного оказания услуг и включить его в перечень договоров, на которые распространяется действие главы 39 ГК РФ, несмотря на то, что иногда данный договор бывает безвозмездным, в большинстве случаев он носит возмездный характер и, соответственно, имеет признаки договора возмездного оказания услуг"⁸⁶⁵. О.В. Фетисова также считает договор суррогатного материнства гражданско-правовым: "внешним выражением отношений служит договор возмездного оказания услуг, а его предметом могут быть лишь имущественные взаимоотношения сторон"⁸⁶⁶.

Следующая группа ученых говорит о семейно-правовой природе договора суррогатного материнства.

Так, исключительно как семейно-правовой договор предлагает определять договор суррогатного материнства Г.В. Богданова. По ее мнению, "особый личный характер отношений между супругами-заказчиками и суррогатной матерью; особое по своему содержанию обязательство, которое принимает на себя суррогатная мать в плане вынашивания, рождения и передачи ребенка супругам; специфика прав и обязанностей сторон в дальнейшем, когда суррогатная мать пожелает стать мамой и откажется передать ребенка заказчикам, оставив его себе, а супруги-заказчики не вправе воздействовать на нее или тем более привлечь ее к ответственности за неисполнение обязательства и т.д. - все это говорит в пользу того, что к данным отношениям неприменимы нормы гражданского права"⁸⁶⁷.

Представители третьей группы ученых не относят договор суррогатного материнства ни к гражданско-правовым, ни к семейно-правовым договорам, а признают за ним особый статус, обозначая его как непоименованный, смешанный договор. В частности, о необходимости выделения договора суррогатного материнства в отдельный, самостоятельный вид договора говорит Т.Е. Борисова⁸⁶⁸.

С.Ю. Чашкова считает договор, "заключаемый при применении технологий суррогатного материнства, гражданско-правовым, но примыкающим к области регулирования семейных отношений; он находится на границе гражданского и семейного права"⁸⁶⁹.

Если вспомнить, что в центре договорных отношений находится ребенок, нельзя не согласиться с точкой зрения тех исследователей, которые считают, что, согласно ст. 169 ГК РФ, предмет сделки между заказчиком и

⁸⁶⁵ Митрякова Е.С. Правовое регулирование суррогатного материнства в России: дисс. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2007. С. 81.

⁸⁶⁶ Фетисова О.В. Бездетные семьи в России: пути решения проблемы // Семья и дети. Труды Института государства и права РАН. М., 2008. N 2. С. 59.

⁸⁶⁷ Богданова Г.В. Проблемы правового регулирования личных и имущественных отношений между родителями и детьми: дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 25.

⁸⁶⁸ Борисова Т.Е. Договор суррогатного материнства: актуальные вопросы теории, законодательства и практики // Российская юстиция. 2009. N 4. С. 8.

⁸⁶⁹ Чашкова С.Ю. Система договорных обязательств в российском семейном праве: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 21 - 23.

исполнителем в данном случае следует отнести к разряду сделок ничтожных, так как в соответствии с нормами морали такие договоры не должны заключаться⁸⁷⁰.

А.М. Мубаракшина при решении вопроса о природе договора суррогатного материнства предлагает опираться на концепцию межотраслевых связей, разработанную М.Ю. Чельшевым⁸⁷¹.

Межотраслевые связи в праве, в том числе и межотраслевые связи гражданского права, определены как отношения взаимной зависимости, обусловленности и общности между различными правовыми отраслями, включая и их отдельные части. В конечном счете, это системные связи многоуровневого характера между правовыми нормами разной правоотраслевой принадлежности, а применительно к гражданскому праву - нормами этой отрасли и других правовых образований⁸⁷². М.Ю. Чельшев указывает на существование межотраслевых связей семейного и гражданского права, образование которых обусловлено рядом причин: тем, что каждая отрасль является частью общей российской правовой системы, имеются общие черты, просматривающиеся в различных отраслях права, а кроме того, единство целей правового регулирования, выражающееся в охране публичных и частных интересов⁸⁷³.

Таким образом, исследование показало, что, договор суррогатного материнства регулируется как гражданским правом (в части норм, касающихся договора), так и семейным правом (особенно в части вынашивания и передачи ребенка родителям-заказчикам). Следовательно, можно говорить об имеющем месте межотраслевом регулировании, а именно гражданско-правовом и семейно-правовом.

Другим важным вопросом, на который следует обратить внимание законодателя, является определение перечня прав и обязанностей как суррогатной матери, так и потенциальных родителей.

Положения, касающиеся прав и обязанностей, стороны устанавливают по соглашению. Мне это кажется неправильным, так как все участники договора суррогатного материнства находятся в весьма уязвимом положении. Я считаю необходимым закрепления в нормативно-правовых актах:

- последствий невозможности получения согласия суррогатной матери на запись потенциальными родителями ребенка в органах загс в случае смерти суррогатной матери при родах;

- последствий отказа потенциальных родителей от рожденного ребенка или еще в период беременности суррогатной матери, включая условие об оплате медицинских расходов в случае прерывания беременности;

⁸⁷⁰ Косова О.Ю. Семейный кодекс Российской Федерации и некоторые вопросы регулирования брачно-семейных отношений // Правоведение. 1996. N 2. С. 46 - 53.

⁸⁷¹ Мубаракшина А.М. Правовая природа договора суррогатного материнства // Семейное и жилищное право. 2014. N 4. С. 24 - 27.

⁸⁷² Чельшев М.Ю. Система межотраслевых связей гражданского права: цивилистическое исследование: автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. Казань, 2009.

⁸⁷³ Там же.

- возможности осуществления грудного вскармливания ребенка суррогатной матерью;
- месте проживания суррогатной матери, ее распорядке дня, режиме питания во время беременности.

Особых требований к порядку реализации договора суррогатного материнства закон не предъявляет, исключением является закрепленная в п. 5 ст. 16 ФЗ "Об актах гражданского состояния" обязанность потенциальных родителей, давших согласие на имплантацию эмбриона другой женщине в целях его вынашивания, при государственной регистрации рождения ребенка одновременно с документом, подтверждающим факт рождения ребенка, представить документ, выданный медицинской организацией и подтверждающий факт получения согласия женщины, родившей ребенка (суррогатной матери), на запись указанных супругов родителями ребенка.

В настоящий момент, в связи с отсутствием закрепленных законодательно алгоритмов действий участников взаимоотношений с использованием метода ВРТ, можно говорить о наличии многочисленных рисков у всех сторон, задействованных в процессе. В связи с этим закономерен вывод о том, что правовое регулирование суррогатного материнства в Российской Федерации должно быть как можно быстрее осуществлено - как в интересах защиты прав потенциальных родителей, так и суррогатной матери. Права наиболее уязвимого участника правоотношений – ребенка – также необходимо закрепить законодательно, потому что в настоящее время его правовая роль в указанных сделках четко не прописана.

*Е.О. Карпова, студентка
гуманитарного факультета СПбГЭУ*

Особенности нормативно-правового регулирования труда в России и Германии

Нормативно-правовое регулирование труда позволяет определить уровень государственных и договорных гарантий, действующих в стране. Данные гарантии закрепляются в различных нормативных актах, конкретизируя и уточняя широкий круг вопросов, в том числе порядок заключения и расторжения трудового договора, режим рабочего времени и времени отдыха, правовую охрану заработной платы и другие аспекты трудовых отношений. Представляется интересным сравнение нормативно-правового регулирования труда в России и Германии как стран с развитой экономикой.

В первую очередь необходимо отметить, что российское трудовое законодательство в отличие от германского кодифицировано. Оно включает в себя ТК РФ, федеральные законы, а также законы субъектов РФ, содержащие

нормы трудового права. В Германии же нет единого кодифицированного акта в области трудового права. Источниками трудового права могут быть законы земель Германии и подзаконные нормативные акты. Кроме того, решения Федерального суда по трудовым делам обладает нормативной силой.⁸⁷⁴

Порядок заключения трудового договора в России и Германии имеет свои особенности. Если российские работники и работодатели могут заключить договор только в письменной форме, то в Германии допускается заключение трудового договора как в письменной, так и в устной форме. В обязанности работодателя входит выдача подтверждения устных договоренностей, но теперь уже обязательно в письменном виде не позднее чем через 1 месяц после начала работы. Если вдруг данная норма будет нарушена, при условии обращения работника в судебную инстанцию с вопросом о зарплате, то опровергать размер выплаты будет работодатель.

В России трудовые договоры заключаются на неопределенный и определенный срок, который не должен превышать 5 лет. При этом российский законодатель в ст. 59 ТК РФ предусмотрел исчерпывающий перечень оснований срочности договора. Трудовой договор в Германии, заключенный в устной форме, автоматически считается бессрочным. Срочный трудовой договор может быть заключен на срок, не превышающий 2 года.

Расторжение трудового договора по инициативе работника в Германии ограничение свободы волеизъявления последнего, содержащиеся в трудовом или коллективном договоре. Например, увеличение срока предупреждения об увольнении для работников с большим стажем работы. При увольнении работника в Германии по собственному желанию заявление об увольнении подается, как правило, за 4 недели до середины или до конца календарного месяца. Досрочное расторжение срочного трудового договора по инициативе работника по общему правилу не допускается, кроме случаев нарушения условий договора работодателем. Расторжение трудового договора в РФ по соглашению сторон допускается любое время. Об увольнении по собственному желанию работник предупреждает работодателя в письменной форме не позднее чем за 2 недели.

Законодательство обеих стран предусматривает увольнение работника по инициативе работодателя. Ст. 81 ТК РФ содержит случаи расторжения договора по инициативе работодателя. Также законом предусмотрена возможность увольнения работников при отсутствии их вины (ликвидация организации, сокращение штата работников и т.д.) и прекращения трудового правоотношения вследствие виновного поведения работника, связанного с нарушением трудовых обязанностей.

В Германии увольнение по инициативе работодателя допускается по следующим мотивам:

⁸⁷⁴Иванова О.А. Механизмы противодействия нарушениям трудового законодательства в России и за рубежом: сравнительно-правовой анализ // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2012. № 20.

– персональные мотивы (за виновное поведение работника): нарушение условий договора, прогул, обман работодателя при трудоустройстве, сокрытие судимости, нарушение правил безопасности, сексуальные домогательства, частые опоздания на работу;

– экономические мотивы (сокращение штата и др.);

– состояние здоровья работника (возможно, когда заболевание оказывает серьезное влияние на выполнение обязанностей работником, но имеется судебная практика, ограничивающая возможности работодателя).⁸⁷⁵

Согласно российскому законодательству нормальная рабочая неделя составляет 40 часов. Перерыв для отдыха и питания варьируется от 30 минут до 2 часов и не включается в рабочее время. Его точная продолжительность зависит от особенностей производства и условий труда. В случае привлечения работника к сверхурочной работе, работе в выходные и праздничные дни оплата производится в повышенном размере. Коллективными договорами и социально-партнерскими соглашениями могут быть предусмотрены более высокие размеры оплаты труда, чем установлены в ТК РФ.

Нормальная продолжительность рабочего времени в Германии составляет 40 часов в неделю. При этом коллективными договорами можно предусмотреть ее сокращение до 38 часов. Законодательно закреплена возможность увеличения продолжительности работы до 48 часов в неделю. Согласно Закону «О продолжительности рабочего времени» максимально допустимое рабочее время не может превышать 10 часов в день. При этом в среднем за 6 месяцев оно не должно превышать 8 часов в день. Дополнительные часы работы компенсируются последующим сокращением рабочего дня. Обеденный перерыв в Германии напрямую зависит от продолжительности работы: от 6 до 9 часов составляет 30 минут, а при большей продолжительности рабочего дня – 45 минут. Привлечение к сверхурочной работе в ФРГ допускается только в случае производственной необходимости, например, при аварии, отсутствии сменщика и т.д. Оплата сверхурочной работы производится в соответствии с коллективным договором или соглашением, либо компенсируется путем предоставления отгула. В некоторых случаях работники обеих стран вправе отказаться от сверхурочной работы, в том числе по причинам личного характера.⁸⁷⁶

Согласно Конвенции МОТ «О ежегодных оплачиваемых отпусках» в законодательстве обеих стран закреплено право на отдых. В РФ минимальная продолжительность ежегодного оплачиваемого отпуска составляет 28 календарных дней. В Германии длительность установленного законом ежегодного отпуска зависит от режима труда: 20 рабочих дней при 5-дневной рабочей неделе и 24 рабочих дня при 6-дневной. Следует отметить, что законодательство в РФ и Германии предусматривает возможность увеличения отпуска для

⁸⁷⁵ Якимов В.Н. Стимулирование и мотивация труда в организации // Знание. Понимание. Умение. 2012. №4.

⁸⁷⁶ Буянова М.О. Понятие охраны труда в России и Германии: сравнительный аспект // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. №4.

некоторых категорий работников (например, молодежь, инвалиды) в обязательном порядке, а также в добровольном на уровне социально-партнерских отношений.

Правовая защита заработной платы осуществляется путем введения минимального размера оплаты труда. Однако в РФ МРОТ устанавливается в отношении зарплаты как ежемесячной выплаты, в то время как в Германии введена минимальная почасовая оплата.⁸⁷⁷

Таким образом, круг социально-трудовых гарантий установлен в России и Германии. Однако российское трудовое законодательство закрепило более широкий круг норм, защищающих права работников на всех этапах отношений с работодателем, на федеральном уровне. Снижение объема предоставленных гарантий не допускается. В Германии практически все вопросы трудо-правовых отношений регулируются на уровне земель. Однако такой механизм регулирования отношений работников и работодателей с учетом роли Федерального суда при рассмотрении трудовых отношений носит более гибкий характер. В обеих странах значительный круг вопросов решается в рамках социально-партнерских отношений и закрепляется в коллективных договорах. Применение государственного и частно-партнерского регулирования повышает уровень социально-трудовых гарантий всех участников трудовых отношений.

*Ю. И. Колганова, студент
юридического факультета СПбГУ*

Востребованность реформы права застройки: ожидание и реальность

Следует признать, что на сегодняшний день полноценная система вещных прав в российском законодательстве отсутствует, в частности, правовые конструкции, которые позволяют участникам оборота владеть и пользоваться чужой недвижимостью для различных целей – в том числе, осуществлять строительство на чужом земельном участке.

В качестве суррогата этих вещных прав выступает конструкция договора аренды. Несмотря на ее широкое применение в целях строительства, использование обязательственного права аренды подвергается критике со стороны отечественных представителей цивилистики⁸⁷⁸.

Одним из главных недостатков конструкции договора аренды, заключенного в целях строительства, стоит признать обширный перечень оснований

⁸⁷⁷ Панов А.М. Оплата труда в России: состояние и условия формирования // Проблемы развития территории. 2014. №1 (69).

⁸⁷⁸ Против использования конструкции аренды для целей строительства не раз выступали А.А. Иванов, Р.С. Бевзенко, Е.А. Суханов и др.

прекращения обязательства, который может включать возможность одностороннего внесудебного отказа от его исполнения. Такой односторонний отказ может быть заявлен арендодателем до завершения строительства объекта. И в таком случае суды иногда квалифицируют соответствующие действия как реализацию арендодателем права на отказ от договора аренды, предусмотренный п. 2 ст. 610 Гражданского Кодекса Российской Федерации, а не как злоупотребление правом⁸⁷⁹.

В этом случае застройщик лишен возможности не только завершить строительство, но иногда и установить право на созданные им и, возможно, за счет и для третьих лиц (как, например, в случае с долевым строительством), недвижимые вещи, что с учетом правовой позиции, изложенной в Постановлении Высшего Арбитражного Суда РФ по делу N А32-29673/2011, может привести к очевидно несправедливому, экономически необоснованному обогащению на стороне собственника земельного участка.

В качестве существенного недостатка права аренды называют его нестабильность – довольно непродолжительный срок, на который заключается договор аренды. В связи с этим в судебной практике возникают вопросы о принудительном продлении договора аренды. Так, в Определении Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 13.02.2018 № 49-КГ17-34 истец обратился с заявлением о предоставлении ему в аренду сроком на 49 лет земельного участка, находящегося в собственности публично-правового образования, на котором расположено принадлежащее ему на праве собственности нежилое здание. Вынесенное судебное постановление не исполнено, поскольку между сторонами возник спор о сроке действия подлежащего заключению договора аренды земельного участка. Как показывает данное дело, срок имеет важное значение не только для длительного процесса строительства, но и для дальнейшего использования здания, что правом аренды не обеспечивается.

Также серьезным недостатком права аренды является его низкий уровень капитализации. Строительство объектов – процесс, требующий значительных вложений, поэтому для застройщика имеет значение возможность получения кредита под соответствующий проект. К примеру, во французском правовом порядке обладатели не только вещного права застройки, но и права аренды могут свободно отчуждать упомянутые права, устанавливая ипотеки и передавать их по наследству⁸⁸⁰. Однако российский законодатель вместо того, чтобы создать возможность застройщику обеспечивать свою платежеспособность перед банком, предоставив права залога аренды, вводит все больше ограничений для его деятельности.

Право аренды, как слабая конструкция, вынуждает застройщика обращаться к такому инструменту, как договор долевого участия, занимая деньги

⁸⁷⁹ Постановление ФАС Московского округа от 14.12.2012 по делу N А40-130854/11-9-1194, Постановление ФАС Поволжского округа от 25.01.2011 по делу N А49-148/2010.

⁸⁸⁰ Лужина М.А. Ограничения прав по законодательству Франции // Антология научной мысли: М.: Статут, 2008. С. 694-702.

не в банке, а у граждан-дольщиков. А большинство граждан, будучи некомпетентными в вопросах строительства и регулирования данной деятельности, принимают на себя в таком случае колоссальные риски. В результате, не обеспечив застройщика возможностью получать кредиты под строительство, это привело в России к колоссального размера феномену обманутых дольщиков.

В связи с этим, были приняты попытки изменить положение, однако этот вопрос приобрел еще большую актуальность с вступлением в силу Федерального закона от 1 июля 2018 г. № 175-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации" и отдельные законодательные акты Российской Федерации", в соответствии с положениями которого внесенные на счет эскроу денежные средства перечисляются эскроу-агентом застройщику только после представления застройщиком уполномоченному банку разрешения на ввод в эксплуатацию объекта недвижимости и сведений Единого государственного реестра недвижимости, подтверждающих государственную регистрацию права собственности в отношении одного объекта долевого строительства, входящего в состав многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости.

Таким образом, желая «защитить» и искоренить возникший феномен обманутых дольщиков, законодатель только усугубил положение застройщика.

Стоит отметить, что ранее российским законодателем была предпринята попытка использовать право аренды в качестве обеспечения. К примеру, Федеральный закон от 30.12.2004 N 214-ФЗ (ред. от 25.12.2018) "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации" в статье 13 называет в качестве обеспечения исполнения обязательств застройщика перед участниками договора долевого строительства право аренды, право субаренды на указанный земельный участок и строящиеся (создаваемые) на этом земельном участке многоквартирный дом и (или) иной объект недвижимости, но с введением в действие вышеупомянутого Федерального закона от 1 июля 2018 г. № 175-ФЗ, когда речь заходит о предоставлении целевого кредита застройщику банком данное правило не применяется, из чего можно сделать вывод, что кредитные организации не признают в качестве надлежащего залога право аренды и несуществующие на момент заключения строения. Банк же в качестве залога для предоставления целевого кредита в соответствии с 214-ФЗ использует денежные средства дольщиков, поступающие на счета-эскроу.

Можно сделать вывод, что несмотря на то, что залог права аренды с точки зрения закона допустим, он представляет собой абсолютно небезопасное обеспечение⁸⁸¹. Главной причиной, является возможность прекращения

⁸⁸¹ Костарева М.В. Основание права на земельный участок, предоставляемый для целей строительства: проблема осознанного выбора [Электронный ресурс] Документ предоставлен СПС «КонсультантПлюс».

договора аренды в одностороннем порядке, что в свою очередь повлечет прекращение залога права аренды земельного участка и приведет к невозврату кредита заемщиком. Вышеизложенное позволяет заключить, что юридическая возможность залога права аренды фактически нереализуема, а это в значительной степени сокращает активы застройщика, так как для третьих лиц, прежде всего для потенциальных кредиторов, ценность такого актива неочевидна и не вызывает интереса.

Таким образом, в действительности на сегодняшний день российское законодательство не имеет серьезных юридических конструкций из сферы вещного права, которые позволяют одному лицу на защищенной основе пользоваться имуществом другого лица. Однако законодатель делает попытку в Проекте Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского Кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – Проект ГК) создания и введения в Российской Федерации классической системы ограниченных вещных прав. Задачей данной системы является создание режима, который позволил бы использовать чужое недвижимое имущество для удовлетворения своего экономического интереса – в частности, использовать чужой земельный участок в целях строительства. Возведение строения на чужом земельном участке возможно на основании суперфиция – права застройки.

Статья 300 главы 20.1 Проекта ГК определяет право застройки как право владения и пользования чужим земельным участком в целях возведения на нем здания или сооружения и его последующей эксплуатации.

Законодатель прямо указывает на то, что право застройки является вещным ограниченным правом со специфической правовой целью – строительство и последующее использование объекта.

Как следует из Проекта ГК, здания и сооружения, возведенные на основании права застройки, принадлежат лицу, имеющему право застройки, то есть застройщику, на праве собственности в течение срока действия права застройки.

Прежде всего, право застройки – это способ юридически разделить землю и строение, возведенное на этой земле, что позволит застройщику, не обладающему правом собственности на соответствующий земельный участок, возвести на нем строение и иметь его на праве собственности. Юридическим воплощением этого строения будет суперфиций, который регистрируется за застройщиком в реестре. Стоит отметить такое свойство суперфициарного права, не присущего праву аренды, как юридическая прочность. Установленное на определенный срок, оно не может быть прекращено по одностороннему волеизъявлению собственника земельного участка или суперфициария. По общему правилу право должно прекращаться только с истечением срока, на который было установлено, а досрочное прекращение является исключением и носит обоснованный характер. В свою очередь, юридическая прочность наделяет право отчуждаемостью и оборотоспособностью.

Экономика суперфиция состоит в том, что застройщику не нужно на первоначальном этапе капитально вкладываться в покупку земельного участка, поскольку у него появляется возможность права застройки на основании суперфиция, и в таком случае устанавливаются повременные платежи в пользу собственника.

С одной стороны, при введении в отечественном законодательстве суперфициарного права, с точки зрения доктрины⁸⁸², правоприменитель столкнется с рядом проблем – возникает неопределенность роли договора относительно возникновения вещного права, так как по общему правилу договор порождает возникновение исключительно обязательственного правоотношения, а также возникает сложность определения содержания права суперфициария на возведенное им строение и временных пределов существования настоящего права, что актуализирует проблему появления конструкции «временной собственности». Но с другой стороны, это будет успешной попыткой решить существующие на данный момент серьезные проблемы в области возведения строений на чужом земельном участке.

Необходимо отметить, что законодательство красной нитью проводит идею баланса интересов. Чаша весов не должна перевешивать в сторону застройщика или собственника земельного участка. Конструкция договора аренды явно склоняется в пользу собственника участка. Нестабильность обязательственных отношений тормозит развитие строительной отрасли в России. Институт права застройки, в свою очередь, может изменить сложившуюся ситуацию.

*С.А. Коровин, студент
юридического факультета СПбГЭУ*

К вопросу о месте криптовалюты в системе объектов гражданских прав

На данный момент Государственной Думой в I чтении принят проект Федерального закона "О цифровых финансовых активах". В ст. 2 дается следующее определение цифрового финансового актива: «Цифровой финансовый актив - имущество в электронной форме, созданное с использованием криптографических средств. Право собственности на данное имущество удостоверяется путем внесения цифровых записей в реестр цифровых транзакций. К цифровым финансовым активам относятся криптовалюта, токен. Цифровые финансовые активы не являются законным средством платежа на территории Российской Федерации».

⁸⁸² Суханов Е.А. Вещные права и права на нематериальные объекты // Вестник ВАС РФ. 2007. №7. С. 16-31.

Несмотря на недостаток правового регулирования операций с криптовалютой и ее неопределенность среди объектов гражданских прав, законопроект «О цифровых финансовых активах» на данном этапе его рассмотрения никак не восполняет данный пробел, а лишь определяет ее, как «вид цифрового финансового актива, создаваемый и учитываемый в распределенном реестре цифровых транзакций участниками этого реестра в соответствии с правилами ведения реестра цифровых транзакций». Данная дефиниция является, скорее признанием существования криптовалюты в отечественном правовом поле, чем попыткой урегулировать связанные с ней отношения. За это ряд авторов критикуют данный законопроект, в частности Л.А. Новоселова считает, что «основным недостатком данного документа является отсутствие четкого представления, какие, собственно, отношения предполагалось регулировать: проект состоит из одних определений, причем неудачных»⁸⁸³.

В связи с данной неопределенностью поиск места криптовалюты в системе объектов гражданских прав приводит ряд отечественных ученых к отнесению ее к категории «иное имущество». При этом содержание понятия «иное имущество» в законодательстве не раскрывается, из-за чего к нему относят все те блага, по поводу которых субъекты вступают между собой в правоотношения, но которые трудно отнести к другим видам объектов гражданских прав.

Основной проблемой данного подхода является отсутствие универсального правового регулирования для всех видов иного имущества. Каждый из таких видов имеет свой пласт законодательства, регулирующий связанные с ним отношения. Так, относящиеся к иному имуществу бездокументарные ценные бумаги регулируются целым рядом законов (помимо ГК РФ это ФЗ «Об акционерных обществах», ФЗ «О рынке ценных бумаг» и др.). Помимо прямо указанных в ГК РФ видов иного имущества, объекты, относимые к нему в доктрине, также имеют нормы, регулирующие связанные с ними отношения. Так, в науке относят к иному имуществу долю в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью, правовой режим данного объекта в свою очередь урегулирован ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью».

А.И. Савельев в свою очередь предлагает дефиницию криптовалюты и относит ее к иному имуществу, однако сам же признает, что это не решает нынешних проблем, возникающих при обращении криптовалюты. В частности, остается неопределенным правовой режим договоров по поводу нее. На основании данной квалификации, по его мнению, нельзя определить, какой именно договор должен опосредовать отношения по обмену криптовалюты на фиатные деньги или товар (купля-продажа, мена, непоименованный договор), а также с трудом можно определить применимость к договору займа криптовалюты положений главы 42 ГК «Заем и кредит»⁸⁸⁴.

⁸⁸³ Гузнов А., Михеева Л., Новоселова Л., Авакян Е., Савельев А., Судец И., Чубурков А., Соколов А., Янковский Р., Сарбаш С. Цифровые активы в системе объектов гражданских прав // Закон. 2018. N 5. С. 18.

⁸⁸⁴ Савельев А.И. Криптовалюты в системе объектов гражданских прав // Закон. 2017. N 8. С. 151, 148

Следовательно, до принятия капитального специального закона, посвященного обороту криптовалюты, отнесение ее к категории «иное имущество» не решит действующих проблем и не принесет пользы на практике.

Также, некоторые авторы поднимают вопрос об обязательственно-правовой составляющей криптовалюты. Например, Л.А. Новоселова в своей работе определяет сущность криптовалюты, как соглашение, обязательство, в котором праву каждого кредитора-владельца криптовалюты корреспондируют обязанности множества должников-участников расчетной системы принимать криптовалюту в счет оплаты по другим обязательствам⁸⁸⁵. Согласно такой позиции, правовая природа криптовалюты близка к природе безналичных денежных средств, которые по своей сути также являются обязательством.

Однако, как отмечает Е.Н. Абрамова, получение лицом криптовалюты в результате майнинга не влечет возникновения у него права требовать принятия криптовалюты в оплату товаров, работ или услуг, которое появится у него только в случае заключения соответствующего договора, сопровождаемого согласием продавца принять криптовалюту в качестве встречного предоставления. Соглашение между владельцем криптовалюты и остальными участниками расчетной системы невозможно, «поскольку не может возникнуть договор между неопределенным кругом лиц»⁸⁸⁶.

Отнесение криптовалюты к категории вещей в свете вышеизложенного выглядит намного удачнее и полезнее.

В первую очередь, стоит отметить тот факт, что российское законодательство не содержит требования к осязаемости вещей, относя к недвижимым вещам машино-места, которые представляют собой не более, чем неосязаемое пространство, границы которого очерчены в установленном порядке, т. е. «на бумаге». Более того, отечественная цивилистическая доктрина издавна благоволила признанию за неосязаемыми, нематериальными объектами статуса вещей. Так, Д.И. Мейер еще в XIX веке утверждал, что «не все вещи, не все физические тела подлежат господству лица, составляют объект права, а только такие вещи, такие тела, которые состоят в гражданском обороте и имеют значение имущества, т.е. представляют собой какую-либо ценность»⁸⁸⁷. Из этого утверждения можно сделать вывод, что не материальность является главным признаком вещи, как объекта гражданских прав, а ее роль и ценность в гражданском обороте. В пользу распространения на нематериальные объекты правового режима вещей можно отнести позицию Е.А. Суханова, согласно которой различные объекты гражданских прав отличаются друг от друга правовым режимом, а не физическими или экономическими свойствами⁸⁸⁸.

⁸⁸⁵ Подробнее: Новоселова Л.А. Правовая природа биткоина // Хозяйство и право. 2017. № 9.

⁸⁸⁶ Абрамова Е.Н. Дискуссии о правовой природе криптовалюты // Право и современная экономика. Сборник материалов I Международной научно-практической конференции юридического факультета СПбГЭУ. 5 апреля 2018. СПб, 2018. С. 59.

⁸⁸⁷ Мейер Д.И. Русское гражданское право. 2-е изд. М.: Статут, 2000. С. 158 - 159.

⁸⁸⁸ Суханов Е.А. Вещное право: Научно-познавательный очерк. М., 2017. С. 45.

Признание за криптовалютой статуса вещи без внесения существенных изменений в законодательство (в т.ч. без введения нового объекта гражданских прав) значительно упростит как ее обращение в гражданском обороте, так и понимание его участниками о том, по поводу какого объекта гражданских прав они вступают в отношения, а также решит ряд проблем, возникающих при отнесении криптовалюты к иному имуществу.

На практике же отпадут многие проблемы, возникающие при квалификации договоров по поводу криптовалюты. К примеру, это автоматически повлечет признание применимости к договору займа криптовалюты норм главы 42 «Заем и кредит» ГК РФ, что позволит урегулировать данные договоры, число которых в ближайшем будущем, с учетом развития цифровых технологий, будет только расти. Отнесение криптовалюты к вещам позволит в большинстве случаев без проблем определить правовую природу данных договоров, не ограничивая их правовое регулирование одними лишь общими положениями и принципами гражданского права.

Несмотря на дискуссионность вопроса о месте криптовалюты среди объектов гражданских прав, во многих работах, посвященных данной проблеме, авторы высказывают схожие тезисы об одном немаловажном моменте.

Д.В. Федоров отмечает, что «криптовалюта является лишь средством платежа, выполняющим функции денег, и не имеет смысла в отрыве от ее способности к обмену»⁸⁸⁹.

А.И. Савельев указывает, что «при приобретении товара с оплатой в виде криптовалюты происходит обмен такого товара на некий уникальный цифровой код, который, в свою очередь, потом может быть обменян на другой товар (услугу). Сам по себе код не содержит никакой ценности для покупателя, подобно тому, как не содержит ее бумага, на которой исполнена банкнота»⁸⁹⁰.

И наконец, А.В. Саженов проводит прямую аналогию: «владение криптовалютами больше всего похоже на владение вещами, определенными родовыми признаками, поскольку индивидуальные свойства (если они есть) для отношений с их использованием не имеют значения... Наиболее подходящей аналогией представляются наличные деньги, которые одновременно выступают в обороте и вещами, и платежным средством»⁸⁹¹.

Все эти авторы, несмотря на различия во взглядах на правовую сущность криптовалюты, безмолвно указывают на ее квазивещную природу. Е.Н. Абрамова отмечает, что «гражданскому законодательству известны объекты, которые, несмотря на неспособность удовлетворять потребности субъектов за счет своих физических или химических свойств, признаются законом вещами. Например, такими «как бы вещами» являются документарные ценные бумаги и наличные деньги. Указанные объекты не являются вещами в собственном

⁸⁸⁹ Федоров Д.В. Токены, криптовалюта и смарт-контракты в отечественных законопроектах с позиции иностранного опыта // Вестник гражданского права. 2018. N 2. С. 47.

⁸⁹⁰ Савельев А.И. Указ. соч. С. 149.

⁸⁹¹ Саженов А.В. Криптовалюты: дематериализация категории вещей в гражданском праве // Закон. 2018. N 9. С. 113.

смысле слова, поскольку удовлетворяют потребности их держателей за счет не физических свойств, а за счет свойств воплощенных в них ценностей. Однако в силу прямого указания закона на такие объекты распространяется правовой режим вещей»⁸⁹².

Логичным продолжением вещного подхода к правовой природе криптовалюты будет отнесение ее к категории квазивещей, т. к. физические свойства цифрового кода, лежащего в основе криптовалюты, не способны сами по себе удовлетворить потребности человека. Как и наличные деньги, криптовалюта практически во всех случаях не служит никакой иной цели, кроме способа оплаты.

В этой связи вновь становится актуальным вопрос о придании криптовалюте статуса платежного средства. Изначально законопроект "О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации" шел по пути допущения использования «цифровых денег», т. е. криптовалюты, в качестве платежного средства в случаях, предусмотренных законом. Однако, на более поздних стадиях рассмотрения данного законопроекта и после его подписания Президентом, данное положение, как и все упоминания «цифровых денег» были исключены.

В мире данный подход является передовым и реализован в Японии, законодательство которой предоставляет лицам право использовать криптовалюту в качестве средства платежа в предусмотренных законом случаях⁸⁹³. Также, установление для криптовалюты статуса средства платежа освободит лиц, осуществляющих связанные с ней транзакции, от уплаты налога на добавленную стоимость, что сделает российский рынок криптовалют более привлекательным.

С учетом изложенного выше, можно прийти к выводу, что наиболее подходящим для криптовалюты является правовой режим, установленный для вещей в совокупности с незначительными изменениями законодательства в направлении придания ей статуса платежного средства в случае согласия сторон на использование ее в таком качестве и в случаях, предусмотренных законом (единственным законным платежным средством, обязательным к приему, безусловно, остается рубль). Следовательно, среди объектов гражданских прав место криптовалюты, несмотря на ее нематериальность, видится среди вещей, а более точно – среди квазивещей, т. к. по своей квазивещной природе криптовалюта является вещью, а ее единственная функция заключается в использовании ее в качестве способа оплаты.

⁸⁹² Абрамова Е.Н. Электронное средство платежа как комплексный объект гражданских прав // Банковское право. 2018. N 1. С. 28.

⁸⁹³ Нормативный акт в переводе: Ситник А.А. Правовое регулирование и контроль за обращением виртуальных валют в Японии // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. N 7. С. 86.

*Е.Д. Коровкина, студентка
магистратуры СЗФ «РГУП», юристконсульт*

Некоторые проблемы правового регулирования сделок с заинтересованностью

Актуальность заявленной темы определяется реформированием корпоративного законодательства в Российской Федерации, как следствие, его развитие и потребность в совершенствовании правовых институтов, составляющих данную подотрасль права. Одним из таких институтов выступают сделки, в совершении которых имеется заинтересованность. Так, данный институт, начиная с 2015 г., претерпевает ряд изменений, что влечёт за собой устранение прошлых и формирование новых проблем, часть из которых будет рассмотрена нами в статье.

Так, одним из свежих законодательных изменений в правовом поле является исключение необходимости в получении предварительного согласия на совершение сделки с заинтересованностью, которое, в свою очередь, компенсируется законодателем необходимым извещением обществом определённого круга лиц. В соответствии с п.3 ст.45 ФЗ «Об Обществах с ограниченной ответственностью» (далее – ФЗ «Об ООО») общество должно уведомить о совершении сделки с заинтересованностью: «незаинтересованных участников общества, а при наличии в обществе совета директоров (наблюдательного совета) - также незаинтересованных членов совета директоров (наблюдательного совета) общества»⁸⁹⁴.

Аналогичное требование устанавливается и в п.1.1 ст.81 ФЗ «Об Акционерных обществах» (далее – ФЗ «Об АО») общество обязано известить: «членов совета директоров (наблюдательного совета), членов коллегиального исполнительного органа, а в случае, если в совершении такой сделки заинтересованы все члены совета директоров (наблюдательного совета) общества, или в случае, если его формирование не предусмотрено законом или уставом общества, - акционеров в порядке, предусмотренном для сообщения о проведении общего собрания акционеров, если иной порядок не предусмотрен уставом общества»⁸⁹⁵. Срок извещения идентичен и составляет 15 дней до даты совершения сделки, если иной срок не установлен уставом общества⁸⁹⁶.

Следует обратить внимание на п.1 ст. 83 ФЗ «Об АО» и п.4 ст.45 ФЗ «Об ООО», в соответствии с которыми «на сделку, в совершении которой имеется заинтересованность, до ее совершения может быть получено согласие совета директоров (наблюдательного совета) общества или общего собрания акционеров (участников общества) по требованию единоличного исполнительного

⁸⁹⁴ Федеральный закон от 08.02.1998 N 14-ФЗ (ред. от 31.12.2017) "Об обществах с ограниченной ответственностью"//Российская газета, N 30, 17.02.1998.

⁸⁹⁵ Там же.

⁸⁹⁶ Федеральный закон от 26.12.1995 N 208-ФЗ (ред. от 31.12.2017) "Об акционерных обществах"//Российская газета, N 248, 29.12.1995.

органа, члена коллегиального исполнительного органа общества, члена совета директоров (наблюдательного совета) общества или акционера (акционеров, участников), обладающего не менее чем одним процентом голосующих акций (капитала) общества».

Рассматривая вышеизложенные нормы, отметим наличие пробела законодательства, который может привести к проблемам, разрешаемым в судебном порядке. Так, в законодательстве не определён пресекательный срок, в течение которого член общества может потребовать созыва общего собрания для согласования сделки с заинтересованностью, с момента получения извещения о заключении такой сделки. Неурегулированность данного вопроса может привести к ситуациям, когда сделка с заинтересованностью будет не только заключена, но и исполнена, а от участника общества поступят возражения относительно её заключения. Нам представляется рациональным установить в федеральных законах об обществах норму о пресекательном сроке, в течение которого участник имеет право созвать общее собрание, предлагаем дополнить п.1 ст. 83 ФЗ «Об АО» и п.4 ст.45 ФЗ «Об ООО» следующим содержанием: «Созыв общего собрания акционеров (участников общества) по вопросу получения согласия на сделку, в совершении которой имеется заинтересованность, должен быть проведён в срок не позднее 30 дней с момента получения извещения о заключении сделки, в совершении которой имеется заинтересованность».

Кроме того, можно выделить ещё одну законодательную коллизию. Так, в соответствии с п.1 ст.55 "Об АО" требовать созыва внеочередного собрания вправе акционеры, владеющие от 10% голосующих акций⁸⁹⁷. Однако требование об одобрении сделки вправе заявлять акционеры, обладающие хотя бы 1% голосов. Данную коллизию следует разрешать по общим правилам: применять специальную норму взамен общей, т.е. обладание 1% голосующих акций достаточно для созыва внеочередного общего собрания участников при получении согласия на совершении сделки с заинтересованностью. Однако, само по себе наличие законодательных коллизий говорит о несовершенстве действующего законодательства в части регулирования сделок с заинтересованностью.

Как справедливо указывает О.А. Макарова: «Извещение о совершении сделки с заинтересованностью как механизм информирования акционеров (при определенных условиях) и участников ООО не всегда сможет обеспечить своевременное и надлежащее получение такой информации, что приведет к нарушению прав акционеров и участников, что же касается контрагента, то он совершает сделку по истечении срока для извещения без обязательного предварительного согласия на ее совершение, неся определенные риски»⁸⁹⁸.

В случае, если участники общества придут к мнению о том, что необходимо согласие на совершение сделки, существует определённый порядок её

⁸⁹⁷ Там же.

⁸⁹⁸ Макарова О.А. Алгоритм получения согласия на совершение сделок с заинтересованностью в хозяйственных обществах // Законы России: опыт, анализ, практика. 2017. N 3. С. 64-65

согласования. В публичных и непубличных акционерных обществах в соответствии с п.2 ст.83 ФЗ «Об АО» согласие на совершение сделки принимается советом директором (наблюдательным советом) или общим собранием акционеров простым большинством голосов членов, не заинтересованных в её совершении и участвующих на данном заседании⁸⁹⁹. При этом подход законодателя, определяющего необходимый кворум участников для принятия решения и определение простого большинства голосов от числа, присутствующих акционеров, объясняется способствованием динамике корпоративных отношений, без учёта пассивных акционеров.

Кроме того, определение лиц, имеющих право участвовать в одобрении сделки, являющихся не заинтересованными лицами, вполне оправдано для реализации и соблюдения принципа добросовестных корпоративных отношений. Однако, Закон не устанавливает ограничения на участие во внеочередном общем собрании членов лиц, являющихся подконтрольными заинтересованных.

На наш взгляд, такая позиция законодателя не верна. Так, в связи с тем, что контролирующее лицо обладает долей в уставном капитале подконтрольного, создавая, таким образом, юридическую и фактическую зависимость дочерней организации, как следствие, имеет возможность оказывать влияние на решения, принимаемые подконтрольным лицом. За счёт такой зависимости есть вероятность одобрения сделки, нарушающей права и интересы самой корпорации.

В связи с вышеизложенным, представляется рациональным редакция ч.4 ст.45 ФЗ «Об ООО» и ч.3.2 ст.83 ФЗ «Об АО» путём исключения из возможных участников внеочередного общего собрания лиц, подконтрольных заинтересованным в сделке.

Ещё одним спорным вопросом, обсуждаемым в доктрине, является определение момента совершения сделки с заинтересованностью. Данный юридический факт имеет значение, поскольку именно наличие или отсутствие заинтересованности на момент совершения сделки позволяет отнести её к экстраординарным, требующих специального правового регулирования. Специальные законы об обществах не дают ответа о том, какой юридический факт следует признать моментом наличия или отсутствия у лица заинтересованности в совершении сделки. В п.22 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 26.06.2018 N 27 была дана попытка определить наличие критерия заинтересованности следующим образом: «Для признания сделки подпадающей под признаки сделок с заинтересованностью, указанные в пункте 1 статьи 81 Закона об акционерных обществах и пункте 1 статьи 45 Закона об обществах с ограниченной ответственностью, необходимо, чтобы заинтересованность соответствующего лица имела место на момент совершения сделки»⁹⁰⁰.

⁸⁹⁹ Там же. С.65.

⁹⁰⁰ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26.06.2018 N 27 "Об оспаривании крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность"// Российская газета, N 145, 06.07.2018

Однако, данное разъяснение не дало ясности в вопросе что же считать моментом совершения сделки. Обратимся к общим положениям, закреплённым в п.1 ст.433 Гражданского кодекса РФ (далее – «ГК РФ»): «Договор признается заключенным в момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта»⁹⁰¹. Совершение же сделки может означать не согласование всех существенных условий, а достижение того результата, на который она была нацелена. Таким образом, непонятно, что правоприменитель вкладывает в понятие «совершение» сделки, следовательно, невозможно определить момент, по состоянию на который лицо являлось заинтересованным в сделке, а значит применить правовые средства для её одобрения или оспаривания. На наш взгляд, всё-таки совершение сделки следует понимать как достижение согласия по всем её существенным условиям, в связи с чем, лицо может быть заинтересованным в сделке, только в случае наличия критериев заинтересованности до согласования существенных условий или во время.

Таким образом, в результате реформ гражданского законодательства с 1 января 2017 года был изменен ряд положений законов об обществах, который ликвидировал недостатки правового регулирования сделок с заинтересованностью, обсуждаемые в научной доктрине. Однако данный институт всё ещё нуждается в реформировании. В представленной статье нами были упомянуты лишь некоторые проблемы правового регулирования сделок с заинтересованностью и предложены возможные пути их решения. Однозначно можно утверждать лишь о том, что корпоративное законодательство, в целом, и сделки с заинтересованностью, в частности, нуждаются в дальнейшем совершенствовании.

*А.С. Корчагина, А.С. Пригода,
студентки юридического факультета СПбГЭУ*

Проблемы развития муниципального законодательства в Российской Федерации

В Российской Федерации на протяжении довольно долгого количества времени происходил процесс становления системы местного самоуправления. Еще в советский период были попытки законодательного урегулирования системы местного самоуправления, которые выразились в принятии следующих законов: закон СССР от 9 апреля 1990 «Об общих началах местного самоуправления и местного хозяйства в СССР», далее закон РСФСР от 06.07.91

⁹⁰¹ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая от 30 нояб. 1994 г. № 51-ФЗ: принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 21 окт. 1994 г. : введ. Федер. законом Рос. Федерации от 30 нояб. 1994 г. № 51-ФЗ// Рос. газ. – 1994 – 8 дек.

№ 1550-І «О местном самоуправлении в РСФСР», а также федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» от 28.08.1995 № 154-ФЗ (далее ФЗ № 154). Федеральный закон № 154 был принят в соответствии с Конституцией, принятой 12 декабря 1993 года и определял уже более детально роль местного самоуправления в осуществлении власти народа, выделял правовые, финансовые, экономические и социальные основы самоуправления на местном уровне в Российской Федерации. Но с развитием правового государства, социального общества, появилась необходимость расширительного толкования и дополнения закона о местном самоуправлении. Данный федеральный закон содержал в себе положения, которые необходимо было дополнить, конкретизировать, определить круг полномочий органов местного самоуправления. В силу чего Государственной Думой 6 октября 2003 года принимается Федеральный закон № 131 – ФЗ «Об общих принципах местного самоуправления в Российской Федерации» (далее ФЗ № 131), одобренный Советом Федерации 24 сентября 2003 года, который принят в соответствии с Конституцией Российской Федерации и устанавливает общие правовые, территориальные, организационные и экономические принципы организации местного самоуправления в Российской Федерации и определяет государственные гарантии его осуществления.

Новый Федеральный закон № 131 – ФЗ существенно отличается от Федерального закона № 154 – ФЗ; в нем четко определяется необходимость создания и разграничения разных типов муниципального образования, изменение подхода к территориальной организации местного самоуправления, кроме того, им были расширены границы муниципального образования, когда ФЗ № 154 указывал лишь на возможность существования одних муниципальных образований в границах других. Чтобы проследить процесс становления системы местного самоуправления, необходимо провести сравнительный анализ ФЗ № 131 и ФЗ № 154.

Если рассматривать структуру названных федеральных законов, то первые статьи сразу обращают на себя внимание. Различия касаются определения понятия «местное самоуправление». Федеральный закон № 154 определяет местное самоуправление как «самостоятельную и под свою ответственность деятельность населения по решению непосредственно или через органы местного самоуправления вопросов местного значения, исходя из интересов населения, его исторических и иных местных традиций», то Федеральный закон № 131 определяет местное самоуправление как форму осуществления народом своей власти, обеспечивающая в пределах, установленных Конституцией Российской Федерации, федеральными законами, законами субъектов Российской Федерации, самостоятельное и под свою ответственность решение населением непосредственно либо через органы местного самоуправления вопросов местного значения, исходя из интересов населения, с учетом исторических и иных местных традиций.

Далее, законы по-разному определяют понятие «муниципального образования». Федеральный закон № 154 определяет данное понятие через городские и сельские поселения, несколько поселений, часть поселений и иная

населенная территория⁹⁰². В свою очередь, Федеральный закон № 131 дает более широкое толкование муниципальному образованию, определяя, что это «городское или сельское поселение, городской округ, либо внутренняя территория города федерального значения», тем самым данное различие в терминологии существенно влияет на организацию местного самоуправления в России. Вопросы местного значения в законах урегулированы по-разному. Недействующий федеральный закон не содержит главу, которая была бы посвящена данным вопросам, в нем указана лишь статья 6, которая отображает перечень вопросов местного значения, но более детально этот вопрос не рассматривается. Новый федеральный закон конкретно устанавливает вопросы местного значения, которые содержатся в статьях с 14 по 18.1, определяя полномочия и ответственность органов местного значения, в зависимости от вида муниципального образования, а также их компетенцию.

Существенно различаются положения, касающиеся непосредственного осуществления населением местного самоуправления и участия населения в данном управлении. Федеральный закон № 154 определял, что участие народа в самоуправлении возможно путем проведения муниципальных выборов, собрания граждан, народной правотворческой инициативы и другие формы. Федеральный закон № 131 расширяет способы участия народа в осуществлении местного самоуправления, добавляя такие формы как: голосование по отзыву депутатов, члена выборного органа местного самоуправления, публичные слушания, опрос и другие, тем самым у народа появляется больший выбор форм участия, которые они могут реализовать по своему усмотрению.

Федеральный закон № 131 – ФЗ «Об общих принципах местного самоуправления в Российской Федерации» является качественно совершенным, содержащим в себе более детальное регулирование системы местного самоуправления в России, существенно отличающийся от федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» от 28.08.1995 № 154-ФЗ. Анализ практики реализации федерального закона указывает на наличие пробелов, которые необходимо устранять.

Обратимся к анализу некоторых из них.

В статье 35 действующего федерального закона установлено, что представительный орган поселения не должен формироваться, если избирателей поселения на момент формирования органа составляет менее 100 человек. Однако, в поселении, где численность избирателей менее 1000 человек, формировать представительные органы экономически нецелесообразно, поскольку это обусловлено, прежде всего, бюджетными вложениями, что влечет за собой финансовую нагрузку на муниципальный бюджет. Следовательно, есть необходимость закрепления возможности осуществления полномочий представительного органа сходом граждан в поселениях с численностью менее 1000 граждан. Предлагаем в ст. 25 Закона части 1 слова изменить

⁹⁰²Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» от 28августа 1995г. № 154-ФЗ.

действующую статью. Немаловажный вопрос касается муниципальной деятельности в сфере нотариата. В силу статьи 37 основ законодательства о нотариате в случае, если в поселении нет нотариуса, то глава местной администрации поселения или уполномоченное должностное лицо имеет право совершать действия, приравненные к действиям нотариуса⁹⁰³. Данное положение также закреплено в Федеральном законе № 131, где установлено, что при отсутствии нотариуса в поселении, полномочия нотариуса вправе совершать органы местного самоуправления. В статье 15.1, которая закрепляет правомочия органов местного самоуправления, отсутствует положение к нотариальным действиям. В связи с этим предлагаем дополнить данную статью следующим содержанием: «органы местного самоуправления вправе осуществлять действия, приравненные к нотариальным в случае отсутствия в поселении нотариуса».

В заключении необходимо отметить, что реформирование муниципальных норм, и как следствие, муниципальных правоотношений, заслуживает особого внимания законодателей, что обуславливает необходимость более тщательного анализа за состоянием правового регулирования системы местного самоуправления. Пробелы, с которыми сталкиваются граждане и муниципальные образования являются причинами, которые требуют более детального, оперативного и качественного решения на федеральном уровне, так как вышеперечисленное прямо отображается на жизни, как государства, так и общества в целом.

*Д.А. Кузнецов,
студент юридического факультета СПбГЭУ*

Конституционно-правовые конфликты и кризисы: понятие и значение

История Российской Федерации за последние 30 лет насчитывает немалое количество конституционных кризисов и конфликтов, протекавших в разной степени остро, оставивших после себя в истории и жизни государства значительный след. Для государства важно перерабатывать опыт, полученный в ходе разрешения кризисов и конфликтов, именно поэтому необходимо рассматривать данные события, даже если они произошли много лет назад, особенно это важно для многонационального, федеративного государства и для конституционного права, как базы государственности, ведь именно от качественной переработки опыта разрешения конфликтов зависит возможность их

⁹⁰³ Система муниципального управления: Учебник для вузов. / Под редакцией В. Б. Зотова. СПб.: Лидер, 2005.

предотвращения и решения в будущем. Россия – федеративное государство, в котором все субъекты равноправны (в соответствии со ст. 5 конституции), то есть все субъекты имеют равные права. Это порождает обязанность федерального правительства учитывать интересы всех субъектов страны при решении наиболее важных вопросов. Именно в этой обязанности кроется основная сложность: большинство конституционных конфликтов начинаются именно с нежелания, или невозможности центра учесть интересы региона или субъекта, в зависимости от типа гос. устройства, или же в связи с противоречиями между законодательной и исполнительной властью: таким был октябрьский кризис 1993 года. Последствия же таких явлений могут быть совершенно разными: от распада страны до преобразования или скорее «перерождения» государства. Если обратиться к постсоветской истории, наиболее кровопролитным кризисом оказались две чеченские кампании, принесшие по неофициальным данным, к потерям, как людским, так и финансово-экономическим, превышающим расходы СССР на Афганскую кампанию. По официальным данным, министр финансов А. Кудрин сообщил, что расходы на военную кампанию в первом квартале 2000 года составили около \$240 млн. долларов. (\$1 млрд. долларов в течение всего года). Это, однако, только часть расходов. Отметим и то, что официально бюджет Минобороны возрос в 1999–2002 гг. примерно в 3,5 раза. Более того, интернет-издание «Полит.ру» приводит следующие данные в одной из статей⁹⁰⁴: «... Общий итог: 247 млрд руб., или около \$8 млрд долларов... По самым заниженным данным, ущерб, причиненный в ходе войн в Чечне, составляет не менее \$100 млрд». Именно поэтому мы должны использовать опыт, полученный при решении конституционных кризисов.

Прежде чем рассматривать проблемы конституционно-правовых конфликтов и кризисов необходимо дать определения для этих понятий. Так, А.В. Никитина в одной из своих статей пишет следующее: «К сожалению, в современной конституционно-правовой науке не сложилось единого определения конституционного конфликта. ... Нет и единого представления о том, какие явления, значимые с точки зрения конституционного права, подпадают под это понятие. Конституционный конфликт определяется как «форма взаимодействия», «политический тип социальных конфликтов, представляющий собой разногласия», «противостояние в рамках политико-правового взаимодействия».⁹⁰⁵ Е.К. Звмотаев дает в одной из своих работ следующее определение конституционно-правового конфликта: «... конституционно-правовой спор можно определить как *разногласия, противоречия между участниками конституционно-правовых отношений*»⁹⁰⁶. М.Н. Москаленко в своей статье обозначает проблему конституционного конфликта, как крайне важную и недостаточно изучаемую:

⁹⁰⁴ Хасбулатов Р.И., Рыбкин И.П. Экономические аспекты войны в Чечне // [электронный ресурс] Полит.ру <http://polit.ru/article/2003/04/03/613850/> Дата обращения: 3.04.2019 г.

⁹⁰⁵ Никитина А.В. Типология конституционных конфликтов // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2016. № 1 (46). С. 69–78.

⁹⁰⁶ Замотаева Е.К. Конституционно-правовые споры // Конституционное и муниципальное право. 2004. № 5. С. 2-7.

«В теории конституционного права... не оспаривается тот факт, что конституционно-правовая сфера демонстрирует многообразие конституционных конфликтов. Так, например, «федеративные отношения, сталкивающиеся публичные и частные интересы, отношения между органами публичной власти в системе разделения властей и в системе «государство - местное самоуправление», взаимоотношения между государством (властью) и личностью буквально пронизаны противоречиями. Конечно, конфликтность изначально присуща всем общественным отношениям... Однако, в сфере общественных отношений, составляющих предмет конституционного права, такие конфликты проявляются наиболее остро...⁹⁰⁷». Таким образом мы можем видеть, что проблемам конституционных конфликтов, споров и кризисов имеет крайне важное значение, но при этом изучается учеными –конституционалистами недостаточно.

Необходимо пояснить понятие конфликта в праве. Из теории права известно, что правовые конфликты – вид конфликта социального, их протекание облечено в рамки правовых процедур. Юридический конфликт либо непосредственно связан с правовыми отношениями сторон и тогда представляет собой противоборство субъектов права с противоречивыми правовыми интересами, возникшее в связи с созданием, реализацией, применением, изменением, нарушением, толкованием права. Либо юридический конфликт (смешанные, переходные формы) – это противоборство, имеющее хотя бы один элемент (субъект, объект, субъективную сторону (психологический аспект) или объективную сторону (противодействия) юридического характера, при котором стороны либо третьи лица обязательно прибегают к необходимой юридической процедуре (юридизация конфликта), позволяющей в дальнейшем его завершение (приостановление, прекращение, а лучше разрешение) юридическим способом. Причины конфликта будут рассмотрены ниже. Таким образом мы можем видеть, что типология конституционного конфликта достаточно проста и в целом не требует особого углубления, в рамках конституционного права: конфликт в праве как предмет рассматривает юридическая конфликтология. Перейдём к причинам конституционных конфликтов и кризисов, а затем рассмотрим отечественную практику разрешения конституционных кризисов.

Таким образом, Конституционный кризис – остро проявляются конституционный конфликт, выражающийся в наличии противоречий между органами государственной власти, вне зависимости от уровня субъектов конфликта, несущий тяжёлые последствия для всей системы государственных органов. Приведу так же определение из статьи Жигачева Г. А.: «Конституционный кризис – это системный кризис всех основных сфер общественной жизни, проявляющийся в девальвации Конституции, резком расхождении ее с общественной практикой; функционировании социально-экономических,

⁹⁰⁷ Москаленко М.Н. Сущность и специфика конституционных конфликтов на современном этапе развития российского государства // Современный юрист. №3(12). 2016. С. 54-70.

политических, государственно-правовых институтов....»⁹⁰⁸. В связи с выше изложенным можно утверждать, что кризис есть острое выражение конфликта, и имеет в правовой теории различные, но в целом сходные по сущности определения. Понятие конституционного конфликта на данный момент требует, как уже ранее говорилось, внимательного изучения и рассмотрения для применения знаний об этом явлении в практике государственного устройства и юридической конфликтологии.

Теперь рассмотрим классификацию конституционных конфликтов. Необходимо это по ряду причин: во-первых классификация это один из общенаучных методов познания, позволяющий установить закономерности возникновения развития и протекания исследуемых нами явлений. Решение конфликтов, как правило, индивидуально и специфично, в связи с чем, автору представляется не совсем целесообразным использовать классификацию для определения способов решения конфликта. Во-вторых, классификация необходима для системного рассмотрения понятия кризиса и выявления именно не свойственных специфичных особенностей каждого отдельно взятого конфликта. Теперь же перейдём непосредственно к самой классификации. Основанное деление конституционных конфликтов по мнению А.Никитиной⁹⁰⁹, заключается в делении на политические и правовые, а так же смешанные формы. Далее, тот же автор указывает на деление конституционно-правовых конфликтов на конфликты, возникающие из: конституционно-правовых споров, а также возникающие из конституционно-правовых деликтов. Поэтому в связи с содержанием данной работы автор будет рассматривать правовые и политико-правовые конфликты.

Причинность конституционно-правовых кризисов весьма разнообразна, ведь, как и любой другой конфликт, конституционный имеет всегда более одной причины, но сводятся как правило к определённому перечню: по уровню возникновения (в рамках гос. устройства): 1. Федеральные (в федеральных органах государственной власти) пример: Конституционный кризис 21.09.-4.10. 1993г; 2.Между субъектом и федерацией. Пример: конфликт между федеральным правительством и Республикой Татарстан⁹¹⁰: итогом стало подписание отдельного ,продлеваемого до сих пор , договора между субъектом и федерацией; 3. Между субъектом и субъектом(Чечня и Ингушетия) По причинам возникновения или основным предпосылкам: Экономические (Татарстан); Политические (кризис сентября –октября 1993г.); Юридические (тот же пример); Идеологические (или национально-культурные, религиозные) (осетино-ингушский конфликт в рамках РФ);

⁹⁰⁸ Жигачев Г.А. Конституционный кризис как основной тип юридического конфликта // Вестник тамбовского университета. №8(88). Тамбов. 2010. С. 220-224.

⁹⁰⁹ Никитина А.В. Типология конституционных конфликтов // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2016. № 1 (46). С. 69–78.

⁹¹⁰ Договор от 15 февраля 1994 года Российской Федерации и республики Татарстан о разграничении предметов ведения и взаимном делегировании полномочий между органами государственной власти РФ и республики Татарстан.

Как уже ранее замечалось причины, во-первых, у каждого конфликта свои и их всегда много, а во-вторых, перечень их дать исчерпывающим не представляется возможным. Вот что пишет о причинах и классификации Е.К. Замотаев: « Многообразие конституционных норм и правоотношений позволяет вывести различные классификации конституционно-правовых конфликтов: образующиеся на основе материальных и процессуальных норм; по субъектному составу – противоборство ОГВС между собой и с органами МСУ, разногласия между государством, с одной стороны, и гражданами, их объединениями, предприятиями, учреждениями и организациями, – с другой; по порядку разрешения – споры, разрешаемые в судебном и во внесудебном порядке, которые, в свою очередь, можно разбить по конкретным процедурам...»⁹¹¹. Впрочем, необходимо заметить, что так же существуют конфликты между федерацией и гражданами иногда их называют конституционным спором или простым конфликтом, когда речь идёт о правах, свободах и обязанностях человека и гражданина. Разрешением таких конфликтов занят Конституционный Суд РФ.

Безусловно, вариантов и способов решения в каждом конфликте может быть достаточно много: так КС РФ, решая спор, выносят решение по индивидуальному делу, федеральное правительство и регион находят решение в изменении федеративного договора, а правительство при возникновении конституционного конфликта может быть растущего президентом (ст.83 пункт. в), Дума может быть распущена президентом (ст.84. Пункт. б), так же средством разрешения конфликта может быть прямое волеизъявления народа России посредством референдума (ст.84 пункт. в), назначенного президентом. Так же ст.85 конституции прямо указывает, что президент может использовать свои полномочия в целях разрешения противоречий между государственными органами. Дума же в праве пунктами б. и з. ст.103 соответственно: выносить вотум недоверия правительству и выдвигать обвинения против президента РФ для отречения его от должности. В соответствие со ст.107 конституции, президент имеет право наложить (не подписать) вето на федеральный закон, одобренный государственной думой. Отдельно необходимо отметить роль федеративного договора⁹¹² в вопросе разрешения конституционных конфликтов: данный документ позволил снять напряжение во взаимоотношениях между центром и субъектами РФ на момент принятия, обеспечив конституционно-правовую стабильность и единство для Российской федерации до принятия основного закона 12.12.1993 г. Не подписали данный документ Чечня и Татарстан, а многие положения федеративного договора вошли в Конституцию.

Таким образом можно утверждать, что в самой конституции РФ заложен ряд механизмов для предотвращения кризисов и конфликтов различного рода. Конституционный суд же является, как и президент, своего рода

⁹¹¹ Замотаева Е.К. Конституционно- правовые споры // Конституционное и муниципальное право. М. 2004. № 5. С. 2-7.

⁹¹² Договор о разграничении предметов ведения и полномочий между федеральными органами государственной власти Российской Федерации и органами власти суверенных республик в составе Российской Федерации (Москва, 31 марта 1992 г.)

гарантом конституционного строя через свои функции защищая основной закон обнаружения и государственный строй от неправомерных действий со стороны правительства и президента (исходя из независимости правосудия в Российской Федерации). Помимо выше изложенного можно обратить внимание на, не принятый на данный момент, федеральный конституционный закон «О конституционном собрании», необходимость принятия которого определена в ст.134-135 главы 9 конституции, конституционное собрание так же могло бы являться, теоретически, средством разрешения многих конституционных конфликтов.

В истории России за последние 30 лет было множество конституционных конфликтов: от конфликта между союзом и РСФСР до чеченского кризиса и присоединения Крыма федеральным собранием (хотя данный конфликт скорее международный, однако требует существенной конституционно-правовой оценки) и конфликта между Ингушетией и Чечней в течение второй половины 2018 года. Весь этот опыт, накопленный и полученный не просто так, а для продолжения развития государства, подчас окропленной кровью граждан должен быть осмыслен, проанализирован конституционно-правовой наукой изучен, для совершенствования конституционно-правовых механизмов противодействия кризисам и конфликтам. Должен быть принят ФКЗ «о конституционном собрании», а в него должны быть внедрены механизмы противодействия кризисам и конфликтам в обязательном порядке. Так же генеральная прокуратура, как четвертая ветвь власти могла бы быть средством разрешения конфликтов, неким третейским арбитром, в случае возникновения противоречий между президентом и правительством или правительством и федеральным собранием. Лишь скрупулезный и ответственный подход к данному вопросу позволит грамотно осмыслит опыт, полученной нашей страной в последние три десятилетия.

А.А. Лосич, студент СПбГЭУ

Виды киберпреступлений в сфере информации

На сегодняшний день информационные технологии занимают огромную часть нашей жизни. Во всех сферах общества проводится глобальная информатизация. Вся существующая на бумажных носителях информация переносится в цифровой формат. Финансы также не являются исключением. Этот процесс несет за собой множество положительных факторов, таких как: доступность и скорость с которой можно получить нужную информацию, компактность, структурированность, облегченный поиск этой самой информации. Однако информатизация несет за собой один огромный минус. Вследствие недостаточной защищенности информации наблюдается быстрый рост

злоумышленников, которые стремятся незаконно ей завладеть. В феврале 2018 года аналитики антивирусной компании McAfee подсчитали, что в 2017 году мировой ущерб от киберпреступлений составил около \$600 млрд или 0,8% от мирового ВВП, увеличившись примерно на 35% по сравнению с оценкой за 2014 год в \$445 млрд. Мы можем наблюдать финансовые потери на сотни миллиардов долларов. В настоящее время, в темной части интернета существуют целые организации, которые за определенную плату совершают кражи различной информации.

- Что я подразумеваю под термином “информация” в своей работе? Это могут быть:

1) Данные, которые имеют коммерческую или государственную тайну. Могут использоваться в различных политических махинациях, шпионаже, или же если речь идет о коммерческой тайне, для ведения недобросовестной конкуренции.

2) Доступ непосредственно к различным финансовым средствам. (Электронные деньги, криптовалюта, различные игровые артефакты, которые имеют реальную стоимость)

3) Личные данные пользователей. Могут использоваться в вышеперечисленных способах, также для шантажа.

-Почему так происходит?

Ответ на этот вопрос довольно прост. Злоумышленников практически невозможно поймать. Технологии развиваются слишком быстро и какие бы средства борьбы с киберпреступлениями не появлялись, преступники почти всегда придумывают как их обмануть и уйти незамеченными.

На сегодняшний день существует огромное множество способов кражи информации. Это могут быть: взлом компьютера с помощью вредоносных программ, взлом программного обеспечения, перехват текущей сетевой сессии и тд. Но многие из них уже не работают. Они пресечены путем различных информационных способов. Например, шифрования информации (для попытки перехвата сессии) или же различных аутентификаций (для попытки взлома личного аккаунта на каком-либо ресурсе.) Мобильная аутентификация, по почте и тд. Однако, хакеры не стоят на месте и придумывают, новые и новые способы совершения преступлений. Я опишу и структурирую самые актуальные на сегодняшний день виды киберпреступлений.

Преступления могут делиться на:

1) внутренние;

2) внешние;

3) продажа личных данных пользователей компаниями.

Внутренние преступления - утечки которые имеют инсайдерский фактор. Другими словами, это слив и распространение информации людьми, которые имеют к ней прямой доступ. Такие случаи делятся на два типа: Первый, сотрудник не имея доступа к информации смог незаконно ее получить, второй, сотрудник допущенный к секретным данным умышленно вынес их за пределы организации.

Следующий не менее простой способ получения несанкционированного доступа к источникам информации, это кража либо незаконная продажа носителей с засекреченными данными. Это могут быть телефоны, ноутбуки, планшеты, флешки, жесткие диски и тд.

Внешние преступления -это преступления совершенные хакерскими способами, через другое, удалённое устройство. На сегодняшний день самыми актуальными хакерскими преступлениями являются:

1) **Вредоносные программы (блэкдоры, трояны, вирусы-шифровальщики)** – позволяют злоумышленнику незаметно проникнуть в систему, похищать информацию через копирование, в зависимости от возможностей вируса управлять системой, либо полностью ее заблокировать или же совсем удалить ее (используется для вымогательства). Обычно такие вредоносные программы попадают в систему путем непроизвольного их скачивания через интернет или же путем заражения внешних носителей (например: флешка) Такие вирусы могут быть замаскированы под любой формат файла, даже в виде обычных изображений или музыкальных файлов.

2) **Mitm (Атака посредника)** - вид атаки в криптографии, когда злоумышленник тайно ретранслирует и при необходимости изменяет связь между двумя сторонами, которые считают, что они непосредственно общаются друг с другом. Является методом компрометации канала связи, при котором взломщик, подключившись к каналу между контрагентами, осуществляет вмешательство в протокол передачи, удаляя или искажая информацию. Простыми словами злоумышленник может вмешаться в канал связи и полностью изменить смысл посылаемых сообщений собеседников.

3) **Фишинг** – вид интернет-мошенничества, целью которого является получение доступа к компьютерным данным пользователей – логинам и паролям. Это достигается путём проведения массовых рассылок электронных писем от имени популярных брендов, а также личных сообщений внутри различных сервисов, например, от имени банков или внутри социальных сетей. В письме часто содержится прямая ссылка на сайт, внешне неотличимый от настоящего, либо на сайт с редиректом. После того как пользователь попадает на поддельную страницу, мошенники пытаются различными психологическими приёмами побудить пользователя ввести на поддельной странице свои логин и пароль, которые он использует для доступа к определённому сайту, что позволяет мошенникам получить доступ к аккаунтам и банковским счетам.

4) **Dns Rebinding** - была разработана для именованя машин в глобальной сети. Основной особенностью глобальной сети является распределенное администрирование, когда один администратор физически не может уследить за выделением имен. Поэтому Служба Доменных Имен функционирует на принципе делегирования полномочий. Простыми словами переходя по ссылке, система перенаправляет вас на другой зараженный сервер. Где злоумышленник может спокойно завладеть вашей личной информацией.

5) **Различные способы кражи доступа к информации с личными данными.** (Логин, пароль). Это могут быть

Прямой перебор: Перебор всех возможных сочетаний символов

Подбор по словарю: Перебор всех возможных существительных

Метод социальной инженерии: Основан на личных сведениях жертвы, дата рождения, имя, фамилия, увлечения

Следующий способ, который я хочу разобрать, стоит на стыке всех основных. Это **продажа личных данных пользователей компаниями**. Любой сайт при регистрации запрашивает личные данные о вашем аккаунте и сохраняет их. Также некоторые интернет ресурсы, нарушая законодательство, собирают данные о действиях своих пользователей на этих ресурсах. И впоследствии нелегально продают всю информацию третьим лицам. В современном мире мы можем наблюдать рост скандалов, связанных с этой темой. Эта проблема уже контролируется законодательством, например: Федеральный закон РФ от 27 июля 2006 года № 152-ФЗ «О персональных данных». Однако, компании нашли способ выхода из этой проблемы, предупреждая о возможности сбора и продажи личной информации клиентов в огромном пользовательском соглашении, которое почти никто не читает. Также, при отказе его принять, интернет ресурс просто блокирует доступ пользователю.

Проанализировав ситуацию с киберпреступлениями в России, я подобрал, на мой взгляд, оптимальный путь решения этой проблемы. Я назвал бы его старым русским выражением “Метод кнута и пряника” Для борьбы со всеми видами киберпреступлений предлагаю два пути. Это, принцип предупреждения преступления (наложение более тяжелых санкций за преступления, совершенные в информационном пространстве). И путь поощрения за поиск уязвимостей различных информационных ресурсов. Тогда преступнику будет проще легально продать способ, которым он хотел совершить преступление, чем лично пользоваться своим способом и рисковать свободой.

*П.А. Малодушева,
студентка юридического факультета СПбГЭУ*

Коллизии в конституционном праве Российской Федерации

В конституционном праве Российской Федерации существует довольно большое количество коллизий, которые значительно затрудняют быстрое и эффективное урегулирование правовых вопросов. Для полного понимания специфики юридических коллизий, необходимым является выяснение причин возникновения противоречий в конституционном праве Российской Федерации, определение видов коллизий. Также хотелось бы для наглядности и более четкого восприятия информации проиллюстрировать противоречия на конкретных примерах норм, которые содержат определенные нормативно-правовые акты, а

для достижения данной цели необходимо разобраться в особенностях определения коллизии в праве и проанализировать законодательство Российской Федерации.

Коллизия в праве представляет собой расхождения или противоречия между отдельными нормативно-правовыми актами, которые регулируют одинаковые либо смежные общественные отношения. Коллизия в праве может также выражаться в противоречии, которое возникает в процессе правоприменения и осуществления компетентными органами и должностными лицами своих полномочий. Одними из способов выражения коллизий в праве может быть противоречие между законодательствами разных стран, противоречие между нормами внутри одной правовой системы, в неправомерной деятельности государственных органов, также в противоречии между нормами национального права и международного права. Различия в правопонимании и в правовых взглядах также является одним из способов выражения юридической коллизии.

Коллизии в праве создают препятствия эффективной и продуктивной работе правовой системы, а также нормальному правовому регулированию. Также коллизии в некоторых случаях являются фактором, который ущемляет права граждан. Коллизии в праве влияют на уровень и состояние законности и правопорядка, оказывают непосредственное влияние на уровень правосознания и развитие правовой культуры общества, способствуют правовому нигилизму.

Выделяют два вида причин возникновения юридических коллизий: объективные и субъективные причины. Объективные причины – причины, которые зависят от динамики определенных правоотношений во времени, а также от их противоречивости и изменчивости.

Субъективные причины непосредственно связаны с деятельностью лиц. Субъективные причины возникновения коллизий в праве выражаются в отсутствии четкой границы между компетенциями законодательных органов, в воздействии извне на органы законодательной власти, в злоупотреблениях в праве, а также в недостаточно продуманном регулировании деятельности, связанной с нормотворчеством; деятельности законодателя, мотивированная целями достижения политических целей; непродуманность принимаемых нормативно-правовых актов; экономическое и социальное состояние общества.

Все коллизии в конституционном праве Российской Федерации можно разделить на несколько видов:

Коллизии между нормами Конституции РФ

Коллизии между нормами Конституции РФ и иными нормативно-правовыми актами

Коллизии между нормами Конституции РФ и нормами в указах Президента РФ, актах Правительства РФ.

Коллизии между нормами Конституции РФ и нормами нормативных правовых актов органов государственной власти субъектов РФ.

Коллизии между нормами международного права и нормами Конституции РФ

Для установления полного понимания коллизий в конституционном праве РФ, считаю необходимым привести конкретные примеры некоторых из вышеперечисленных видов коллизий.

Если проанализировать коллизии между нормами Конституции РФ, то можно выделить следующее противоречие: Статья 2 Конституции РФ закрепляет высшую ценность человека, его прав и свобод. В тоже время часть 3 статьи 55 Конституции РФ закрепляет возможное ограничение прав и свобод человека, если это будет сделано в интересах общества. Часть 1 статьи 29 Конституции РФ закрепляет свободу слова, а часть 3 статьи 55 допускает ограничение данной свободы, если это противоречит нормам морали и нравственности, которые, между прочим, весьма неточны и не установлены в законодательстве. Статья 3 Конституции РФ закрепляет суверенитет народа, а статья 56 Конституции РФ закрепляет за государством право введения чрезвычайного положения, в рамках которого могут ограничиваться права и свободы граждан, причем в довольно существенном объеме. Часть 1 статьи 34 закрепляет право на свободное занятие предпринимательской деятельностью, одновременно статья 37, обязывая работодателя создавать определенные условия труда наемных работников, непосредственно ограничивает свободу предпринимательской деятельности.

Часть 2 статьи 55 запрещает издавать законы, которые ущемляют или отменяют права и свободы человека. Однако ряд ФЗ ограничивают граждан в правах относительно общественных объединений и организации их деятельности (ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях» от 26 сентября 1997 г. ФЗ «Об общественных объединениях» от 12 мая 1995 г. и ФЗ «О политических партиях» от 11 июня 2001 г.)

Федеральный Закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» от 12 июня 2002 г. ограничивает избирательное право отдельного гражданина, путем установления критериев и оснований реализации избирательного права, хотя в статье 32 Конституции закреплен равный доступ.

Конечно, указы и постановления подлежат отмене в случае их несоответствия Конституции РФ, однако, процесс отмены таких актов довольно затруднителен, также в законодательстве не прописана какая-либо существенная ответственность Президента РФ или Правительства РФ за издание нормативных актов, которые противоречат Конституции РФ.

Указ Президента РФ «О полномочном представителе Президента РФ в федеральном округе» от 13 мая 2000 г. закрепляет разделение РФ на федеральные округа и введение института полномочных представителей Президента РФ в этих округах, что является фактором, влияющим на деятельность органов государственной власти, отчасти исключая их независимость. Так или иначе это приводит к значительному влиянию Президента на деятельность.

По данным министерства юстиции РФ, с 1993 по 1995 гг. в 19 из 21 республик РФ, были приняты конституционные акты, противоречащие Конституции РФ.

Статья 27 Конституции РФ, а также Закон РФ от 25 июня 1993 г. «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации» закрепляет право граждан на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации. В свою очередь закон Краснодарского края от 11 апреля 2002 г. «О пребывании и жительстве на территории Краснодарского края» установил порядок регистрации по месту пребывания и месту жительства, который отличался от порядка, установленного законодательством.

В случае принятия субъектов РФ закона, который заведомо противоречит Конституции РФ, нарушает границы компетенции, вторгается в сферу федерального ведения.

Одними из самых важных коллизий в конституционном праве РФ являются коллизии между нормами Конституции РФ и нормами международного права, так как они являются источниками национального права РФ и обладают прямым действием.

В международном праве закреплена недопустимость дискриминации кого-либо и последующего ущемления прав, связанного с данной дискриминации, в свою очередь, часть 1 статьи 9 Конституции РФ устанавливает возможность ущемления прав представителей некоренных национальностей, которые проживают на этой территории субъекта РФ.

Часть 3 статьи 56 Конституции РФ не содержит норм содержания в подневольном состоянии, лишения свободы за нарушение договорных обязательств, которые указаны в перечне прав и свобод, которые нельзя ограничить в условиях чрезвычайного положения в статье 4 Пакта о гражданских и политических правах.

Несмотря на большое количество коллизий в конституционном праве РФ, большинство из коллизий вполне успешно разрешаются. Можно выделить 6 основных путей разрешения противоречий, которые позволяют устранить появления коллизий в праве, а также устранение уже существующих юридических противоречий: толкование, принятие нового нормативного акта, отмена старого нормативного акта, изменение или уточнение норм действующего нормативного акта, систематизация законодательства, конституционное правосудие.

Таким образом, коллизии в праве нарушают эффективность работы правовой системы и правового регулирования, могут приводить к ущемлению прав и свобод граждан, однако, коллизии в праве также способствуют процессу усовершенствования законодательства, что, несомненно, является положительной чертой.

*А.С. Михасёв, бакалавр юриспруденции,
студент Института магистратуры СПбГЭУ*

**Проблемы учета мнения родителя, проживающего отдельно,
при смене фамилии ребенка по заявлению совместно проживающего
с ребенком родителя в случае раздельного проживания родителей**

Право на имя у ребенка проистекает из идеи, что каждый человек в своем естестве имеет право носить личное имя. Противоположностью ей выступают идеи предоставления порядковых номеров, клеймение, отсутствие имени. Право на имя означает также и то, что все граждане государства имеют личные имена без титулов, фамильных приставок. Последнее, в свою очередь, подкрепляется тем, что никакие особые и привилегированные права не могут быть предоставлены в зависимости от фамилии. Фамилия может быть охарактеризована как юридически значимая запись в реестре записей актов гражданского состояния, являющаяся частью полного имени. Ребенок имеет право на имя с момента рождения, а не с момента половой зрелости, религиозного обряда или зачатия. Для гарантии этого права именно государство присваивает ребенку имя, фамилию и отчество. Право родителей на имя ребенка носит субсидиарный характер по отношению к компетенции государства по присваиванию имен гражданам, и не может выливаться в право родителей назвать ребенка в абсолютно любой, в том числе бранной, оскорбительной, цифровой форме. В этом состоит правовая гарантия права ребенка на имя, препятствующая злоупотреблению правом на определение имени, в том числе фамилии ребенка, со стороны родителя или родителей. Государство в целях обеспечения публичного порядка, определяет порядок надления фамилией ребенка по фамилии одного из родителей или фамилией обоих родителей по их соглашению.

В жизни бывают ситуации, когда родители проживают раздельно, при этом ребенок проживает с одним из них. Данные ситуации могут быть осложнены тем, что родитель и проживающий с ним ребенок носят разные фамилии, например, ребенок проживает с матерью, но носит фамилию отца. В таком случае, родитель, проживающий с ребенком, имеет право требовать разрешения на смену фамилии ребенка в органе опеки и попечительства (далее – орган опеки). Рассмотрение требования родителя по изменению фамилии совместно проживающего ребенка при раздельном проживании родителей является вопросом, разрешаемым органом местного самоуправления, и не относится к ведению органов государственной власти. Орган опеки не изменяет фамилию ребенка непосредственно, а выдает разрешение на смену фамилии, которое является частью сложного юридического состава по возникновению правомочия государства по внесению изменений в свидетельство о рождении. Разрешение на смену фамилии дополняет собой необходимое количество юридических фактов, при которых государство в лице органа ЗАГСа вносит изменение в свидетельство о рождении ребенка.

Выдача разрешения органом опеки, который является органом муниципального уровня, является актом применения права и опосредуется административным регламентом государственной услуги, создает новый юридический факт – наличие разрешения на смену фамилии ребенка. Разрешение на выдачу фамилии ребенка действует с момента получения любым из родителей юридически значимого экземпляра разрешения на изменение фамилии. Одновременно родитель или родители наделяются субъективным правом сменить фамилию ребенка, государственным принуждением в виде противостоящей праву обязанности органа ЗАГС внести изменения в свидетельство о рождении ребенка. Разрешение на изменение фамилии может быть также рассмотрено с точки зрения выдачи дозволения на применение права органу государственной власти (ЗАГС) от органа местного самоуправления. Внесение органом ЗАГС записи в свидетельство о рождении входит в компетенцию территориального органа ЗАГС по месту выдачи свидетельства о рождении ребенка.

Сама выдача разрешения входит в компетенцию муниципального образования по месту жительства ребенка в лице органа опеки и попечительства. В силу этого, безусловно, выдача разрешения или отказа в выдаче разрешения на смену фамилии ребенка является одновременно и правом, и обязанностью органа опеки и попечительства. Разрешение вопроса о выдаче разрешения на изменение фамилии зависит от рассмотрения органом опеки и попечительства совокупности юридически значимых обстоятельств и юридических фактов, лежащих в основании и предмете обращения. Среди них: регистрация по месту жительства, родство с ребенком, характер общения с родителями. В основании обращения должно лежать либо совместное заявление обоих родителей в орган опеки на присвоение фамилии одного из них. В случае раздельного проживания родителей смена фамилии ребенка может быть произведена на фамилию родителя, совместно проживающего с ребенком с разрешения органа опеки исходя из интересов ребенка.

Сто лет назад разрешение вопроса о допустимости изменения фамилии ребенка при раздельном проживании кодексом законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве, принятым ВЦИК 16.09.1918 в ст. 146 было отнесено к ведению судебной власти: «при прекращении брака разводом или при признании его недействительным от соглашения родителей зависит определить, какой из трех фамилий, упомянутых в ст. 100, будут именоваться дети. При отсутствии соглашения родителей, фамилию детей определяет единолично местный судья, а при споре сторон - коллегиально местный суд»⁹¹³. В дальнейшем норма совершенствовалась, и разрешение спора было отнесено к ведению органов опеки и попечительства, абз.3 ст.34 Постановления ВЦИК от 19.11.1926 "О введении в действие Кодекса законов о браке, семье и опеке" содержал следующую норму: «В случае если родитель, у которого ребенок остался после развода на воспитании, желает присвоить ему свою

⁹¹³ СУ РСФСР. 1918. № 76–77. Ст.818.

фамилию, органы опеки и попечительства разрешают вопрос в зависимости от интересов ребенка»⁹¹⁴. В ст. 51 Кодекса о браке и семье РСФСР от 30 июля 1969 г. содержалась аналогичная норма, представляющая собой творческое развитие предшествующего нормативного регулирования: «Если родитель, у которого ребенок остался проживать после прекращения брака или признания брака недействительным, желает присвоить ему свою фамилию, орган опеки и попечительства, исходя из интересов ребенка, вправе разрешить изменение фамилии несовершеннолетнего»⁹¹⁵.

В рамках современного правопорядка действует правило п.2 ст. 59 СК РФ⁹¹⁶, согласно которому «Если родители проживают раздельно и родитель, с которым проживает ребенок, желает присвоить ему свою фамилию, орган опеки и попечительства разрешает этот вопрос в зависимости от интересов ребенка и с учетом мнения другого родителя. Учет мнения родителя не обязателен при невозможности установления его места нахождения, лишении его родительских прав, признании недееспособным, а также в случаях уклонения родителя без уважительных причин от воспитания и содержания ребенка». Анализ данной нормы свидетельствует о том, что, во-первых, для изменения фамилии ребенка не обязательно прекращение брака между родителями, а во-вторых, изменение фамилии происходит с учетом мнения раздельно проживающего родителя. Осуществление прав родителя на постановку перед органом опеки вопроса об изменении фамилии ребенка не зависит теперь от осуществления его супружеских прав на развод.

Правило об учете мнения продиктовано принципом равенства родителей при осуществлении родительских прав и совместного воспитания детей. Безусловно, отдельно проживающий родитель должен иметь право на выражение мнения, но из-за головотяпства и талмудизма на местах такому мнению зачастую придается предписывающий для выдачи разрешения характер. Недобросовестные органы опеки требуют для изменения фамилии обязательное согласие отдельно проживающего родителя. Норма, призванная обеспечить равенство рассмотрения мнения родителей, на практике исказилась до юридического препятствия на пути обеспечения права ребенка на имя, органы опеки самоустраиваются от выдачи разрешения на изменение фамилии ребенка, если отдельно проживающий родитель против. В нормативной плоскости это выражается в том, что в административных регламентах, посредством которых оказывается государственная услуга по выдаче разрешения, не предписаны действия аппарата органа опеки по выдаче такого разрешения без согласия другого родителя (например, Приложение к постановлению местной администрации МО Правобережный от 19 декабря 2012 г. № 477⁹¹⁷).

⁹¹⁴ СУ РСФСР. 1926, № 82. Ст. 612.

⁹¹⁵ Ведомости ВС РСФСР. 1969. № 32. Ст. 1397.

⁹¹⁶ Российская газета. 1996. № 17.

⁹¹⁷ Регламент по предоставлению местной администрацией внутригородского муниципального образования Санкт-Петербурга муниципальный округ Правобережный, осуществляю-

Для выдачи разрешения на изменение фамилии ребенка административные регламенты требуют согласие, иначе в предоставлении услуги должно быть отказано, несмотря на явные интересы ребенка носить фамилию родителя, с ним проживающего. Норма, призванная служить интересам обоих родителей, в ее творческом развитии на практике препятствует реализации интересов детей в ситуациях, когда отдельно проживающий родитель возражает против изменения фамилии, административные регламенты, аппарат органов опеки часто не считает нужным выходить за пределы административных регламентов, подходит к вопросу формально, запрашивая согласие отдельно проживающего родителя, чем нивелирует норму права п.2 ст. 59 СК РФ.

Вопрос о юридической значимости учета мнения родителя неоднократно поднимался в отечественной доктрине. Как указано в монографии М.В. Громоздиной: «согласие родителя, проживающего отдельно, на изменение имени и фамилии несовершеннолетнего не требуется, поскольку учет мнения не означает, что этому мнению придается юридическое значение»⁹¹⁸. Следует согласиться, что быть предписывающим для вынесения акта применения в форме разрешения на изменение фамилии ребенка, безусловно, мнение отдельно проживающего родителя, не может.

Как указано в постатейном комментарии к Семейному кодексу «Орган опеки и попечительства не вправе отказать матери в вопросе изменения фамилии, за исключением тех случаев, когда это противоречит интересам ребенка (например, чрезвычайно неблагозвучная фамилия)»⁹¹⁹. Это очень правильное важное замечание, поскольку ввиду того, что выдача разрешения на изменение фамилии составляет не правоспособность органа опеки, а его компетенцию, права органа опеки одновременно являются его обязанностями, соответственно, в случаях, когда орган опеки, рассматривая обстоятельства лежащие в основе обращения за изменением фамилии, приходит к выводу о том, что выдача разрешения на изменение фамилии будет отвечать интересам ребенка, он обязан это сделать.

Как указано в ином комментарии к Семейному кодексу Российской Федерации: «Следует подчеркнуть, что для органа опеки и попечительства важен учет мнения родителя, отдельно проживающего от ребенка, а не его со-

шей отдельные государственные полномочия Санкт-Петербурга по организации и осуществлению деятельности по опеке и попечительству, назначению и выплате денежных средств на содержание детей, находящихся под опекой или попечительством, и денежных средств на содержание детей, переданных на воспитание в приемные семьи, в Санкт-Петербурге, государственной услуги по выдаче органом опеки и попечительства разрешения на изменение имени и фамилии ребенка // URL: <http://mo57.ru/wp-content/uploads/2016/02/218-izmenenie-imeni-novuj.docx>.

⁹¹⁸ Громоздина М.В. Осуществление родительских прав при раздельном проживании родителей по законодательству Российской Федерации: монография // СПС КонсультантПлюс. 2012.

⁹¹⁹ Постатейный Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации, Федеральному закону "Об опеке и попечительстве" и Федеральному закону "Об актах гражданского состояния" / под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2012.

гласие, поскольку при решении вопроса о присвоении ребенку фамилии родителя, совместно проживающего с ним, он будет исходить исключительно из интересов самого ребенка»⁹²⁰. Примат интересов ребенка очень важен для разрешения вопроса о выдаче разрешения или отказе от выдачи такого разрешения. Прошлые семейные кодексы прямо предписывали органу опеки изменить фамилию, не учитывая чье-либо мнение, если того требовали интересы ребенка, в этом проявлялась руководящая роль социалистического государства в вопросах семейной жизни. Искаженная практика применения современного п.2 ст.59 СК РФ показала верность такого подхода.

Таким образом, позиция приведенной выше правовой доктрины состоит в том, что учет мнения родителя на основании п.2 ст. 59 СК РФ означает необходимость органу и опеки принять во внимание мнение проживающего отдельно родителя, но не означает необходимость получения его юридического согласия на смену фамилии. Таким образом, даже учитывая несогласие проживающего отдельно родителя, орган опеки в праве изменить фамилию ребенка.

В доктрине критериями допустимости изменения фамилии наряду с совместным проживанием выделяют: «благозвучность, сочетаемость имени и фамилии ребенка, соответствие имени и фамилии национальности родителей или приверженность национальным обычаям и традициям, дань памяти одного из предков, например отца или матери (бабушки, дедушки и т.д.) родителей ребенка».⁹²¹ Это является очень важным, потому что, как правило, такие личностные моменты являются определяющими для обеспечения человеческого достоинства ребенка, которое проявляется через носимую ребенком фамилию, и заключается, в том числе, в соответствии внешних признаков имени внутреннему миру и самоощущению ребенка, восприятию другими лицами ребенка таковым, каким он является.

Интерес ребенка, как видится, в смене фамилии заключается, а том, что, а) наличие тождественной фамилии с совместно проживающим родителем будет способствовать его лучшей социализации как вне семьи, так и внутри семьи; б) наличие тождественной с совместно проживающим родителем фамилии, соответствующей духовно-культурному воспитанию ребенка, будет способствовать его национальной самоидентификации; в) наличие тождественной с совместно проживающим родителем фамилии избавит его и мать от необходимости постоянно подтверждать их родство перед неопределенным кругом лиц.

У неопределенного круга лиц, взаимодействующих с ребенком и его родителем, проживающим совместно, могут возникнуть сомнения в их родстве в силу разности фамилии. Такие сомнения в родстве могут навредить

⁹²⁰ Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации (постатейный) / отв. ред. О.Н. Низамиева. М.: Проспект, 2010.

⁹²¹ Король И.Г. Личные неимущественные права ребенка по семейному праву Российской Федерации: научно-практическое пособие. Москва: Проспект, 2010.

интересам ребенка, подвергнуть его состоянию стресса, затруднить реализацию его прав, а также потребовать дополнительного доказательства родства, помимо обычного тождества фамилии, что может ущемить человеческое достоинство ребенка.

У неопределенного круга лиц, взаимодействующих с ребенком, в некоторых случаях может иметь место быть неверное представление о том, что фамилия совместно проживающего родителя тождественна фамилии ребенка, так как в соответствии с обычаями фамилии матери и ребенка тождественны. Такое заблуждение относительно разности фамилии может проявить себя в ситуациях, не требующих отлагательства и оставить без реализации интересы ребенка (катастрофа, неотложная помощь). Такое заблуждение относительно разности фамилии может способствовать совершению правонарушений в отношении ребенка, быть угрозой безопасности ребенка.

Интерес ребенка носить фамилию родителя, с которым проживает и в чьих традициях воспитывается при национальной разнице фамилий родителей заключается в том, что при изменении фамилии ребенок будет ощущать себя частью той нации, которую он составляет, что благоприятно скажется на ощущении национальной самоидентичности. Интерес неопределенного круга лиц в этой части связан с возможностью при взгляде на фамилию идентифицировать ребенка как представителя той или иной нации, той или иной конфессии.

Полагаю, что в соответствии со сложившимися в обществе обычаями и в интересах общественного порядка, ребенок имеет право и должен иметь фамилию, тождественную с фамилией родителя, с которым он проживает при раздельном проживании родителей. Данный обычай связан с тем, что родитель является законным представителем ребенка и должен иметь возможность беспрепятственной демонстрации родства для представления и защиты интересов ребенка, а также с тем, чтобы любое заинтересованное лицо могло быстро удостовериться в их родстве без необходимости испрашивать дополнительные документы в случаях на то необходимости.

Нельзя не отметить то обстоятельство, что психологический комфорт ребенка и качество его жизни выше при проживании в семье, члены которой носят сходную фамилию: в случае раздельного проживания родителей, когда родитель проживающий отдельно проводит с ребенком существенно меньше времени, чем родитель проживающий. Орган опеки и попечительства имеет право разрешить изменение фамилии ребенка даже в случае отрицательного мнения проживающего отдельно родителя на этот счет, так как оно не является юридически значимым. Обычай как источник права применим в семейных правоотношениях на основании системного толкования ст. 4 СК РФ и ч.1 ст.5 ГК РФ.

Юридическая категория «учет мнения» является общеправовой и указывает на рекомендательный, консультативный характер такого учета мнения, а не регулятивный и не предписывающий. Таковыми являются, напри-

мер, ст.28 №131-ФЗ от 06.10.2003 "Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации"⁹²², ст. 24 ГРК⁹²³ – учет мнения публичных слушаний, ст. 82 ТК РФ⁹²⁴ – учет мнения профсоюза при увольнении работника, ч.3 ст. 46 №1-ФКЗ «Об арбитражных судах»⁹²⁵ - учет мнения Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации при определении расходов на содержание нижестоящих судов.

В заключение хочется отметить избыточность положения п.2 ст. 59 СК РФ о необходимости учета мнения родителя. Во-первых, такое мнение не является предписывающим, и в соответствии с принципом юридико-технической экономии, нахождение юридически значимого обстоятельства учета не предписывающего мнения в норме права излишне. Во-вторых, на местах норма об учете мнения отдельно проживающего родителя исказилась и ошибочно понимается как «с согласия отдельно проживающего родителя»: в административных регламентах зачастую нет положений, позволяющих совместно проживающему родителю и органу опеки выдать разрешение без согласия отдельно проживающего родителя. В-третьих, ввиду такого искажения буквы и духа закона на местах, содержание в норме права положений об учете мнения родителя, служит юридическим препятствием для выдачи разрешения и защите прав и интересов ребенка. В-четвертых, так как права органа опеки одновременно являются его обязанностями, содержание определенной размытой доли диспозитивности по отношению к разрешению вопроса о выдаче разрешения органом опеки не является верным, поскольку орган опеки должен действовать на благо ребенка в соответствии с предписаниями, в рассматриваемой же ситуации, орган опеки сославшись на несогласие другого родителя может самоустраниться от разрешения вопроса по существу и «отписать», что не разрешают покуда другой родитель не согласен. В-пятых, отсутствие в административных регламентах процедуры смены фамилии при несогласии другого родителя препятствует обращению заявителя за государственной услугой в силу того, что у него видители отсутствует комплект документов необходимый для начала осуществления государственной услуги, регламент которой ввиду искажения нормы права на местах, предполагает обязательное наличие согласия другого родителя.

Судебная практика исходит из той позиции, что орган опеки обязан учитывать материальные условия лежащие в основе обращения за изменением фамилии, учитывать мнение отдельно проживающего родителя, и при наличии оснований, разрешать изменение фамилии. Суды в большинстве своём соглашались с решением органа опеки и попечительства, вне зависимости от его содержания. Так, Апелляционным определением Свердловского областного суда от 29.03.2018 по делу N 33-5438/2018 истице отказано в признании незаконным отказа в выдаче разрешения на изменение фамилию в силу того, что

⁹²² СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

⁹²³ Парламентская газета. 2005. № 5-6.

⁹²⁴ Российская газета. 2001. № 256.

⁹²⁵ СЗ РФ. 1995. № 18. Ст. 1.

«обращаясь с заявлением в Управление о выдаче разрешения на изменение фамилии ребенка, С. действовала не в интересах ребенка, а исходила из своих собственных интересов, поскольку какие-либо доказательства, подтверждающие наличие у истца либо ребенка (в деле ребенка-инвалида) трудностей правового, организационного и иного характера, связанных с наличием у ребенка фамилии, отличной от фамилии матери, в материалах дела отсутствуют... с требованием о лишении Т.А. родительских прав в отношении сына в связи с уклонением от выполнения своих родительских обязанностей С. в установленном порядке не обращалась, а сам по себе факт наличия задолженности по уплате алиментов допустимым и достаточным доказательством уклонения от исполнения обязанностей по содержанию и воспитанию ребенка не является... учитывая, что выдача органом опеки и попечительства разрешения на изменение фамилии ребенка на фамилию другого родителя является правом, а не обязанностью этого органа, учитывая, что оспариваемое решение органа местного самоуправления принято в интересах несовершеннолетнего ребенка, не противоречит требованиям действующего законодательства, права и законные интересы истца не нарушает»⁹²⁶, схожие формулировки содержатся в Апелляционном определении Московского городского суда от 08.09.2016 по делу N 33-35139/2016. Слабой позиций данной формулировки являются следующие моменты: 1) необязательно иметь какие-либо трудности правового и организационного характера для того что бы изменение фамилии соответствовало интересам ребенка, поскольку речь идёт не о защите права путем выдаче разрешения, а о реализации права ребёнка на ношение фамилии совместно проживающего родителя; 2) лишение родительских прав не является безусловным основанием, лежащим в основе изменения фамилии ребёнка, такое требование обусловлено искажённым пониманием гипотезы п.2 ст.59 СК РФ; 3) права и законные интересы совместно проживающего родителя не нарушаются, однако в правовом основании заявления о выдаче разрешения на изменение лежит не интересы родителя, а права и интересы ребёнка, указание суда на отсутствие нарушения прав родителя лишено смысла.

Другими основанием для отказа в признании незаконным отказа органа опеки и попечительства об отказе в разрешении изменения фамилии несовершеннолетнего являются: 1) нарушение процедуры обращения за государственной услугой (неполный комплект документов), 2) невозможность суда разрешать вопрос, отнесённый к ведению органов опеки и попечительства (фактически – самоустранение суда от защиты гражданских прав). Иллюстрацией данных оснований является следующая выдержка: «из материалов дела следует, что <данные изъяты> г. И.К. обращалась в орган опеки и попечительства с просьбой об изменении фамилии ребенка без согласия второго родителя. Письмом от <данные изъяты> г. ей сообщено о недостаточности документов для разрешения данного вопроса и предложено представить дополнительные

⁹²⁶ Апелляционное определение Московского городского суда от 08.09.2016 по делу N 33-35139/2016.

документы, в частности, решение суда о лишении родительских прав отца ребенка или решение суда о признании отца ребенка уклоняющимся без уважительных причин от воспитания и содержания своего ребенка или справку о розыске отца несовершеннолетней. При таких обстоятельствах у суда отсутствовали правовые основания для удовлетворения иска в пределах заявленных ею требований, т.к. изменив фамилию ребенка, суд фактически превысил свои полномочия, поскольку принятие такого решения относится исключительно к компетенции органа опеки и попечительства»⁹²⁷. Такие основания нельзя признать правомерными, поскольку в силу отсутствия должного регулирования в регламентах, заявители фактически лишены возможности реализовать права ребёнка, а также потому что любые действия органов местного самоуправления могут быть обжалованы в суд, что предполагает рассмотрение судом не только формальных оснований вынесения решения, но и исследование материальных условий, лежащих в основе требования о выдаче разрешения на изменение фамилии ребёнка. Такое самоустранение суда от исполнения своей функции нельзя признать законным, в виду его содержательного противоречия ч.2 ст. 46 конституции РФ.

При этом, в случаях, когда орган опеки и попечительства учитывал мнение отдельно проживающего родителя, но пришёл к выводу о соответствии изменения фамилии интересам ребенка, суда зачастую оставляют требования отдельно проживающего родителя о признании акта о выдаче разрешения незаконным. В судебных решениях такой подход выражается следующим образом: «Разрешая спор, суд руководствовался положениями ст. ст. 246 254, 255, 257, 258 ГПК РФ и исходил из того, что С.Г. присутствовал на заседании Совета опеки и попечительства от 05.12.2008 г., выразил свое мнение; решение принято в пределах компетенции Совета, в соответствии с требованиями СК РФ и является законным. Кроме того, суд учел, что брак между С.Г. и П.Н. расторгнут, ребенок проживает совместно с матерью, а изменение ребенку фамилии с "С.А." на "П.А." соответствует интересам ребенка».⁹²⁸

В судебной практике имеют место быть случаи, когда суды отказывают совместно проживающему родителю в признании незаконным отказа органа опеки, вынесенного на основании неверных административных регламентов, искажающим норму права п.2 ст.59 СК РФ. Вопиющим является следующий абзац: «На основании изложенного, суд находит обжалуемый отказ администрации *** от 23.05.2017г. законным и обоснованным, соответствующий требованиям ч.2 ст.59 СК РФ и положениям Административного регламента предоставления государственной услуги... отсутствовало согласие отца ребенка, как и документы, подтверждающие отсутствие второго родителя или уклонение его без уважительных причин от воспитания

⁹²⁷ Постановление Президиума Московского областного суда от 08.02.2017 по делу N 44Г-39/2017.

⁹²⁸ Определение Московского городского суда от 30.06.2010 N 4г/3-5558.

и содержания ребенка».⁹²⁹ Суд, увидев противоречия между положениями административного регламента о согласии и требованиями закона об учёте мнения должен был руководствоваться законом, а не административным регламентом, умаляющим гарантии прав ребёнка.

Еще более вопиющим выглядит следующий текст судебного акта, признавшего законным отказ в выдаче разрешения на изменение фамилии: «Распоряжениями административного ответчика от <Дата обезличена><Номер обезличен>/мр-и, <Номер обезличен>/мр-и Н.А.П. отказано в выдаче разрешения на изменение имени и фамилии ребенку в связи с отсутствием возможности учесть мнение отца ребенка... Как следует из ответа ОАСР УВМ ГУ МВД России по Иркутской области от <Дата обезличена> К.А.Х. был зарегистрирован по месту жительства по адресу: <адрес обезличен>, <Дата обезличена> снят с регистрационного учета в связи с убытием по адресу: <адрес обезличен>, <адрес обезличен>... При этом принятые решения не лишает Н.А.П. обратиться в Министерство социального развития, опеки и попечительства Иркутской области № 1 повторно с заявлениями о выдаче разрешения на изменение имени и фамилии ребенка с соблюдением требований ст. 59 СК РФ, а равно не лишает возможности получить согласие отца ребенка - К.А.Х. на изменение имени и фамилии ребенка».⁹³⁰ Суд не принимает во внимание то обстоятельство, что отец может вообще отказаться выражать мнение каким-либо образом, что в соответствии с формальными требованиями административных регламентов начисто пресекает возможность реализации ребёнком права на ношение фамилии совместно проживающего родителя.

Для того что бы обойти такое положение дел, когда права ребёнка путем оспаривания решения органа опеки об отказе в выдаче разрешения защитить невозможно, на практике, совместно проживающий родитель в качестве законного представителя ребёнка подает иск от имени ребёнка об изменении фамилии ребёнка к отдельно проживающему родителю об изменении фамилии. При такой ситуации есть примеры положительной судебной практики, в отличие от оспаривания отказов органов опеки, по крайней мере, автору не удалось найти решений судов, где бы решение органа опеки об отказе было признано незаконным. Примером формулировки оснований принятого таким путём решения является следующий текст: «Из материалов дела усматривается, что при посещении школы, секций и иных учреждений, ребенок испытывает психологический дискомфорт, что и послужило основанием для обращения матери ребенка с заявлением об изменении фамилии сыну. Материалами дела также подтверждено, что отец жизнью ребенка не интересуется, воспитанием не занимается. Как следует из сведений, предоставленных УФМС России по <адрес>, ФИОЗ, дата года рождения, дата выбыл с места регистрации по адресу: <адрес> При обращении в Отдел ЗАГС по <адрес> законному представителю истца отказали в перемене

⁹²⁹ Решение Ленинского районного суда Тамбовской области по делу № 2А-2119/2017 2А-2119/2017-М-1760/2017 М-1760/2017 от 16 августа 2017 г. по делу № 2А-2119/2017.

⁹³⁰ Решение Свердловского районного суда города Иркутска от 29 ноября 2016 г. по делу № 2А-5618/2016.

ФИО1 фамилии на «ФИО2» (ответ начальника Отдела от дата №). При таких обстоятельствах, суд приходит к выводу о том, что смена фамилии истца возможна, так как осуществляется исходя из интересов несовершеннолетнего».⁹³¹

С моей точки зрения такие требования являются обходом закона, но не с противоправной целью, таким образом, не являются злоупотреблением правом на обращение в суд. Дело в том, что полномочным органом, к компетенции которого законом отнесено разрешение вопроса о допустимости смены фамилии несовершеннолетнего является орган опеки, а не суд. Суды при таком подходе оперируют положениями ст. 69 ФЗ «об органах ЗАГС», согласно которой при наличии спора между заинтересованными лицами внесение исправлений и изменений в записи актов гражданского состояния производится на основании решения суда.⁹³² Однако, данная отсылка не является уместной, поскольку спор о допустимости изменения фамилии ребёнка протекает не по поводу внесения изменений в акт гражданского состояния как таковых, а по поводу выдачи разрешения органа опеки, которое согласно закону является единственным юридическим фактом, опосредующим внесение изменения в запись ребёнка об имени. Тем не менее, следует констатировать, что в ответ на искажение буквы и духа на местах в административных регламентах муниципальных образований, ст. 69 ФЗ «об АГС» подверглась расширительному толкованию, поскольку только такое толкование в сложившейся практике, является единственным ключом для защиты права ребёнка иметь фамилию совместно проживающего с ним родителя. Судьи, как думается, осознавая это, действуют руководствуясь принципу свободы судейского усмотрения, осуществляя руководство процессом и вынося решения на основе того толкования, которые они сами для себя допускают исходя из их собственного правосознания.

Таким образом, законодатель ошибочно ввел норму об учете мнения отдельно проживающего родителя, ставшую проводником волюнтаризма и безответственности органов опеки, железным поводом к отказу в защите прав ребенка. Законодателю следует вернуться к норме ранее действующего СК в части учета мнения, т.е. исключить положение об учете мнения родителя, изложив п.2 ст. 59 СК РФ в следующей редакции: «Если родители проживают раздельно и родитель, с которым проживает ребенок, желает присвоить ему свою фамилию, орган опеки и попечительства разрешает этот вопрос в зависимости от интересов ребенка». Таким образом сохранится положительное противопоставление статуса супруга и родителя, но будет исключена искажаемая на местах норма об учете мнения.

До принятия вышеуказанных изменений в СК РФ, следует внести изменения в административные регламенты муниципальных образований включив ситуации, когда отдельно проживающий родитель не согласен с изменением фамилии ребенка, а также ситуации, когда отдельно проживающий родитель не же-

⁹³¹ Решение Фрунзенского районного суда города Владивостока т 23 ноября 2016 г. по делу № 2-7651/2016.

⁹³² Решение Брасовского районного суда Брянской области от 11 сентября 2018 г. по делу № 2-419/2018.

ляет выражать своего мнения в юридически значимой форме, сделав частью процедуры по оказанию государственной услуги письменное истребование мнения в срок 1 месяц по адресу регистрации отдельно проживающего родителя письмом и телеграммой в случае обращения в орган опеки совместно проживающего родителя за выдачей разрешения. Полагается, что наилучшим механизмом внесения изменения в административные регламенты муниципальных образований в масштабе всей страны будет являться т.н. «телефонное право».

Автор работы сталкивался на практике с выдачей разрешения на изменение фамилии ребёнка при раздельном проживании родителей и рекомендует следующие действия: а) подавать заявление не через МФЦ, а напрямую в орган опеки, указывая в заявлении о необходимости учёта мнения, а не о согласии, б) в случае отказа в приёме, например по «некомплектности документов», либо иных препятствий, явиться на приём к главе муниципального образования или курирующему орган опеки заместителю, указав на особенности данной категории дел и категории «учёт мнения», попросив его «взять обращение на личный контроль», в) если известен адрес отдельно проживающего родителя, следует обговорить с сотрудниками органа опеки возможность отправления заказным письмом, от имени органа опеки, предложения выразить мнение на изменение фамилии, а также направить схожее обращение от своего лица.

Д.А. Павлова, студентка магистратуры СПбГЭУ

Понятие и признаки бестелесного имущества

Определение понятия бестелесной вещи зародилось в классический период становления римского права (середина III века до н. э. – конец III века н. э.). Так, согласно Цицерону⁹³³, вещи разделились на те, которые существуют (лат. *res, quae sunt*), проводя аналогию с видимыми вещами, и на вещи, которые мыслятся разумом (лат. *res quae intelleguntur*), представляя тем самым абстрактные понятия.

Гай, также подразделял вещи на телесные, которые можно осязать (лат. *corporales, quae tangi possunt*) и бестелесные (лат. *incorporales, quae tangi non possunt*), к которым невозможно прикоснуться. В первом случае Гай под телесными вещами понимает такие вещи, как земля, одежда, золото и серебро, в то время как бестелесными вещами выступают права наследования, usufruct и иные заключенные между людьми обязательства⁹³⁴. Стоит предположить, что в данном случае, Гай представлял бестелесные вещи с точки зрения вещей как

⁹³³ См.: A new law dictionary and glossary / Alexander M Burrill. Union, N.J.: Lawbook Exchange, 1998. С. 1099.

⁹³⁴ См.: Вещные права на землю в избранных фрагментах из Дигест Юстиниана: пер. с лат. / под ред. Л. Л. Кофанов. М.: Статут, 2006. С. 724.

таковых⁹³⁵. Их существование было обеспечено наличием на то правовых предписаний, в отличие от телесных вещей, существующих в материальном мире независимо от человеческих отношений. Важно отметить, что приведенные примеры бестелесных вещей в римском праве имеют неразрывную связь с объектами материального мира.

Такое деление вещей в отечественной доктрине получило весьма неоднозначное отношение. Так, по мнению В. М. Хвостова, данная классификация основана на представлении вещи как субъективных гражданских прав, входящих в состав имущества, а не самой вещи в своей сущности. Ю. С. Гамбаров писал, что деление на телесное и бестелесное возможно только в отношении объектов права, но не вещи, так как само понятие «вещь» уже подразумевает ее телесность. Д. Д. Гримм и К. П. Победоносцев считают, что понятие вещи в данном случае должно понимать в контексте имущества с точки зрения обыденного правопонимания⁹³⁶.

С.А. Муромцев указывает, что данное деление неразрывно связано с правом собственности. Так, Д.В. Дождев считает, что учение о бестелесных вещах заключается в том, что «даже права являются объектом обладания»⁹³⁷.

Ввиду отсутствия в римском праве категории имущества, римские цивилисты использовали понятие вещь, подразумевая в ней традиционное для российского гражданского права понимание категории имущества. Как отмечает А. В. Саженов, отождествление понятий бестелесная вещь и бестелесная вещь (*res incorporeales*) с точки зрения римского права является неверным, так как римское право понимало под бестелесными вещами именно современную для правовой системы категорию иного имущества⁹³⁸. Л.Р. Юлдашбаева пишет, что понимание вещи в римском праве аналогично понятию имущества, в рамках статьи 128 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ), включая вещи и иное имущество, в том числе имущественные права.

Действительно, понимание в римском праве вещи с точки зрения российского гражданского законодательства может привести к неверной трактовке данного понятия, в то время как представление вещи, как имущества, т.е. совокупность благ, состоящих в собственности лица, имеющих определенную ценность и обладающих способностью служить средством реализации имущественного интереса способствует внесению ясности в деление «вещей» на телесные, представляя их как вещи, в традиционном гражданско-правовом понимании и бестелесные, проводя аналогию с иным имуществом, в том числе с имущественными правами, которые представляют собой субъективные права,

⁹³⁵ См.: Римское частное право: Учебник / под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М.: Юристъ, 2004. С. 544.

⁹³⁶ См.: Победоносцев К.П. Курс гражданского права. В трех частях: Учебник. М.: Статут. (в серии «Классика российской цивилистики»). 2002. Первая часть: Вотчинные права. С. 87.

⁹³⁷ См.: Римское частное право. Учебник для вузов / Дождев Д.В. - М.: «Норма», 1997. - С. 325.

⁹³⁸ См.: Саженов А. В. Криптовалюты: дематериализация категории вещей в гражданском праве // Закон. 2018. № 9. С. 109.

принадлежащее субъекту гражданского права, по владению, пользованию и распоряжению имуществом, а также по иным материальными требованиями, приобретаемыми на основании сделок и имеющими денежное выражение⁹³⁹.

По мнению З.И. Цибуленко, под бестелесными вещами следует понимать «вещи, признаваемые объективным правом в качестве объекта субъективных прав»⁹⁴⁰. С точки зрения И.А. Гумарова бестелесными вещами являются имущественные права, законодательно наделенные свойствами вещи, а именно, способностью выступать в гражданском обороте как объект права собственности.

В современном российском законодательстве активное развитие получила конструкция, именуемая «право на право». Данная конструкция получила активное развитие в немецком праве. Л. Эннекцерус писал, что конструкция «право на право» содержит в себе правомочия, относящиеся не только к объекту права, но и к самим правомочиям⁹⁴¹. Р. Саватье видел подтверждение данной конструкции в появлении абстрактных понятий, послужившим расширению в юридической технике самого понимания «права собственности»⁹⁴².

Мнения отечественных цивилистов относительно данного явления расходятся. В.В. Чубаров отмечает, что существование данной конструкции имеет законодательное закрепление в Российской Федерации. Ярким примером может служить указанная в ст. 132 ГК РФ норма, согласно которой в состав имущественного комплекса могут входить имущественные и другие исключительные права. Другими словами, вещные права субъекта на имущественный комплекс заключаются в обладании субъектом правами, неразрывно связанными с предприятием, в результате чего и происходит наложение «право на право». Помимо этого, конструкция «право на право» содержится в ст. 274 ГК РФ, в которой указано, что субъект может получить право на право ограниченного пользования земельным участком (сервитут). Также российское законодательство предусматривает обременение имущественных прав залогом в рамках ст. 338 ГК РФ. В доказательство последнего Б.М. Гонгало пишет, что по договору залога права «залогодержатель имеет право на заложенное право»⁹⁴³. Данной точки зрения также придерживались Д.В. Мурзин, И.А. Покровский, Д.Ю. Василевская, В.А. Лапач, М.М. Агарков, К.И. Скловский и т. д.

Иной позиции придерживается В.В. Груздев, считая, что право собственности на вещь сливается с самой вещью до степени смешения, образуя тем самым подмену понятий. В.В. Байбак⁹⁴⁴ в обоснование своей позиции о недопустимости

⁹³⁹ См.: Гражданское право: Учебник / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: Проспект, 2005. С. 776.

⁹⁴⁰ См.: Гражданское право России. Часть первая: Учебник / под ред. З.И. Цибуленко. М., 1998. С. 134.

⁹⁴¹ См.: Эннекцерус Л. Курс Германского гражданского права. Том I. Полутом I. М.: Издательство иностранной литературы, 1949. С. 259.

⁹⁴² См.: Саватье Р. Теория обязательств. М.: Прогресс, 1972. С. 91.

⁹⁴³ См.: Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики. М.: Статут, 2002. С. 183.

⁹⁴⁴ См.: Байбак В. В. Обязательственное требование как объект гражданского оборота. М.: Статут, 1981. С. 19.

«наложения» одних прав на другие, приводит довод о том, что объектами права, служащими способом реализации потребностей, в первую очередь, являются блага, и права не могут относиться к их числу.

По нашему мнению, отнесение прав к числу иных материальных благ имеет ряд существенных оснований. Во-первых, исходя из определения блага, права способны выступать объектом субъективного желания и интереса, при этом обладая для субъекта определенной ценностью. Во-вторых, с учетом обычаев делового оборота, права могут обладать стоимостным выражением, выступая тем самым объектом гражданского оборота. В-третьих, с учетом того, что блага являются объектами правоотношений, на которые также направлены субъективные права и обязанности сторон, закрепленные в виде определенного соглашения, права также могут выступать предметом гражданского правового договора, например, договора купли-продажи.

Таким образом, под данной конструкцией в российском законодательстве понимается самостоятельное право, выступающее предметом определенного имущественного права и обладающее признаками материального блага.

По мнению Д.В. Федотова бестелесное имущество может означать осознанную потребность человека. Также он указывает, что бестелесное имущество способно заключать в себе волю субъекта, направленную на таковую потребность и служить средством реализации иного желания (потребности) человека⁹⁴⁵.

С учетом практической целесообразности бестелесное имущество представляет собой относительно-определенный нематериальный объект, способный по своим свойствам и признакам выступать объектом гражданского оборота, в частности, в качестве объекта товарно-стоимостных отношений и отражающий действительные явления, происходящие в современности, воплощая в себе отход от понятия «вещи» в классическом представлении. Е.Н. Абрамова отмечает, что особенностью данной категории является то, что относимые к ним объекты могут заключать в себе не все признаки (не соответствовать одному из них), наличие которых свойственно категории вещи с точки зрения российского гражданского законодательства⁹⁴⁶. В.А. Лапач основным признаком бестелесного имущества выделяет возможность ее правового закрепления за субъектами гражданского оборота⁹⁴⁷.

По нашему мнению, для более детального понимания правовой природы бестелесного имущества, целесообразно выделить признаки, свойственные имуществу как категории (родовые признаки) и признаки, свойственные исключительно бестелесным вещам (видовые признаки):

⁹⁴⁵ См.: Федотов Д.В. Бестелесное имущество в гражданском праве: диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.03. Екатеринбург, 2012. С. 214.

⁹⁴⁶ Абрамова Е.Н. К вопросу о соотношении электронных денег и криптовалют // Конкурентное право. 2019. № 3.

⁹⁴⁷ См.: Лапач В.А. Система объектов гражданских прав в законодательстве России: диссертация ... доктора юридических наук: 12.00.03. Ростов-на-Дону, 2002. С. 537.

Родовые признаки:

1. Способность объекта иметь определенную экономическую стоимость, подлежащую оценке в товарно-денежных отношениях.

2. По общему правилу способность объекта принадлежать, отчуждаться и переходить от одного лица к другому.

3. Способность объекта служить средством реализации имущественного интереса.

4. Обособленность объекта от других объектов гражданских прав (внешняя дискретность), с учетом возможности выделения конкретной единицы (внутренняя дискретность).

Видовые признаки:

1. Нематериальная природа (невозможность выступать объектом материального мира).

2. Ценность, заключенная в данном объекте, исходит в силу надления таковой ценностью антропогенным фактором.

Таким образом, бестелесное имущество по своим признакам совпадает с традиционной категорией «телесного имущества», в части способности принадлежать субъектам гражданских прав на основании закона или договора, отчуждаться и переходить от одного лица к другому, а также способностью субъекта защищать свои права на бестелесное имущество предусмотренными законом способами. Существенным отличием бестелесного имущества является его дематериализованность и специфическая ценность, выраженная в определенном благе, обладающим экономической ценностью для субъектов гражданско-правового оборота.

Ю.В. Рачева,

*студент ФГБОУ ВО «Финансовый университет
при Правительстве Российской Федерации»
(Финуниверситет), г. Москва*

Использование цифровых технологий в уголовном процессе

Как известно, в современном мировом сообществе взят путь на цифровизацию, в следствие чего все сферы жизни, в частности экономика, государственное управление и другие, подвержены модернизации. Исключением не стала и юридическая сфера, где активно внедряются информационные технологии для увеличения эффективности.

Так как гражданское законодательство более гибкое к новшествам, в законодательствах многих стран и в международном праве уже появляются новые институты, регулирующие отношения, связанные с использованием цифровых технологий – электронные платежи, электронная подпись, электронные сделки.

Уголовное право, напротив, менее подвержено изменениям, но в связи с ростом киберпреступлений, все государства мира включаются в процесс компьютеризации для более эффективного противоборства преступлениям. Стоит признать, что российское уголовное право еще не претерпело глобальных изменений с введением в процесс информационных технологий и поэтому не отвечает современному уровню развития науки и техники.

В Российской Федерации первый документ об информационной защите был Федеральный закон №24-ФЗ «Об информации, информатизации и защите информации»⁹⁴⁸, опубликованный в 1995 году. Он закрепил общее определение термину «информация».

Дефиниция данному термину в уголовном процессе представлена в ч. 2 ст. 84 УПК РФ⁹⁴⁹: «Документы могут содержать сведения, зафиксированные как в письменном, так и в ином виде. К ним могут относиться материалы фото- и киносъемки, аудио- и видеозаписи и иные носители информации, полученные, истребованные или представленные в порядке, установленном статьей 86 настоящего Кодекса».

Немаловажным являются и информационные технологии, с помощью которых представляется возможность работать с информацией.

Однако на данный момент в уголовном праве отсутствует формально закрепленное понятие «информационных технологий». В науке этот термин впервые ввел ученый В.М. Глушков, который рассматривал информационные технологии, как конкретный способ работы с информацией. В частности, он выделял следующие:

- 1) способ и средство сбора информации;
- 2) обработка информации;
- 3) передача информации для получения новой об исследуемом объекте.

Законодательно закрепленная дефиниция этому термину определена в Федеральном законе от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»⁹⁵⁰, в котором информационные технологии понимаются как «процессы, методы поиска, сбора, хранения, обработки, предоставления, распространения информации и способы осуществления таких процессов и методов».

В уголовном процессе использование цифровых технологий крайне необходимо для обеспечения эффективности работы органов внутренних дел в сферах:

- 1) аналитической работы по уголовному делу: с помощью компьютерных технологий возможно быстро классифицировать преступления

⁹⁴⁸ Федеральный закон №24-ФЗ «Об информации, информатизации и защите информации» (утратил силу)

⁹⁴⁹ "Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации" от 18.12.2001 N 174-ФЗ (ред. от 06.03.2019) // "Собрание законодательства РФ", 24.12.2001, N 52 (ч. I), ст. 4921

⁹⁵⁰ Федеральный закон от 27.07.2006 N 149-ФЗ (ред. от 18.12.2018) "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" // "Собрание законодательства РФ", 31.07.2006, N 31 (1 ч.), ст. 3448

по субъектам, времени, месту, а также легко структурировать полученные данные;

2) проведения анализа и выявления признаков по нескольким уголовным делам;

3) проверки и анализа документов, выступающих в качестве доказательства.

Именно поэтому наше государство стремится модернизировать существующую систему с учетом реалий современного мира. Так, МВД РФ принимает участие в реализации мероприятий подпрограммы «Информационное государство» государственной программы Российской Федерации «Информационное общество (2011-2020 годы)»⁹⁵¹, а также реализует программу «Создание единой информационно-телекоммуникационной системы органов внутренних дел»⁹⁵² (ЕИТКС ОВД). В соответствии с данными стратегиями Департамент информационных технологий и защиты информации предполагает повышение на качественно новый уровень использования информационных технологий органов внутренних дел для более оперативной и продуктивной деятельности, а также создание благоприятных условий для быстрого и простого обращения граждан.

Во многих зарубежных странах уже активно применяются информационные технологии в досудебном разбирательстве. Так, в Европе активно практикуется сеть техников-криминалистов, целью которых является высококачественные судебные экспертизы с использованием современных технологий и научных открытий.

Также в качестве примера можно привести Шенгенскую информационную систему, которая обеспечивает сотрудникам полиции участников Шенгенского договора доступ к базе данных по розыску лиц и предметов.

Согласно УПК Украины⁹⁵³, многие процессуальные действия фиксируются на носители информации. К примеру, если допрос будет зафиксирован техническим средством, то текст в протокол может не вноситься с обозначением, что показания находятся на носителе, который прилагается к протоколу. Если говорить о самом судебном производстве, то в соответствии с ч. 4 ст. 107 УПК Украины, оно должно обязательно фиксироваться техническими средствами.

Анализируя данные мероприятия можно установить, что для расследования, раскрытия, предотвращения преступлений нужны не отдельно взятые

⁹⁵¹Постановление Правительства РФ от 15.04.2014 N 313 (ред. от 02.02.2019) "Об утверждении государственной программы Российской Федерации "Информационное общество (2011 - 2020 годы)" // "Собрание законодательства РФ", 05.05.2014, N 18 (часть II), ст. 2159.

⁹⁵²Об утверждении новой редакции Программы МВД России «Создание единой информационно-телекоммуникационной системы органов внутренних дел: приказ МВД России от 20 мая 2008 г. № 435 (с изм., внесенными приказом МВД России от 20 июля 2009 г. № 577) // База данных «Нормативно-правовые акты МВД России».

⁹⁵³Уголовный процессуальный кодекс Украины от 13 апреля 2012 года № 4651-VI (с изменениями и дополнениями по состоянию на 18.10.2018 г.)

компьютеры и соответствующие ПО, а их совокупность, позволяющая проводить деятельность внутренних дел автоматизировано.

В связи с этим многие ученые, о которых говорит Натура Д.А.⁹⁵⁴, выделяют категорию «новых информационных технологий» (НИТ), которая подразумевает использование ПК вместе с современными телекоммуникационными средствами связи.

В статье Разумова Н.В. и Запрутина Д.Г.⁹⁵⁵ приведена следующая классификация направлений использования НИТ:

- 1) ведение дел, документация с использованием программ для ЭВМ;
- 2) ускорение процесса нахождения информации, а также консультирование по некоторым вопросам с помощью справочно-правовых систем, например, «КонсультантПлюс», «Гарант» и других;
- 3) средства для более эффективного расследования дела на месте преступления и поиска доказательств: мобильный комплекс следователя (дознателя) для работы в полевых условиях и криминалистические комплексы и лаборатории на базе мобильного компьютера;
- 4) использование технических средств для контроля и фиксирования переговоров (с помощью систем «СОРМ»), для розыска необходимых субъектов (системы GPS, ГЛОНАСС) и др.;
- 5) быстрый обмен необходимыми данными с помощью межведомственной сети передачи данных;
- 6) использование информационных технологий как доказательств (электронные документы, сообщения и др.);
- 7) электронное рабочее место следователя («АРМ следователя»), которое дает возможность более оперативной работы.

Как уже было сказано, уголовный процесс в России не соответствует по темпам развития информационным технологиям. Некоторые положения закрепленные в УПК РФ просто не применяются на практике, а другие, необходимые для эффективной деятельности, не зафиксированы.

Таким образом, опираясь на мнения таких авторов как Зуев С.В. и Никитин Е.В.⁹⁵⁶, можно сделать вывод, что основная и фундаментальная проблема в уголовном процессе России – отсутствие электронного уголовного дела, которое бы значительно улучшило качество разбирательства, снизила риски подделки документации, повысила продуктивность контроля за расследованием, увеличила скорость досудебного разбирательства.

Однако не стоит забывать, что без вспомогательных действий не получится ввести электронное уголовное дело: нужно принять меры по модернизации всей системы уголовного процесса.

⁹⁵⁴Натура Д. А. Информационные технологии в уголовном судопроизводстве и их роль в процессе доказывания по уголовным делам // журнал «Общество и право» - 2015.

⁹⁵⁵ Разумов Н.В., Запрутин Д.Г. Использование информационных технологий в уголовном судопроизводстве // журнал «Правопорядок: история, теория, практика» - 2018.

⁹⁵⁶Зуев С.В., Никитин Е.В. Информационные технологии в решении уголовно-процессуальных проблем // Всероссийский криминологический журнал. 2017.

Стоит, во-первых, закрепить в УПК РФ понятие «информационных технологий», а также детально регламентировать их использование.

Во-вторых, осуществить переход от бумажных дел к электронному документообороту, что поможет оптимизировать работу и увеличить продуктивность, а также реализовать использование электронной подписи, которая еще малоразвита в уголовном процессе.

В-третьих, необходимо развивать электронные доказательства по уголовным делам: признать информацию, находящуюся на электронных документах как самостоятельный вид доказательств, а также, опираясь на опыт зарубежных стран, фиксировать процессуальные действия на электронные носители (например, видеозапись допроса, опознания и др.), решая при этом вопрос о сохранности и безопасности такой информации.

Таким образом, исходя из всего вышесказанного, можно заключить, что для повышения эффективности уголовного процесса, нашему государству требуется активное внедрение новейших разработок и научных знаний, а также соответствующее законодательное закрепление.

В.А. Роменко, студент магистратуры СПбГЭУ

Виртуальное присутствие налогоплательщика на территории иностранного государства

Одним из проявлений суверенитета государства является возможность налогообложения лиц юридически и экономически связанных с таким государством. Для определения связи государства и налогоплательщика в международной практике выработаны различные подходы, в пределах которых реализуется налоговый суверенитет государства (принцип территориальности). Эта связь осуществляется посредством⁹⁵⁷: 1) установления резидентства, то есть констатации личной/персонализированной связи налогоплательщика с государственной территорией налогооблагающего государства; 2) установления источника получения дохода / прибыли, то есть связь экономического происхождения объекта налогообложения с территорией налогооблагающего государства; 3) установления места нахождения недвижимого имущества, то есть констатация устойчивой связи объекта налогообложения с территорией налогооблагающего государства; 4) установления места реализации товаров (работ, услуг), то есть констатация связи операций с территорией государства с точки зрения направленности данной операции и юрисдикции, где предположительно имеет место потребление товаров (работ, услуг).

⁹⁵⁷ Винницкий Д.В. Международное налоговое право: проблемы теории и практики. М.: Статут, 2017. 463 с. // СПС «КонсультантПлюс»

Однако данные критерии установления связи между налогоплательщиком и государством не отвечают требованиям цифровой эпохи, когда такая связь уже прямо не прослеживается по причине отсутствия деятельности с использованием имущества на территории иностранного государства. Это произошло в результате того, что тенденции бизнес процессов организаций на данном этапе деятельности организаций изменились: происходит расширение рынка сбыта оказываемых услуг в отсутствие увеличения производственных мощностей, увеличение использования нематериальных активов, включая интеллектуальную собственность, использование данных в совокупности с интеллектуальной собственностью⁹⁵⁸.

Данные обстоятельства привели к тому, что государства начали разрабатывать подходы к определению связи между государством и налогоплательщиком в ситуациях, когда отсутствует физическая связь между налогоплательщиком и государством: цифровое (виртуальное) присутствие.

ОЭСР под виртуальным присутствием понимает критерий, включающий в себя различные нематериальные объекты, которые свидетельствуют о целенаправленном и постоянном взаимодействии с экономической жизнью государства посредством цифровых механизмов⁹⁵⁹.

ОЭСР провела исследование, в рамках которого были выявлены подходы стран к определению существенного экономического присутствия организации на территории государства в результате реализации цифровых технологий.

Так, Израиль предлагает определять существенное экономическое присутствие на основании следующего: нерезидент заключает онлайн контракты с конечным потребителем резидентом; нерезидент предоставляет право использования интеллектуальной собственности (сайты и тд.) для предоставления услуг в сети Интернет; локализация интернет сайта, а также генерирование выручки за счет предоставления электронных услуг на территории государства (более подробно см. *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*⁹⁶⁰). Индия, в свою очередь, определяет значительное экономическое присутствие либо путем определения выручки, которую получает компания от операций, совершаемых с товарами, услугами или имуществом, в том числе путем предоставления возможности скачивания данных или программного обеспечения, либо путем определения количества пользователей, которые систематически, продолжительное время используют ресурсы компании нерезидента (более подробно см. *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*⁹⁶¹).

⁹⁵⁸ OECD (2018), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris, стр. 24-25.

⁹⁵⁹ Там же, стр. 135

⁹⁶⁰ Там же. С. 137.

⁹⁶¹ Там же. С. 138.

Европейский Союз, в свою очередь, также разработал концепцию, в соответствии с которой для признания существенного виртуального присутствия на территории государства компании необходимо, чтобы⁹⁶²: (1) выручка компании превышала 7 млн евро на территории государства от оказания виртуальных услуг; (2) количество пользователей на территории государства, которые получают виртуальные услуги, составляло более 100 тыс. пользователей; (3) количество заключенных договоров, которые опосредуют предоставление виртуальных услуг на территории государства, превышает 3 тыс. договоров.

Обобщая обозначенные выше критерии, представляется разумным дать общее определение виртуального присутствия организации для целей налогообложения.

Виртуальное присутствие – осуществление организацией деятельности на территории иностранного государства с использованием нематериальных ресурсов (интеллектуальная собственность) и без использования материальных ресурсов (движимое и недвижимое имущество), которую можно проследить путем использования количественных показателей организации на территории такого иностранного государства: количество пользователей нематериальных ресурсов организации, количество заключенных договоров на использование нематериальных ресурсов организации, а также размером выручки, которую получает организация от осуществления деятельности с использованием нематериальных ресурсов.

Под нематериальными ресурсами для целей определения виртуального присутствия следует понимать объекты интеллектуальной собственности, а именно сайт в сети «Интернет», страница сайта в сети «Интернет», доменное имя и иные аналогичные объекты интеллектуальной собственности.

Виртуальное присутствие определяется исключительно количественными критериями, в отличие от привычного способа определения локализации прибыли компании посредством определения постоянного местонахождения иностранной организации на территории другого государства (постоянное представительство) (п. 1 ст. 5 Модельной конвенции ОЭСР 2017)⁹⁶³ или посредством лица, которое представляет интересы организации на территории другого государства путем заключения договоров, которые создают последствия для иностранной организации (зависимый агент) (п. 5 ст. 5 Модельной конвенции ОЭСР 2017)⁹⁶⁴. Представляется, что виртуальное присутствие не столько заменяет категории постоянного представительства или зависимого агента, сколько дополняет их. Таким образом, если организация получает выручку на территории иностранного государства, то такому государству необходимо провести следующий тест для определения возможности

⁹⁶² Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence, Brussels, 21.3.2018 COM(2018) 147 final 2018/0072 (CNS). С. 16 [электронный ресурс: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7419-2018-INIT/en/pdf>].

⁹⁶³ OECD (2017), Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing. С. 31 [электронный ресурс: http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en].

⁹⁶⁴ Там же. С. 32.

налогообложения данной компании: 1) создает ли деятельность компании постоянное представительство иностранной компании; если нет, то 2) приводит ли деятельность компании или физического лица к правовым последствиям для иностранной организации; если нет, то 3) в отсутствие физического присутствия на территории государства, имеет ли иностранная организация определенное количество пользователей предоставляемых ею товаров или услуг, заключенных договоров, а также получает ли такая компания выручку от деятельности с использованием объектов интеллектуальной собственности (сайт и т.д.). Если ответ на третий пункт отрицательный, значит иностранная компания не подлежит налогообложению подоходным налогом на территории государства, если ответ положительный, то деятельность данной компании подлежит подоходному налогообложению на территории государства виртуального присутствия.

Так как результатом выявления сутивиртуального присутствия является введение налога (напр., в разработке ЕС находится определения виртуального налога, взимаемого в размере 3% от выручки компании от деятельности, связанной с предоставлением виртуальных услуг⁹⁶⁵), объектом которого является выручка организации (доход), то можно предположить, что виртуальное присутствие ограничивает право государства, резидентом которого является налогоплательщик, на налогообложение части выручки, подлежащей обложению в государстве, где налогоплательщик виртуально присутствует. Таким образом, в отсутствие международного налогового соглашения в отношении данного присутствия, представляется, что государство, в котором виртуально присутствует налогоплательщик, нарушает налоговый суверенитет государства – резидентства налогоплательщика.

Клаус Фогель, анализируя проблему двойного налогообложения в свете правил общего международного права писал: «Ни один принцип налогообложения у источника в международном праве (принцип территориальности) не запрещает применение внутреннего законодательства к ситуациям, возникающим в других странах, включая налогообложение иностранного дохода»⁹⁶⁶. Однако Клаус Фогель указывает, что фискальные права государств ограничены их способностью к осуществлению юрисдикции за пределами географических границ своей территории. Аналогичная проблема возникает при налогообложении иностранных компаний, которые имеют виртуальное присутствие на территории государства. Организация, которая на территории государства – виртуального местонахождения не обладает каким-либо имуществом и не зарегистрирована на территории данного государства, то есть не имеет экономической и юридической связи, которая позволяет государству

⁹⁶⁵ Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services, Brussels, 21.3.2018 COM(2018) 148 final 2018/0073 (CNS). С. 24 [электронный ресурс: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7420-2018-INIT/en/pdf>].

⁹⁶⁶ Гидирим В.А. Основы международного корпоративного налогообложения. М.: Человек слова, 2016 [электронный ресурс: MyBook]

оказывать непосредственное воздействие на данную организацию, не предоставляет юридических оснований для допуска к налоговому контролю своей деятельности, так как юрисдикция государства-виртуального местонахождения на нее не распространяется.

Таким образом, для использования концепции виртуального присутствия необходимо дополнение существующих положений Соглашения об избежании двойного налогообложения положением, что если организация имеет виртуальное присутствие на территории одного из договаривающихся государств, то такое государство вправе облагать налогом деятельность данной организации, которая связана с ее виртуальным присутствием. В отсутствие данных положений, у государства, на территории которой организация имеет виртуальное присутствие, не будет юридических оснований для налогообложения деятельности данной организации. Более того, налогообложение данной организации будет обозначать нарушение налогового суверенитета государства, налоговым резидентом которого является данная организация.

В то же время, государство, в котором организация имеет виртуальное присутствие, может обладать информацией о данной организации, однако не имеет доступа для подтверждения данных выводов. Представляется, что в такой ситуации государство вправе воспользоваться положениями о налоговых проверках за границей⁹⁶⁷ и положения о взыскании налоговых требований за границей⁹⁶⁸. Данные положения предусматривают возможность проведения компетентным органам запрашиваемого государства (государства, в котором организация имеет виртуальное присутствие) принимать участие в государстве, резидентом которого является организация, а также, по запросу одного государства, другое государство может предпринимать необходимые шаги для взыскания налоговых требований, как если бы они являлись его собственными налоговыми требованиями. Другими словами, если у государства, где организация виртуально присутствует будет право на обложение налогом организацию, однако будут отсутствовать административные ресурсы для проведения налогового контроля и взыскания налога, то такое государство будет вправе обратиться за административной помощью к государству, резидентом которого является такая организация. В результате данной международной кооперации будет достигнута возможность получения фискального удовлетворения государства от деятельности организации, которая использует экономические блага государства – виртуального местонахождения организации.

Последствия констатации того, что организация имеет виртуальное присутствие на территории государства с неизбежностью приводит к возникновению следующей проблемы: достаточна ли данная связь между государством и налогоплательщиком, чтобы можно было утверждать о том, что такая

⁹⁶⁷ Ст. 9 Конвенции о взаимной административной помощи по налоговым делам (Заключена в г. Страсбурге 25.01.1988) // СПС «КонсультантПлюс».

⁹⁶⁸ Там же. Ст. 11.

организация становится налоговым резидентом государства. Данная проблема становится актуальной, когда организация будучи резидентом одного государства имеет виртуальное присутствие только на территории другого государства.

Представляется, что решение этой проблемы будет зависеть от того, обозначат ли государства критерий виртуального присутствия как конститутивный при определении налогового резидентства, так как данный статус является прерогативой национального законодательства, а не международного (п. 1 ст. 4 Модельной конвенции ОЭСР 2017)⁹⁶⁹.

Выводы:

1. Концепция виртуального присутствия является результатом закономерного развития бизнес процессов и необходимость налогообложения дохода от использования нематериальных ресурсов;

2. Государства разработали подходы к определению виртуального присутствия на территории государства с использованием количественных показателей деятельности организации на территории государства (количество заключенных договоров, количество пользователей, доход организации на территории государства);

3. Использование концепции виртуального присутствия приводит к нарушению налогового суверенитета государств, в связи с чем необходимо урегулировать данный вопрос в рамках соглашений об избежании двойного налогообложения путем внесения изменений положения данных соглашений (либо дополнение положений о постоянном представительстве, либо выделение отдельно как «доход от деятельности, получаемый от виртуального присутствия на территории государства»).

Так как у государства, в котором организация имеет виртуальное присутствие, нет административных ресурсов для осуществления налогового контроля, представляется возможным использование международных соглашений об административной помощи при налогообложении, для взыскания налога с помощью государства, где физически инкорпорирована данная организация.

*К.А. Сапелкин, студент
юридического факультета СПбГЭУ*

К вопросу о возможности расширения круга субъектов права: мировые тенденции в современных условиях

С развитием современных технологий появляется такое неоднозначное для права явление как искусственный интеллект (далее по тексту – ИИ). Пока

⁹⁶⁹ OECD (2017), Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing, стр. 30 [электронный ресурс: http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en].

ИИ «учился» играть в шахматы, распознавал символы и пытался пройти тест Тьюринга, регулировать ИИ было незачем. В настоящее время, когда осуществляется отчуждение и неконтролируемая обработка персональных данных, налицо угроза массовой безработицы из-за внедрения автоматических систем, ситуация изменилась коренным образом.

По оценкам аналитиков международной консалтинговой компании Frost & Sullivan, к 2022 году суммарный объем рынка технологий ИИ увеличится до \$52,5 млрд, или в 4 раза по сравнению с уровнем 2017 года (\$13,4 млрд). Ежегодный темп роста (CAGR) в прогнозируемый период будет сохраняться на уровне 31%. Повсеместное внедрение технологий ИИ к 2030 году увеличит объем глобального рынка товаров и услуг на \$15,7 трлн⁹⁷⁰. Но несмотря на активное внедрение в нашу жизнь ИИ, его правовое регулирование отсутствует.

Для начала следует выявить правовую квалификацию нового явления и найти его место в сфере права. Ведь нет единого правового определения, что такое ИИ. В разных странах уже приводились попытки дать общее определение искусственному интеллекту, поэтому целесообразно проанализировать эти определения и вывести общие признаки. Начать следует с Южной Кореи, где была принята первая попытка дать определение в Законе о содействии развитию и распространению умных роботов 2008 года: «1. Термин “умный робот” обозначает механическое устройство, которое способно воспринимать окружающую среду, распознавать обстоятельства, в которых оно функционирует, и целенаправленно передвигаться самостоятельно»⁹⁷¹. Из этого определения можно выделить способность такого робота получать информацию из внешней среды и анализировать. Это один из основных признаков ИИ, однако, такое определение недостаточно соответствует современным реалиям, поскольку сегодня выявлено большее количество существенных признаков ИИ.

В Америке к определению искусственного интеллекта подошли более основательно. В законе H.R.4625 - FUTURE of Artificial Intelligence Act of 2017 содержится наиболее широкое определение ИИ:

«(1) ИИ. -Термин "искусственный интеллект" подразумевает следующее:

(А) любые искусственные системы, выполняющие задачи в изменяющихся и непредсказуемых условиях без значительного контроля со стороны человека либо способные учиться на своём опыте и повышать свою произво-

⁹⁷⁰ Обзор новостей аналитическим центром при Правительстве Российской Федерации (11.01.2019 — 17.01.2019) [Электронный ресурс] URL: <http://ac.gov.ru/files/attachment/20262.pdf> (дата обращения: 01.02.2019).

⁹⁷¹ Закон о содействии развитию и распространению умных роботов №9014 от 28.03.2008, с последующими изменениями и дополнениями [Электронный ресурс] URL: http://robopravo.ru/zakon_iuzhnoi_koriei_2008 (дата обращения: 02.03.2019).

дительность. Такие системы могут быть разработаны в программных, аппаратных или других, ещё не предполагаемых дизайнах [форматах]. Презюмируется, что они могут решать задачи, требующие человекоподобного восприятия, сознания, планирования, обучения, сообщения или физических действий. В целом чем более система антропоморфна [подобна человеку] в контексте своих задач, тем более можно утверждать, что она использует ИИ»⁹⁷². Из этого определения стоит выделить следующие признаки: автономность (существование и деятельности без значительного влияния человека), способность к обучению для повышения своей производительности, стремление сходства с человекоподобным восприятием (подражание когнитивным и эмоциональным возможностям человеческого сознания).

В Резолюции Европарламента "Нормы гражданского права о робототехнике" также приводилась попытка выделить признаки, общие для всех систем, использующих ИИ: «способность становиться более автономными, используя сенсоры и/или обмениваясь информацией со своей средой (совместимость) и анализируя ее;

- способность обучаться на основе приобретенного опыта и в процессе взаимодействия;
- наличие формы физической поддержки робота;
- способность адаптировать свои действия и поведение в соответствии с условиями среды»⁹⁷³.

Из данных характеристик следует выделить способность обмениваться информацией с внешней средой, а также корректировать свои действия и поведение согласно меняющейся обстановке.

Обобщая данные признаки, можно вывести бытовое определение ИИ. ИИ – это автономная система (способная осознавать, анализировать, принимать решения, основанные не на алгоритме, но на способности “мыслить”, на способности самому создавать поведенческие алгоритмы без существенного воздействия человека), выраженная в физических и программных формах, способная получать информацию из внешней среды, анализировать её, а также обучаться на основе этой информации (т.е. получать опыт при взаимодействии со средой), при этом она имеет схожие с человеком когнитивные способности, а также способна коммуницировать на естественном языке. Исходя из него можно сказать, что ИИ искусственно созданный человеческий разум, который может самостоятельно осуществлять свою деятельность.

Немаловажным выделение двух принципиально разных видов ИИ по степени его технологического развития.

⁹⁷² H.R.4625 – Future of Artificial Intelligence Act of 2017, 115th Congress (2017–2018). [Электронный ресурс] URL: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/4625/text> (дата обращения: 02.03.2019).

⁹⁷³ Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)) 2017 [Электронный ресурс] URL: <http://robotrends.ru/pub/1725/normy-grazhdanskogo-prava-o-robototehnike-i-hartiya-robototehniki> (дата обращения: 02.03.2019).

Слабый ИИ – это система искусственного интеллекта, выполняющая задачи в определенной прикладной области, такой как стратегические игры, перевод с языка на язык, беспилотные автомобили и распознавание образов. Наделять его правосубъектностью не имеет смысла, потому что как правило это программа, выполняющая однообразные действия, например перевод текста, для которого не нужно обладать правами и обязанностями.

Сильный ИИ – это система искусственного интеллекта будущего, которая демонстрирует интеллектуальное поведение, схожее с поведением человека, причём как когнитивного, так и эмоционального, и социального. В этом же случае наделяние ИИ правосубъектностью будет целесообразно, так как он сможет выступать в правоотношения в интересах человека.

На данный момент понятие искусственного интеллекта больше относится к слабый, однако данная технологи развивается довольно быстро. В скором времени может появиться и сильный ИИ, который будет нуждаться в правовом регулировании. По нашему мнению, не стоит дожидаться появления сильного ИИ и следует начинать разработку правового регулирования, чтобы быть готовыми к появлению сильного ИИ.

Расширение круга субъектов зависит от правовой политики государства, так некоторые государства вводят новые субъекты права, которые не имеют никакого отношения к людям. К примеру, во многих странах появились конструкции «не человеческого» субъекта (Венгрии, Чили и Коста-Рики). Индия признали дельфинов и китообразных не гуманоидными личностями согласно Declaration of Rights for Cetaceans: Whales and Dolphins⁹⁷⁴. В основу такого решения вошли исследования ученой Лори Марино, которая доказала, что китообразные имеют большой, сложный мозг, особенно в участках, отвечающих за коммуникацию и познание, а также дельфины имеют уровень самосознания, схожий с человеком, способны понимать абстрактные идеи. Обоснование такого решения основано на том, что дельфины обладают схожими с человеком когнитивными функциями мозга, они имеют развитую социальную, а также имеют свою систему коммуникаций. Следует отметить, что и ИИ имеет схожие с человеком когнитивные способности мозга, способность коммуницировать и способность познавать, на основе которых в данных странах дельфинов наделили правосубъектностью.

Другой случай наделяния правосубъектностью был в Новой Зеландии. Субъектом права признали реку Уонгануи по акту «Te awa tupua»⁹⁷⁵. В этом случае субъектом признали явление, не относящееся к живой природе. Реку признали юридическим лицом, которое имеет в своих органах людей, которые

⁹⁷⁴ Declaration of Rights for Cetaceans: Whales and Dolphins (22.05.2010) [Электронный ресурс] URL: https://www.cetaceanrights.org/pdf_bin/helsinki-group.pdf (дата обращения: 14.02.2019).

⁹⁷⁵ Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017 [Электронный ресурс] URL: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0007/17.0/whole.html> (дата обращения: 17.02.2019).

и представляют в обороте её интересы. Такое решение было обусловлено необходимостью защиты племен, обитающих на берегах этой реки.

Таким образом мы можем увидеть, что мировое сообщество уже вводит новых субъектов права, причисляя к ним не гуманоидов, и что они даже имеют схожие признаки с ИИ, такие, например, как способность к познанию, схожие когнитивные способности с человеком и возможность коммуникации.

Если в данных примерах появление не гуманоидных субъектов права было обусловлено их защитой или защитой прав людей, то нужно понимать, что в случае ИИ мы не стремимся защитить его права, а создать такую правовую конструкцию которая сможет выступать в гражданском обороте именно в интересах человека, так как ИИ обладает когнитивными способностями человека, способностью самому выстраивать алгоритмы поведения, схожие с человеком, способностью коммуницировать на естественном языке, но мы не можем сказать, что ИИ будет обладать сознанием, а следовательно, и волей. Воля же является одним из основных признаков субъекта прав. С.С. Алексеев писал, что «лицо, участник общественных отношений (индивиды, организации), которое по своим особенностям фактически может быть носителем субъективных юридических прав и обязанностей. Для этого оно должно обладать определенными качествами, которые связаны со свободой воли человека, коллектива людей и к числу которых относятся: ... в) способность вырабатывать, выражать и осуществлять персонифицированную волю»⁹⁷⁶. ИИ не имеет своей воли, но несет в себе волю человека так как он его создает, закладывает в него поведенческие установки, а так же его цели деятельности. ИИ подражает человеку, однако из-за отсутствия воли введение его в оборот как участника будет возможно лишь через новую правовую конструкцию.

Возможны следующие способы регулирования ИИ: применение к ИИ норм юридического лица или введение новой правовой категории. На наш взгляд, применение норм юридического лица к ИИ не представляется возможным.

В юридическом лице формируют и представляют волю люди, что отличается от автономного поведения ИИ. Введение новой правовой конструкции, которая будет представлять собой некую правовую связь субъекта с ИИ, где человек будет определять определяет цели и задачи деятельности ИИ т.е. ИИ будет обладать целевой правосубъектностью при это физическое/юридическое лицо вступившее в такую связь берёт на себя все риски связанные с осуществление поставленных задач ИИ. Возможность выступать от имени лица в гражданском обороте ИИ будет получать путём наделения его электронной подписью. Введение такой правовой конструкции предоставит новые возможности для участия лиц в гражданских правоотношениях.

⁹⁷⁶ Алексеев С.С. Общая теория права: в 2-х т. Т. II. — М.: Юрид, лит., 1982. — 138с.

Е.В. Старикова, студентка магистратуры СПбГЭУ

Творческий труд искусственного интеллекта при создании объектов авторского права

Некоторые авторы задаются вопросом: что произойдет, когда искусственный интеллект будет способен заниматься творчеством?⁹⁷⁷ В данном вопросе можно увидеть утверждение, согласно которому, у носителя искусственного интеллекта имеется возможность заниматься творчеством, и ее осуществление – только дело времени. Так ли это? Действительно ли компьютер, робот, умная машина способны повторить данную особенность человека?

Необходимо ли обществу переосмысление термина «творчество», а законодательству переосмысление понятия «автор произведения»? Эти изменения будут необходимы, в случае признания искусственного интеллекта автором произведения. Или в современном законодательстве уже есть механизмы, регулирующие подобные правоотношения?

Для ответа на поставленные вопросы следует разобраться с различными признаками произведений, охраняемых авторским правом. Подобный анализ поможет понять, подпадает ли уже произведение, созданное искусственным интеллектом под правовую защиту, или это ему только предстоит.

Чтобы произведение пользовалось правовой охраной, оно должно обладать следующими признаками:

1. быть созданным в результате творческого труда;
2. иметь объективную форму.

Вывод о необходимости наличия данных признаков у результата деятельности искусственного интеллекта для признания его объектом авторского права можно вывести из смысла ст. 1257 и 1259 ГК РФ.

Согласно ст. 1257 ГК РФ «автором произведения науки, литературы или искусства признается гражданин, творческим трудом которого оно создано». Из данной статьи мы выводим один из признаков произведения – критерий творчества, который выражается в характере работы по созданию произведения.

Среди различных трактовок отечественных юристов термина «творчество» следует обратить внимание на значение, которое предложил В.Я. Ионас. Он подразделял творчество на техническое (или научное), которое формируется под воздействием анализа и синтеза, и художественное, которое хотя и формируется под воздействием аналитической творческой деятельности, не нуждается в применении правил логики⁹⁷⁸.

В.Я. Ионас, таким образом, заявил о возможности наличия технического творчества, основанного на правилах логики.

⁹⁷⁷ Морхат П.М. Право интеллектуальной собственности и искусственный интеллект: монография. М.: ЮНИТИ-ДАНА. 2018. С. 7.

⁹⁷⁸ Ионас В.Я. Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. М., Юридическая литература. 1963. С. 17-19.

В.И. Серебровский, в свою очередь, отказывается от признания творчества бессознательным (интуитивным) процессом. Он рассматривает творчество как «сознательный и в большинстве случаев весьма трудоемкий процесс, имеющий своей целью достижение определенного результата»⁹⁷⁹.

Следует согласиться с данным утверждением, ведь творчество не обязательно должно иметь интуитивный характер, оно может быть рациональным и основываться на законах логики, но на мой взгляд, это не является основанием предполагать, что творчество свойственно искусственному интеллекту.

Из ст. 1257 ГК РФ можно вывести еще один признак произведения. Автором произведения по действующему законодательству может быть только физическое лицо. Понятно, что благодаря этой норме напрашивается вывод о том, что раз искусственный интеллект физическим лицом не является, быть автором произведения он не способен. Но, следует заметить, что законодательство меняется, подстраиваясь под общественные реалии. Следовательно, наша задача состоит в том, чтобы, возможно, доказать необходимость изменения законодательства и способность искусственного интеллекта быть объектом авторского права. Таким образом, в данной статье мы будем применять к искусственному интеллекту некоторые подходы, которые применяются в действующем законодательстве только к физическому лицу и наблюдать их взаимодействие.

Судебная практика обращает внимание на то, что только то произведение следует считать объектом авторского права, которое создано творческим трудом. «При этом надлежит иметь ввиду, что пока не доказано иное, результаты интеллектуальной деятельности предполагаются созданными творческим трудом».⁹⁸⁰ Данное положение очень интересно с точки зрения сложившейся ситуации. Чью деятельность в данном случае можно считать творческой? Создателя искусственного интеллекта или, возможно, пользователя, который запустил процесс создания произведения?

Пленум Верховного Суда говорит именно о результатах «интеллектуальной деятельности». Именованное искусственного интеллекта «интеллектом», на мой взгляд, сугубо ассоциативное и носит характер именно названия, а не отражения его сущности. В любом случае, попробуем доказать отсутствие творческого труда в его деятельности.

В судебной практике, как и в действующем законодательстве, не представляется возможным найти конкретное определение творческой деятельности.

Э.П. Гаврилов формулирует его следующим образом – это «деятельность человеческого мозга, который способен создавать только идеальные образы, а не предметы материального мира»⁹⁸¹.

⁹⁷⁹Серебровский В.И. Вопросы советского авторского права. М., 1956. С. 34.

⁹⁸⁰ Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26.03.2009 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 2009. № 70 (от 22 апреля 2009 года).

⁹⁸¹ Гаврилов Э.П. Комментарий к закону об авторском праве и смежных правах. М., 1996. С. 44.

Е.А. Свиридова в своей работе делает вывод о различии между продуктивным (творческим) мышлением и репродуктивным мышлением. Под репродуктивным мышлением она предлагает понимать идеи, которые человек производит в рефлексивном порядке, пользуясь правилами формальной логики и при этом получает заранее predetermined результат⁹⁸². То есть согласно данному подходу, логические операции, благодаря которым искусственный интеллект создает произведения, можно соотнести с репродуктивным мышлением, которое не является творческим.

В.И. Серебровский также ставит наличие «творческого характера» в зависимость от «характера работы», который может ограничиваться «применением обычных технических приемов» или быть направленным на «проявление оригинального мышления»⁹⁸³. Творческим предлагается признавать именно последний, который не ограничен техническими приемами, а связан с проявлением оригинальности.

Если согласиться с мнением В.И. Серебровского, можно сделать вывод о том, что творческий труд при создании объектов авторского права уже включает в себя определенный уровень оригинальности, и выделять «оригинальность» как отдельный признак объекта авторского права не представляется необходимым.

Некоторыми авторами предлагается приравнять критерий новизны к критерию оригинальности. По их мнению, оригинальность «может выражаться в новом содержании, новой форме произведения, новой идее».⁹⁸⁴

Хотелось бы отметить определение, на мой взгляд, наиболее полно характеризующее понятие «творческий труд» - это «деятельность человека, порождающая нечто качественно новое и отличающееся неповторимостью, оригинальностью и уникальностью»⁹⁸⁵.

Воспроизводя человеческое мышление, компьютер организует информацию в соответствии с правилами, но отступать от них компьютер не способен. Творческое начало, как живое начало бытия,⁹⁸⁶ не характерно для искусственного интеллекта. «Творчество – это всегда преодоление уже существующего, то есть разрушения привычной логики»⁹⁸⁷.

Мыслительная деятельность человека включает в себя эмоциональность и образность – это является источником его необычных решений. Использование всех мыслительных ресурсов человека позволяет производить расширенный поиск, не ограничиваясь одним способом обработки информации.⁹⁸⁸

⁹⁸² Свиридова Е.А. Свободное использование произведения, как объекта авторского права. Монография. М., ЮРКОМПАНИ. 2014. С. 12.

⁹⁸³ Серебровский В.И. Вопросы советского авторского права. М., 1956. С. 37.

⁹⁸⁴ Мэггс П.Б., Сергеев А.П. Интеллектуальная собственность. М.: ЮРИСТЪ. 2000. С. 200.

⁹⁸⁵ Там же.

⁹⁸⁶ Бердяев Н.А., Смысл творчества. М.: Астрель, Полиграфиздат, 2010. С. 153.

⁹⁸⁷ Пушкарев А.В. Творчество и искусственный интеллект: постановка проблемы [Электронный ресурс] – Режим доступа: <https://cyberleninka.ru/article/n/tvorchestvo-i-iskusstvennyy-intellekt-postanovka-problemy>, свободный. – Яз. рус. (дата обращения 10.04.2019).

⁹⁸⁸ Бахтизина Д.И. Понимание музыки, как импульс к творчеству // Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки. 2013. № 6. С. 228-231.

Для признания наличия творческих способностей у искусственного интеллекта необходимо говорить о его автономности – то есть независимости от постоянного вклада человека в его деятельность, самостоятельности. Но «лишенная воображения машина воспроизводит категории и образы, заложенные в нее человеком, поэтому подлинного создания чего-то нового не происходит»⁹⁸⁹.

Данному выводу можно противопоставить информацию о самообучаемости искусственного интеллекта⁹⁹⁰. Если искусственный интеллект способен к самообучению, то постоянного вмешательства человека в его деятельность не требуется, закладывание в искусственный интеллект образов, которыми он оперирует, происходит без участия человека - автоматически. Не является ли данный вид самообучающихся машин способным к творческой деятельности? По моему мнению – нет, так как вмешательство человека произошло изначально, при создании самообучающейся машины, а самообучаемость данного устройства ограничена рамками, установленными его создателем и осуществляется только в их пределах.

Чтобы применить к искусственному интеллекту термин «творчество», искусственный интеллект должен принимать оригинальные решения, которые он не принимал раньше, с минимальной долей случайности.⁹⁹¹ Необходимо, чтобы при обучении двух искусственных интеллектов они давали разный результат не только при различии данных, используемых в их обучении. Также искусственный интеллект должен действовать автономно – не зависеть от непрерывного вклада в него человека.

Установлено, что некоторые искусственные интеллекты способны создавать новые и разнообразные идеи. Но происходит это за счет образов, заложенных в них человеком, поэтому создания по-настоящему чего-то нового не происходит⁹⁹².

Если мы склоняемся к мнению, согласно которому в деятельности искусственного интеллекта не прослеживается творческого характера, то автоматически приходим к выводу, что при создании своих «произведений» искусственный интеллект творческого вклада не осуществляет. Из этого следует еще один вывод: если деятельность по созданию «произведения» не носила творческого характера, то назвать данный объект «произведением» по смыслу российского законодательства нельзя, ведь отсутствует один из двух обязательных признаков произведения. Следовательно, объект, созданный искусственным интеллектом, не подпадает под защиту авторского права.

⁹⁸⁹ Морхат П.М. Право интеллектуальной собственности и искусственный интеллект: монография. М., ЮНИТИ-ДАНА, 2018. С. 38.

⁹⁹⁰ Илюхин О. Google создала полностью самообучаемый искусственный интеллект [Электронный ресурс]/– Режим доступа: <https://hitech.vesti.ru/article/685445/>, свободный. – Яз. рус. (дата обращения 10.04.2019).

⁹⁹¹ Морхат П.М. Право интеллектуальной собственности и искусственный интеллект: монография. М., ЮНИТИ-ДАНА, 2018. С. 178.

⁹⁹² Морхат П.М. Искусственный интеллект: правовой взгляд. М., Буки Веди, 2017. С. 121.

Так ли это? Может быть, в чьей-то другой деятельности присутствует элемент творчества на более ранних этапах подготовки к созданию «произведения» искусственного интеллекта? На мой взгляд, следует рассмотреть два подхода. В первом случае автором произведения, созданного искусственным интеллектом, следует признать лицо (или группу лиц), создавшее алгоритм, благодаря которому искусственный интеллект функционирует и создает произведения. Во втором случае автором произведения можно признать владельца искусственного интеллекта, который приобрел искусственный интеллект и, грубо говоря, «нажимает на кнопки», для того, чтобы искусственный интеллект создал произведение. В любом случае, искусственный интеллект не настолько автономен, чтобы робот, созданный с целью осуществления курьерских доставок, неожиданно заявил о том, что он создал литературное произведение. Способность к созданию произведений должна быть целенаправленно заложена в искусственный интеллект человеком.

Ю.О. Стифоров, студент магистратуры СПбГЭУ

Расследование налоговых преступлений в условиях цифровой экономики

В реалиях цифровой экономики бизнес неизбежно сталкивается с необходимостью обработки гигантских массивов информации. Однако человеческих ресурсов для работы с большими данными недостаточно, в связи с чем огромное значение приобретает способность предпринимателя использовать современные технологии для автоматизации бизнес-процессов.

Высшее руководство Российской Федерации принимает активное участие в процессе интеграции современных технологий в экономику страны. Утвержденная 9 мая 2017 года «Стратегия развития информационного общества в Российской Федерации на 2017 - 2030 годы»⁹⁹³ определила цели и задачи внутренней и внешней политики государства в сфере применения информационных и коммуникационных технологий. В целях реализации данной стратегии, 28 июня 2017 года была утверждена государственная программа «Цифровая экономика Российской Федерации»⁹⁹⁴, целью которой задекларировано создание экосистемы цифровой экономики страны, а также

⁹⁹³ Указ Президента России № 203 «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017 - 2030 годы» [электронный ресурс] // URL: <http://kremlin.ru/acts/bank/41919> (дата обращения: 10.03.2019).

⁹⁹⁴ Распоряжение Правительства Российской Федерации № 1632-р «Об утверждении программы «Цифровая экономика Российской Федерации» [электронный ресурс] //

создание необходимых и достаточных условий институционального и инфраструктурного характера, направленных на повышения конкурентоспособности российских компаний на глобальном рынке.

Компании активно интегрируют новое программное обеспечение для работы с большими данными, внедряют технологию блокчейн для защиты этих данных и упрощения алгоритмов осуществления платежей и совершения транзакций, активно используют машинное обучение для автоматизации рабочих процессов. По данным корпорации Microsoft, на начало 2019 года для 30% крупных российских компаний технологии искусственного интеллекта стали неотъемлемой частью корпоративной стратегии или даже частью структуры компании⁹⁹⁵.

В информационном обществе правовое регулирование должно отвечать интересам бизнеса, способствовать развитию национальной экономики и не градить искусственных препятствий на пути оптимизации рабочего процесса. Однако в условиях внедрения новых технологий и массовой трансформации устоявшихся бизнес-процессов не следует забывать об экономической безопасности страны. Сегодня мы становимся свидетелями возрастающего числа кибер-преступлений, злоупотреблений при обработке данных, использовании современных технологий для обхода закона.

В арбитражном деле № А40-124668/2017 должник, в отношении которого было возбуждено дело о банкротстве, предпринял попытку сокрыть денежные средства путем их конвертации в криптовалюту. Арбитражным судом апелляционной инстанции действия должника были признаны незаконными, а имущество было возвращено в конкурсную массу⁹⁹⁶.

Нетрудно сделать вывод, что перевод денежных средств в цифровые активы может служить одним из способов сокрытия доходов, а следовательно являться предметом налогового правонарушения. Вместе с тем, в Российской Федерации до сих пор не принят федеральный закон о регулировании цифровых финансовых активов, имеющиеся рекомендации контролирующих органов разрознены, а порой даже противоречат друг другу. Сложная с технической точки зрения технология блокчейн, используемая в функционале большинства имеющихся криптовалют, позволяет использовать цифровые активы в качестве орудия преступления.

URL:<http://static.government.ru/media/files/9gFM4FHj4PsB79I5v7yLVuPgu4bvR7M0.pdf> (дата обращения: 10.03.2019).

⁹⁹⁵ Microsoft назвал Россию лидером по внедрению искусственного интеллекта // Интернет-портал РИА Новости [электронный ресурс] // URL: <https://ria.ru/20190305/1551575281.html> (дата обращения: 10.03.2019).

⁹⁹⁶ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 15.05.2018 по делу № А40-124668-2017 [электронный ресурс] // URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/3e155cd1-6bce-478a-bb761146d2e61a4a/58af451a-bfa3-4723-ab0d-d149aafecd88/A401246682017_20180515_Postanovlenie_apelljacionnoj_instancii.pdf (дата обращения: 10.03.2019).

Преступления с использованием цифровых финансовых активов, равно как и киберпреступления в целом, характеризуются чрезвычайно высокой латентностью из-за сложности выявления и расследования, слабой законодательной базой, регулирующей вопросы кибербезопасности, а также процессуальных вопросов сбора доказательств и доказывания, в виду появления нового «виртуального следа», отсутствия обобщенной судебной и следственной практики, а также отсутствия единой программы предупреждения данного вида преступлений⁹⁹⁷.

26 февраля 2019 года Верховный суд Российской Федерации подтвердил, что предметом преступлений, предусмотренных статьями 174 и 174.1 УК РФ, могут выступать в том числе и денежные средства, преобразованные из виртуальных активов (криптовалюты), приобретенных в результате совершения преступления⁹⁹⁸. Данный вывод был сделан в связи с участвовавшим использованием криптовалют в сделках купли-продажи наркотических веществ⁹⁹⁹. Однако возможностей использования цифровых финансовых активов для совершения преступлений значительно больше.

В первую очередь, платеж, произведенный в криптовалюте, позволяет сбывать неучтенный товар или услугу без налоговых последствий. Майнинг, то есть деятельность лица по производству криптовалюты с использованием компьютерных систем, подразумевает получение «имущества» в результате безвозмездной односторонней сделки. Получение такого дохода очень сложно отследить в связи с использованием ключей шифрования счетов (кошельков), децентрализованным хранением активов, а также использованием механизмов анонимизации пользователей, не оставляющих следов преступления. Это влечет недополучение федеральным бюджетом налога на прибыль организаций и налога на доходы физических лиц, и потенциально является способом совершения преступлений, предусмотренных статьями 198-199 Уголовного кодекса РФ (далее – УК РФ).

По данным на первый квартал 2018 года, рыночная стоимость криптовалюты, находящейся у россиян, составляла от 500 до 900 млрд рублей¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁷ Зверьянская Л.П. Дискуссионные проблемы выявления и предупреждения киберпреступлений // Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки. – 2015. – №. 8. С. 56.

⁹⁹⁸ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26 февраля 2019 г. N 1 г. Москва "О внесении изменений в постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 7 июля 2015 года N 32 "О судебной практике по делам о легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем, и о приобретении или сбыте имущества, заведомо добытого преступным путем"" [электронный ресурс] // URL: <https://rg.ru/2019/03/07/postanovlenie-dok.html> (дата обращения: 10.03.2019).

⁹⁹⁹ Информационное сообщение Росфинмониторинга от 06.02.2014 «Об использовании криптовалют» [электронный ресурс] // URL: <http://www.fedsfm.ru/news/957> (дата обращения: 10.03.2019).

¹⁰⁰⁰ Виртуальные активы получили криминальное определение // Интернет-издание РБК [электронный ресурс] // URL: <https://www.rbc.ru/newspaper/2019/02/27/5c74f3fa9a7947500e19cd24> (дата обращения: 10.03.2019).

Любые операции с данными активами должны облагаться установленными государством налогом¹⁰⁰¹, однако из-за отсутствия контроля таких сделок со стороны налоговых органов, включение «крипто-дохода» в налоговую декларацию пока скорее исключение, чем правило. В связи с этим необходима разработка принципиально нового эффективного подхода к борьбе с «новыми» высокотехнологичными способами совершения налоговых преступлений. Имеющиеся сегодня механизмы предупреждения и расследования таких преступлений явно не соответствуют вызовам цифровой экономики. Требуется глубокая модернизация информационно-технической базы контролирующих и правоохранительных органов, подготовка на их базе высококвалифицированных специалистов.

В Российской Федерации уже налажено взаимодействие Росфинмониторинга и ГУНК МВД России по выявлению платежей за сбыт наркотических веществ в криптовалюте, и последующему отмыванию полученных в результате таких транзакций денежных средств. При этом сложившейся практики совместной работы налоговых и правоохранительных органов в сфере выявления подобных сделок пока нет. С учетом многомиллиардных оборотов цифровых активов в экономике страны это следует расценивать как недоработку, так как проверка подозрительных проводок по счетам налогоплательщиков могла бы стать наиболее эффективным способом выявления попыток сокрыть незадекларированные доходы в криптовалюте.

Так, налоговое управление США еще в 2014 году сделало заявление, что для целей налогообложения криптовалюта рассматривается как собственность налогоплательщика, а при получении криптовалюты налогоплательщик обязан учитывать ее в качестве дохода по курсу криптовалюты на день совершения операции¹⁰⁰². В структуре контролирующего органа было создано новое отделение по борьбе с налоговыми преступлениями с применением криптоактивов¹⁰⁰³. В июле 2018 года управлением был доначислен налог на прибыль компании «Lordsofcrypto», так как ее руководство не смогло подтвердить источник получения дохода в размере 500 тыс. долларов¹⁰⁰⁴.

Представляется, что на сегодняшний день именно слаженное взаимодействие контролирующих и правоохранительных органов, а также банков-

¹⁰⁰¹ Письмо Минфина от 8 ноября 2018 г. № 03-04-07/80764 [электронный ресурс] // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_311847/d3336a209989f366e98f6386cdf7c25e059e37e0 (дата обращения: 11.03.2019).

¹⁰⁰² Notice 2014-21. Section 4 [электронный ресурс] // URL: <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-14-21.pdf>

¹⁰⁰³ IRS Cops Are Scouring Crypto Accounts to Build Tax Evasion Cases // Bloomberg [электронный ресурс] // URL: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-02-08/irs-cops-scouring-crypto-accounts-to-build-tax-evasion-cases> (дата обращения: 11.03.2019).

¹⁰⁰⁴ The evidence of a crack down on tax evasion and cryptocurrency: IRS find culprits at Lordsofcrypto // AMB Crypto [электронный ресурс] // URL: <https://ambcrypto.com/the-evidence-of-a-crackdown-on-tax-evasion-and-cryptocurrency-irs-on-the-move> (дата обращения: 11.03.2019).

ских организаций является наиболее эффективным способом предотвращения и выявления массового уклонения от уплаты налогов и сборов с использованием финансовых цифровых активов. Совместное письмо ФНС России и СК России от 13.07.2017 N ЕД-4-2/13650@¹⁰⁰⁵, утвердившее «Методические рекомендации «Об исследовании и доказывании фактов умышленной неуплаты или неполной уплаты сумм налога (сбора)», может послужить фундаментом такого взаимодействия. Остается на межведомственном уровне утвердить новые критерии наличия умысла в действиях налогоплательщика.

Обязательным критерием для проверки налогоплательщика по факту совершения им действий, имеющих признаки налоговых преступлений должны служить незадекларированные сведения об имеющихся в его распоряжении финансовых цифровых активах, а также наличие подозрительных проводок по счетам налогоплательщика и его должностных лиц. Вместе с тем следом совершения налогоплательщиком преступления, предусмотренного статьями 198-199 УК РФ могут выступать следующие обстоятельства:

1) несоответствие заявленной и рыночной стоимости продажи продукции контрагентам налогоплательщика;

2) явно несоразмерное уменьшение инвентаризационной стоимости активов налогоплательщика за два и более налоговых периода при отсутствии документально подтвержденных оснований такого уменьшения;

3) образование документально не подтвержденной дебиторской задолженности перед налогоплательщиком;

4) выявление в ходе налоговой проверки или оперативно-розыскных мероприятий оборудования, которое может быть использовано для производства финансовых цифровых активов. Перечень такого оборудования должен быть утвержден федеральным органом исполнительной власти.

Другим способом выявления и расследования «высокотехнологичных» способов уклонения от уплаты налогов могло бы служить использованием технических средств деанонимизации и трекинга подозрительных транзакций налогоплательщика. Однако в силу недостатка в правоохранительных органах кадров, обладающих достаточным уровнем технических познаний, низкого уровня их материально-технического оснащения, а также необходимости получения судебного разрешения для осуществления подобных оперативно-розыскных мероприятий, на сегодняшний день едва ли имеются предпосылки применения таких мер предупреждения и расследования налоговых преступлений с использованием цифровых финансовых активов.

¹⁰⁰⁵ Письмо ФНС России от 13.07.2017 N ЕД-4-2/13650@ "О направлении методических рекомендаций по установлению в ходе налоговых и процессуальных проверок обстоятельств, свидетельствующих об умысле в действиях должностных лиц налогоплательщика, направленном на неуплату налогов (сборов)" (вместе с "Методическими рекомендациями "Об исследовании и доказывании фактов умышленной неуплаты или неполной уплаты сумм налога (сбора)", утв. СК России, ФНС России) [электронный ресурс] // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_220597 (дата обращения: 17.03.2019).

Технологии не стоят на месте, и современное государство должно быть готовым к новым вызовам. Цифровые технологии улучшают жизнь людей, совершенствуют способы ведения предпринимательской деятельности, но также создают и новые возможности для недобросовестных граждан заработать на том, что государство пока не в силах контролировать. К сожалению, сегодня реалии таковы, что законодатель пытается угнаться за технологией, плодя все новые нормативно-правовые акты и инструкции. Это приводит к излишней бюрократизации экономики и чрезмерно нагружает контролирующие и правоохранительные органы работой, эффективность которой вызывает сомнения. Всесторонний контроль со стороны государственных органов за российским бизнесом только способствует укрупнению теневой экономики и развитию новых технологий ухода от закона.

Д.А. Медведев указал на проблему избыточной нагрузки со стороны контрольно-надзорных органов на российский бизнес¹⁰⁰⁶. По словам Председателя Правительства РФ, данную проблему можно разрешить применением механизма «регуляторной гильотины»¹⁰⁰⁷, т.е. кардинальной оптимизации действующего нормативно-правового регулирования бизнеса в России, сокращение числа применимых актов и ликвидация противоречащих друг другу документов. Действительно, в условиях цифровой экономики, невозможно регулировать все возникающие отношения, однако можно определить общие принципы их регулирования. России требуется гибкое законодательство, отвечающее интересам бизнеса, и в то же время, позволяющее жестко пресекать любые попытки использования цифровых технологий в своих противозаконных корыстных целях.

Что касается противодействия уклонению от уплаты налогов в условиях цифровой экономики, новое законодательство должно определить понятие цифровых финансовых активов на уровне федерального закона, Налоговый кодекс РФ должен отнести такие активы к имуществу налогоплательщика, а на уровне межведомственного взаимодействия должен быть разработан эффективный механизм выявления, противодействия и расследования преступлений с использованием крипто-активов. Законодателю следует избегать казуистики и стремления урегулировать каждое новое явление. Цифровая экономика требует высокого уровня юридической техники, тщательной проработки каждой формулировки текста закона, а также привлечения высококвалифицированных кадров для разработки законопроектов.

¹⁰⁰⁶ Медведев рассказал об абсурдности ряда требований к бизнесу // Интернет-портал РИА Новости [электронный ресурс] // URL: <https://ria.ru/20190115/1549376283.html> (дата обращения: 17.03.2019).

¹⁰⁰⁷ «Регуляторная гильотина»: Медведев предложил снизить нагрузку на бизнес // Интернет-портал Бизнес. fm [электронный ресурс] // URL: <https://www.bfm.ru/news/404464> (дата обращения: 17.03.2019).

СОДЕРЖАНИЕ

РАЗДЕЛ I. Статьи участников секции «Теория и история государства и права». Ответственный за организацию работы секции – зав. кафедрой теории и истории государства и права д-р юрид. наук, профессор Г.Г. Бернацкий	
Акиншин М.О. Дискуссионные вопросы теории правового регулирования.....	3
Бернацкий Г.Г. Противоположные тенденции экономического развития в современном мире	7
Гавриш А.Н. О некоторых процессуальных нормах, препятствующих осуществлению правосудия в России	11
Игнатьева С.В. Роль государства и права в обеспечении экономических прав и интересов предпринимателей в условиях реформирования российской экономики.....	18
Кремлева О.К. Новеллы законодательства о ценных бумагах.....	24
Кудрявцев Ю.А. Понятие и содержание экономической функции права в условиях директивно-плановых, рыночных и переходных государственных (экономических) режимов	27
Слесарев В.В. Преимущества и недостатки функционирования системы государственных закупок в Российской Федерации	31
Файзуллин Г.Г., Ищенко Н.С. К вопросу о продовольственной безопасности	37
Честнов И.Л. Право и экономика: характер связи	45
РАЗДЕЛ II. Статьи участников секции «Конституционного и административного права». Ответственный за организацию работы секции – доцент кафедры конституционного и административного права, канд. юрид. наук, доцент Л.Ю. Свистунова	
Делегеоз Е.Г. Заемный труд в России: правовая модель и особенности применения	51
Дмитриев В.К. Конституционно-правовая роль правового государства в формировании основ инновационной экономики России	54
Казанцев М.Н. Проблемы правового регулирования разработки и выполнения государственных программ	57
Коломейцева Т.А., Свистунова Л.Ю. Признание в международном праве: современные проблемы	66
Курилюк Ю.Е. О некоторых проблемах конституционно-правового определения признаков предпринимательской деятельности	72
Лапаев И.С., Фомин А.А. Институт государственной поддержки семьи, материнства и детства в системе социальной политики в сфере преодоления бедности	81
Новиков А.Б., Рагозина Н.А. Право и экономика в сфере спорта	87

Святогорова А.Э. К вопросу о правовых позициях Конституционного Суда РФ в сфере регулирования пенсионных правоотношений	89
Чепенко Я.К. Влияние цифровой экономики на цифровую трансформацию университетов	96
Ялунер Ю.А. Методология конституционного и конвенционного толкования.....	100

РАЗДЕЛ III. Статьи участников секции «Финансовое право».

Ответственный за организацию работы секции – зав. кафедрой финансового права д-р юрид. наук **Е.Л. Васянина**

Parillo F. From Basel III to Basel IV: Recent innovations introduced by Basel Accords	105
Андреева Е.М. Бюджетный кодекс Российской Федерации и документы стратегического планирования	109
Беликов Е.Г. Финансовая правосубъектность в условиях цифровизации экономики: перспективы расширения и реализации	114
Васянина Е.Л. Современные проблемы применения финансового законодательства в Российской Федерации	119
Горбунова Е.Н. Основные изменения законодательства при налогообложении добычи нефти как результат налоговой реформы в России	123
Литвинова Ю.М. Цифровые векторы налогообложения	128
Мирзаев Р.М. Фискальные полномочия субъектов Российской Федерации	133
Миронова С.М. Финансово-правовые последствия создания в России муниципальных округов	139
Покачалова Е.В., Гуляев И.А. Правовые проблемы применения ответственности за нарушение бюджетного законодательства при уплате природоресурсных платежей	148

РАЗДЕЛ IV. Статьи участников секции «Гражданское и корпоративное право». Ответственный за организацию работы секции – доцент кафедры гражданского и корпоративного права, канд. юрид. наук, доцент **Е.Н. Абрамова**

Абрамова Е.Н. К вопросу о формировании правовой парадигмы цифровой экономики	156
Брагинец А.Ю. Право собственности как основа правового режима информационных объектов	163
Брикса К.О. Проблемы применения конструкции тотального залога в гражданском праве	168
Горкольцева О.И. Вексель – больше не заем	172
Грачев В.В. Способы обособления объекта доверительного управления .	176

Дюжакова А.В. Выявление не прямых заимствований в программах для ЭВМ: тест «Abstraction, Filtration, Comparison», опыт США	181
Желонкин С.С. Потестативные условия в договоре: преодолевая гравитацию	186
Захаркина А.В. Надлежащее исполнение сложного обязательства, содержащегося в смарт-контракте, в условиях цифровизации и информатизации публичного пространства	191
Корнилова Н.В. О некоторых аспектах приобретения права собственности на безнадзорных животных	194
Краснова Т.С. Изъятие земельных участков в соответствии со ст. 284 – 285 ГК РФ: частноправовой и публично-правовой перекресток	200
Кузьмин А.В. К вопросу о правовой определенности при применении иностранного права	208
Лозина Ю.А. Статус криптовалюты в России и за рубежом, особенности правового регулирования	212
Лугманов Р. Принцип добросовестности и обязанность информирования	218
Максимов В.А. Недобросовестное использование средств индивидуализации товаров: тенденции европейской и российской судебной практики	223
Мартыанова Е.Ю. Модели регулирования отношений сообладания исключительным авторским правом	229
Масиев А.С. Правовая природа маржинальной сделки	233
Матвеев А.Г. Аргументы, обосновывающие охрану смежных прав: от довода справедливости к идее общественной пользы	237
Рудоквас А.Д. Об особом порядке установления факта приобретения права собственности на недвижимость по приобретательной давности, установленном Федеральным законом «Об особенностях реорганизации федерального государственного унитарного предприятия «Почта России», основах деятельности акционерного общества «Почта России» и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 29.06.2018 № 171-ФЗ	243
Тучина О.А. Некоторые гражданско-правовые способы защиты средств на банковском счете	249
Овчинникова А.А. К вопросу о праве регресса государства к должностному лицу, в связи с незаконными действиями (бездействием) которого произведено возмещение вреда	252
Сорокин А.И. Заключение договора на публичных торгах как разновидность преддоговорных отношений	258
Яковлев О.К. Понятие и квалификация цифровых финансовых активов и распределенного реестра цифровых транзакций (на примере текста законопроекта о цифровых финансовых активах)	263

РАЗДЕЛ V. Статьи участников секции «Предпринимательское и энергетическое право». Ответственный за организацию работы секции – зав. кафедрой предпринимательского и энергетического права канд. юрид. наук **К.Б. Кораев**

Аверьянова О.В. Особенности трудовых отношений, возникающих между индивидуальным предпринимателем-работодателем и работником	270
Бейн А.К. Защита прав несовершеннолетних граждан при сделках по отчуждению недвижимого имущества	275
Гусева Т.А. Задан вектор развития отечественного права	283
Дзьоник В.Р. Правовое положение крестьянских фермерских хозяйств в сфере предпринимательских отношений: особенности земельного вопроса	287
Ена Д.В. О соблюдении прав собственников помещений при проведении ремонта общего имущества многоквартирного дома	290
Каменков В.С. Макроэкономика без права – это что?	294
Кораев К.Б. К вопросу о правовой природе бездокументарных ценных бумаг	302
Левашов А. Деятельность товарных агрегаторов через призму информационного и экономического посредничества	309
Леньшина Н.Г. Экономическая обоснованность тарифного решения в сфере энергоснабжения как предмет судебного контроля	317
Наконечный Л.А. Принцип запрета непоследовательного поведения (эстоппель) и пределы конвалидации ничтожных сделок	326
Нюняев В.О. Правовые проблемы защиты интеллектуальных прав в сети Интернет – регулирование отношений с информационным посредником	331
Путило А.П. Маркировка товаров и контрольно-кассовая техника	338
Савельева М.В. Гражданско-правовое регулирование очередности исполнения денежных обязательств в России	341

РАЗДЕЛ VI. Статьи участников секции «Уголовное право и уголовный процесс». Ответственный за организацию работы секции – доцент кафедры уголовного права и уголовного процесса, канд. юрид. наук, доцент **О.А. Чабукиани**

Antinucci M. Investigative use of the computer virus in criminal trials and the defensive guarantees with a part of the law being established on blockchain ...	344
Sabella P. M. The use of cryptocurrencies in money laundering and terrorist financing. Description of the phenomenon and of EU regulation strategies development	355
Алешина-Алексеева Е.Н. Интерпретация понятия «Экономические преступления в сфере кредитования»	370
Алиев Я.Л., Пасынков В.В. Основные детерминанты преступности против собственности как факторы, влияющие на экономику страны	373

Володарская А.А., Крайнова Н.А. Аудиторская проверка как средство предупреждения экономических преступлений: некоторые вопросы теории и практики	376
Григорян Н.Г. Освобождение от уголовной ответственности лиц, сотрудничающих с правоохранительными органами (по материалам республики Армения)	379
Калис Е.Б. Поощрительные нормы в уголовном законе	383
Кокин Д.М. О некоторых аспектах хищения оружия	385
Крайнова Н.А. Некоторые проблемы ресоциализации женщин, отбывших наказание в виде лишения свободы	387
Левченко А.Ю., Макарова Е.Н. Тактические особенности осмотра и изъятия электронных носителей информации	391
Лукиянова Г.В. Особенности правового механизма противодействия мошенничеству в сфере туризма	394
Макарова Е.Н. Отдельные криминалистические аспекты исследования насильственной преступной деятельности	398
Новокшенов Д.В., Чабукиани О.А. Актуальные проблемы предупреждения преступлений среди военнослужащих	402
Огарь Т.А., Шкеле М.В. Значение вопроса о моменте окончания преступления для судебно-следственной практики по делам о мошенничестве	406
Петров В.В. Банкротство 2018	410
Раменская В.С. Отраслевая принадлежность института возмещения юридическим лицам, причиненного незаконным уголовным преследованием: вопросы идентификации	416
Семенов К.П. Жестокое обращение с животными в контексте Федерального Закона об ответственном обращении с животными	420
Скурту И.Г. О целесообразности и обоснованности расширения практики применения суда с участием присяжных заседателей в современной России	425
Харламов В.С. Насильственные внутрисемейные преступления экономической направленности	428

РАЗДЕЛ VII. Статьи участников Студенческой секции «Теория и практика регулирования актуальных и перспективных направлений в праве». Ответственный за организацию работы секции – доцент кафедры гражданского и корпоративного права, канд. юрид. наук, доцент, руководитель Центра креативных проектов юридического факультета **Е.Н. Абрамова**

Алексеева Ю.С. Получение налогоплательщиком необоснованной налоговой выгоды путем искусственного дробления бизнеса	432
Аршанский В.А. Иммунитеты высших должностных лиц государства и ответственность за международные преступления в практике международных и национальных судов	440

Варфоломеева Т.М. К вопросу об определении недееспособности граждан нотариусами.....	444
Ворончихин Н.А. Правовой режим самовольных построек религиозного назначения.....	450
Гарцева А.И. Проблемы правового регулирования трансграничного банкротства.....	455
Гасанова Д.М. Защита личных неимущественных прав несовершеннолетних детей.....	461
Елисеева С.А. Модернизация налогового администрирования в современных экономических условиях.....	465
Зобян А.Э. Уголовная ответственность за преступления, связанные с преднамеренным банкротством.....	468
Карлик С.М. Российское законодательства о суррогатном материнстве: пути решения спорных вопросов.....	472
Карпова Е.О. Особенности нормативно-правового регулирования труда в России и Германии.....	481
Колганова Ю.И. Востребованность реформы права застройки: ожидание и реальность.....	484
Коровин С.А. К вопросу о месте криптовалюты в системе объектов гражданских прав.....	488
Коровкина Е.Д. Некоторые проблемы правового регулирования сделок с заинтересованностью.....	493
Корчагина А.С., Пригода А.С. Проблемы развития муниципального законодательства в Российской Федерации.....	496
Кузнецов Д.А. Конституционно-правовые конфликты и кризисы: понятие и значение.....	499
Лосич А.А. Виды кибер-преступлений в сфере информации.....	504
Малодушева А.П. Коллизии в конституционном праве Российской Федерации.....	507
Михасев А.С. Проблемы учета мнения родителя, проживающего отдельно, при смене фамилии ребенка по заявлению совместно проживающего с ребенком родителя в случае раздельного проживания родителей.....	511
Павлова Д.А. Понятие и признаки бестелесного имущества.....	522
Рачеева Ю.В. Использование цифровых технологий в уголовном процессе.....	526
Роменко В.А. Виртуальное присутствие налогоплательщика на территории иностранного государства.....	530
Сапелкин К. А. К вопросу о возможности расширения круга субъектов права: мировые тенденции в современных условиях.....	535
Старикова Е.В. Творческий труд искусственного интеллекта при создании объектов авторского права.....	540
Стифоров Ю.О. Расследование налоговых преступлений в условиях цифровой экономики.....	544

Научное издание

**ПРАВО И СОВРЕМЕННАЯ ЭКОНОМИКА:
НОВЫЕ ВЫЗОВЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ**

**СБОРНИК МАТЕРИАЛОВ
II НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКОЙ КОНФЕРЕНЦИИ
С МЕЖДУНАРОДНЫМ УЧАСТИЕМ
ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКУЛЬТЕТА СПбГЭУ**

9 апреля 2019 года

*Под научной редакцией канд. юрид. наук,
доцента Н.А. Крайновой*

Подписано в печать 18.07.19. Формат 60×84 1/16.
Усл. печ. л. 34,75. Тираж 500 экз. Заказ 765.

Издательство СПбГЭУ. 191023, Санкт-Петербург, Садовая ул., д. 21.

Отпечатано на полиграфической базе СПбГЭУ