

Межрегиональное отделение Общероссийской общественной организации
«Ассоциация юристов России» по Санкт-Петербургу и Ленинградской области

«Vox Juris»

«Глас права»

Выпуск № 2

Санкт-Петербург

2021

УДК 34
ББК 67
П86

Состав редколлегии:

Председатель редколлегии – Суязов В.В., к.ю.н., доцент кафедры теории и истории государства и права СПбГУ, Исполнительный директор Межрегионального отделения Ассоциации юристов России по Санкт-Петербургу и Ленинградской области.

Главный редактор – Сеницына Н. И. – выпускница магистратуры СПбГУ 2020 г., программа «Предпринимательское право».

Редакторы:

Бауэр Р. Э. – 1 курс магистратуры, программа «Юрист в сфере финансового рынка (финансовый юрист)»;

Гаркуша-Божко С. Ю. – выпускник магистратуры СПбГУ 2019 г., программа «Международное право»;

Ильин Ф. И. – 2 курс магистратуры СПбГУ, программа «Юрист в сфере уголовного судопроизводства»;

Турапина А. А. – 1 курс магистратуры СПбГУ, «Юрист в сфере нормотворческой деятельности»;

Фролов В. Б. – 4 курс бакалавриата СПбГУ по направлению «Юриспруденция»;

Черпак М. Д. – 1 курс магистратуры НИУ ВШЭ, программа «Право информационных технологий и интеллектуальной собственности»;

Шехмаметьева Т. Р. – 1 курс магистратуры СПбГУ, программа «Юрист в сфере уголовного судопроизводства».

VOX JURIS. «Глас права». Выпуск №2. СПб.: 2021. — 310 с.

ISBN 978-5-00105-637-9

Формирование проекта «Vox Juris» («Глас права») – совместная инициатива представителей Санкт-Петербургского государственного университета и Межрегионального отделения Общероссийской общественной организации «Ассоциация юристов России» по Санкт-Петербургу и Ленинградской области. Проект рассчитан на обучающихся по направлению «Юриспруденция», а также молодых специалистов, стремящихся реализовать себя в юридической науке.

В данном выпуске собраны научные статьи по актуальным вопросам различных отраслей права, интересные как для опытных юристов, так и для начинающих свой путь в юридической профессии.

Оформление обложки – Верхоланцева М. С., частнопрактикующий дизайнер, <https://www.behance.net/margariverkh>.

ISBN 978-5-00105-637-9

© Коллектив авторов, 2021
© ООО «Издательство «ЛЕМА», 2021

СОДЕРЖАНИЕ

ГОСУДАРСТВЕННОЕ ПРАВО:

Гасанов М. Д. К вопросу о понятии административной ответственности за нарушение прав в сфере интеллектуальной собственности.....	7
Гриценко А. С., Телегина Д. О. К вопросу о конституционности содержания лиц без гражданства в Центрах временного содержания иностранных граждан для дальнейшего административного выдворения за пределы территории Российской Федерации	10
Круглова Е. С. Участие прокурора в рассмотрении дел об административных правонарушениях: постановка проблем в контексте реформирования законодательства об административных правонарушениях.....	15
Кузьмина Е. С. Особенности правового регулирования контроля за уплатой НДС в России и Китае.....	18
Ларионов С. С. Проверка конституционности закона о поправке к Конституции Российской Федерации: вопросы теории и практики.....	23
Плесовская Н. П. Последние изменения в регулировании административной ответственности за распространение ложной информации в сети «Интернет».....	30
Поварницын А. С. Правовой статус сотрудников Роспотребнадзора.....	35
Слободянюк Е. А., Тюрина Д. Д. Отдельные особенности применения налога на профессиональный доход (НПД).....	38
Шилова А. И. Конституционный суд России: новая траектория развития?.....	41
Ярошевич Е. С. Концепция прецедента в конституционных судах стран Латинской Америки	48

ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС:

Вторушин И. О. Новеллы групповых исков в российском гражданском процессе.....	54
--	----

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО:

Александрова Е. В. Гражданско-правовая ответственность за вред, причиненный умным медицинским устройством.....	58
Березовская С. Ю. Обусловленный срок исполнения обязательства: проблемы и перспективы.....	61
Бурико В. Р. Наследственный договор: новелла российского права сквозь призму зарубежного опыта.....	65
Гречихина В. А. Вопросы наследования аккаунтов в социальных сетях.....	70
Ерофеев Д. В. Правовое регулирование отношений из договора перевозки пассажира в период пандемии COVID 19	74
Мальшаков А. А. Некоторые вопросы применения ст. 312 ГК РФ в судебной практике.....	77

Прыгунова М. Д. Право выделяющегося собственника на выплату ему стоимости его доли другими участниками долевой собственности: проблемы теории и практики.....	83
Уразов Е. К. Договор теплоснабжения в российском праве: отдельные теоретические и практические аспекты.....	87
Федулова К. А. Понятие и условия договора о брокерском обслуживании.....	91
Щербакова В. С., Роев Д. И. Особенности правового регулирования договора аренды зданий и сооружений.....	96
<u>МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО:</u>	
Абзотова М. И. Частные стандарты в свете права ВТО.....	102
Заводовская Н. В. Критерии идентификации компаний-кондуитов в практике арбитражных судов Российской Федерации.....	107
Калинина Е. С. Ограничение прав человека во время пандемии COVID-19: аспекты международного регулирования.....	113
Кислюк А. С. Правовая природа доктрины <i>lis alibi pendens</i> и ее применение в практике арбитражных судов.....	118
Козлов А. В. Международно-правовые проблемы кибертерроризма.....	124
Королёва П. С. Перспективы реформирования процедур урегулирования споров между иностранными инвесторами и государствами.....	131
Михайлова А. С. Объявление персоной <i>non grata</i> в современном дипломатическом праве.....	139
Орлова М. Н. Правовые последствия принятия ЕС актов об охране личных данных для иностранных юридических лиц.....	143
Скляр Е. М. Практика Суда ЕАЭС в сфере действия, применения и соотношения права ЕАЭС с национальным правом государств-членов.....	149
Фомина С. Е. Развитие права на самооборону в свете борьбы с терроризмом.....	154
<u>ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ, ИНФОРМАЦИОННОЕ ПРАВО:</u>	
Губаева Е. А. Особенности правового режима показа мод.....	161
Зырянова К. А. Географические указания как объект международно-правовой охраны.....	164
Иманалиева М. А. Практические аспекты реализации и оборота различных объектов виртуальной реальности.....	169
Косенко А. И., Петрова А. А., Фролова А. Л. Правовое регулирование объектов, созданных нейронной сетью.....	176
Лангер Матти, Вычек Якуб (M. Langer, J. Wyczik) Правовые проблемы регулирования синтетических медиа в Европе и мире: феномен дипфейка.....	180

Салихов Я. М. Защита персональных данных в контексте создания виртуальной копии предмета или личности в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».....	185
Соколова А. С. Институт персональных данных и его трансформация в связи с использованием технологий Big Data.....	194
Сотникова Е. В. Статистика киберпреступлений в России и зарубежных странах: история и современность.....	197
Ходкевич Е. А. Проблемы реализации прав дизайнеров на объекты интеллектуальной собственности.....	200
Чумаченко В. А., Бауэр Р. Э. Перспективы правового регулирования кибербуллинга в РФ.....	205
Юринова А., Шаповалова Т. Е., Королева В. С., Мавлютова Я. А. Особенности правового режима технологий виртуальной и дополненной реальности.....	210

КОММЕРЧЕСКОЕ И АНТИМОНОПОЛЬНОЕ ПРАВО:

Дюмина В. Э. Запрет на недобросовестную конкуренцию, связанную с приобретением и использованием нетрадиционных товарных знаков.....	216
Молодкин А. М. Анализ процедуры внесудебного банкротства физических лиц: спустя полгода.....	220

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА:

Белов М. А., Панченко Н. И. Справедливость: формирование представлений в эпоху постклассики.....	225
Волокитина Л. М. Объекты культурного наследия как объект правоотношений: теоретико-правовой аспект.....	229
Новиков Д. А. Информационная безопасность как условие функционирования правовой системы постановка гипотезы.....	236
Фролов В. Б. О создании Совета цифровизации отдельных нормативных актов как условия совершенствования законодательных актов Российской Федерации.....	240

ТРУДОВОЕ ПРАВО:

Аббосов С. Ё. Анализ проекта нового трудового кодекса Республики Узбекистан.....	245
Коробейник Ю. А. Дискриминация в сфере труда на примере лиц, инфицированных ВИЧ.....	249
Кочеткова А. И. Анализ механизмов защиты чести, достоинства и деловой репутации работника в трудовом правоотношении.....	256
Крылова Я. Р. К вопросу об обеспечении гендерного равенства в трудовом праве Европейского союза.....	261

Оснач Е. Д. Правомерность увольнения работника-инвалида в связи с невозможностью создания специальных условий труда.....	267
---	-----

УГОЛОВНОЕ ПРАВО:

Борисов Б. А. Дигитальные объекты виртуальных миров: к вопросу об уголовно-правовой защите квазиимущественных активов.....	273
---	-----

Герасимова А. Р. Субъективная сторона преступления, предусмотренного статьей 208 УК РФ.....	277
--	-----

Чупраков Р. Н., Ведякина А. А. Проблема применения статей 148 и 282 УК РФ.....	281
---	-----

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС:

Виданова С. С. Необоснованная политизация преступлений как основание отказа в экстрадиции.....	285
---	-----

Горшкова К. Н. Актуальные вопросы обеспечения прав несовершеннолетних потерпевших в уголовном судопроизводстве.....	289
--	-----

Исюмова Д. А. Вопросы участия законных представителей несовершеннолетних в уголовном судопроизводстве.....	292
---	-----

Маньков М. А. Процессуальное положение следователя-криминалиста – правовая неопределённость в законе и новый субъект ведомственного контроля.....	295
--	-----

ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ И ЗЕМЕЛЬНОЕ ПРАВО:

Боталова Д. В. Ограничение, приостановление, прекращение, запрещение деятельности, осуществляемой с нарушением законодательства в области охраны окружающей среды.....	299
---	-----

Зенин А. В. Земельные и экологические правоотношения как смежные юридические категории.....	303
--	-----

Нечаева А. А. К вопросу о формах возмещения вреда окружающей среде.....	307
--	-----

ГОСУДАРСТВЕННОЕ ПРАВО

М. Д. Гасанов

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
бакалавриат, направление «Юриспруденция», I курс*

*Научный руководитель: А. С. Телегин
к.ю.н., профессор, заведующий кафедрой
административного и конституционного права*

Пермского государственного национального исследовательского университета

К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НАРУШЕНИЕ ПРАВ В СФЕРЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

В данном исследовании поднимается проблема отсутствия легального понятия административной ответственности за нарушение прав в сфере интеллектуальной собственности. Автор анализирует доктринальные определения данной ответственности, с целью выявления их общих признаков и некоторых закономерностей в подходах интерпретации понятия. По результатам исследования автором предлагается собственное понятие административной ответственности за нарушение прав в сфере интеллектуальной собственности.

Ключевые слова: административная ответственность, интеллектуальные права, интеллектуальная собственность, нарушение прав интеллектуальной собственности, нарушение интеллектуальных прав.

M. D. Gasanov

TO THE QUESTION OF THE CONCEPT OF ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY FOR VIOLATION OF RIGHTS IN THE SPHERE OF INTELLECTUAL PROPERTY

This study raises the problem of the absence of a legal concept of administrative responsibility for infringement of rights in the field of intellectual property. The author analyzes the doctrinal definitions of this responsibility in order to identify their common features and some patterns in the approaches to interpreting the concept. As a result of the research, the author proposes his own concept of administrative responsibility for violation of rights in the field of intellectual property.

Key words: administrative responsibility, intellectual rights, intellectual property, violation of intellectual property rights, violation of intellectual rights.

В современных условиях развития информационного общества все большее значение имеет защита прав на объекты интеллектуальной собственности от их незаконного использования, в том числе от фальсификации и контрафакции.

Не секрет, что интеллектуальные права физических и юридических лиц в современных реалиях нарушаются особенно часто, и происходит это во многом из-за сложности регулирования цифрового пространства в сети Интернет, поэтому вопрос об ответственности за нарушение интеллектуальных прав является особенно актуальным.

Согласно части 1 статьи 44 Конституции РФ каждому гарантируется свобода литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, преподавания, а интеллектуальная собственность охраняется законом¹. Статья 3 Конвенции Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС), участницей которой является и России, гласит, что одной из целей организации является содействие охране интеллектуальной

¹ Конституция Российской Федерации [Электронный ресурс]: принята всенародным голосованием 12 дек. 1993 г. // Рос. газ. 2009. 21 янв. (с учетом поправок, внесенных Законами Российской Федерации о поправках к Конституции Российской Федерации от 30 дек. 2008 г. № 6-ФКЗ и от 30 дек. 2008 г. № 7-ФКЗ). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».ч

собственности во всем мире путем сотрудничества государств². В связи с этим российское законодательство предусматривает разные виды ответственности за нарушение интеллектуальных прав, а именно гражданско-правовую, административную и уголовную ответственности. Раскроем содержание административной ответственности за нарушение интеллектуальных прав.

Обратившись к Кодексу об административных правонарушениях РФ³, мы не найдем легального определения административной ответственности, в частности, административной ответственности за нарушение интеллектуальных прав. Ввиду изложенного приходится исходить из доктринальных определений данного вида ответственности, что уже предполагает различие в подходах при определении ее понятия и содержания.

Так, например, Р.А. Дадашева предлагает понимать административную ответственность за правонарушения в области интеллектуальной собственности как средство юридической защиты и охраны прав авторов произведений науки, литературы, искусства или иных граждан или юридических лиц, обладающих исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, а также потребителей, которое выражается в назначении органом (должностным лицом), наделенным соответствующими полномочиями, административного наказания лицу, совершившему правонарушение в области интеллектуальной собственности, а также способствует предупреждению административных правонарушений, преступлений и гражданско-правовых деликтов в данной сфере общественных отношений на основе норм, установленных действующим законодательством об административных правонарушениях⁴.

Административную ответственность за нарушения прав интеллектуальной собственности, по мнению А.Е. Филимонова, можно определить как реализацию административно-правовой санкции, применение уполномоченным государственным органом или должностным лицом предусмотренного КоАП РФ административного наказания, в соответствии с определенной законом процедурой, к физическим или юридическим лицам, совершившим административное правонарушение в сфере интеллектуальной собственности⁵.

Н. А. Кулаков говорит, что под административной ответственностью в области законодательства об интеллектуальной собственности следует понимать один из способов правовой защиты интеллектуальных прав, заключающийся в применении в установленном порядке уполномоченными государственными органами предусмотренных законодательством административных наказаний за совершение административных правонарушений, посягающих на интеллектуальные права, с целью предупреждения совершения новых правонарушений как самим правонарушителем, так и иными лицами⁶.

Важно отметить, что согласно статье 1225 Гражданского кодекса РФ институт интеллектуальной собственности включает в себя множество объектов⁷, некоторые из которых по своей схожести в правовом регулировании могут образовывать целые подинституты, например, авторские, смежные, патентные и другие исключительные права, поэтому некоторые ученые выделяют административную ответственность за нарушение авторских и смежных прав и административную ответственность за нарушение патентных прав, что, на первый взгляд, достаточно обоснованно, так как ст. 7.12 КоАП РФ устанавливает негативные санкции в отношении правонарушителей, нарушивших авторские и смежные права, а также изобретательские и патентные права.

² Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности [Электронный ресурс]: заключена в г. Стокгольме 14 июля 1967 г. // Женева: ВОИС № 250(R) (с изм. от 02.10.1979). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ Кодекс об административных правонарушениях Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. закон от 30.12.2001 № 195-ФЗ // Рос. газ. 2001. 31 дек. №256 (ред. от 30.04.2021, с изм. от 17.05.2021). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ Дадашева Р. А. Понятие и сущность административной ответственности за нарушение прав на объекты интеллектуальной собственности. // Уголовно-исполнительное право. 2016. № 3 (25). С. 80-84.

⁵ Филимонов А. Е. Административная ответственность за нарушения прав интеллектуальной собственности: автореф. дис. ... к.ю.н. / М., 2006.

⁶ Кулаков Н. А. Понятие и признаки административной ответственности за нарушение интеллектуальных прав // Диалог. 2016. № 4 (5). С. 27-31.

⁷ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) [Электронный ресурс]: федер. закон от 18.12.2006 № 230-ФЗ // Рос. газ. 2006. 2 дек. №289 (ред. от 30.04.2021). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

В частности, В. А. Лохбаум определяет административную ответственность за нарушение авторских и смежных прав как средство правовой защиты общественных отношений в сфере авторского права и смежных прав, способствующее стабильности данных отношений, защищенности авторских и смежных прав, а также предупреждению административных правонарушений, преступлений и гражданско-правовых деликтов в данной области на основе норм, установленных действующим законодательством об административных правонарушениях⁸.

Но в то же время неминуемый научно-технический прогресс и цифровизация всех сфер общественной жизни, в ближайшем будущем породят новые объекты интеллектуальной собственности, что вновь приведет к вопросу об определении ответственности, в том числе, административной. Поэтому такой дедуктивный метод в определении интересующего нас понятия нам кажется неподходящим, тем более, что КоАП РФ устанавливает санкции за другие нарушения в области прав интеллектуальной собственности, не ограничиваясь только авторскими, смежными, изобретательскими и патентными правами. Речь идет о ст. 7.28 – нарушение установленного порядка патентования объектов промышленной собственности в иностранных государствах, ст. 14.10 – незаконное использование средств индивидуализации товаров.

Анализируя вышеперечисленные понятия, можно выявить схожие признаки административной ответственности за нарушение интеллектуальных прав.

Во-первых, данный вид ответственности понимается многими учеными как средство правовой (юридической) защиты, и это действительно так, потому что юридическая ответственность в контексте указанных норм административного права выполняет штрафную функцию – правонарушитель обязан выплатить административный штраф, и, как правило, праввосстановительную функцию – конфискация всех орудий совершения правонарушения.

Во-вторых, применение уполномоченным государственным органом (должностным лицом) негативных санкций в отношении правонарушителя.

В-третьих, привлечение к ответственности в установленном законом порядке, по определенной процедуре, регламентированной нормами административного права.

В-четвертых, превентивная функция ответственности как таковой, то есть предупреждение совершения административных правонарушений, преступлений и гражданско-правовых деликтов – данное триединство обусловлено тем, что, как мы сказали выше, за нарушение интеллектуальных прав российским законодательством предусмотрена ответственность по административному, уголовному, гражданскому праву.

Выделив ключевые признаки административной ответственности за нарушения прав интеллектуальной собственности, можно сформулировать единое понятие, избежав различий подходов в данном вопросе.

Таким образом, сделав логический вывод, под административной ответственности за нарушения прав в сфере интеллектуальной собственности следует понимать механизм защиты прав граждан и юридических лиц, обладающих интеллектуальными правами, который приводит в действие уполномоченный на то государственный орган или должностное лицо путем применения к правонарушителю негативной санкции по процедуре, установленной нормами административного права, в целях наказания правонарушителя, восстановления нарушенного права, а также в целях предупреждения совершения любого незаконного деяния в сфере прав интеллектуальной собственности.

Библиографический список:

1. Дадашева, Р. А. Понятие и сущность административной ответственности за нарушение прав на объекты интеллектуальной собственности / Р. А. Дадашева // Уголовно-исполнительное право. – 2016. – № 3 (25). – С. 80-84.
2. Кулаков, Н. А. Понятие и признаки административной ответственности за нарушение интеллектуальных прав / Н. А. Кулаков // Диалог. – 2016. – № 4 (5). – С. 27-31.
3. Лохбаум, В. А. Административная ответственность за нарушение авторских и смежных прав: автореферат дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.14 / Лохбаум Владислав Александрович. – Москва, 2008. – 25 с.

⁸ Лохбаум В. А. Административная ответственность за нарушение авторских и смежных прав: автореф. дис. ... к.ю.н. / М., 2008.

4. Филимонов, А. Е. Административная ответственность за нарушения прав интеллектуальной собственности: автореферат дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.14 / Филимонов Александр Евгеньевич – Москва, 2006. – 23 с.

А. С. Гриценко

*кандидат юридических наук,
доцент кафедры конституционного права Юридического факультета
Санкт-Петербургского государственного университета*

Д. О. Телегина

*Санкт-Петербургский государственный университет,
бакалавриат, образовательная программа
«Юриспруденция», III курс*

К ВОПРОСУ О КОНСТИТУЦИОННОСТИ СОДЕРЖАНИЯ ЛИЦ БЕЗ ГРАЖДАНСТВА В ЦЕНТРАХ ВРЕМЕННОГО СОДЕРЖАНИЯ ИНОСТРАННЫХ ГРАЖДАН ДЛЯ ДАЛЬНЕЙШЕГО АДМИНИСТРАТИВНОГО ВЫДВОРЕНИЯ ЗА ПРЕДЕЛЫ ТЕРРИТОРИИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Цель статьи оценить действующие законодательные положения, регулирующие институт содержания лиц без гражданства в Центрах временного содержания иностранных граждан. В основу анализа положена жалоба Евгения Кима от 10.11.2020 и вынесенное по результатам её рассмотрения Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 12.03.2021 г. № 378-О. Авторы приходят к выводу о соответствии оспариваемого в жалобе правового регулирования выработанным в практике Конституционного Суда РФ критериям допустимости ограничения права на свободу и личную неприкосновенность, поскольку законом предусмотрен предельный срок содержания лица без гражданства в Центре временного содержания иностранных граждан, а судебная практика указывает на наличие у лица без гражданства права на судебное оспаривание законности и обоснованности такого ограничения свободы.

Ключевые слова: личная неприкосновенность, критерии допустимости ограничения конституционных прав, права лиц без гражданства, конституционность, Центры временного содержания иностранных граждан, дело Евгения Кима.

A. S. Gricenko

D.O. Telegina

ABOUT THE CONSTITUTIONALITY OF DETENTION OF STATELESS PEOPLE IN TEMPORARY DETENTION CENTERS FOR FOREIGN CITIZENS FOR FURTHER ADMINISTRATIVE EXPULSION FROM THE TERRITORY OF THE RUSSIAN FEDERATION

This article is aiming to assess the current legislative provisions governing the institution of detention stateless persons in Temporary detention centers for foreign citizens. The analysis is based on the case of Evgeny Kim, dated 10.11.2020 and Ruling of the Constitutional Court of RF dated 12.03.2021, No. 378-O. The authors conclude that the legal regulation contested in the complaint of Evgeny Kim complies with the criteria for the permissibility of restricting the right to liberty and security of person, since the legislation provides for a deadline of detention of a stateless person in a Temporary detention center for foreign citizens and case law indicates that a stateless person has the right to challenge the legality and justification of such deprivation of liberty in court.

Key words: the right to liberty and security of person, criteria for permissibility of restricting constitutional rights, rights of stateless people, the constitutionality, Temporary detention centers for foreign citizens, the case of Evgeny Kim.

Право на свободу и личную неприкосновенность относится к числу тех основных естественных прав, которые, как представляется, принадлежат каждому от рождения. Оно воплощает наиболее значимое социальное благо, которое предопределяет недопустимость произвольного вмешательства в сферу автономии личности и создает условия как для

демократического устройства общества, так и для всестороннего развития человека⁹. Вместе с тем, несмотря на естественно-правовой характер и ценность для современного общества, конституционное право на свободу и личную неприкосновенность не носит абсолютного характера и в некоторых случаях может быть ограничено государством для обеспечения публичного интереса. По общему правилу такие ограничения должны предусматриваться федеральным законом и соответствовать иным критериям конституционности. На примере дела Евгения Кима будет рассмотрен частный случай ограничения права на свободу и личную неприкосновенность – содержание лиц без гражданства, подлежащих административному выдворению за пределы территории Российской Федерации, в Центрах временного содержания иностранных граждан (*далее* – ЦВСИГ).

Критерии соответствия правового регулирования лишения свободы статье 22 Конституции РФ были разработаны КС РФ в Постановлении от 23 мая 2017 года № 14-П (*далее* – Постановление по делу Мсхиладзе)¹⁰, их можно условно разделить на две группы:

«Общие критерии» – критерии, применимые к ограничениям любого гарантированного Конституцией РФ права, в том числе к ограничению права на свободу и личную неприкосновенность. В соответствии с общими критериями, ограничения права на свободу и личную неприкосновенность возможны лишь в определенных Конституцией Российской Федерации целях, в установленном законом порядке, на основе критериев разумности и соразмерности, только если эти ограничения отвечают требованиям справедливости, являются адекватными, пропорциональными и необходимыми для защиты конституционно значимых ценностей, не затрагивают само существо данного права и могут быть оправданы публичными интересами, перечисленными в статье 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации (п. 2 Постановления от 22 марта 2018 года № 12-П/2018¹¹), а также основаны на принципе правовой определенности (п. 2 Постановления по делу Мсхиладзе).

Сам по себе институт содержания лиц без гражданства, подлежащих административному выдворению, в ЦВСИГ соответствует Конституции РФ, являясь единственным эффективным механизмом обеспечения исполнения решения о выдворении данной категории лиц. Вместе с тем, в определенных случаях регулирование данного института может не соответствовать конституционным требованиям адекватности и пропорциональности. Например, установление минимального срока содержания лица без гражданства в ЦВСИГ не соответствовало бы «общим критериям», так как в этом случае могла бы возникнуть ситуация, при которой иностранное государство выразило свою готовность принять иностранное лицо у себя, но его содержание в ЦВСИГ продолжается до истечения минимального срока. Тогда гарантированное лицу без гражданства Конституцией РФ право на свободу и личную неприкосновенность было бы чрезмерно, без какой-либо необходимости ограничено.

«Специальные критерии» – критерии, применимые исключительно к ограничениям права на свободу и личную неприкосновенность. Среди специальных критериев можно выделить обязательность наличия предельного срока лишения свободы (п. 6 Постановления от 17 февраля 1998 года № 6-П; п. 4.2 Постановления по делу Мсхиладзе), а также права на судебное оспаривание законности и обоснованности такого лишения свободы (п. 4.3 Постановления по делу Мсхиладзе)¹².

Содержание Евгения Кима и иных лиц без гражданства, подлежащих выдворению за пределы территории Российской Федерации, в ЦВСИГ в течение неопределенного срока, то есть бессрочно, действительно недопустимо с позиций Конституции Российской Федерации, а также естественно-правовой концепции прав человека. Бессрочным может быть лишь пожизненное

⁹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 22 марта 2018 года № 12-П/2018 // Конституционный Суд Российской Федерации URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision322395.pdf> (дата обращения: 08.02.2021).

¹⁰ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 23 мая 2017 года № 14-П // Конституционный Суд Российской Федерации URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision272574.pdf> (дата обращения: 08.02.2021).

¹¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 22 марта 2018 года № 12-П/2018 // Конституционный Суд Российской Федерации URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision322395.pdf> (дата обращения: 08.02.2021).

¹² Стоит отметить, что критерий наличия права на судебное оспаривание законности и обоснованности лишения свободы соответствует международно-правовым тенденциям в области защиты прав человека [4, § 9.4].

лишение свободы за совершение наиболее опасных для общества деяний – особо тяжких преступлений, но даже в этом случае уголовный закон предусматривает возможность условно-досрочного освобождения от наказания. В случае совершения лицом без гражданства административного правонарушения, бессрочное содержание в ЦВСИГ недопустимо: во-первых, само по себе такое содержание не является наказанием, а рассматривается в качестве временной, вспомогательной меры для исполнения наказания в виде административного выдворения; во-вторых, тяжесть и общественная опасность совершенных такими лицами без гражданства административных правонарушений несоизмеримо ниже в сравнении с совершением особо тяжких преступлений.

Таким образом, в случае, если выдворение лица без гражданства становится невозможным в связи с отказом иностранных государств в его принятии, необходимо не продолжать содержание в ЦВСИГ, превращая его фактически в бессрочное, а руководствуясь принципом гуманизма, международными нормативными правовыми актами о сокращении безгражданства, в частности, Конвенцией о сокращении безгражданства 1961 года¹³, отпускать лицо без гражданства на свободу по истечении какого-либо разумного срока и предоставлять ему правовой статус, позволяющий находиться в Российской Федерации. При этом сам факт отсутствия в оспариваемых ч. 1.1 ст. 18.8 и ч. 5 ст. 3.10 КоАП РФ¹⁴ положений о предельно допустимом сроке содержания в ЦВСИГ в целях дальнейшего выдворения не должен *per se* приводить к выводу о том, что российское законодательство допускает лишение лиц без гражданства свободы, не ограниченное какими-либо сроками.

Предельный срок содержания Евгения Кима и иных подлежащих административному выдворению лиц без гражданства существует, предусмотрен частью 1 статьи 31.9 КоАП РФ¹⁵ и составляет два года со дня вступления в законную силу постановления о назначении административного наказания в виде выдворения. Факт применимости данного срока к институту содержания в ЦВСИГ неоднократно подтверждался как российскими¹⁶, так и зарубежными исследователями¹⁷, а также судебной практикой¹⁸.

Помимо законодательно установленного двухлетнего срока и практики принятия судами решения о содержании иностранных лиц в ЦВСИГ *до момента административного выдворения*¹⁹,

¹³ Конвенция о сокращении безгражданства // ООН URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/statelessness.shtml (дата обращения: 04.02.2021).

¹⁴ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 N 195-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1. Ст. 10.

¹⁵ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 N 195-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1. Ст. 10.

¹⁶ Князева И.Н., Устинова М.А. Порядок исполнения постановления об административном выдворении за пределы Российской Федерации иностранных граждан и лиц без гражданства: проблемы правоприменения // Правопорядок: история, теория, практика. 2016. №3 (10). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/poryadok-ispolneniya-postanovleniya-ob-administrativnom-vydvorenii-za-predely-rossiyskoy-federatsii-inostrannyh-grazhdan-i-lits-bez> (дата обращения: 08.02.2021); Аванесова А. А., Струтинская Т. А. Содержание лиц без гражданства в Центрах временного содержания иностранных граждан : проблемы правоприменения // Современная наука: актуальные проблемы теории и практики. 2018. №6. С. 116.

¹⁷ Submission by the United Nations High Commissioner for Refugees For the Office of the High Commissioner for Human Rights' Compilation Report - Universal Periodic Review: THE RUSSIAN FEDERATION // United Nations High Commissioner for Refugees URL: https://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session16/RU/UNHCR_UPR_RUS_S16_2013_UNHCR_E.pdf (дата обращения: 08.02.2021)

¹⁸ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 12 марта 2021 года № 378-О // Конституционный Суд Российской Федерации URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision522909.pdf> (дата обращения: 10.06.2021).

¹⁹ Постановление № 5-156/2019 от 17 июля 2019 г. по делу № 5-156/2019 // Судебные и нормативные акты РФ URL: https://sudact.ru/regular/doc/tDt6TzJVujYT/?regular-txt=®ular-case_doc=5-156%2F2019®ular-lawchunkinfo=®ular-date_from=®ular-date_to=®ular-workflow_stage=®ular-area=1074®ular-court=®ular-judge=&_id=1612786433342 (дата обращения: 08.02.2021), Постановление № 5-24/2019 от 20 февраля 2019 г. по делу № 5-24/2019 // Судебные и нормативные акты РФ URL: https://sudact.ru/regular/doc/SGeaL22G8zVg/?regular-txt=®ular-case_doc=5-24%2F2019®ular-lawchunkinfo=®ular-date_from=®ular-date_to=®ular-workflow_stage=®ular-area=1001®ular-court=®ular-judge=&_id=1612786590116 (дата обращения: 08.02.2021), Постановление № 5-90/2019 от 10

существует практика назначения судом более короткого предельного срока содержания в ЦВСИГ с учетом обстоятельств конкретного дела²⁰.

Таким образом, можно сделать вывод о соответствии действующего правового регулирования института содержания лиц без гражданства в ЦВСИГ первому критерию конституционности лишения свободы - обязательности наличия предельного срока такого содержания.

Что касается соответствия критерию наличия у лица без гражданства права на судебное оспаривание законности и обоснованности лишения свободы форме содержания в ЦВСИГ, стоит отметить, что действующее законодательство не предусматривает механизма оспаривания содержащимся в ЦВСИГ лицом без гражданства законности и обоснованности содержания в таком учреждении. В связи с этим в 2017 году при принятии решения по делу Мсхиладзе КС РФ указал, что отсутствие у лица без гражданства права на судебное оспаривание законности и обоснованности содержания в ЦВСИГ не согласуется с конституционными принципами необходимости и соразмерности (пропорциональности) ограничения прав и свобод человека и гражданина (п 4.3 Постановления по делу Мсхиладзе).

Несмотря на прямое указание КС РФ о необходимости незамедлительного внесения изменений в Кодекс РФ об административных правонарушениях, наличие разработанных в юридической литературе вариантов изменений²¹, законодателем такие изменения внесены не были. Вместе с тем, позиция КС РФ по данному делу, в частности, п. 2 резолютивной части Постановления по делу Мсхиладзе, изменила правоприменительную практику. Так, в ряде решений²² судами было принято решение о помещении лица в ЦВСИГ в целях дальнейшего административной выдворения не бессрочно, а на определенный срок, который в дальнейшем продлевался, что подтверждает наличие предельного срока содержания первого – критерия конституционности лишения свободы; помимо этого, защитник лица, помещенного в ЦВСИГ, обжаловал решение о содержании в таком учреждении, и жалоба была рассмотрена по существу судом вышестоящей инстанции, что говорит о наличии у помещенного в ЦВСИГ лица

июля 2019 г. по делу № 5-90/2019 // Судебные и нормативные акты РФ URL: https://sudact.ru/regular/doc/rzNTXLMs8ErP/?regular-txt=®ular-case_doc=5-90%2F2019®ular-lawchunkinfo=®ular-date_from=®ular-date_to=®ular-workflow_stage=®ular-area=1001®ular-court=®ular-judge=&_id=1612786510586 (дата обращения: 08.02.2021).

²⁰ Постановление № 4А-171/2018 от 27 июля 2018 г. по делу № 4А-171/2018 // Судебные и нормативные акты РФ URL: https://sudact.ru/regular/doc/mj6anb1ffkJK/?regular-txt=®ular-case_doc=4A-171%2F2018+®ular-lawchunkinfo=®ular-date_from=®ular-date_to=®ular-workflow_stage=®ular-area=®ular-court=®ular-judge=&_id=1612783307865 (дата обращения: 08.02.2021).

²¹ Маматов М. В., Маслов И. А. О сроках содержания в специальных учреждениях иностранных граждан и лиц без гражданства, подлежащих административному выдворению // Актуальные проблемы российского права. 2018. №2 (87). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/o-srokah-soderzhaniya-v-spetsialnyh-uchrezhdeniyah-inostrannyh-grazhdan-i-lits-bez-grazhdanstva-podlezhaschih-administrativnomu> (дата обращения: 10.02.2021). Князева И.Н., Устинова М.А. Порядок исполнения постановления об административном выдворении за пределы Российской Федерации иностранных граждан и лиц без гражданства: проблемы правоприменения // Правопорядок: история, теория, практика. 2016. №3 (10). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/poryadok-ispolneniya-postanovleniya-ob-administrativnom-vydvorenii-za-predely-rossiyskoy-federatsii-inostrannyh-grazhdan-i-lits-bez> (дата обращения: 08.02.2021). Более того, исследователями из ООН отмечается необходимость введения альтернатив содержанию в ЦВСИГ и предпочтительность их применения, особенно в отношении отдельных категорий особо уязвимых граждан [5].

²² Решение № 12-113/2020 от 16 июля 2020 г. по делу № 12-113/2020 // Судебные и нормативные акты РФ URL: https://sudact.ru/regular/doc/89YEhE4GDBbw/?regular-txt=®ular-case_doc=12-113%2F2020®ular-lawchunkinfo=®ular-date_from=®ular-date_to=®ular-workflow_stage=®ular-area=1029®ular-court=®ular-judge=&_id=1612785339925 (дата обращения: 08.02.2021); Решение № 12-103/2020 от 2 июля 2020 г. по делу № 12-103/2020 // Судебные и нормативные акты РФ URL: https://sudact.ru/regular/doc/Szu7GleQj8VV/?regular-txt=®ular-case_doc=12-103%2F2020®ular-lawchunkinfo=®ular-date_from=®ular-date_to=®ular-workflow_stage=®ular-area=1029®ular-court=®ular-judge=&_id=1612785482265 (дата обращения: 08.02.2021); Решение № 7-31/2019 от 12 февраля 2019 г. по делу № 7-31/2019 // Судебные и нормативные акты РФ URL: https://sudact.ru/regular/doc/Qgv3wbXQiQVb/?regular-txt=®ular-case_doc=7-31%2F2019®ular-lawchunkinfo=®ular-date_from=®ular-date_to=®ular-workflow_stage=®ular-area=1070®ular-court=®ular-judge=&_id=1612785585981 (дата обращения: 08.02.2021).

возможности (права) на судебное оспаривание законности и обоснованности содержания в таком учреждении.

При этом возможность судебного оспаривания законности и обоснованности содержания в ЦВСИГ не является номинальной. Так, в одном из дел²³ суд отменил назначенное судами предыдущих инстанций дополнительное наказание в виде административного выдворения за пределы Российской Федерации как необоснованное с учетом обстоятельств конкретного дела.

Несмотря на отсутствие законодательного регулирования возможности обжалования лицом без гражданства законности и обоснованности его содержания в ЦВСИГ, такая возможность фактически предоставляется такому лицу правоприменительной практикой.

Вывод

Можно сделать вывод об отсутствии конституционно-правового дефекта в регулировании института содержания лиц без гражданства в ЦВСИГ и о том, что действующее правовое регулирование содержания лиц без гражданства в ЦВСИГ в смысле, придаваемом ему правоприменительной практикой, соответствует критериям конституционности лишения свободы.

Данный вывод в полной мере соответствует Определению КС Российской Федерации от 12.03.2021 № 378-О²⁴, вынесенному в результате рассмотрения жалобы Евгения Кима.

Библиографический список:

1. Аванесова А. А., Струтинская Т. А. Содержание лиц без гражданства в Центрах временного содержания иностранных граждан : проблемы правоприменения // Современная наука : актуальные проблемы теории и практики. 2018. №6. С. 115117.

2. Князева И.Н., Устинова М.А. Порядок исполнения постановления об административном выдворении за пределы Российской Федерации иностранных граждан и лиц без гражданства: проблемы правоприменения // Правопорядок: история, теория, практика. 2016. – №3 (10). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/poryadok-ispolneniya-postanovleniya-ob-administrativnom-vydvoreni-za-predely-rossiyskoy-federatsii-inostrannyh-grazhdan-i-lits-bez> (дата обращения: 08.02.2021).

3. Маматов М. В., Маслов И. А. О сроках содержания в специальных учреждениях иностранных граждан и лиц без гражданства, подлежащих административному выдворению // Актуальные проблемы российского права. 2018. – №2 (87). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/o-srokah-soderzhaniya-v-spetsialnyh-uchrezhdeniyah-inostrannyh-grazhdan-i-lits-bez-grazhdanstva-podlezhaschih-administrativnomu> (дата обращения: 10.02.2021).

4. A v. Australia, Communication No. 560/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (30 April 1997) // University of Minnesota. Human Rights Library URL: <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/html/vws560.html> (дата обращения: 08.02.2021).

5. Submission by the United Nations High Commissioner for Refugees For the Office of the High Commissioner for Human Rights' Compilation Report - Universal Periodic Review: THE RUSSIAN FEDERATION // United Nations High Commissioner for Refugees URL: https://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session16/RU/UNHCR_UPR_RUS_S16_2013_UNHR_E.pdf (дата обращения: 08.02.2021).

²³ Постановление № 4А-1038/2018 от 24 августа 2018 г. по делу № 4А-1038/2018 // Судебные и нормативные акты РФ URL: https://sudact.ru/regular/doc/7ZYIvFLlFuNq/?regular-txt=®ular-case_doc=4A-1038%2F2018®ular-lawchunkinfo=®ular-date_from=®ular-date_to=®ular-workflow_stage=®ular-area=1010®ular-court=®ular-judge=&_id=1612785863268 (дата обращения: 08.02.2021).

²⁴ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 12 марта 2021 года № 378-О // Конституционный Суд Российской Федерации URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision522909.pdf> (дата обращения: 21.04.2021).

Е. С. Круглова
ННГУ им. Н. И. Лобачевского,
магистратура, направление «Юриспруденция», II курс

Научный руководитель: А. В. Мартынов
д.ю.н., заведующий кафедрой
административного и финансового права
юридического факультета ННГУ им. Н. И. Лобачевского

УЧАСТИЕ ПРОКУРОРА В РАССМОТРЕНИИ ДЕЛ ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМ В КОНТЕКСТЕ РЕФОРМИРОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ

Предметом исследования являются нормы КоАП РФ, затрагивающие аспект участия прокурора в рассмотрении дел об административных правонарушениях, с целью выявления проблемных вопросов в данной области, а также разработки путей их решения. Кроме того, автором анализируются полномочия прокурора по участию в рассмотрении дел об административных правонарушениях с учетом положений проектов КоАП РФ и ПКоАП РФ. Обозначена необходимость в планомерных изменениях норм, регламентирующих порядок реализации указанных полномочий прокурора.

Ключевые слова: производство по делам об административных правонарушениях, реформирование КоАП РФ, прокурор.

E. S. Kruglova

PARTICIPATION OF THE PROSECUTOR IN THE REVIEW CASES OF ADMINISTRATIVE OFFENSES: SETTING PROBLEMS IN THE CONTEXT OF REFORMING THE LEGISLATION ON ADMINISTRATIVE OFFENSES

The subject of the study is the norms of the Administrative Code of the Russian Federation, which affect the aspect of the prosecutor's participation in the consideration of cases of administrative offenses, in order to identify problematic issues in this area, as well as to develop ways to solve them. In addition, the author analyzes the powers of the prosecutor to participate in the consideration of cases of administrative offenses, taking into account the provisions of the draft Administrative Code of the Russian Federation and the Administrative Code of the Russian Federation. The need for systematic changes in the norms regulating the procedure for the implementation of these powers of the prosecutor is indicated.

Keywords: proceedings in cases of administrative offenses, reform of the Administrative Code of the Russian Federation, prosecutor.

В настоящее время осуществляется непрерывная работа, направленная на модернизацию законодательства об административных правонарушениях. Как в научной литературе²⁵, так и на правительственном уровне обсуждается концепция нового Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях²⁶ (далее – Концепция), более того разработаны проекты федеральных законов «Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях»²⁷

²⁵ Россинский, Б. В. Нужен ли сейчас новый КоАП РФ? / Б. В. Россинский // Теория и практика административного права и процесса: материалы X Всероссийской научно-практической конференции, посвященной памяти профессора В. Д. Сорокина (Небугские чтения). 2016. С. 33–38.

²⁶ Концепция нового Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях // СПС «КонсультантПлюс» [Электронный ресурс]. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_326534/10cbb24b702651d2267a6638c37f626f9f843dbc/ (дата обращения: 28.01.2021).

²⁷ Проект федерального закона «Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» // федеральный портал проектов нормативных правовых актов [Электронный ресурс]. URL: <https://regulation.gov.ru/projects#nra=99059> (дата обращения: 28.01.2021).

(далее – проект КоАП РФ) и «Процессуальный кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях»²⁸ (далее – проект ПКоАП РФ). В указанной Концепции отмечается необходимость расширения процессуальных прав прокурора, чье участие в рассмотрении дел об административных правонарушениях во многих случаях является оправданным.

Прежде всего следует обратить внимание на то, что прокурор в производстве по делам об административных правонарушениях занимает особое положение. Прокурор, согласно статьям 25.11 и 28.4 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ²⁹ (далее – КоАП РФ) входит одновременно в состав лиц, обладающих полномочиями возбуждать дело об административном правонарушении и в число участников производства. Такой подход к установлению особого статуса прокурора характерен и для обозначенных проектов федеральных законов (статья 42.1, статья 44.1 проекта КоАП РФ, статья 2.4 проекта ПКоАП РФ).

Обращаясь к проблемам, возникающим в обозначенной сфере правоотношений, во-первых, отметим сложность определения степени необходимости и обязательности участия прокурора в рассмотрении дел об административных правонарушениях.

В. И. Ломакин утверждает, что из статьи 25.11 КоАП РФ следует вывод о возможности двух форм участия прокурора в рассмотрении дел об административных правонарушениях: обязательной и альтернативной³⁰. Вместе с тем подобная позиция подвергается критике ввиду следующего: часть 2 статьи 25.11 КоАП РФ предполагает извещение прокурора о времени и месте рассмотрения дела об административном правонарушении в определенных случаях, что не является основанием для признания обязательного участия прокурора в рассмотрении данных дел. Стоит обратить внимание на тот факт, что Приказ Генерального прокурора от 19.02.2015 № 78 «Об организации работы по реализации полномочий прокурора в производстве по делам об административных правонарушениях»³¹ (далее – Приказ Генерального прокурора РФ № 78) обязательным считает участие прокурора в рассмотрении судьей, органом, должностным лицом дел об административных правонарушениях, которые возбуждены по его инициативе, указания на обязательность участия в рассмотрении дела об административном правонарушении, совершенном несовершеннолетним, не содержится.

В целом анализируемый аспект не урегулирован и в проекте КоАП РФ, однако предусматривается некое категорирование административных правонарушений, так в статье 2.2. обозначены грубые административные правонарушения (например, административные правонарушения экстремистской и коррупционной направленности). Возможно, обязательность участия прокурора в рассмотрении дел об административных правонарушениях может осуществляться исходя из отнесения того или иного правонарушения к грубым.

Практику участия прокуроров в рассмотрении дел об административных правонарушениях, совершаемых несовершеннолетними, нельзя назвать единообразной. Так, в одном случае, прокурор был надлежащим образом извещен о времени и месте рассмотрения дела и присутствовал в судебном заседании³², в другом – извещение прокурору не поступало, в рассмотрении дела он не участвовал, что не позволило судье городского суда полно и всесторонне установить все обстоятельства по делу³³.

²⁸ Проект федерального закона «Процессуальный кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» // федеральный портал проектов нормативных правовых актов [Электронный ресурс]. URL: <https://regulation.gov.ru/projects#npr=99061> (дата обращения: 28.01.2021).

²⁹ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 27.12.2019) // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

³⁰ Ломакин В.И. Прокурор в производстве по делам об административных правонарушениях: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.14 / Виктор Иванович Ломакин. 2006. С. 106.

³¹ Приказ Генерального прокурора Российской Федерации от 19.02.2015 № 78 «Об организации работы по реализации полномочий прокурора в производстве по делам об административных правонарушениях» // Законность. 2015. № 5.

³² Решение Московского областного суда от 30.08.2018 № 12-1139/2018 // Доступ из Интернет-ресурса «Судебные и нормативные акты Российской Федерации».

³³ Решение Нижегородского областного суда от 27.04.2016 № 7-487/2016 // Доступ из Интернет-ресурса «Судебные и нормативные акты Российской Федерации».

Думается, что в части, касающейся данных дел об административных правонарушениях, вопрос об участии в них прокурора неразрывно связан с необходимостью первоочередного и наилучшего обеспечения интересов несовершеннолетнего. Ввиду того, что из извещения невозможно понять конкретные обстоятельства дела, представляется невозможным учитывать условия, исходя из которых принималось бы решение об участии или неучастии прокурора в его рассмотрении. Соответственно, полагаем – прокурор должен участвовать в рассмотрении каждого дела об административном правонарушении, которое совершено несовершеннолетним, поскольку присутствие прокурора при рассмотрении таких дел является дополнительной гарантией прав и свобод лиц, не достигших совершеннолетия. В этой связи следует внести дополнение в Приказ Генерального прокурора РФ №78, а именно изложить пункт 3 в следующей редакции: «Считать обязательным участие прокурора в рассмотрении судьей, органом, должностным лицом дел об административных правонарушениях, совершенных несовершеннолетними, а также дел об административных правонарушениях, возбужденных по инициативе прокурора.»

Положения статьи 25.11 КоАП РФ, подразумевают обязательное создание лицом, рассматривающим дело, условий, необходимых для реализации прокурором своих полномочий, предусматривающих его право участвовать в рассмотрении дела путем личного присутствия в заседании. Однако обращение к судебной практике, показало, что имеют место факты несвоевременного извещения прокурора о месте и времени рассмотрения дела об административном правонарушении, инициатива возбуждения которого ему принадлежала³⁴, а также – отсутствия извещения как со стороны должностных лиц, так и судей^{35,36}, что исключает возможность надлежащего осуществления прокурором предоставленных полномочий.

В соответствии с Концепцией, подход к извещению и уведомлению, а также документообороту необходимо развивать с учетом дальнейшего внедрения и использования системы межведомственного электронного взаимодействия, кроме того участники производства должны иметь возможность получения информации о времени и месте рассмотрения дела с использованием информационно-телекоммуникационной сети «Интернет». При этом в проекте ПКоАП РФ не содержится принципиально новых положений, направленных на последовательную реализацию указанных тезисов Концепции. Вместе с тем поступательное развитие электронного взаимодействия на различных уровнях видится в качестве решения выше обозначенной проблемы.

Согласно части 2 статьи 29.7 КоАП РФ, в случае участия прокурора в рассмотрении дела заслушивается его заключение, аналогичное положение содержит статья 6.4 проекта ПКоАП РФ. Ни законодательно, ни на уровне подзаконного регулирования не содержится предписаний относительно формы и содержания такого заключения, в Приказе Генерального прокурора РФ № 78 существует лишь указание на то, что такое заключение должно быть мотивированным. Исходя из этого, в практической деятельности возникают определенные трудности и нарушения (например, Шахунским районным судом было установлено отсутствие заключения прокурора по делу³⁷). Следовательно, в целях унификации участия прокурора в производстве по делам об административных правонарушениях и повышения его процессуальной активности на стадии рассмотрения дела, следует отразить в нормах КоАП РФ положения, связанные с обязанностью предоставления прокурором письменного заключения. Концепция предусматривает применение современных технологий, позволяющих лицам, участвующим в производстве, направлять документы и представлять сведения, связанные с рассмотрением дела, в электронном виде, в то же время, проект ПКоАП РФ не регламентирует возможность предоставления заключения прокурора таким образом.

Резюмируя изложенное, обозначим необходимость дальнейших научных разработок в сфере участия прокурора в производстве по делам об административных правонарушениях на различных его стадиях, что становится особенно актуальным в контексте реформирования законодательства об административных правонарушениях.

³⁴ Решение Шатковского районного суда от 04.05.2018 № 12-222/2018 // Доступ из Интернет-ресурса «Судебные и нормативные акты Российской Федерации».

³⁵ Решение Советского районного суда от 23.05.2017 № 12-216/2017 // Доступ из Интернет-ресурса «Судебные и нормативные акты Российской Федерации».

³⁶ Решение Советского районного суда от 07.06.2016 № 12-466/2016 // Доступ из Интернет-ресурса «Судебные и нормативные акты Российской Федерации».

³⁷ Решение Шахунского районного суда от 23.10.2015 № 12-104/2015 // СПС «СудАкт» [Электронный ресурс]. URL: <https://sudact.ru> (дата обращения: 10.02.2021).

Библиографический список:

1. Ломакин, В. И. Прокурор в производстве по делам об административных правонарушениях: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.14 / В. И. Ломакин. – Челябинск. 2006. – 170 с.
2. Россинский, Б. В. Нужен ли сейчас новый КоАП РФ? / Б. В. Россинский // Теория и практика административного права и процесса: материалы X Всероссийской научно-практической конференции, посвященной памяти профессора В. Д. Сорокина (Небугские чтения). – Челябинск: Цицеро. 2016. – С. 33–38.

Е. С. Кузьмина

*Санкт-Петербургский государственный университет,
бакалавриат, направление
«Юриспруденция с углубленным изучением
китайского права и права КНР», IV курс*

*Научный руководитель: А. А. Трофимов,
ассистент кафедры административного и финансового права
Санкт-Петербургского государственного университета*

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ КОНТРОЛЯ ЗА УПЛАТОЙ НДС В РОССИИ И КИТАЕ

Предметом исследования в статье являются нормативное регулирование контроля за уплатой налога на добавленную стоимость в России и Китае, а также практика его применения. Россия и Китай используют схожие механизмы контроля, такие как налоговые проверки, а также автоматизированные системы контроля, в чём проявляется сходство в подходах, однако на практике их реализация не всегда совпадает. Главное отличие состоит в использовании технологии блокчейна, которая позволяет быстрее и безопаснее обрабатывать информацию. Первые шаги в этой области в России уже предприняты, что позволяет говорить о совпадении подходов двух стран в технологической организации контроля за уплатой НДС. Автором также раскрывается вопрос о том, как именно налоговые органы контролируют уплату НДС в России и Китае

Ключевые слова: налоговое право КНР, КНР, налоги, НДС, АСК НДС-2, налоговый контроль, налоговые проверки, Налоговый кодекс РФ.

E.S. Kuzmina

SPECIFICS OF LEGAL REGULATION OF VAT PAYMENT CONTROL IN RUSSIA AND CHINA

The subject of the article is the normative regulation of control over the payment of value added tax in Russia and China, as well as the analysis of their practical application. Russia and China use similar control mechanisms, such as tax audits, as well as automated control systems, which show similarities in approaches, but in practice their implementation is not always the same. The main difference is the application of blockchain technology, which allows faster and safer processing of information. The first steps in this area have already been taken in Russia, which makes it possible to say that the two countries are almost equal in the technological organization of VAT control. The procedure for controlling VAT by tax authorities in Russia and China is also disclosed by the author.

Key words: Chinese tax law, taxes, value added tax, ASC VAT-2, tax control, tax audits, Tax code of the Russian Federation.

Налог на добавленную стоимость в России является одним из важнейших источников доходов федерального бюджета. Например, в 2019 году на НДС пришлось более трети от общего числа поступлений в федеральный бюджет³⁸. В Китае НДС также составляет большую долю от числа

³⁸ Об исполнении федерального бюджета за 2019 год [Электронный ресурс]: федер. закон от 19 октября 2020 г. № 332-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2020. № 42. Ст. 6501. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

поступлений, причём значительная доля идёт в бюджет автономий, что даёт основания говорить о том, что в обоих государствах контроль за уплатой этого налога имеет крайне важное значение.

Общее понятие налогового контроля определено в ст. 82 Налогового кодекса Российской Федерации (далее – НК РФ)³⁹: деятельность уполномоченных органов по контролю за соблюдением законодательства о налогах и сборах в порядке, установленном НК РФ.

Налоговый контроль проводится только в формах, установленных НК РФ, а именно:

1. налоговые проверки (выездные и камеральные);
2. получение объяснений налогоплательщиков, налоговых агентов и плательщиков сбора, плательщиков страховых взносов;
3. проверки данных учета и отчетности;
4. осмотр помещений и территорий, используемых для извлечения дохода (прибыли);
5. другие формы, установленные НК РФ (например, налоговый мониторинг).

Представляется, что для налогового контроля в сфере взимания НДС доступны все вышеперечисленные формы; таким образом, контроль за уплатой НДС позволяет раскрыть весь потенциал налогового контроля.

В Китае налоговому контролю посвящена четвертая глава Закона КНР “Об управлении сбором налогов” (далее - Закон “О сборе”)⁴⁰. Общее понятие налогового контроля не приводится, но перечислены его формы в ст. 54:

1. проверка бухгалтерских книг и иной соответствующей информации налогоплательщика и налогового агента, в том числе на месте деятельности налогоплательщика;
2. проверка налогооблагаемых товаров и иного имущества налогоплательщика на объектах налогоплательщика;
3. истребование документов;
4. направление запросов налогоплательщику или налоговому агенту;
5. проверка документов на железнодорожных станциях, в доках, аэропортах, почтовых предприятиях и их филиалах в отношении налогооблагаемых товаров;
6. запрос информации о депозитных счетах налогоплательщика и налогового агента (может реализовываться только после согласования с комиссаром налогового бюро окружного уровня и выше).

Строго говоря, в статье используется понятие «税务检查», что дословно переводится как «налоговая инспекция». Возможен также отдельный перевод⁴¹: «税务» - «налоговая служба», «检查» - «проверять, контролировать». Переведенный текст закона на английский язык предлагает вариант «налоговые проверки», но исходя из перечня, приведенного в статье, более логичным следует назвать его именно формами контроля, используя аналогию с российским регулированием. Кроме того, налоговая проверка, несомненно, является основной формой налогового контроля, но не единственной, поэтому её понятие не должно подменять собой понятие самого налогового контроля.

Отметим, что налоговое администрирование поступлений налога на добавленную стоимость в соответствующие бюджеты как в России, так и в Китае относится к полномочиям налоговых органов двух стран, в то время как иные органы власти не допускаются до этой сферы контроля (в отличие от иных налогов)⁴².

Специфика НДС в рамках налогового контроля заключается в возможности получить налоговый вычет и даже возврат налога в порядке, определённом в статьях 172 и 176 НК РФ.

Так, общий порядок применения налоговых вычетов состоит в следующем: в пределах трёх лет после принятия на учет приобретенных налогоплательщиком товаров (работ, услуг) на

³⁹ Налоговый кодекс Российской Федерации. Часть первая [Электронный ресурс]: федер. закон от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1998. № 31. Ст. 3824. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴⁰ 中华人民共和国税收征收管理法 [Электронный ресурс]: закон от 4 сентября 1992 г. Режим доступа: http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2015-07/03/content_1942889.htm.

⁴¹ БКРС [Электронный ресурс]: большой российско-китайский словарь. – Режим доступа: <https://bkrs.info/>

⁴² Трофимов А. А. Налогообложение загрязнения окружающей среды в Китае // Правоведение. 2018. Т.62. № 4. С. 759-760.

основании счетов-фактур, либо иных документов, указанных в НК РФ, налогоплательщик имеет право уменьшить общую сумму налога, исчисленную в соответствии со ст. 166 НК РФ.

Возмещение налога налогоплательщику производится в случае, если по итогам налогового периода сумма налоговых вычетов превышает общую сумму налога, исчисленную по соответствующим операциям.

Соответственно, в сфере НДС одним из наиболее часто встречающихся нарушений являются необоснованно включенные в состав налоговых вычетов суммы к НДС, что приводит к неуплате налога в полном размере или даже к его необоснованному возмещению из бюджета. Кроме того, встречаются ситуации, при которых налоговая база занижается в результате применения различных незаконных схем ухода от уплаты налогов.

Значимым отличием китайского правового регулирования, в том числе с точки зрения контроля за уплатой НДС, является разделение налогоплательщиков на малых и обычных в соответствии с Временными нормами и правилами КНР «О налоге на добавленную стоимость» от 10.11.2008 (вступили в силу 01.01.2009) (далее – Временные нормы и правила)⁴³, а также конкретизирующими критериями, определяемыми Министерством финансов КНР. Стоит отметить, что Министерство финансов КНР объявило о том, что будет стремиться завершить работу над Законом КНР об НДС в течение 2020 г.⁴⁴, однако на момент проведения исследования никаких сведений о принятом законопроекте нет.

Ставка НДС для малых налогоплательщиков составляет 3% (ст. 12 Временных норм и правил), тогда как для обычных налогоплательщиков может варьироваться от 0% до 17%.

В Китае также предусмотрен механизм зачета входящего НДС. Итоговая формула НДС, подлежащего к уплате, выглядит следующим образом: сумма налога = сумма исходящего налога – сумма входящего налога. Однако не у всех налогоплательщиков есть возможность принимать входящий НДС к зачёту и возврату. Так, малые налогоплательщики не могут пользоваться данной возможностью.

Представляется логичным, что основные правонарушения в сфере НДС в Китае также связаны с неправомерным применением налоговых вычетов. Это подтверждается данными из открытых источников⁴⁵, а также большим количеством исследований на данную тему⁴⁶.

До 2013 г. контроль за уплатой НДС в России происходил в ручном, неавтоматизированном формате, что не позволяло налоговым органам охватывать и проверять всех налогоплательщиков, и даже при обнаружении каких-либо несоответствий у налогового органа могло не хватать времени и ресурсов на проведение налоговой проверки. Соответственно, нельзя говорить о том, что результаты налогового контроля можно было назвать полноценными.

В настоящее время основной формой контроля является проверка данных учёта и отчетности, которые реализуются в программе «АСК НДС-2» («автоматизированная система контроля НДС-2»), а также во вспомогательной программе «СУР АСК НДС-2» («система управления рисками АСК НДС-2»).

Нормативное закрепление использования автоматизированных систем контроля есть в п. 5 ст. 174 НК РФ: налогоплательщики (в том числе являющиеся налоговыми агентами), а также лица, указанные в п. 8 ст. 161 и п. 5 ст. 173 НК РФ, обязаны представить в налоговые органы по месту своего учета соответствующую налоговую декларацию по установленному формату в электронной

⁴³中华人民共和国增值税暂行条例[Электронный ресурс]: постановление от 10 ноября 2008 г. Режим доступа:<https://baike.baidu.com/item/%E4%B8%AD%E5%8D%8E%E4%BA%BA%E6%B0%91%E5%85%B1%E5%92%8C%E5%9B%BD%E5%A2%9E%E5%80%BC%E7%A8%8E%E6%9A%82%E8%A1%8C%E6%9D%A1%E4%BE%8B/637733?fr=aladdin>.

⁴⁴财政部：力争年内完成增值税法、消费税法等起草工作[Электронный ресурс]. URL: http://www.gov.cn/xinwen/2020-02/27/content_5483732.htm?gov (дата обращения: 05.04.2021).

⁴⁵国家税务总局：七个案例告诉你，这样做就是虚开！[Электронный ресурс] URL: https://www.sohu.com/a/210327758_119809 (дата обращения: 05.04.2021).

⁴⁶论虚开增值税专用发票罪的抽象危险犯本质——兼与陈兴良教授和张明楷教授商榷.[Электронный ресурс]. URL: <http://proxy.library.spbu.ru:2820/law/detail/detail.aspx?dbcode=CLKJ&dbname=&filename=ZFKL202001006>;从犯罪客体角度认定虚开增值税专用发票罪的虚开数额. [Электронный ресурс]. URL: <http://proxy.library.spbu.ru:2820/law/detail/detail.aspx?filename=GAZK201601008&dbcode=CLKJ&dbname=>(дата обращения: 05.04.2021).

форме по телекоммуникационным каналам связи через оператора электронного документооборота. Более того, п. 3 ст. 88 НК РФ закрепляет за налогоплательщиками обязанность представлять пояснения в ходе камеральной налоговой проверки, если того требует налоговый орган, только в электронной форме; пояснения, представленные на бумажном носителе, не считаются представленными.

Согласно Письму ФНС России «Об оценке признаков риска СУР» (Письмо ФНС России от 03.06.2016 N ЕД-4-15/9933@ «Об оценке признаков риска СУР»), все налогоплательщики в рамках системы «СУР АСК НДС-2» делятся на три категории в зависимости от налогового риска:

1. Налогоплательщики с низким налоговым риском: ведут реальную финансово-хозяйственную деятельность, своевременно и в полном объеме исполняют свои налоговые обязательства перед бюджетом; деятельность может быть проверена плановым выездным налоговым контролем.

2. Налогоплательщики с высоким налоговым риском: обладают признаками организации, используемой для получения необоснованной налоговой выгоды, в том числе третьими лицами; не обладают достаточными ресурсами (активами) для ведения соответствующей деятельности, не исполняют свои налоговые обязательства (исполняет в минимальном размере).

3. Налогоплательщики со средним налоговым риском - налогоплательщики, которые не включены в группы с высоким или низким налоговым риском.

Кроме того, предусмотрена возможность изменить статус налогоплательщика в рамках данной системы, если у налогового органа имеется иное мнение о том, «надежен» ли данный налогоплательщик или нет. На наш взгляд, это значительно упрощает работу налоговых органов, а возможные ошибки программы в данной сфере сами по себе не будут означать нарушения прав или интересов контролируемых лиц, так как решение программы не является окончательным.

Программа «СУР АСК НДС-2» является вспомогательной по отношению к основной программе «АСК НДС-2»; «АСК НДС-2», в свою очередь, в автоматизированном режиме сверяет сведения из отчетности налогоплательщика с данными его поставщика, находя разрывы во входящем и исходящем НДС, если они имеются. Кроме того, там же сохраняется история сделок компании, налоговые декларации, счета-фактуры.

При выявлении расхождений в данных продавца и покупателя программа в автоматическом режиме предлагает налогоплательщикам устранить найденные разрывы, поскольку при обнаружении несоответствия ошибки могут быть допущены как со стороны продавца (занижение суммы налога, подлежащего к уплате), так и со стороны покупателя (завышение суммы налоговых вычетов). При устранении расхождений налоговому органу не нужно проводить дополнительно каких-либо действий. В этом и состоит снятие основной нагрузки с налогового органа, поскольку самые мелкие и многочисленные нарушения устраняются до момента формального начала налогового контроля.

В случае, когда несоответствия в программе не устраняются предварительно, налоговый контроль осуществляется в форме выездной налоговой проверки.

В Китае основное правовое регулирование НДС содержится во Временных нормах и правилах; основным положением, касающимся контроля за уплатой НДС, является ст. 26, которая гласит: контроль над взиманием НДС осуществляется в соответствии с положениями Закона КНР «Об управлении сбором налогов» и настоящих Норм и правил.

Соответственно, каких-либо особых правил касательно контроля за уплатой именно НДС Закон «О сборе» не содержит. Масштабное регулирование осуществляется на подзаконном уровне. Ещё с 1994 г. в Китае проводится реализация проекта под названием «Золотой налоговый проект» (金税工程). Суть данного проекта заключается в создании электронной системы, которая охватывает все налоговые органы и включает в себя четыре других подсистемы, которые занимаются мониторингом следующих вопросов: подделка счетов-фактур НДС, налоговый контроль в сфере борьбы с контрафактной продукцией, перекрёстный контроль НДС, управление информацией о проверке счетов-фактур по НДС.

Ключевые шаги были предприняты в 2015 г., когда в нескольких городах (Пекин, Шанхай, Шэньчжэнь) была введена тестовая система, а с 1 января 2016 г. такая программа реализуется по всей стране. Успешная реализация этой программы подтверждается двумя уведомлениями, опубликованными на сайте Государственной налоговой администрации КНР.

В первом из них, Объявлении по вопросам внедрения электронных общих счетов-фактур НДС, выставленных через систему электронных счетов-фактур НДС № 84 от 2015 г.⁴⁷ говорится о том, что новая система успешно введена в эксплуатацию и работает стабильно, а её применение позволит сократить расходы налогоплательщика и упростить процесс налогообложения. Одновременно с этим в данном акте утверждены образцы электронных счетов-фактур.

Во втором объявлении⁴⁸ речь идёт о новом формате электронных счетов-фактур, но также отдельно подчёркивается, что налоговые органы должны использовать различные каналы для эффективной работы по освещению и разъяснению вопросов, связанных с использованием электронных счетов-фактур НДС; также необходимо своевременно и точно информировать налогоплательщиков и сторонних операторов платформ обслуживания электронных счетов о собственных платформах обслуживания электронных счетов и настоятельно призвать их своевременно завершить обновление платформ обслуживания электронных счетов.

Дальнейшее развитие эта система получила в 2018 г. с принятием Объявления Шеньчженьской налоговой администрации об использовании электронных общих счетов НДС № 41 от 2018 г.⁴⁹, когда для выставления электронных счетов-фактур начали использовать систему блокчейн в рамках пилотного проекта в Шеньчжэне. В настоящее время по всему Китаю передача информации в рамках представления счёт-фактур по НДС происходит именно так. Основными преимуществами использования данной технологии является децентрализованное хранение информации, что исключает возможность её утраты или изменения, а, значит, и какого-либо мошенничества, что является крайне значимым фактором в сфере контроля за уплатой налогов. В современном мире на основе блокчейна уже реализуются многие бизнес-проекты, например, криптовалюты⁵⁰. Внедрение этой технологии в государственный сектор – это адекватный ответ меняющейся реальности.

Таким образом, сравнивая контроль за уплатой НДС в России и Китае, можно определенно говорить о сходстве в подходах. Основной формой контроля являются налоговые проверки, причём на первом этапе контроля используются электронные технологии, которые постоянно развиваются. Стоит отметить, что Китай, используя систему блокчейн, технологически опережает Россию, для которой такие технологии пока в новинку, хоть она к ним и стремится. Так, например, в 2020 г. ФНС создала блокчейн-платформу для льготного кредитования малого и среднего бизнеса, пострадавшего от COVID-19⁵¹. Пока это лишь небольшая платформа, однако это шаг для всей российской налоговой системы к более защищенному и быстрому пути передачи информации.

Библиографический список:

1. БКРС [Электронный ресурс]: большой российско-китайский словарь. – Режим доступа: <https://bkrs.info/>.
2. Годин В.В., Терехова А.Е. Блокчейн: философия, технология, приложения и риски / В.В. Годин, А.Е. Терехова // Вестник университета. – 2019. – №9. – С. 54-61.
3. Трофимов А.А. Налогообложение загрязнения окружающей среды в Китае / А.А. Трофимов // Правоведение. – 2018. – № 4. – С. 759-760.

⁴⁷关于推行通过增值税电子发票系统开具的增值税电子普通发票有关问题的公告.国家税务总局公告2015年第84号 [Электронный ресурс]: правовой портал. // URL: <http://www.chinatax.gov.cn/n810341/n810755/c3526340/content.html> (дата обращения: 08.04.2021).

⁴⁸国家税务总局. 关于增值税电子普通发票使用有关事项的公告. 国家税务总局公告2018年第41号. [Электронный ресурс]: правовой портал. // URL: <http://www.chinatax.gov.cn/n810341/n810755/c3639738/content.html> (дата обращения: 08.04.2021).

⁴⁹国家税务总局深圳市税务局关于推行通过区块链系统开具的电子普通发票有关问题的公告 [Электронный ресурс]: правовой портал. // URL: <https://shenzhen.chinatax.gov.cn/sztax/xxgk/tzgg/201808/319b7f5096564d67ba126efb3d22d223.shtml> (дата обращения: 10.04.2021).

⁵⁰ Годин В.В., Терехова А.Е. Блокчейн: философия, технология, приложения и риски // Вестник университета. 2019. №9. С. 54-61.

⁵¹ КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: правовой портал. – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/law/hotdocs/61872.html/>

4. ФНС создала блокчейн-платформу для льготного кредитования малого и среднего бизнеса, пострадавшего от COVID-19 [Электронный ресурс]: правовой портал. // КонсультантПлюс: [сайт]. – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/law/hotdocs/61872.html/>.
5. 财政部：力争年内完成增值税法、消费税法等起草工作[Электронный ресурс]: правовой портал. // 财政部[сайт] – Режим доступа: http://www.gov.cn/xinwen/2020-02/27/content_5483732.htm?gov.
6. 国家税务总局：七个案例告诉你，这样做就是虚开！[Электронный ресурс]: интернет-портал. – Режим доступа: https://www.sohu.com/a/210327758_119809.
7. 论虚开增值税专用发票罪的抽象危险犯本质——兼与陈兴良教授和张明楷教授商榷. [Электронный ресурс] /周铭川 // Www.cnki.net. – Режим доступа: <http://proxy.library.spbu.ru:2820/law/detail/detail.aspx?dbcode=CLKJ&dbname=&filename=ZFKL202001006>.
8. 武广彪.从犯罪客体角度认定虚开增值税专用发票罪的虚开数额. [Электронный ресурс] / 武广彪. // Www.cnki.net. – Режим доступа: <http://proxy.library.spbu.ru:2820/law/detail/detail.aspx?filename=GAZK201601008&dbcode=CLKJ&dbname=>
9. 关于推行通过增值税电子发票系统开具的增值税电子普通发票有关问题的公告.国家税务总局公告2015年第84号[Электронный ресурс]: правовой портал. //国家税务总局 [сайт] – Режим доступа: <http://www.chinatax.gov.cn/n810341/n810755/c3526340/content.html>.
10. 国家税务总局. 关于增值税电子普通发票使用有关事项的公告. 国家税务总局公告2018年第41号. [Электронный ресурс]: правовой портал. //国家税务总局 [сайт] – Режим доступа: <http://www.chinatax.gov.cn/n810341/n810755/c3639738/content.html>.
11. 国家税务总局深圳市税务局关于推行通过区块链系统开具的电子普通发票有关问题的公告 [Электронный ресурс]: правовой портал. //国家税务总局深圳市税务局 [сайт] – Режим доступа: <https://shenzhen.chinatax.gov.cn/sztax/xxgk/tzgg/201808/319b7f5096564d67ba126efb3d22d223.shtml>.

С. С. Ларионов

*Национальный исследовательский университет
Высшая школа экономики Санкт-Петербург,
Бакалавриат, направление
«Юриспруденция», II курс*

*Научный руководитель: Н. А. Игумнов
преподаватель кафедры конституционного и административного права
Национального исследовательского университета
Высшая школа экономики Санкт-Петербург*

ПРОВЕРКА КОНСТИТУЦИОННОСТИ ЗАКОНА О ПОПРАВКЕ К КОНСТИТУЦИИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: ВОПРОСЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ

В связи с тем, что в 2020 году в Российской Федерации произошли изменения Конституции РФ, данная работа является актуальной. Автором ставится проблема «неконституционности» некоторых поправок. Целью работы является анализ данных поправок и выявления причин, по которым эти положения можно считать «неконституционными».

Ключевые слова: неконституционность, поправки, конституция, процедура принятия поправок, закон, президент, выборы, референдум.

S. S. Larionov

VERIFICATION OF THE CONSTITUTIONALITY OF THE LAW ON AMENDMENTS TO THE CONSTITUTION OF THE RUSSIAN FEDERATION: QUESTIONS OF THEORY AND PRACTICE

Due to the fact that the Constitution of the Russian Federation was amended in 2020, this work is relevant. The author raises the problem of "unconstitutionality" of some amendments. The purpose of the work is to analyze these amendments and identify the reasons why these provisions can be considered "unconstitutional".

Keywords: unconstitutionality, amendments, constitution, amendment procedure, law, president, elections, referendum.

«Конституция – это основной закон государства, свод законов, совокупность официально признанных конституционно-правовых обычаев и судебных прецедентов, священных писаний и преданий, закрепляющих устои общества и государства, основы правового статуса человека, личности и гражданина, политико-территориальную организацию государства, систему органов государственной власти и местного самоуправления, порядок их формирования и деятельности, название столицы страны и основные символы государства»⁵². Данное определение близко мне потому, что в нем полнее всего раскрываются аспекты данного понятия. Такое определение является универсальным и применимым не только к одной какой-то конкретной стране, но и ко всем странам мира. Следует также отдельно обратить внимание на некоторые формы конституции. «Конституция представляет собой не просто набор отдельных положений, а упорядоченную систему норм, определенным образом взаимосвязанных и в некотором смысле взаимозависимых»⁵³.

Следует обратить внимание на то, что поправки к конституции любой страны необходимы. С течением времени в государствах меняются правители, меняется представление людей на современный мир, появляются новые отрасли права, именно поэтому наравне с ними должно меняться и законодательство, и, конечно же, все это оказывает влияние и на основной закон страны, который с течением времени тоже должен меняться, поскольку именно он является вектором всех отношений внутри страны. «Современная конституция должна играть роль регулятора изменений в функционировании государства и обществе, а также указывать предпочтительные направления и обозначать границы (запретов) для подобных изменений. Все конституционные системы должны искать способ приспособления к изменяющейся действительности и, по мере возможности влияния на процесс этих изменений, обозначение рамок для этого процесса, определяемых перспективами укрепления законности и демократии. Эволюция формальной конституции в действительности не востребована только там, где этот документ имеет декларативный характер: содержит общие принципы и благозвучные призывы, но не характеризует реальный процесс управления. Понимаемая таким образом стабильность является признаком конституций, принятых при авторитарных режимах. Признаком же конституций, действительно являющихся основными законами государств, является постоянный процесс эволюции оригинального текста конституции. Это развитие может принимать различные формы в зависимости от разнообразия традиций и политической культуры каждой страны»⁵⁴.

Процедура внесения поправок к Конституции Российской Федерации регулируется главой 9 Конституции Российской Федерации, а также Федеральным Законом «О порядке принятия и вступления в силу поправок к Конституции РФ». Согласно статье 134 Конституции Российской Федерации «предложения о поправках и пересмотре положений Конституции Российской Федерации могут вносить Президент Российской Федерации, Совет Федерации, Государственная Дума, Правительство Российской Федерации, законодательные (представительные) органы субъектов Российской Федерации, а также группа численностью не менее одной пятой членов

⁵² Казанник А. И., Понятие и классификация конституций современных государств (сравнительный анализ) [Электронный ресурс] // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2015. №1. С.54. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/ponyatie-i-klassifikatsiya-konstitutsiy-sovremennyh-gosudarstv-sravnitelnyy-analiz> (дата обращения: 25.04.2021).

⁵³ Троицкая А. А. Пределы пересмотра конституции; формальный и содержательный аспекты [Электронный ресурс] // Вестник Московского университета. Серия «Право». 2010. №1. С.64. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/predely-peresmotra-konstitutsii-formalnyy-i-soderzhatelnyy-aspekty> (дата обращения: 25.04.2021).

⁵⁴ Гарлицкий Л. Гарлицкая З. Неконституционные поправки к конституции: существует ли проблема и найдется ли решение [Электронный ресурс] // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. №1(98). С.86. URL: https://academia.ilpp.ru/wp-content/uploads/2020/02/SKO_1_98_2014_Гарлицкий.pdf (дата обращения: 25.04.2021).

Совета Федерации или депутатов Государственной Думы»⁵⁵. Согласно Федеральному Закону «О порядке принятия и вступления в силу поправок к Конституции РФ» поправки к главам 3–8 принимаются в форме Федерального конституционного закона с одноименным названием. Предложение о поправке к Конституции вносится в Государственную Думу и после его рассмотрения в трех чтениях, в случае, если законопроект был поддержан не менее 2/3 от общего числа депутатов поправка считается принятой. Важно отметить и тот факт, что согласно Федеральному Закону Президент в течение семи дней после того, как Совет Федерации принял Постановление о результате рассмотрения закона о поправке к Конституции РФ может обжаловать данное решение в порядке административного судопроизводства.

Безусловно, рассуждая о неконституционности конституционных поправок, необходимо обратиться к самому понятию неконституционности. «Неконституционная конституционная поправка – это концепция в судебном контроле, основанная на идее, что даже должным образом принятая и должным образом ратифицированная конституционная поправка, в частности такая, которая прямо не запрещена текстом конституции, тем не менее может быть неконституционной по существу (в отличие от процедурных) оснований. – поскольку эта поправка противоречит некоторым конституционным или даже неконституционным нормам, ценностям и / или принципам»⁵⁶.

Следует сказать, что впервые мнение о неконституционности поправок к конституции страны было высказано более ста лет назад 25-м судьёй и председателем Верховного штата Мичиган – Томасом М. Кули. «Томас М. Кули настаивал на том, что поправки не могут быть революционными, они должны быть гармоничными с телом инструмента»⁵⁷. «Поправки, посягающие на базовые ценности конституционного строя, на общую идею и цель конституции, следует считать неконституционными»⁵⁸.

Рассматривая данный вопрос, можно обратиться и к мнению Ричарда Джона Райта. «В статье, посвященной обзору законодательства 1991 года, профессор права США Ричард Джордж Райт утверждает, что если конституционная поправка оставляет конституцию в таком состоянии, что она является «тлеющим, бессмысленным обломком» и чрезвычайно внутренне непоследовательной и непоследовательной, то такая поправка действительно должна быть объявлена неконституционной»⁵⁹. В данном положении содержится важная и, возможно, даже основополагающая мысль в отношении аспекта неконституционности, которая состоит в том, что поправка, которая, по факту, «уничтожает» основные положения конституции априори не может быть конституционной. В таком случае должен ставиться вопрос уже не о внесении поправок в действующую конституцию страны, а о разработке новой конституции с новыми основополагающими принципами.

Основная задача данной работы – исследование поправок к Конституции Российской Федерации. Рассматривая вопрос о конституционности поправок к Конституции РФ, необходимо сначала рассмотреть процедуру их принятия и определить конституционна ли она.

Поправки к Конституции Российской Федерации были одобрены населением страны на всенародного голосования за них. Но согласно Постановлению Конституционного Суда Российской Федерации от 31 октября 1995 года №12-П «Из установленной Конституцией Российской Федерации процедуры принятия поправок к главам 3–8 Конституции Российской Федерации вытекает, что поправки в смысле статьи 136 Конституции Российской Федерации принимаются в форме особого правового акта – закона Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации. Положение статьи

⁵⁵ Конституция Российской Федерации (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 01.07.2020 N 11-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ, 01.07.2020, N 31, ст. 4398.

⁵⁶ Max-k-studio [Электронный ресурс]: правовой журнал. URL : <https://max-k-studio.com/unconstitutional-constitutional-amendment/> (дата обращения : 28.04.2021).

⁵⁷ Там же.

⁵⁸ Троицкая А. А. Пределы пересмотра конституции ; формальный и содержательный аспекты [Электронный ресурс] // Вестник Московского университета. Серия «Право». 2010. №1. С.66. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/predely-peresmotra-konstitutsii-formalny-i-soderzhatelnyy-aspekty> (дата обращения: 25.04.2021).

⁵⁹ Max-k-studio [Электронный ресурс]: правовой журнал. URL : <https://max-k-studio.com/unconstitutional-constitutional-amendment/> (дата обращения : 28.04.2021).

136 Конституции Российской Федерации о том, что поправки к главам 3–8 Конституции Российской Федерации принимаются в порядке, предусмотренном для принятия федерального конституционного закона, означает распространение на процедуру принятия поправок требований статьи 108 (часть 2) Конституции Российской Федерации об одобрении данного акта большинством не менее трех четвертей голосов от общего числа членов Совета Федерации и не менее двух третей голосов от общего числа депутатов Государственной Думы. При этом вводится особое условие для вступления поправок в силу, а именно необходимость их одобрения органами законодательной власти не менее чем двух третей субъектов Российской Федерации; кроме того, должно быть соблюдено положение статьи 134 Конституции Российской Федерации, устанавливающей круг субъектов, обладающих правом внесения предложений о поправках к Конституции Российской Федерации»⁶⁰. Следовательно, в самой Конституции РФ не предусмотрена процедура внесения поправок, когда для их принятия необходимо всероссийское голосование, а значит, саму эту процедуру нельзя назвать конституционной. Это был лишь формальный процесс, который на деле не имел никакой юридической силы, поскольку «на бумаге» поправки были уже одобрены 2/3 депутатов Государственной думы и 2/3 органами законодательной власти субъектов РФ.

Конституционный Суд по данному вопросу имеет противоположную точку зрения. «Конституционный Суд квалифицировал последующее всенародное голосование как форму непосредственного всенародного волеизъявления, отвечающего принципу народовластия, при этом признал, что оно будет признано состоявшимся при любой явке. Такое применение нормы права по аналогии очевидно некорректно: заимствуя из ст. 135 для ст. 136 Конституции РФ институт всенародного голосования следовало применять и все его условия, в том числе и требование принятия участия в нем более половины избирателей»⁶¹.

Рассуждая над процессом принятия данных поправок, можно задаться вопросом: а если граждане РФ на всероссийском голосовании не приняли бы данные поправки к Конституции, но при этом они были бы одобрены необходимым количеством депутатов Государственной Думы, органами законодательной власти субъектов и Советом Федерации или наоборот, когда необходимое количество голосов не было набрано, но граждане проголосовали «за» внесению поправок к Конституции РФ, когда тогда быть здесь? Ответ на данный вопрос прост. Поскольку процедура принятия поправок путем проведения всероссийского голосования нигде не закреплена, а значит не имеет необходимым количеством депутатов Государственной Думы, Совета Федерации и органов законодательной власти субъектов РФ. Если такое одобрение есть (обязательно и то, и другое), то в таком случае поправки считаются принятыми, если нет – то значит поправки не прошли процедуру, и их принятие невозможно.

Важно также отметить тот факт, что в Конституции не предусмотрен обратный процесс, который заключается в невступлении в силу уже подписанных поправок к конституции. Тем самым, можно сделать вывод о том, что процедура принятия поправок, которая заключается в голосовании граждан РФ за их вступление в силу – неконституционна и формальна, поскольку данная процедура не закреплена ни в Конституции РФ, ни в ФКЗ, ни в Постановлениях. Данный «обратный» процесс в случае со всенародным голосованием, кажется был бы уместен, потому что в том случае, когда возникает коллизия «народа и власти» (народ «против» поправок, а власть «за»), закон должен иметь обратную силу, поскольку поправки не были одобрены на всенародным голосовании.

Рассмотрев вопрос о конституционности самой процедуры внесения поправок к Конституции РФ, следует обратиться к спорным поправкам и рассмотреть уже вопрос об их конституционности.

Одной из таких является поправка является изменение статьи 81 Конституция РФ, согласно которой «одно и то же лицо не может занимать должность Президента Российской Федерации более двух сроков»⁶². С первого взгляда кажется, что данная поправка отвечает всем требованиям

⁶⁰ Постановление Конституционного Суда от 31.10.1995 г. №12-П по делу о толковании статьи 136 Конституции РФ [Электронный ресурс] / Конституционный Суд РФ// СПС «Консультант плюс».

⁶¹Zakon.ru [Электронный ресурс]: правовой портал. URL: https://zakon.ru/blog/2020/03/19/pravovoj_analiz_zaklyucheniya_konstitucionnogo_suda_rf_1-z_ot_16_marta_2020_g (дата обращения: 25.04.2021).

⁶² Конституция Российской Федерации (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

действующей Конституции РФ, а также отражает один из признаков демократического государства – сменяемость органов власти, ведь теперь лицо не может избираться более чем на два срока подряд, а вообще не имеет возможности избрание более чем на два срока. Но не все так однозначно.

Действующий Президент Российской Федерации – Владимир Владимирович Путин находится у власти в качестве главы государства второй срок подряд, соответственно согласно Конституции РФ на момент его избрания он не имеет право в следующий раз избираться на пост главы государства, но согласно поправкам к действующей Конституции РФ президентские сроки для действующего Президента Российской Федерации обнуляются, и он имеет право избираться и далее, еще два раза. Тогда сразу возникает вопрос, если в статье 1 Конституции Российской Федерации закреплено, что «Российская Федерация - Россия есть демократическое федеративное правовое государство с республиканской формой правления»⁶³, а одним из признаков демократического государства является регулярная смена власти, то для чего был обнулен срок у действующего Президента? Владимир Владимирович Путин находится у власти уже около 20 лет, а это, немного немало почти четверть века, и сейчас он имеет возможность избираться еще на два срока (12 лет).

«Мировая практика дает примеры различных сроков функционирования органов власти, однако признается, что продолжительность этих сроков не должна ставить под сомнение принцип сменяемости органов власти. Срок полномочий – всего лишь цифра в тексте конституции, которая может быть скорректирована, но лишь до определенной границы — за этой границей речь идет уже не только о цифре, но и о сохранности демократической конституции в целом»⁶⁴.

Стоит ли тогда в данном случае говорить о сменяемости власти и, вообще, в целом, о демократическом государстве в случае обнуления сроков для действующего Президента Российской Федерации- Владимира Владимировича Путина?

На этот счет есть заключение Конституционного Суда в отношении данной поправки, который указал на её абсолютную легитимность. «Принцип демократического правового государства предполагает, хотя и не предопределяет ограничения сроков президента, пишет Конституционный Суд. Однако принцип народовластия – возможность избрания народом на свободных выборах подходящего главы государства. «Решение о предельном числе сроков полномочий, в течение которых возможно занятие должности главы государства с республиканской формой правления одним лицом <...> всегда является, по существу, вопросом выбора баланса между различными конституционными ценностями, – пишет суд. – На фоне этого базового баланса конституционный законодатель может учитывать и конкретно-исторические факторы принятия соответствующего решения, в том числе степень угроз для государства и общества, состояние политической и экономической систем и т. п.»⁶⁵. Также важно отметить и тот момент, что в 1998 году Конституционный суд отказал Борису Николаевичу Ельцину в обнулении его сроков. Проводя параллели с этим отказом и с нынешнем обнулением Конституционный Суд указал на то, что «тогда статья 81 об исчислении сроков президента не менялась, и ситуация оценивалась с точки зрения четко установленного ограничения»⁶⁶.

По сути, Конституционный Суд говорит о том, что само по себе «обнуление» президентских сроков для Владимира Владимировича Путина ещё не означает, что именно он будет избран Президентом Российской Федерации, потому что также, как и в предыдущие годы, на место главы государства будут претендовать разные кандидаты, представляющие политические партии с разными представлениями на будущее развитие страны. А значит, можно говорить о том, что у избирателей будет возможность выбора между различными кандидатами – то есть у

7-ФКЗ, от 05.02.2014 N 2-ФКЗ, от 01.07.2020 N 11-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ, 01.07.2020, N 31, ст. 4398.

⁶³ Там же.

⁶⁴ Троицкая А. А. Пределы пересмотра конституции ; формальный и содержательный аспекты [Электронный ресурс] // Вестник Московского университета. Серия «Право». 2010. №1. С.64-65. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/predely-peresmotra-konstitutsii-formalny-i-soderzhatelnyy-aspekty> (дата обращения: 25.04.2021).

⁶⁵ Vedomosti [Электронный ресурс]: новостной портал. URL: <https://www.vedomosti.ru/politics/articles/2020/03/16/825225-konstitutsionnii-sud-priznal-obnulenie-srokov-putina> (дата обращения: 25.04.2021).

⁶⁶ Там же.

действующего Президента Российской Федерации не может быть гарантированной победы на выборах, поскольку окончательное решение – за народом, пришедшим на голосование.

Аргументы Конституционного Суда, по моему мнению, не имеют правовой оценки данного обнуления.

Анализируя мнение Конституционного Суда по поводу обнуления президентского срока, где говорится о том, что обнуление – еще не означает обязательные выборы действующего президента на ещё один срок и все зависит от народа, можно привести статистику. Согласно данным ЦИК в 2012 году и в 2018 году явка граждан на голосование за президента Российской Федерации составила чуть менее 68%. За кандидатуру Владимира Владимировича Путина на пост главы государства проголосовали в 2018 году 76,69% избирателей, следующим был Павел Николаевич Грудинин, который набрал 11,77%⁶⁷. То есть разница в голосах составила 64,92% избирателей, а это огромный отрыв от других кандидатов. А значит, велика вероятность и того, что в 2024 году, когда будет переизбрание президента Владимир Владимирович снова выиграет выборы в связи с отсутствием фактической альтернативы у избирателей, а значит ни о какой смене власти и ни о каком отражении статьи 1 Конституции РФ о демократическом государстве не может идти и речи.

Важно также отметить, что каждый раз, когда происходит голосование за кандидатуру Президента РФ происходят различные фальсификации итогов выборов. Так, по мнению, физика Сергея Шпилкина, который занимается анализом электронной статистики фальсификация голосов, «за Владимира Владимировича Путина» на выборах Президента РФ, была около 9 миллионов голосов (и это лишь подмена голосов, без подкупа избирателей)⁶⁸. Именно по причине того, что есть большая вероятность переизбрания Владимира Владимировича Путина на новый срок, а значит нарушения принципа сменяемости власти эту поправку я считаю неконституционной, а её применение на практике может вызвать массу волнений среди населения.

Говоря о спорных поправках к Конституции РФ, которые были приняты на общероссийском голосовании 3 июля 2020 года, нельзя обойти стороной и изменения, которые претерпела статья 79 Конституции РФ, согласно ей «Российская Федерация может участвовать в межгосударственных объединениях и передавать им часть своих полномочий в соответствии с международными договорами Российской Федерации, если это не влечет за собой ограничения прав и свобод человека и гражданина и не противоречит основам конституционного строя Российской Федерации. Решения межгосударственных органов, принятые на основании положений международных договоров Российской Федерации в их истолковании, противоречащем Конституции Российской Федерации, не подлежат исполнению в Российской Федерации»⁶⁹. Подобное положение было раскрыто уже в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 14.07.2015 № 21-П⁷⁰. Особое внимание хотелось бы обратить на вторую часть данной статьи, формулировка которой предполагает теоретическую возможность неисполнения решений Европейского Суда по правам человека (далее – ЕСПЧ), если его решение будет противоречить нормам действующей Конституции РФ.

Следует сказать, что по поводу данной поправки есть мнение Конституционного Суда, который посчитал её конституционной и не противоречащей ни основам Конституции Российской Федерации, ни международным актам. «Конституционный Суд согласился с конституционным закреплением его права решать возможность исполнения Российской Федерацией межгосударственных органов, принятых на основе международных договоров Российской Федерации. Суд объяснил непротиворечие этой поправки ч.4 ст. 15 Конституции РФ тем, что поправка закрепляет не отказ от исполнения решения от договора и основанного на нем решения,

⁶⁷CikRF [Электронный ресурс]: интернет портал Центральной избирательной комиссии РФ. URL: <http://www.cikrf.ru/analog/prezidentskiye-vybory-2018/itogi-golosovaniya/> (дата обращения: 25.04.2021).

⁶⁸Newsland [Электронный ресурс]: новостной портал. URL: <https://newsland.com/community/4109/content/sergei-shpilkin-o-masshtabakh-falsifikatsii-na-vyborakh-18-marta/6324858> (дата обращения: 25.04.2021).

⁶⁹ Конституция Российской Федерации (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 01.07.2020 N 11-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ, 01.07.2020, N 31, ст. 4398.

⁷⁰ Постановление Конституционного Суда от 14.07.2015 г. №21-П [Электронный ресурс] / Конституционный Суд РФ// СПС «Консультант плюс».

а лишь способ такого исполнения, который бы не противоречил Конституции РФ, имеющей высшую юридическую силу»⁷¹.

Возражая, хотелось бы привести следующие положения международных актов и Конституции Российской Федерации. Согласно статье 34 Европейской Конвенции по правам человека «Суд может принимать жалобы от любого физического лица, любой неправительственной организации или любой группы частных лиц, которые утверждают, что явились жертвами нарушения одной из Высоких Договаривающихся Сторон их прав, признанных в настоящей Конвенции или в Протоколах к ней. Высокие Договаривающиеся Стороны обязуются никоим образом не препятствовать эффективному осуществлению этого права»⁷². Также необходимо обратиться и к части 1 статьи 46 Европейской Конвенции по правам человека, в которой сказано следующее: «Высокие Договаривающиеся Стороны обязуются исполнять окончательные постановления Суда по любому делу, в котором они выступают сторонами»⁷³. На основании данных положений мы видим, что все страны, которые ратифицировали данный документ (а значит приняли на себя все обязательства, закрепленные в нем) обязаны исполнять решения ЕСПЧ. Именно обязаны, без права выбора на исполнения. Согласно Федеральному закону от 30 марта 1998 года №54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней» Российская Федерация ратифицировала, а значит приняла на себя все обязанности, предусмотренные нормами данной Конвенции, в том числе и обязанность исполнения решений ЕСПЧ.

Также, в самой Конституции Российской Федерации, а именно в части 4 статьи 15, закреплено следующее «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»⁷⁴. Тем самым, анализируя положения, на которые опирается Конституционный Суд в своей аргументации следует сказать, что «возможность исполнения не тождественно способу исполнения»⁷⁵, закрепляя даже «теоретическую возможность» неисполнения решений ЕСПЧ, Российская Федерация нарушает принципы международного права, а значит, такую поправку нельзя назвать легитимной. В данном случае у Конституционного Суда остается теоретическая возможность толковать ратифицированные нормы международных договоров по-своему и, тем самым, не применять определенные (точечные) решения ЕСПЧ на территории Российской Федерации.

Проанализировав закон о поправке к Конституции Российской Федерации и остановившись на определенных аспектах, мы пришли к выводу о том, что сама процедура одобрения поправок к Конституции Российской Федерации – спорная, потому что не имеет законодательного закрепления и, тем самым, может идти вразрез с действующим законодательством страны. Если же говорить об «обнулении» президентских сроков, а также о поправке, которая затрагивает вопросы применения решений Европейского суда по правам человека, то на основе приведенного анализа можно сделать вывод о её неконституционности. Данные положения должны быть пересмотрены и доработаны законодателем. Поправки должны дополнять Конституцию, вносить в неё новые аспекты регулирования, а не «уничтожать» её основные положения своей неконституционностью.

⁷¹Zakon.ru [Электронный ресурс]: правовой портал. URL: https://zakon.ru/blog/2020/03/19/pravovoj_analiz_zaklyucheniya_konstitucionnogo_suda_rf_1-z_ot_16_marta_2020_g (дата обращения: 25.04.2021).

⁷² Конвенция о защите прав человека и основных свобод [Электронный ресурс] : принята в г. Рим 04.11.1950 г. URL : http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_29160/cde09a2cd0c411568920b76ce394a82dfaae5045/ (дата обращения : 27.04.2021). Режим доступа : СПС «КонсультантПлюс».

⁷³ Там же.

⁷⁴ Конституция Российской Федерации (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 01.07.2020 N 11-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ, 01.07.2020, N 31, ст. 4398.

⁷⁵Zakon.ru [Электронный ресурс]: правовой портал. URL: https://zakon.ru/blog/2020/03/19/pravovoj_analiz_zaklyucheniya_konstitucionnogo_suda_rf_1-z_ot_16_marta_2020_g (дата обращения: 25.04.2021).

Библиографический список:

1. Zakon.ru [Электронный ресурс]: правовой портал. – Режим доступа: https://zakon.ru/blog/2020/03/19/pravovoj_analiz_zaklyucheniya_konstitucionnogo_suda_rf_1-z_ot_16_marta_2020_g.
2. Троицкая, А. А. Пределы пересмотра конституции ; формальный и содержательный аспекты [Электронный ресурс] / А. А. Троицкая // Вестник Московского университета. Серия «Право». 2010. – №1. – С.59. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/predely-peresmotra-konstitutsii-formalnyy-i-soderzhatelnyy-aspekty>.
3. Newsland [Электронный ресурс]: новостной портал. – Режим доступа: <https://newsland.com/community/4109/content/sergei-shpilkin-o-masshtabakh-falsifikatsii-na-vyborakh-18-marta/6324858>.
4. CikRF [Электронный ресурс]: интернет портал Центральной избирательной комиссии РФ. – Режим доступа: <http://www.cikrf.ru/analog/prezidentskiye-vybory-2018/itogi-golosovaniya/>.
5. Vedomosti [Электронный ресурс]: новостной портал. – Режим доступа: <https://www.vedomosti.ru/politics/articles/2020/03/16/825225-konstitutsionnii-sud-priznal-obnulenie-srokov-putina>.
6. Max-k-studio [Электронный ресурс]: правовой журнал. – Режим доступа: <https://max-k-studio.com/unconstitutional-constitutional-amendment/>.
7. Гарлицкий, Л. Гарлицкая, З. Неконституционные поправки к конституции: существует ли проблема и найдется ли решение [Электронный ресурс] / Л. Гарлицкий З. Гарлицкая// Сравнительное конституционное обозрение. 2014. №1(98). С.86. URL: https://academia.ilpp.ru/wp-content/uploads/2020/02/SKO_1_98_2014_Garlickiy.pdf.
8. Казанник, А. И., Понятие и классификация конституций современных государств (сравнительный анализ) [Электронный ресурс] / А. И. Казанник// Вестник Омского университета. Серия «Право». 2015. – №1. – С.54. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/ponyatie-i-klassifikatsiya-konstitutsiy-sovremennyh-gosudarstv-sravnitelnyy-analiz>.

Н. П. Плесовская

*Санкт-Петербургский государственный университет
бакалавриат, образовательная программа «Юриспруденция», III курс*

*Научный руководитель: Е. А. Дмитрикова
к.ю.н., доцент кафедры административного и финансового права
Санкт-Петербургского государственного университета*

ПОСЛЕДНИЕ ИЗМЕНЕНИЯ В РЕГУЛИРОВАНИИ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА РАСПРОСТРАНЕНИЕ ЛОЖНОЙ ИНФОРМАЦИИ В СЕТИ «ИНТЕРНЕТ»

В статье исследуются нормы, устанавливающие административную ответственность за распространение ложной информации в сети «Интернет», с целью выявления законодательных несовершенств. Анализируются условия, необходимые для привлечения лиц к ответственности, последние изменения в части правового регулирования рассматриваемого вопроса, а также практика судов. Результатом исследования являются обнаруженные проблемы, связанные с формулировкой норм, исполнимостью их предписаний, а также с процессом привлечения лиц к ответственности.

Ключевые слова: административное право, ложные сведения в сети Интернет, недостоверная общественно значимая информация, административная ответственность, информационная безопасность, правонарушение, судебная практика.

N. P. Plesovskaia

LAST CHANGES IN THE REGULATION OF ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY FOR DISSEMINATION OF FALSE INFORMATION ON THE INTERNET

The article examines rules that establish administrative responsibility for the dissemination of false information on the Internet in order to identify legislative imperfections. The article analyzes the conditions necessary for bringing persons to justice, the latest changes in the legal regulation of the issue under consideration and court practice. The result of the research is the identified problems associated with the formulation of norms, the enforceability of their prescriptions and the process of bringing persons to justice.

Key words: administrative law, false information on the Internet, false socially significant information, administrative responsibility, information security, offense, court practice.

Активное развитие и внедрение информационных технологий в нашу жизнь оказывает огромное влияние на правовое регулирование общественных отношений, складывающихся в сети Интернет. Основной функцией информационно-телекоммуникационных сетей является предоставление достоверной информации обществу, однако нередко именно они становятся средством распространения ложных сведений, на борьбу с которыми направлено государственное регулирование в виде установления запрета на распространение заведомо недостоверной информации.

На сегодняшний день активно формируется практика в связи с применением статьи 13.15 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ), положения которой устанавливают административную ответственность за распространение ложной информации в сети «Интернет».

Интересными для изучения представляются введенные в 2019 году нормы частей 9 и 10 статьи 13.15 КоАП РФ, устанавливающие ответственность за распространение как в средствах массовой информации, так и в информационно-телекоммуникационных сетях заведомо недостоверной общественно значимой информации под видом достоверных сообщений.

Рассмотрим более подробно, какие условия необходимы для квалификации правонарушения по указанной статье.

Первым условием является характер распространяемой информации: общественно значимая. ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ определяет недостоверную общественно значимую информацию как сведения, распространение которых может нанести вред жизни и здоровью граждан, имуществу, общественному порядку, общественной безопасности или объектам жизнеобеспечения⁷⁶. Представляется, что отнесение конкретной информации к категории общественно значимой остается на усмотрение суда.

Вторым условием для установления ответственности является заведомая недостоверность распространяемых сведений. В законе отсутствует определение недостоверной информации. Внимания заслуживает позиция, отраженная в экспертном заключении Совета при Президенте РФ по развитию гражданского общества и правам (далее — Совет), согласно которой недостоверная информация является отражением степени субъективного доверия лица к источнику информации, тогда как не соответствующие действительности сведения указывают на события или факты, которые не были в реальности, представляя собой объективную истину⁷⁷. Действительно, если исходить из формулировки норм, получается, что при решении вопроса о привлечении к ответственности по ст.13.15 КоАП РФ судам для оценки недостоверности информации необходимо устанавливать степень веры лица в достоверность источника и истинность распространяемых сведений. Поскольку категория доверия является субъективной и крайне сложной для выяснения, вывод Совета о том, что суд не должен «вторгаться в такие далекие от права вопросы, как вера и доверие человека», является обоснованным и правильным. В этой связи

⁷⁶ Об информации, информационных технологиях и о защите информации [Электронный ресурс]: ФЗ от 27.07.2006 № 149-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2006. № 31. Ст. 3448. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

⁷⁷ Экспертное заключение Совета при Президенте РФ по развитию гражданского общества и правам человека на принятые Государственной Думой закон «О внесении изменений в статью 15.3 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и на закон «О внесении изменений в статью 13.15 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» от 11.03.2019 [Электронный ресурс] // Официальный сайт Совета при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека. URL: <http://president-sovet.ru/documents/read/639/> (дата обращения: 02.03.2021).

можно положительно оценить практику судов, которые при рассмотрении дел о привлечении к ответственности по статье 13.15 КоАП РФ исходят из понимания недостоверных сведений именно как утверждений о событиях, не имевших места в действительности, и это несоответствие является очевидным для распространяющего лица. Также оговаривается, что такие сведения проверяемы и могут быть легко опровергнуты⁷⁸. Таким образом, можно сказать, что формулировка «информация, не соответствующая действительности» является более корректной для частей 9–10, чем «недостоверная информация».

Третьим условием привлечения к ответственности является распространение недостоверной информации под видом достоверной. Как было выяснено ранее, достоверность следует понимать через категорию соответствия действительности. Следовательно, недостоверные сведения должны распространяться в качестве соответствующих действительности.

Последним важным условием является то, что распространение такой информации либо создает угрозу причинения вреда объекту посягательства, либо влечет реальное наступление указанных в ч.10 последствий. В таких ситуациях важно доказать причинно-следственную связь между размещенной информацией и возникшими последствиями.

В 2020 году в связи с распространением новой коронавирусной инфекции для пресечения преступных действий в Интернет-среде, которые в этот период нашли новое опасное выражение, в статью 13.15 КоАП РФ были внесены изменения, в результате которых данная статья была дополнена частями 10.1, 10.2, а содержание части 11 было подвергнуто редакции⁷⁹.

Анализируя изменения, отметим, что часть 10.1 КоАП РФ предусматривает новый состав правонарушения с точки зрения категории распространяемой информации. Если в частях 9, 10 и 10.2 КоАП РФ ответственность наступает за распространение общественно значимой информации, то для применения части 10.1 КоАП РФ вводится новая категория заведомо недостоверной информации: информация об обстоятельствах, представляющих угрозу жизни и безопасности граждан, и (или) о принимаемых мерах по обеспечению безопасности населения и территорий, приемах и способах защиты от указанных обстоятельств⁸⁰.

Интерес представляет субъект правонарушений, предусмотренных частями 10.1 и 10.2 КоАП РФ. Субъект ответственности общий – только юридическое лицо. За действия, описанные в диспозиции частей 10.1 и 10.2 КоАП РФ, физическое лицо будет привлечено к уголовной ответственности, а для коллективного субъекта установлена административная ответственность.

Оценивая принятые изменения, отметим значительное ужесточение административных санкций. Если до изменений 1 апреля 2020 года среди частей 9–11 КоАП РФ самая высокая ответственность в виде штрафа была установлена для юридических лиц и составляла один миллион пятьсот тысяч рублей, то после изменений 2020 года штраф для юридических лиц также остался самым высоким и составил уже десять миллионов рублей. Как известно, высокие штрафные санкции имеют в качестве своей цели не только наказание за противоправное поведение, но и общую превенцию. Однако вызывают сомнения как реальная исполнимость подобных мер, так и их соразмерность описанным правонарушениям.

Наибольший интерес для изучения представляет правоприменительная практика привлечения лиц к ответственности по ч.9–11 ст.13.15 КоАП РФ, поскольку именно в процессе реализации данных норм проявляются сложности, с которыми сталкиваются суды и должностные лица.

Трудности возникают при возбуждении дела об административном правонарушении. Оценка достоверности распространяемых сведений входит в общее описание события административного правонарушения, которое должно быть полно надлежащим образом отражено в протоколе. При отсутствии доводов о недостоверном характере распространяемой информации суды возвращают протоколы должностным лицам для устранения недостатков⁸¹. Возвращают и вынесенные

⁷⁸ Решение Верховного Суда Республики Северная Осетия-Алания от 24 августа 2020 г. по делу № 5-243/2020 // Доступ из Интернет-ресурса «Судебные и нормативные акты Российской Федерации».

⁷⁹ О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях [Электронный ресурс]: ФЗ от 1 апр. 2020 г. № 99-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2020. № 14. Ст. 2029. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

⁸⁰ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях [Электронный ресурс]: федер. закон от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 24.02.2021) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 1. Ст.1. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

⁸¹ Определение Октябрьского районного суда города Архангельска от 06.06.2019 по делу № 5-309/2019// Доступ из Интернет-ресурса «Судебные и нормативные акты Российской Федерации».

решения для пересмотра. В этой связи отмечается частая практика возврата дел на новое рассмотрение и отмена решений в апелляционных инстанциях в связи с отсутствием состава правонарушения.

Стоит положительно оценить практику судов о признании распространяемой информации недостоверной на основе заключения эксперта⁸², поскольку оценить степень достоверности отдельных сведений возможно исключительно при участии специалиста.

При рассмотрении дела выясняется психическое отношение лица к характеру распространяемой информации. В случае подтверждения того, что лицо перед распространением сведений не убедилось в их достоверности, и суд придет к выводу о наличии у лица осознания, что распространяемая им информация не проверена, такое лицо будет привлечено к ответственности⁸³. Если не доказано, что лицо знало и осознавало, что распространяет недостоверные сведения, делается вывод о недоказанности вины⁸⁴.

Исключается вина лица, как при добросовестном заблуждении относительно достоверности сведений, так и при высказывании своего субъективного мнения. Если установлено, что лицо выражает свое личное убеждение, считая полученную информацию достоверной, делается вывод об отсутствии состава административного правонарушения⁸⁵. Представляется, что доказать данное обстоятельство крайне трудно, поскольку суду необходимо исследовать субъективное отношение лица к распространяемой информации, его веру в достоверность источника.

Для привлечения лица к административной ответственности необходимо наличие угрозы причинения вреда охраняемым общественным отношениям либо реальное наступление последствий. На практике доказывание данных обстоятельств возлагается на должностных лиц при составлении протокола и констатируется судом с их слов. Если в протоколе не указано конкретное выражение угрозы или предполагаемых последствий, он подлежит возврату для устранения недостатков, однако если суд первой инстанции все-таки рассмотрел такое дело, суд апелляционной инстанции отменяет его ввиду отсутствия состава правонарушения⁸⁶.

В практике имеет место разный подход к пониманию угрозы и опасных последствий. Одинаковую формулировку угрозы суды в одном случае считают обоснованной и достаточной для привлечения лица к ответственности⁸⁷, в другом говорят об отсутствии конкретного указания выражения такой угрозы и недостаточности для формирования состава⁸⁸. Иногда вопрос о наличии угрозы не исследуется судами первой инстанции вовсе⁸⁹. Представляется, что проследить прямую связь между распространением недостоверной информации и гипотетическим наступлением опасных последствий крайне сложно, поскольку необходимо учитывать многочисленные внешние факторы.

Если говорить о практике применения частей 9–11 ст.13.15 КоАП РФ в контексте пандемии новой коронавирусной инфекции, стоит упомянуть, что в этот период широкое распространение получила именно 9 часть ст.13.15 КоАП РФ, тогда как применение введенных в 2020 году частей 10.1 и 10.2 отсутствует.

Самое заметное отличие практики данного периода заключается в содержании распространяемой информации. В основном распространялись недостоверные сведения про количество смертей, про эффективность предпринимаемых медицинскими учреждениями мер, информация о новой коронавирусной инфекции, о случаях заражения. Все эти сведения

⁸² Решение Пролетарского районного суда г. Твери от 20 июля 2020 г. по делу № 12-110/2020 // Доступ из Интернет-ресурса «Судебные и нормативные акты Российской Федерации».

⁸³ Постановление Октябрьского районного суда г. Орска от 28 мая 2020 г. по делу № 5-367/2020 // Доступ из Интернет-ресурса «Судебные и нормативные акты Российской Федерации».

⁸⁴ Постановление Тамбовского районного суда от 26 мая 2020 г. по делу № 5-33/2020 // Доступ из Интернет-ресурса «Судебные и нормативные акты Российской Федерации».

⁸⁵ Постановление Хабезского районного суда от 20 июля 2020 г. по делу № 5-252/2020 // Доступ из Интернет-ресурса «Судебные и нормативные акты Российской Федерации».

⁸⁶ Решение Псковского областного суда от 7 сентября 2020 г. по делу № 12-107/2020 // Доступ из Интернет-ресурса «Судебные и нормативные акты Российской Федерации».

⁸⁷ Постановление Тобольского городского суда от 30 июля 2020 г. по делу № 5-732/2020 // Доступ из Интернет-ресурса «Судебные и нормативные акты Российской Федерации».

⁸⁸ Постановление Хабезского районного суда от 20 июля 2020 г. по делу № 5-252/2020 // Доступ из Интернет-ресурса «Судебные и нормативные акты Российской Федерации».

⁸⁹ Решение Верховного Суда Республики Северная Осетия-Алания от 24 июля 2020 г. по делу № 71-47/2020 // Доступ из Интернет-ресурса «Судебные и нормативные акты Российской Федерации».

признавались судами в качестве общественно-значимых именно из-за существовавших на то время сложной эпидемиологической обстановки и введенного режима повышенной готовности. Однако если на момент распространения каких-либо сведений достоверной информации нет, невозможно проверить соответствие распространяемых сведений действительности, что довольно часто имело место в первые месяцы эпидемии, то исключается возможность доказывания прямого умысла лица⁹⁰.

Изменились условия, признаваемые судами в качестве существенных для создания реальных угроз. Таковыми признавались условие угрозы распространения новой коронавирусной инфекции, особое психологическое состояние населения в этот период⁹¹, масштабы распространения инфекции в мире, объявление пандемии⁹², объявленный на территории Российской Федерации режим повышенной готовности⁹³.

Основной угрозой, которую стремились предотвратить, являлась возможность вызова панических настроений в обществе, поскольку в ситуации полного отсутствия достоверной и полной информации о новой инфекции угроза вызвать тревогу и волнение среди людей посредством распространения ложных сведений значительно возрастает.

Подводя итог, отметим, что реализация норм, предусмотренных частями 9–11 ст.13.15 КоАП РФ, на практике вызывает серьезные обозначенные в данной статье проблемы, вызванные как содержанием самих правовых норм, так и предусмотренными составами. Несмотря на то, что данные нормы способствуют уменьшению количества недостоверной общественно-значимой информации в Интернет-среде, нельзя игнорировать серьезные проблемы, возникающие при применении этих норм на практике, и вопросы адекватности установленных санкций.

Доказывание психического отношения лица к характеру распространяемой информации крайне тесно связано с субъективной категорией доверия лица к источнику сведений, что вызывает проблемы в процессе установления данного обстоятельства судом, которому необходимо отграничить добросовестное заблуждение лица и выражение субъективного мнения от умышленного распространения ложной информации. Также анализ практики показывает наличие серьезных проблем с установлением достоверности самой информации и с оценкой угрозы распространения ложных сведений.

Представляется, что для исправления ситуации необходимо скорректировать содержание указанных норм в части как составов правонарушений, так и санкций.

Библиографический список:

1. Боровских, Р. Н. Новеллы уголовного законодательства в свете противодействия распространению коронавирусной инфекции на территории РФ / Р. Н. Боровских, Д. А. Зыков // Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки. – 2020. – № 9. – С. 87–90.
2. Джафарова, Н. Т. Административно-правовое регулирование отношений, складывающихся в интернет-пространстве / Н. Т. Джафарова // Юридическая наука и правоохранительная практика. – 2020. – № 4 (54). – С. 74–81.
3. Набиуллина, В. Р. Административная и уголовная ответственность за распространение недостоверной общественно значимой информации / В. Р. Набиуллина // Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки. – 2020. – № 12-2. – С. 116–119.
4. Симонова, С. В. Обеспечение достоверности информации в сети «Интернет»: современные правовые основы и юридическая практика / С. В. Симонова // Актуальные проблемы российского права. – 2020. – № 11. – Т. 15. – С. 172–179.
5. Стащенко, С. П. К вопросу об административной ответственности за правонарушения в киберпространстве / С. П. Стащенко, Н. Т. Джафарова // Вестник Московского университета МВД России. – 2020. – № 4. – С. 213–216.

⁹⁰ Решение Верховного Суда Республики Северная Осетия-Алания от 24 августа 2020 г. по делу № 5-243/2020 // Доступ из Интернет-ресурса «Судебные и нормативные акты Российской Федерации».

⁹¹ Решение Псковского областного суда от 7 сентября 2020 г. по делу № 12-107/2020 // Доступ из Интернет-ресурса «Судебные и нормативные акты Российской Федерации».

⁹² Решение Верховного Суда Республики Северная Осетия-Алания от 24 июля 2020 г. по делу № 71-47/2020 // Доступ из Интернет-ресурса «Судебные и нормативные акты Российской Федерации».

⁹³ Решение Пролетарского районного суда г. Твери от 20 июля 2020 г. по делу № 12-110/2020 // Доступ из Интернет-ресурса «Судебные и нормативные акты Российской Федерации».

6. Экспертное заключение Совета при Президенте РФ по развитию гражданского общества и правам человека на принятые Государственной Думой закон «О внесении изменений в статью 15.3 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и на закон «О внесении изменений в статью 13.15 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» от 11.03.2019 [Электронный ресурс] // Официальный сайт Совета при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека: [сайт]. – Режим доступа: <http://president-sovet.ru/documents/read/639/>.

А. С. Поварницын

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
бакалавриат, направление «Юриспруденция», I курс*

*Научный руководитель: А. С. Телегин
к.ю.н., профессор, заведующий кафедрой
административного и конституционного права*

Пермского государственного национального исследовательского университета

ПРАВОВОЙ СТАТУС СОТРУДНИКОВ РОСПОТРЕБНАДЗОРА

В исследовании рассматриваются вопросы, связанные с правовым статусом должностных лиц Роспотребнадзора. В период пандемии роль Роспотребнадзора в сохранении здоровья и благополучия граждан значительно повысилась. Федеральные законы хоть и содержат перечень основных прав и обязанностей сотрудников указанной Федеральной службы, но нуждаются в доработке. Предметом исследования статьи являются нормы действующего законодательства и судебная практика, связанные с правовым статусом сотрудников Роспотребнадзора. Автор рассматривает актуальные проблемы, связанные с деятельностью государственного органа, и предлагает пути их решения.

Ключевые слова: Роспотребнадзор, должностные лица, правовой статус, контрольно-надзорные органы, проблемы правового регулирования деятельности сотрудников Роспотребнадзора.

A. S. Povarnitsyn

LEGAL STATUS OF ROSPOTREBNADZOR EMPLOYEES

The study examines issues related to the legal status of officials of Rospotrebnadzor. During a pandemic, the role of Rospotrebnadzor in maintaining the health and well-being of citizens has significantly increased. Although federal laws contain a list of the basic rights and obligations of employees of the said Federal Service, they need to be improved. The subject of the article is the norms of current legislation and judicial practice related to the legal status of employees of Rospotrebnadzor. The author examines topical problems associated with the activities of a state body and suggests ways to solve them.

Key words: Rospotrebnadzor, officials, legal status, control and supervisory bodies, problems of legal regulation of the activities of Rospotrebnadzor employees.

В период пандемии выросла роль органов исполнительной власти, осуществляющих контрольно-надзорные функции, в общественной жизни. Особенное значение приобрела деятельность Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека (далее – Роспотребнадзор) как органа, осуществляющего федеральный государственный санитарно-эпидемиологический надзор. В связи с этим следует уделять внимание правовому регулированию его функций, в частности правовому статусу сотрудников вышеуказанного органа, а также представляется необходимым осветить несколько проблем, связанных с правовым положением указанных должностных лиц.

Основы правового статуса сотрудников Роспотребнадзора, как и иных органов, осуществляющих контрольно-надзорные функции, закреплены в Федеральном законе «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» № 294-ФЗ от 26.12.2008 года

(далее – ФЗ № 294)⁹⁴. Положения указанного Федерального закона конкретизируются в Федеральном законе «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения» № 52-ФЗ от 30.03.1999 года (далее – ФЗ № 52)⁹⁵, Постановлении Правительства РФ от 30.06.2004 № 322 «Об утверждении Положения о Федеральной службе по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека»⁹⁶, в Законе РФ «О защите прав потребителей» № 2300-1 от 07.02.1992 года⁹⁷ и некоторых других актах.

Правовое положение сотрудников Роспотребнадзора включает их права, обязанности, запреты и ограничения, а также ответственность. Перечень лиц представлен в ч. 1 ст. 49 ФЗ № 52: к ним относятся главные государственные санитарные врачи, руководители структурных подразделений, заместители указанных должностных лиц, специалисты органов санитарно-эпидемиологического надзора. Они находятся под особой защитой государства. Права должностных лиц закреплены в статьях 49 и 50: они имеют право проводить санитарно-эпидемиологические экспертизы, составлять протокол о нарушении санитарного законодательства и давать гражданам и юридическим лицам обязательные для исполнения ими предписания с целью устранения выявленных нарушений, а также некоторые другие права.

Обязанности должностных лиц закреплены в статье 52: они обязаны исполнять полномочия по пресечению нарушения санитарного законодательства, устанавливать причины возникновения инфекционных и массовых неинфекционных заболеваний, рассматривать обращения граждан и юридических лиц по вопросам санитарно-эпидемиологического благополучия страны, информировать органы власти и население о санитарно-эпидемиологической обстановке и нести некоторые другие обязанности. Полномочия главных государственных санитарных врачей и их заместителей конкретизируются в статье 51.

Запреты и ограничения при проведении проверки должностными лицами установлены в статье 15 ФЗ № 294. Так, например, они не вправе превышать установленные сроки проверки.

В статье 53 ФЗ № 52 закреплено, что должностные лица за ненадлежащее исполнение своих обязанностей и за сокрытие фактов, создающих угрозу санитарно-эпидемиологическому благополучию населения, несут ответственность в установленном порядке.

Необходимо отметить, что вышеуказанный Федеральный закон № 52 регламентирует возможность обжалования действий (бездействия) должностных лиц Роспотребнадзора в вышестоящий орган государственного санитарно-эпидемиологического надзора, главному государственному санитарному врачу или в суд. Однако подача жалобы не приостанавливает обжалуемых действий, если их исполнение не приостанавливается решением суда. Исходя из всего вышеперечисленного, мы делаем вывод, что законодательство, регулирующее деятельность Роспотребнадзора, устанавливает основы правового статуса его должностных лиц, но нуждается в доработке.

Несмотря на установленные Федеральными законами и иными нормативно-правовыми актами предписания, на практике существует ряд нерешённых проблем, связанных с правовым статусом сотрудников Роспотребнадзора. Рассмотрим некоторые из них.

Во-первых, должностные лица продолжают совершать противоправные деяния, связанные со злоупотреблением полномочиями. Примером может служить Постановление № 1-40/2020 от 24 июля 2020 года по делу № 1-40/2020⁹⁸, рассмотренному Гулькевичским районным судом. Судья С. установил, что у подсудимой И., эксперта территориального отдела управления Роспотребнадзора по Краснодарскому краю в Кавказском, Гулькевичском и Тбилиском районах, при осуществлении внеплановой выездной проверки в помещении магазина «Свежее мясо» возник

⁹⁴ О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля [Электронный ресурс]: федер. закон от 26 дек. 2008 г. № 294-ФЗ (в ред. от 01.03.2021) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2016. № 3. Ст. 5326. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁹⁵ О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения [Электронный ресурс]: федер. закон от 30 марта 1999 г. № 52-ФЗ (в ред. от 13.07.2020) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1999. № 14. Ст. 1650. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁹⁶ Об утверждении Положения о Федеральной службе по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека [Электронный ресурс]: Постановление Правительства РФ от 30 июня 2004 г. № 322 (в ред. от 30.04.2020) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 12.07.2004. № 28. Ст. 2899.

⁹⁷ О защите прав потребителей [Электронный ресурс]: Закон РФ от 07 фев. 1992 г. № 2300-1 (в ред. от 22.12.2020) // Рос. газ. 1992. 07 апр. № 15. Ст. 766.

⁹⁸ Дело № 1-40 за 2020 год // Текущий архив Гулькевичского районного суда г. Гулькевичи.

умысел, направленный на злоупотребление полномочиями с целью завладеть продуктами питания. Отмечено нежелание подсудимой должным образом проводить проверку: составленные И. 2 протокола об административном правонарушении в отношении ИП К.И.Л. были предоставлены для подписания не имеющему отношения к ИП К.И.Л. гражданину К. По итогам рассмотрения дела суд назначил И. меру уголовно-правового характера в виде судебного штрафа в размере 20.000 рублей. Таким образом, установленная законом уголовная ответственность не способствует отказу должностных лиц Роспотребнадзора от совершения преступлений.

Следует отметить, что квалификационные требования к профессиональным знаниям и навыкам должностных лиц, необходимым для исполнения их обязанностей, достаточно широки. Всем группам должностей предписывается знание законодательства РФ, структуры и полномочий органов государственной власти, навыки работы со служебными документами и многие другие. При этом высшее профессиональное образование не является обязательным только для категории «обеспечивающих специалистов» старшей и младшей групп должностей. Перечень требований не исчерпывающий, но основные необходимые компетенции зафиксированы на интернет-сайте Роспотребнадзора⁹⁹. Ужесточение требований к кандидатам на должность не способствует решению обозначенной проблемы.

Во-вторых, несмотря на заявление Председателя Верховного суда РФ В. М. Лебедева о том, что в 2019 году были удовлетворены требования потребителей по 85% дел¹⁰⁰, суды в большинстве споров между потребителями и сотрудниками Роспотребнадзора встают на сторону государственного органа¹⁰¹. Также в судебной практике выявляются ошибки должностных лиц. Примером является Определение Верховного Суда РФ от 26.12.2019 № 306-ЭС19-19540 по делу № А65-29996/2018¹⁰². В указанном Определении Верховный Суд принял решение о передаче дела в Судебную коллегия по экономическим спорам ВС РФ, поскольку счёл необходимым дополнительно рассмотреть довод заявителя о том, что проведение органами Роспотребнадзора плановых проверок совокупностью более шестидесяти дней в течение года является грубым нарушением, повлекшим недействительность результатов последней проверки.

В-третьих, заметим, что на практике должностные лица территориальных отделов Роспотребнадзора не справляются с частью своих обязанностей. Так, при установлении в период пандемии коронавируса обязательного масочного режима, который действует и по настоящее время, не обеспечен территориальными отделами Роспотребнадзора соответствующий контроль за соблюдением требований: многие граждане РФ передвигаются по общественным местам без медицинской маски, что является нарушением санитарно-эпидемиологических правил и влечёт установленную законодательством РФ ответственность, однако в большинстве случаев несоблюдения гражданами правил в регионах должностные лица не выполняют предписанные им обязанности. Сотрудники Управления Роспотребнадзора по городу Москве, в свою очередь, работают эффективнее: в Москве за последний год общая сумма штрафов за отсутствие масок и перчаток в общественном транспорте превысила 2 миллиарда рублей¹⁰³.

Таким образом, для решения обозначенных проблем необходимо усовершенствовать законодательство, касающееся полномочий Роспотребнадзора, а также ужесточить контроль за его должностными лицами, улучшить координацию деятельности сотрудников для обеспечения исполнения их функций. Для повышения эффективности проводимых надзорных мероприятий, по

⁹⁹ Квалификационные требования к кандидатам на замещение вакантных должностей в Федеральной службе по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека [Электронный ресурс] // Официальный сайт Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека. URL: https://www.rosпотребнадзор.ru/gosservice/konkurs/details.php?ELEMENT_ID=2530 (дата обращения: 26.05.2021).

¹⁰⁰ Председатель Верховного Суда России подвел итоги деятельности судебной системы в 2019 году [Электронный ресурс] // Официальный сайт Верховного Суда Российской Федерации. URL: https://www.vsrfr.ru/press_center/news/28750/ (дата обращения: 23.05.2021).

¹⁰¹ См., например: Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 13.01.2021 № Ф07-14259/2020 по делу № А56-4866/2020 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁰² Определение Верховного Суда РФ от 26 дек. 2019 № 306-ЭС19-19540 по делу № А65-29996/2018 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁰³ За год пассажиров без масок оштрафовали на 2 млрд рублей [Электронный ресурс]. URL: https://telecenter.ru/news/za-god-passazhirov-bez-masok-oshtrafovali-na-2-mlrd-rublej/?utm_source=yxnews&utm_medium=desktop (дата обращения: 27.05.2021).

мнению Порохнявой Е.Л.¹⁰⁴, представляется возможным внедрять в деятельность Роспотребнадзора риск-ориентированный подход, при котором увеличивается интенсивность проведения проверок на объектах, характеризующихся повышенными рисками. На дальнейшее правовое регулирование в сфере осуществления прав и обязанностей сотрудников Роспотребнадзора будет влиять вступающий в силу с 1 июля 2021 года Федеральный закон «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации» от 31 июля 2020 года № 248-ФЗ¹⁰⁵.

Библиографический список:

1. За год пассажиров без масок оштрафовали на 2 млрд. рублей [Электронный ресурс] // Телецентр: [сайт]. – Режим доступа: https://tele-center.ru/news/za-god-passazhirovo-bez-masok-oshtrafovali-na-2-mlrd-rublej/?utm_source=yxnews&utm_medium=desktop.

2. Квалификационные требования к кандидатам на замещение вакантных должностей в Федеральной службе по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека [Электронный ресурс] // Федеральная служба по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека: [официальный сайт]. – Режим доступа: https://www.rospotrebnadzor.ru/gosservice/konkurs/details.php?ELEMENT_ID=2530.

3. Порохнявая, Е.Л. Административный надзор в области обеспечения санитарно-эпидемиологического благополучия населения: новые подходы / Е. Л. Порохнявая // Административное право и процесс. – 2019. – № 9. – С. 71-75.

4. Председатель Верховного Суда России подвел итоги деятельности судебной системы в 2019 году [Электронный ресурс] // Верховный Суд Российской Федерации: [официальный сайт]. – Режим доступа: https://www.vsrfr.ru/press_center/news/28750/.

Е. А. Слободянюк, Д. Д. Тюрина
Московский государственный институт
международных отношений МИД РФ,
бакалавриат, образовательная программа
«Международное право и юридическое обеспечение ТЭК», IV курс

Научный руководитель: О. В. Соколова
к.ю.н., доцент кафедры административного и финансового права
Московского государственного института
международных отношений МИД РФ

ОТДЕЛЬНЫЕ ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ НАЛОГА НА ПРОФЕССИОНАЛЬНЫЙ ДОХОД (НПД)

Предметом исследования статьи являются нормы налогового законодательства, регулирующие налог на профессиональный доход, с целью выявления отличительных особенностей данного специального режима налогообложения и отдельных законодательных пробелов. Авторы отмечают неверное толкование и использование терминов «самозанятый» и «плательщик налога на профессиональный доход», а также недостаток правового регулирования защиты прав данной категории налогоплательщиков в качестве основных проблем развития налогового режима.

Ключевые слова: налоговое право, налог на профессиональный доход, самозанятые, специальные налоговые режимы, налогоплательщик, судебная защита, предприниматели.

Е. А. Slobodyanyuk, D. D. Tyurina

DISTINCTIVE FEATURES OF PROFESSIONAL INCOME TAX APPLICATION

¹⁰⁴ Порохнявая Е.Л. Административный надзор в области обеспечения санитарно-эпидемиологического благополучия населения: новые подходы // Административное право и процесс. 2019. № 9. С. 71-75.

¹⁰⁵ О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации [Электронный ресурс]: проект Федерального закона от 31.07.2020 № 248-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

The subject of the article are the norms of tax legislation governing the tax on professional income, in order to identify the distinctive features of this special tax regime and certain legislative gaps. The authors note the misinterpretation and use of the terms "self-employed" and "payer of tax on professional income", as well as the lack of legal regulation of the protection of the rights of this category of taxpayers as the main problems of the tax regime development.

Key words: tax law, tax on professional income, self-employed, special tax regimes, taxpayer, judicial protection, entrepreneurs.

Налог на профессиональный доход (далее по тексту – НПД) – самый новый вид специального налогового режима. В соответствии со ст. 4 Федерального закона от 27.11.2018 № 422-ФЗ «О проведении эксперимента по установлению специального налогового режима «Налог на профессиональный доход» (далее – «Закон») право на уплату данного налога получают физические лица и индивидуальные предприниматели, доход которых за год не превышает 2,4 млн рублей. Уплата налога происходит по льготной ставке 4% в отношении доходов, полученных налогоплательщиками от реализации товаров (работ, услуг, имущественных прав) физическим лицам и 6% индивидуальным предпринимателям для использования при ведении предпринимательской деятельности и юридическим лицам (ст.10 Закона). Переход на данный режим, как и в остальных случаях, связанных с особым налогообложением, является правом, а не обязанностью лица. К переходу в качестве способа сокращения налоговой обязанности можно прибегнуть только физическим лицам или индивидуальным предпринимателям – в таком случае они освобождаются от обязанности уплаты налога на доходы физических лиц и налога на добавленную стоимость, за некоторыми исключениями, предусмотренными законом и уже указанными выше. Для применения специального режима нужно встать на учет в налоговом органе в качестве налогоплательщика (пп. 6 п. 2 ст. 18 НК РФ; ч. 1 ст. 1, ч. 1, 6, 7 ст. 2, ст. 4, ч. 1 ст. 5, ч. 2 ст. 6, ст. 16 Закона; Информация ФНС России от 19.10.2020).

Проанализировав законодательное регулирование данного режима, авторы пришли к выводу о не тождественности терминов «плательщик налога на профессиональный доход» и «самозанятый». Самим законом, упомянутым выше, используется исключительно термин «плательщик НПД». Понятие «самозанятый» впервые появляется в Стратегии развития малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации на период до 2030 года (далее – Стратегия). В данном акте под самозанятыми понимаются граждане, осуществляющие приносящую доход деятельность и не зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей. Таким образом каждый самозанятый является плательщиком НПД, но не каждый плательщик НПД – самозанятый. Однако на сегодняшний день в доктрине достаточно часто данные термины употребляются как синонимы.

Налог на профессиональный доход был введен на период с 1 января 2019 года по 31 декабря 2028 года. Сначала эксперимент по применению рассматриваемого режима был введен в 4 регионах, которыми были выбраны Москва, Московская область, Калужская область и Республика Татарстан. С 1 июля 2020 года данный режим начал применяться на всей территории Российской Федерации.

Конструкция данного режима направлена в первую очередь на то, чтобы при ее грамотном применении сократить количество штрафов за незаконную предпринимательскую деятельность, которая чаще всего осуществляется физическими лицами или индивидуальными предпринимателями самостоятельно и, при этом, не подпадает под другие условия, позволяющие оформить специальный режим налогообложения (такими видами деятельности, в частности, являются аренда жилых помещений частным лицам для целей проживания, образовательные услуги, присмотр и уход за детьми и больными людьми, уборка жилых помещений, ведение домашнего хозяйства, фриланс и т.д.) и вывести деятельность данных лиц из тени в контексте налогообложения. Необходимость введения налогового режима обусловлена также ростом числа граждан, занимающихся перечисленными выше видами деятельности, что автоматически повышает количество случаев незаконного предпринимательства, рост которого за 2015-2017 годы составил порядка 20-25 тыс. случаев в год¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Колосовский В. С. Незаконное предпринимательство в Российской Федерации // Молодой ученый. 2018. №11. С. 228-229.

В качестве положительных особенностей НПД для налогоплательщика помимо выгодной ставки налога можно выделить, прежде всего, несколько преимуществ:

1. отсутствие обязанности по уплате взносов на обязательное пенсионное страхование (плательщики НПД имеют право уплачивать их в добровольном порядке). Здесь важно отметить, что при принятии решения о неуплате взносов, такая деятельность плательщика НПД не засчитывается в трудовой стаж¹⁰⁷;

2. отсутствие необходимости содержания бухгалтерии, кассового аппарата, открытия отдельного расчетного счета и подачи налоговой декларации;

3. минимизируется личный контакт лица с налоговой службой ввиду отсутствия необходимости подачи налоговых деклараций¹⁰⁸.

Все эти преимущества обусловлены созданием специальной электронной платформы «Мой налог», посредством которой налогоплательщик в заявительном порядке переходит на уплату данного налога. С помощью данной платформы лица могут также формировать контрольно-кассовые чеки по сделкам и, тем самым, самостоятельно определять доходы, подлежащие налогообложению по данной системе. Для реализации данной системы необходим высокий уровень правосознания граждан, поэтому на данный момент модель НПД введена на экспериментальной основе и до сих пор не имплементирована в Налоговый кодекс РФ. Именно с помощью системы формирования чеков и иных фискальных документов в самом приложении учет доходов ведется автоматически, поэтому чрезвычайно важна безукоризненность ведения лицом счетов.

Однако, за небольшой период применения данного режима начали выявляться отдельные пробелы в законодательстве. Самым существенным из них, на наш взгляд, связан с защитой прав самозанятых. Хотя данные лица осуществляют предпринимательскую деятельность, а значит их дела будут экономическими спорами, Арбитражный процессуальный кодекс РФ не предусматривает возможность для таких граждан на подачу иска. Основания представлены в ч. 2 ст. 27, ст. 28 и п. 4 ч. 1 ст. 126 АПК РФ и связаны с тем, что такие граждане не могут представить копию свидетельства о своей государственной регистрации в качестве предпринимателя. Граждане, не имеющие статус ИП, могут обращаться в арбитражные суды только если это прямо предусмотрено АПК или федеральным законом, а Закон не содержит нормы о том, что споры с участием самозанятых рассматриваются в арбитражных судах. В АПК такой оговорки также нет. Таким образом споры с участием самозанятых рассматриваются в судах общей юрисдикции, что противоречит самой сути данных споров.

В заключение стоит отметить, что хотя данный режим и кажется привлекательным на первый взгляд, однако содержит ряд существенных недостатков в лице отсутствия трудового стажа и соответствующего процессуального регулирования. Данные недостатки должны быть урегулированы в дальнейшем в рамках программ совершенствования налогового законодательства.

Библиографический список:

1. Колосовский, В. С. Незаконное предпринимательство в Российской Федерации / В. С. Колосовский // Молодой ученый. — 2018. — №11. — С. 228—229.
2. Налог на самозанятых граждан РФ с 1 января 2019 года [Электронный ресурс] // [Nalogovyi-vychet.ru](https://nalogovyi-vychet.ru) — Режим доступа: <https://nalogovyi-vychet.ru/nalog-na-samozanyatyh/>.

¹⁰⁷ Постановление Правительства РФ от 19.02.2019 г. №160 «О внесении изменений в Правила подсчета и подтверждения страхового стажа для установления страховых пенсий» // СЗ РФ. 25.02.2019. № 8. Ст. 788.

¹⁰⁸ Налог на самозанятых граждан РФ с 1 января 2019 года [Электронный ресурс] // 4.03.2019, Налоговый консультант. URL: <https://nalogovyi-vychet.ru/nalog-na-samozanyatyh/> (дата обращения 03.12.2019).

А. И. Шилова

*Санкт-Петербургский государственный университет,
бакалавриат, образовательная программа: «Юриспруденция с углубленным изучением китайского
языка и права КНР», IV курс*

*Научный руководитель: А. В. Должиков
к.ю.н., доцент кафедры конституционного права
Санкт-Петербургского государственного университета*

КОНСТИТУЦИОННЫЙ СУД РОССИИ: НОВАЯ ТРАЕКТОРИЯ РАЗВИТИЯ?

Целью настоящей работы было выявление ключевых тенденций развития конституционного правосудия в нашей стране через призму изменения в 2020–2021 годах актов, регламентирующих деятельность КС РФ. Данные новеллы были оценены с доктринальных позиций и с точки зрения зарубежного правового опыта (значительной части европейских и постсоветских государств). В процессе работы было выделено 7 ключевых изменений в деятельности КС РФ, разделенных на три группы: изменения в части полномочий, процедурные изменения, изменения статуса судей. Автор пришел к выводу о том, что поправки большей частью не соответствуют зарубежным тенденциям развития конституционного правосудия, Россия по данному вопросу избрала собственный путь развития, сопряженный однако с целым рядом проблем и рисков.

Ключевые слова: конституционные поправки, 2020, Конституционный суд, конституционное правосудие, зарубежный опыт, правовые тенденции, правовая традиция.

A. I. Shilova

RUSSIAN CONSTITUTIONAL COURT: NEW DEVELOPMENT PATH?

The goal of the present work is to reveal key trends of Russian constitutional justice development which appears through main 2020-21 amendments to Russian Constitutional Court legislation. These changes have been evaluated from the perspective of legal doctrine and foreign legal practices (of most European and post-Soviet countries).

Overall seven main changes have been overviewed and divided into three groups: those considering the Court's power; the procedure and status of the judges. Author came to a conclusion that the amendments mostly do not comply with foreign legal trends, Russia chose to follow its own path in this regard. This path nevertheless poses new issues and threats.

Key words: 2020 constitutional amendments, Constitutional Court, constitutional justice, foreign experience, legal trends, legal tradition.

Конституция 1993 года, как принято полагать, во многом являлась переходной, заимствовала атрибуты конституционного регулирования развитых стран, как, впрочем, и все новые конституции постсоциалистических стран того времени. В доктрине в связи с этим неизбежно возникают вопросы: о следовании российского конституционализма общемировым закономерностям развития¹⁰⁹; о наличии в нашей стране особой модели конституционализ¹¹⁰; популизме, консерватизме, реставрационных процессах ей присущих¹¹¹.

Изменения в деятельность Конституционного Суда России (далее – КС РФ или Суд) вносились неоднократно (например, реформы в 2010, 2014–15 годах). Однако именно преобразования 2020–21 годов представляются наиболее существенными, способными выступить

¹⁰⁹ Хабриева Т. Я., Андриченко Л. В. Конституционные реформы на постсоветском пространстве: тенденции развития // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2017. Вып. 37. С. 286, Половченко К. А. Институт судебного конституционного контроля в постсоветских государствах // Вестник МГИМО Университета. 2013. №. 3 (30). С. 119.

¹¹⁰ Хабриева Т. Я. Российская конституционная модель социального государства // Конституция, закон и социальная сфера общества. 2009. С. 3-11.

¹¹¹ Медушевский А. Н. Популизм и конституционная трансформация: Восточная Европа, постсоветское пространство и Россия // Журнал политической философии и социологии политики «Полития. Анализ. Хроника. Прогноз». 2018. №. 3 (90).

фактором, определяющим траекторию развития отечественного конституционного правосудия, в том числе в сравнительно-правовом контексте и попытаться ответить на вопросы, поставленные выше. Целью настоящей статьи является исследование данных новелл и их оценка на предмет соответствия тенденциям развития «родственных» зарубежных правопорядков (европейских государств и стран – бывших советских республик).

Ключевые изменения в деятельности Конституционного Суда. Изменения в статусе КС были реализованы стремительно, путем преобразования актов различной юридической природы: Конституции РФ, ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации», Регламента КС РФ.

К наиболее существенным можно отнести семь преобразований, которые условно делятся на три группы. Первая группа (изменения в компетенции Суда) включает в себя: 1) институт предварительного конституционного контроля по запросу Президента РФ; 2) институт оценки возможности исполнения решений межгосударственных органов. Вторая группа – процедурные изменения: 3) требование исчерпания «всех других внутригосударственных средств судебной защиты» для обращения в КС РФ; 4) запрет на публикацию особых мнений судей КС РФ; 5) исключение института *amicus curiae* из Регламента Суда. К третьей группе (изменения в статусе судей) относятся: 6) возможность отрешения от должности судей КС РФ Советом Федерации по представлению Президента; 7) сокращение числа судей КС РФ с 19 до 11.

Изменения в части полномочий Конституционного Суда. Институт предварительного (от лат. *ex ante*) конституционного контроля традиционно выступал основным полномочием специализированных несудебных (квази-судебных) органов, уходя корнями в правовую традицию Франции. Конституционные суды же в мировой практике, напротив, осуществляли преимущественно функцию последующего контроля¹¹².

Ранее КС РФ осуществлял предварительный конституционный контроль лишь «не вступивших в силу международных договоров», что является распространенной мировой практикой¹¹³. После реформы 2020 г., Суд получил полномочие осуществления (по запросу Президента) обязательной проверки конституционности поправок к Конституции РФ, и факультативной – проектов ФКЗ, ФЗ и даже законов субъектов¹¹⁴. Доктрина настороженно отнеслась к новым полномочиям КС с точки зрения: возможности повторной оценки судом актов, признанных ранее конституционными, использования процедуры как «дополнительного вето» Президентом, политизации правосудия при «легитимации властных решений»¹¹⁵.

Исторически французская правовая традиция исключала возможность смешения функций предварительного и последующего контроля в принципе. Однако в последние годы четко виден такой парадокс. Конституционные советы получают, наряду с предварительным, функции последующего контроля (Франция с 2008 года, Казахстан с 2017 года), а конституционные суды – наоборот, приобретают полномочия осуществлять предварительный контроль (Сербия, Венгрия, Австрия, Португалия, Испания, Италия, Польша, Беларусь, где с 2008 года предварительный конституционный контроль обязателен)¹¹⁶.

Также, во Франции и странах, перенявших ее правовую традицию, (например, Бельгии), вмешательство органов конституционного контроля в процесс принятия поправок к конституциям традиционно не допускалось как противоречащее принципу разделения властей¹¹⁷. В то же время сегодня такая форма предварительного конституционного контроля существует в Австрии, Болгарии, Германии, Португалии, Молдове, Азербайджане, Киргизии, на Украине¹¹⁸. Таким

¹¹² Брежнев О. В. Предварительный конституционный контроль и его реализация в России: проблемы теории и практики // Актуальные проблемы российского права. 2020. № 10 (119). С. 38-39.

¹¹³ Несмеянова С. Э. Международные договоры как объект конституционного судебного контроля // Российский юридический журнал. 2015. № 3. С. 138.

¹¹⁴ Велиева Д. С., Пресняков М. В. Реформа Конституционного Суда РФ 2020 года: «кто будет сторожить сторожей» // Конституционное и муниципальное право. 2021. № 1. С. 12-22.

¹¹⁵ Шейнис В. Л. Конституционные страсти // Конституционный вестник. 2020. № 5. С. 194; Подошлелова О. Г. Кнут и пряник: как изменится облик российского конституционного правосудия после поправок в Конституцию // Конституционный вестник. 2020. № 5. С. 168, Морщакова Т. Г. Комментарий к заключению Конституционного Суда Российской Федерации от 16 марта 2020 года [Электронный ресурс] // URL: <https://academia.ilpp.ru/kommentariy-k-zacklyucheniyu-konstitutsionnogo-suda-rossiyskoy-federatsii>.

¹¹⁶ Брежнев О. В. Указ. соч. С. 44.

¹¹⁷ Venice Commission Et al. Compilation of Venice Commission opinions concerning constitutional provisions for amending the constitution// CDL (2015)056. 2015. P. 17.

¹¹⁸ Venice Commission Et al. Report on constitutional amendment// CDL-AD (2010)001 – 2010.

образом, повсеместно происходит изменение традиционной модели института предварительного судебного контроля, размытие его ключевых принципов в ущерб интересам конституционного правосудия.

Институт оценки возможности исполнения решений межгосударственных органов. Ранее в полномочия КС РФ входил предварительный контроль международных договоров, заключаемых Россией. Также, с 2015 года КС РФ был законодательно наделен полномочием по разрешению вопроса о возможности исполнения «решения межгосударственного органа по защите прав и свобод человека» (речь, конечно, идет о ЕСПЧ). Поправками данное полномочие Суда существенно расширяется. Отныне КС РФ полномочен разрешать вопрос о возможности исполнения: решений межгосударственных органов, иностранных или международных (межгосударственных) судов, иностранных или международных третейских судов (арбитражей). Доктрина усматривает в этом нововведении политический шаг и даже прямо называет возможные решения, от исполнения которых Россия хотела бы уклониться: например, жалоба Украины касательно Донбасса и Крыма в Международном Суде ООН, дело акционеров компании ЮКОС¹¹⁹ и т. д. Под вопросом остается и практическую применимость данного инструмента с точки зрения норм международного права¹²⁰.

В вопросе соблюдения государствами взятых на себя международно-правовых обязательств можно выделить два ключевых аспекта. Первый – возможность (последующего) конституционного контроля международных договоров, вступивших в силу, которая сегодня есть в ряде стран (Австрии, Беларусь, Польша, Португалия, Сербия, Греция, Грузия, Киргизия, Литва, Молдова, Узбекистан, Украина, Бельгия, Германия, Италия, Казахстан)¹²¹.

Второй аспект более широкий – законодательное (или правоприменительное) установление соотношения национального, и международного (наднационального) права в иерархии норм. Его можно рассматривать и через призму оценки исполнимости решений международных органов. Так, существует тенденция европейских государств осуществлять переоценку своих обязательств перед институтами ЕС и СЕ (что традиционно оправдывается: защитой прав человека и гражданина, государственного суверенитета, конституционной идентичности, конституционного порядка). Такой подход реализуется судами Германии, Франции, Австрии, Латвии, Венгрии, Чехии, Дании, Эстонии, Швеция, Великобритании, Ирландии. Конечно, важно понимать и то, что страны ЕС (как наднациональной организации) имеет особое отношение к вопросу. На постсоветском пространстве (Киргизия, Таджикистан, Казахстан, Беларусь, Узбекистан) доктрина отмечает лишь в общем виде тенденции «популистского отстаивания суверенитета и национальной правовой идентичности»¹²².

С одной стороны, изменения в части полномочий КС РФ в целом осуществляются в русле зарубежных правовых трендов. С другой стороны, отечественные поправки идут существенно дальше: признавая, например, не просто возможность предварительного конституционного контроля, но обязательного контроля поправок к Конституции; прямо закрепляя очень широкий перечень видов международных обязательств, от исполнения которых Россия теперь сможет уклоняться.

Процедурные изменения в деятельности Конституционного Суда. Требование об исчерпании «всех других внутригосударственных средств судебной защиты для обращения в КС РФ с индивидуальной жалобой.

Само по себе требование об исчерпании иных внутригосударственных средств защиты (в том числе экстраординарных) до обращения в орган конституционного контроля существует во многих правовых традициях: Австрия, Армения, Испания, Германия, Хорватия, Азербайджан, Черногория, Сербия, Эстония, Португалия, Латвия, Словакия, Словения, Польша, Македония, Чехия.¹²³

¹¹⁹ Подошлелова О. Г. Указ. соч. С. 169.

¹²⁰ Велиева Д. С., Пресняков М. В. Указ. соч.

¹²¹ Mendez M. Constitutional review of treaties: Lessons for comparative constitutional design and practice // International Journal of Constitutional Law. 2017. Т. 15. №. 1. Р. 96.

¹²² Медушевский А. Н. Указ. соч. С. 122.

¹²³ Saveski D. Constitutional appeal–human rights protection procedure-with particular reference to the constitutional complaint in the Republic of Macedonia // Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu. 2018. Т. 55. №. 3. Р. 629.

Констатируя данный факт, необходимо сделать три важные оговорки. Во-первых, в ряде стран, (например Германия или Испания), данное требование обусловлено характером конституционного контроля, предметом которого выступают непосредственно решения нижестоящих судов, а не нормы сами по себе.¹²⁴ Во-вторых, данное требование нередко сопровождается оговоркой о необязательности соблюдения в случаях, когда существует риск причинения невосполнимого ущерба правам заявителя (Азербайджан, Хорватия, Чехия, Германия, Латвия, Черногория, Словакия, Словения).¹²⁵ В-третьих, представляется, что такое требование связано непосредственно с правовыми традициями перечисленных стран, нет примеров, где оно выступало бы в качестве актуального нововведения. Напротив, доктрина отмечает возникшую еще в 80-х годах прошлого века тенденцию к развитию института индивидуальной жалобы (доступности конституционного правосудия для граждан)¹²⁶, относительно недавние примеры – Болгария и Франция, где возможность подачи конституционной жалобы появилась впервые.

До внесения поправок для обращения в КС РФ, существовало требование о завершении рассмотрения дела судом, то есть в теории достаточно было прохождение суда первой инстанции. На практике, стоит отметить, Суд прямо высказывался о субсидиарности (резервности) конституционного судопроизводства¹²⁷ и обладал широкой дискрецией для оценки приемлемости жалоб по критерию исчерпания. Теперь же законом установлено требование об исчерпании всех средств судебной защиты (возможно, вплоть до Верховного Суда РФ). Доктрина критикует данные поправки как ограничивающие права человека и в целом меняющие приоритеты конституционного правосудия¹²⁸.

Запрет на публикацию особых мнений судей КС РФ.

Особые мнения разрешены в абсолютном большинстве стран ЕС¹²⁹. Среди них есть также государства, где особые мнения разрешены исключительно в отношении конституционных судов (Чехия, Германия, Латвия, Венгрия, Словения, Словакия), очевидно, ввиду особой значимости конституционного правосудия¹³⁰. В рамках постсоветского пространства (помимо уже названных стран) данный институт также широко распространен (Азербайджан, Армения, Киргизия, Беларусь, Украина, Грузия, Молдова, Таджикистан).

Доктрина признает зародившийся еще достаточно давно тренд развития института особых мнений судей конституционных судов за исследуемой группой государств¹³¹. Запрет на данный институт был снят в Германии в 1971 году, затем – институт возник и в Испании и Португалии, а в 90-х этот опыт переняло большинство западноевропейских стран¹³². Относительно недавними примерами тенденции можно считать Словакию (с 2000 года), Румынию (с 2004), Литву (с 2008).

Отсутствие института особого мнения судьи конституционного суда, сохранившееся в ряде стран, глубоко уходит корнями в их историко-правовые традиции, защищающие идею тайности

¹²⁴ Tsereteli N., Uitz R. Mechanism of Individual Complaints–Germany, Spanish and Hungarian Constitutional Court–Comparative Analysis // LL. M Thesis, CEU, Hungary. 2007. Т. 2.

¹²⁵ Venice Commission Et al. Study on individual access to constitutional justice // CDL-AD (2010). 2011. Т. 39. Р. 34.

¹²⁶ Половченко К. А. Указ. соч. С. 119.

¹²⁷ Постановление КС РФ от 7 ноября 2012 года № 24-П// СПС «Консультант Плюс»; Постановление КС РФ от 18 сентября 2014 года № 23-П// СПС «Консультант Плюс; Кряжкова О. Н., Подоппелова О. Г. Стратегия защиты в Конституционном Суде России: Практическое руководство //М.: Институт права и публичной политики. 2018. С. 43.

¹²⁸ Морщакова Т. Г. Указ. соч., Велиева Д. С., Пресняков М. В. Указ. соч.

¹²⁹ Ултургашев П. Ю. Особые мнения судей в сравнительно-правовом контексте // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. №. 6. С. 78.

¹³⁰ Raffaelli R. Dissenting opinions in the Supreme Courts of the Member States // European Parliament: Directorate General for Internal Policies (PE 462.470). 2012. P. 30.

¹³¹ Kelemen K. Dissenting opinions in constitutional courts // German Law Journal. 2013. Т. 14. №. 8. P. 1370; Safta M. et al. The role of dissenting and concurring opinions in the constitutional jurisdiction // Perspectives of Business Law Journal. 2016. №. 05. P. 212.

¹³² Bricker B. Breaking the principle of secrecy: an examination of judicial dissent in the European constitutional courts // Law & Policy. 2017. Т. 39. №. 2. P. 170-191.

¹³³ Kelemen K. Op. cit. P. 1351.

судейского волеизъявления. Но даже в них в последние годы на самом высоком уровне идут дебаты о возможности имплементации института (Италия, Франция, Нидерланды)¹³⁴.

Исключение института amicus curiae из Регламента КС РФ.

Доктрина отмечает повсеместное развитие института «друзей суда» (от лат. – *amicus curiae*) в различных правовых порядках в последние 20–30 лет¹³⁵. Данный тренд усматривается и в странах континентального права (правовой традиции которых он не свойственен), яркие примеры: Франция, Польша, Нидерланды, Дания¹³⁶.

Институт мнений «друзей суда» был закреплен в Регламенте КС РФ в 2017 году, хотя фактически существует уже более двух десятилетий в нашей стране. Представляется, что исключение его из Регламента суда вместо окончательной практической имплементации, которая должна была произойти¹³⁷, знаменует регресс конституционного правосудия.

В целом процедурные изменения КС РФ можно описать так: российский правовой порядок будто бы «шел в ногу с развитыми странами», но вдруг решил «повернуть не туда», пойти наперекор устоявшимся зарубежным (или даже мировым) тенденциям развития конституционного правосудия. Эти поправки отражают консерватизм, регресс отечественного правового порядка и вновь ограничивают взаимодействие Суда с гражданским обществом.

Изменения в статусе судей Конституционного суда.

Возможность отрешения от должности судей КС РФ Советом Федерации по представлению Президента.

До внесения поправок полномочия судей КС РФ могли быть прекращены Советом Федерации исключительно по представлению самого КС РФ. Теперь же такое представление наряду с КС РФ может осуществлять Президент. Доктрина опасается того, что нововведение может привести к снижению гарантий независимости Суда (вплоть до отказа от принципа несменяемости судей) и усилению рисков влияния (или даже давления) на Суд¹³⁸.

Наиболее оправданным с точки зрения Венецианской Комиссии Совета Европы, является разрешение вопроса о прекращении полномочий судей при обязательном участии органа конституционного контроля либо органа судейского (дисциплинарного) контроля¹³⁹. Представляется, что в преобладающем большинстве государств исследуемой группы данное решение, действительно, принимается по инициативе и внутри самого суда (квази-судебного органа): Германия, Болгария, Франция, Беларусь, Италия, Латвия, Румыния, Венгрия, Австрия, Польша, Молдова, Грузия, Чехия. Есть также страны, где решение принимается специальным органом судейского контроля (Киргизия, Македония, Великобритания, Украина, Турция), законодательными органами власти/ президентом при участии конституционного суда (Словакия, Черногория, Сербия, Армения) или без такового (Словения, Киргизия, Азербайджан, Таджикистан). Конечно, указанное деление в части условно; зачастую правовые порядки предусматривают альтернативные или смешанные процедуры.

Вместе с тем, поскольку данный институт тесно связан с полномочиями других органов и ветвей власти, он неизменно подвержен влиянию не столько правовых, сколько политических тенденций. Хотя некоторые авторы и говорят о тренде реформирования конституций стран Восточной Европы (под влиянием ЕС) с целью укрепления независимости судов в последние годы (Болгария, Албания, Сербия)¹⁴⁰, в целом в исследуемой группе государств говорить о формировании унифицированного подхода пока нет оснований. Можно лишь отметить отдельные положительные примеры движения в направлении усиления независимости конституционных

¹³⁴ Raffaelli R. Op. cit. P. 17-19.

¹³⁵ Farber S. The Amicus Curiae Phenomenon-Theory, Causes and Meanings // *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 2019. Т. 29. P. 4,7.

¹³⁶ Izarova I., Szolc-Nartowski B., Kovtun A. Amicus Curiae: Origin, Worldwide Experience and Suggestions for East European Countries // *Hungarian Journal of Legal Studies.* 2019. Т. 60. №. 1. P. 28.

¹³⁷ Farber S. Op. cit. P. 5-6.

¹³⁸ Подошлелова О. Г. Указ. соч. С. 175; Медушевский А. Н. Пересмотр российской Конституции: на пути к коронованной демократии? // *Конституционный вестник.* 2020. №. 5. С. 165; Минтусов И. Е. Конституционные поправки с моими субъективными комментариями // *Конституционный вестник.* 2020. №. 5. С. 103-106.

¹³⁹ Venice Commission et al. The composition of constitutional courts - Science and Technique of Democracy // *CDL-STD (1997)020 – 1997. – no. 20, p. 21; Venice Commission et al. Opinion on the introduction of changes to the constitutional law "on the status of judges" of Kyrgyzstan// CDL-AD(2011)017. – 2011 – par. 37*

¹⁴⁰ Медушевский А. Н. Указ. соч. С. 120.

судов под влиянием рекомендаций Венецианской Комиссии. Так, Польша, в 2016 году отказалась от идеи наделить Сейм правом по запросу Конституционного Трибунала Польши отстранять судей от должности¹⁴¹ и сейчас решения принимаются внутри Конституционного Трибунала¹⁴². В 2015 году Украина исключила возможность участия Президента, Парламента, Конгресса судей в процессе отстранения судей конституционного суда от должности¹⁴³.

Сокращение числа судей Конституционного суда с 19 до 11.

Пока одни авторы указывают на то, что до поправок в КС фактически не были заняты все 19 судейских кресел, (а только 15 из них), другие, отмечают, что с учетом кворума в 8 судей, реальное их количество, участвующее в принятии решений, может быть еще ниже указанных 11¹⁴⁴. Доктрина в целом опасается снижения гарантий защиты прав человека и разрастания бюрократического аппарата¹⁴⁵, а также называет само решение утилитарным, призванным «законсервировать» удобный власти состав КС¹⁴⁶.

В исследуемых правовых порядках нет золотого стандарта количества судей: цифры варьируются от 6 (Молдова), 7 (Черногория) до 15 (Италия, Польша) и даже 18 судей (Украина). Некоторые авторы указывают, что созданные в последние два десятилетия конституционные суды преимущественно состоят из 12 судей¹⁴⁷.

Так или иначе, нельзя не согласиться с авторами, которые указывают на невозможность слепой имплементации в российский правовой порядок зарубежного среднего арифметического, даже если оно будет выведено¹⁴⁸. Что более существенно, в доктрине подобные «манипуляции с численностью и составом суда» неизменно ассоциируются с инструментарием конституционных кризисов (будь то зарубежные правовые порядки: Польша, Венгрия, Украина или же СССР (РСФСР) после конституционного кризиса 1993 года)¹⁴⁹.

Таким образом, изменения в статусе судей КС РФ представляются наиболее затруднительными для оценки с точки зрения зарубежного правового опыта: во-первых, им неминуемо присущ политический субъективизм (широкая дискреция государств по вопросу организации публичной власти); во-вторых, даже статичная ситуация в исследуемых странах различается значительно, а обоснованно выделять какие-либо устойчивые тенденции пока рано. Так или иначе, в целом идея существенного ограничения независимости судей КС, определенно не вписывается в формирующиеся сегодня зарубежные тенденции, а, возможно, и вовсе свидетельствуют о кризисе конституционного правосудия в нашей стране.

Заключение

Таким образом, изменения в полномочиях КС РФ внешне соответствуют зарубежным тенденциям, но существенно выходят за их (даже самые прогрессивные) рамки; процедурные новеллы – вступают в прямое противоречие с зарубежными тенденциями, носят регрессивный характер; изменения в статусе судей оценивать предметно с точки зрения зарубежного правового опыта затруднительно, но и они по своей сути и вероятным последствиям не соответствуют, пока формирующимся, тенденциям развития зарубежных правовых порядков.

Отечественное конституционное правосудие безусловно прямо не следует существующим траекториям развития исследованных «родственных» правовых порядков и тем более отдельных государств. Однако, если Россия и пошла по собственному пути в данном вопросе, то путь этот вызывает обоснованную озабоченность юридического и научного сообщества. Поправки создают возможности для нарушения принципа разделения властей (ограничения независимости КС РФ и последующей его политизации), большей закрытости КС РФ для гражданского общества, а нашей страны – для диалога с международным сообществом.

¹⁴¹ Venice Commission et al. Poland Opinion on the Act on the Constitutional Tribunal Adopted by the Venice Commission at its 108th Plenary Session // CDL-AD (2016)026. – 2016.

¹⁴² The Constitutional Tribunal Act of 25 June 2015 (Poland), art. 36.

¹⁴³ Venice Commission Et al. Opinion on the proposed amendments to the Constitution of Ukraine regarding the judiciary as approved by the Constitutional Commission on 4 September 2015 // CDL-AD (2015)027. – 2015 – paras. 28-29; Law of Ukraine “On the Constitutional Court of Ukraine”, 2017, art. 21.

¹⁴⁴ Велиева Д. С., Пресняков М. В. Указ. соч.

¹⁴⁵ Подоплелова О. Г. Указ. соч. С. 172.

¹⁴⁶ Велиева Д. С., Пресняков М. В. Указ. соч.

¹⁴⁷ Подоплелова О. Г. Указ. соч. С. 171.

¹⁴⁸ Там же.

¹⁴⁹ Велиева Д. С., Пресняков М. В. Указ. соч.; Uitz R. Constitutional Courts in Central and Eastern Europe // Juridica Int'l. 2007. Т. 13. Р. 48.

Полностью разделяя опасения коллег, хочется тем не менее надеяться, что реализация указанных нововведений сведет вышеописанные риски к минимуму, не будет ограничена формализмом и утилитарным подходом к конституционному правосудию с неизбежной деградацией ключевых его целей и ценностей.

Библиографический список:

1. Брежнев, О. В. Предварительный конституционный контроль и его реализация в России: проблемы теории и практики / О. В. Брежнев // Актуальные проблемы российского права. – 2020. – №. 10 (119). – С. 36–43.
2. Велиева, Д. С., Пресняков М. В. Реформа Конституционного Суда РФ 2020 года: «кто будет сторожить сторожей» / Д. С. Велиева // Конституционное и муниципальное право. – 2021. – №. 1. – С. 12–22.
3. Кряжкова, О. Н. Стратегия защиты в Конституционном Суде России: Практическое руководство / О. Н. Кряжкова, О. Г. Подоплелова. – М.: Институт прав и публичной политики. 2018. – 43 с.
4. Медушевский, А. Н. Пересмотр российской Конституции: на пути к коронованной демократии? / А. Н. Медушевский // Конституционный вестник. – 2020. – №. 5. – С. 163–167.
5. Минтусов, И. Е. Конституционные поправки с моими субъективными комментариями / И. Е. Минтусов // Конституционный вестник. – 2020. – №. 5. – С. 103–106
6. Морщакова Т. Г. Комментарий к заключению Конституционного Суда Российской Федерации от 16 марта 2020 года [Электронный ресурс] // URL: <https://academia.ilpp.ru/kommentariy-k-zaklyucheniyu-konstitutsionnogo-suda-rossiyskoy-federatsii> (дата обращения: 14.06.2021).
7. Несмеянова, С. Э. Международные договоры как объект конституционного судебного контроля / С. Э. Несмеянова // Российский юридический журнал. – 2015. – №. 3. – С. 137–144.
8. Подоплелова, О. Г. Кнут и пряник: как изменится облик российского конституционного правосудия после поправок в Конституцию / О. Г. Подоплелова // Конституционный вестник. – 2020. – №. 5. – С. 167–175.
9. Половченко, К. А. Институт судебного конституционного контроля в постсоветских государствах / К. А. Половченко // Вестник МГИМО Университета. – 2013. – №. 3 (30). – С. 119.
10. Троицкая, А.А. Российский Конституционный Суд и проверка поправок к Конституции: как распахнуть приоткрытую дверь / А. А. Троицкая // Сравнительное конституционное обозрение. – 2016. – №. 2. – С. 96–115.
11. Ултургашев, П. Ю. Особые мнения судей в сравнительно-правовом контексте / П. Ю. Ултургашев // Сравнительное конституционное обозрение. – 2013. – №. 6. – С. 75–87.
12. Хабриева, Т. Я. Российская конституционная модель социального государства / Т. Я. Хабриева // Конституция, закон и социальная сфера общества. – 2009. – С. 3–11.
13. Хабриева, Т. Я., Андриченко, Л. В. Конституционные реформы на постсоветском пространстве: тенденции развития / Т. Я. Хабриева, Я. Т. Андриченко // Вестник Пермского университета. Юридические науки. – 2017. – Вып. 37. – С. 286.
14. Шейнис, В. Л. Конституционные страсти / В. Л. Шейнис // Конституционный вестник. – 2020. – №. 5. – С. 190–199.
15. Bricker B. Breaking the principle of secrecy: an examination of judicial dissent in the European constitutional courts // Law & Policy. – 2017. – Т. 39. – №. 2. – P. 170-191.
16. Farber S. The Amicus Curiae Phenomenon-Theory, Causes and Meanings // Transnat'l L. & Contemp. Probs. – 2019. – Т. 29. – P. 1.
17. Izarova I., Szolc-Nartowski B., Kovtun A. Amicus Curiae: Origin, Worldwide Experience and Suggestions for East European Countries // Hungarian Journal of Legal Studies. – 2019. – Т. 60. – №. 1. – P. 18-39.
18. Kelemen K. Dissenting opinions in constitutional courts // German Law Journal. – 2013. – Т. 14. – №. 8. – P. 1345–1371.
19. Mendez M. Constitutional review of treaties: Lessons for comparative constitutional design and practice // International Journal of Constitutional Law. – 2017. – Т. 15. – №. 1. – P. 84–109.
20. Safta M. et al. The role of dissenting and concurring opinions in the constitutional jurisdiction // Perspectives of Business Law Journal. – 2016. – №. 05. – P. 207–213.

21. Saveski D. Constitutional appeal–human rights protection procedure-with particular reference to the constitutional complaint in the Republic of Macedonia // Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu. – 2018. – Т. 55. – №. 3. – P. 625–638.

22. Tsereteli N., Uitz R. Mechanism of Individual Complaints–Germany, Spanish and Hungarian Constitutional Court–Comparative Analysis // LL. M Thesis, Central European University, Hungary. – 2007. – Т. 2.

Е. С. Ярошевич

*Санкт-Петербургский государственный университет,
бакалавриат, направление «Юриспруденция», IV курс*

*Научный руководитель: С. А. Белов
к.ю.н., доцент кафедры конституционного права
Санкт-Петербургского государственного университета*

КОНЦЕПЦИЯ ПРЕЦЕДЕНТА И ЕЁ ПРИМЕНЕНИЕ В КОНСТИТУЦИОННЫХ СУДАХ СТРАН ЛАТИНСКОЙ АМЕРИКИ

Предметом исследования настоящей статьи является специфика доктрины прецедента, в частности, степень связанности конституционных судов собственными решениями в латиноамериканской правовой системе. Будут определены особенности конституционных судов и их решений в данной системе. Также будет проведен анализ практики конституционных судов и норм законодательства на предмет обязательности прецедентов для судов и в целях определения степени их связанности собственными прецедентами. Отдельное внимание будет уделено выявлению различий в способах и порядках закрепления обязательности прецедента в некоторых странах Латинской Америки. Будет исследовано национальное регулирование в юрисдикциях таких стран, как республика Колумбия и республика Перу. По итогу анализа зарубежной судебной практики и доктринальных источников автор делает выводы о специфике реализации прецедентного принципа *stare decisis* (связанности судов собственными прецедентами).

Ключевые слова: судебный прецедент, Конституционный Суд, следование прецеденту, конституционное право, доктрина прецедента, правовые системы, Латинская Америка, *stare decisis*.

E. S. Iaroshevich

THE CONCEPT OF PRECEDENT AND ITS APPLICATION IN THE CONSTITUTIONAL COURTS OF LATIN AMERICA

This article aims to analyse the specifics of the doctrine of constitutional precedent, in particular, the degree of the connectedness between constitutional courts and their own decisions in the Latin American legal system. The author will determine the features of the constitutional courts and their decisions in this system. Also the analysis of the practice of the constitutional courts and the norms of legislation in order to determine the degree of their connection with their own precedents and binding nature of the precedent will be carried out. Special attention will be paid to identifying differences in the methods and procedures for securing the binding nature of the precedent in some Latin American countries. The author investigates national regulation in the jurisdictions of such countries as Republic of Colombia and the Republic of Peru. Based on the analysis of foreign judicial practice and doctrinal sources, the author draws conclusions about the specifics of the implementation of the precedent principle of *stare decisis* (the connection of courts with their own precedents).

Key words: judicial precedent, Constitutional Court, following the precedent, constitutional law, the doctrine of precedent, legal systems, Latin America, *stare decisis*.

Различные, в первую очередь исторические особенности наложили свой отпечаток на развитие правовой системы стран Латинской Америки, вследствие чего отдельные юридические вопросы представляют особый интерес для исследований. В англо-саксонской и романо-германской правовых системах обоим прецеденту отводится определенная роль: в одном случае прецедент признается основным источником права, в то время как в другом иногда выделяется как дополнительный источник или же не относится к источникам права как таковым. Правовая

система стран Латинской Америки выделяется своеобразным дуализмом, так как в ней можно обнаружить признаки обеих правовых систем. Так, данной системой у романо-германской правовой семьи была перенята традиция существования специализированных конституционных судов, а у англосаксонской был частично заимствован прецедент, который признается в разной степени в отдельных странах Латинской Америки. Довольно часто латиноамериканскую правовую систему ученые признают частью романо-германской¹⁵⁰, в то время как другие исследователи выделяют ее в качестве отдельной системы, которая не только сочетает в себе признаки иных правовых семей, но и обладает своими особенностями¹⁵¹.

Прецедент в юридической науке определяется как решение суда по конкретному делу, являющееся обязательным для судов при разрешении аналогичных дел в будущем, а судебная практика – как набор существенно идентичных решений по сходному вопросу. В некоторых странах Латинской Америки судебный прецедент не считается основным источником права, однако, так как эти страны заимствовали у Соединенных Штатов Америки принципы построения и функционирования судебной системы, это сказалось и на формировании доктрины прецедента, которая постепенно развивалась и начинала играть все большую роль в национальных правовых порядках. Роль прецедентного права в современном мире становится все больше, что обусловлено, в частности, процессами глобализации, смешением разных правовых систем¹⁵². Значительную роль в этом сыграла и практика конституционных судов.

Важно отметить, что понимание сущности прецедента в разных странах существенно отличается. Справедливо будет указать на, что регламентация прецедентного права в Российской Федерации гораздо менее детализирована в отличие от стран Латинской Америки. Более того, если в Российской Федерации в доктрине и практике избегают термина «прецедент», вплоть до настоящего времени ведут научные споры на предмет того, являются ли решения Верховного Суда Российской Федерации и Конституционного Суда Российской Федерации прецедентами, то в странах Латинской Америки решения высших судов, на которые опирается судебная практика, напрямую называют прецедентами, а также почти во всех странах закрепляется их обязательность. Более того, такая обязательность прецедентов устанавливается в некоторых латиноамериканских правовых порядках довольно детально, в разнообразных аспектах.

Вопрос обязательности прецедента имеет две грани: обязательность для всех остальных органов и обязательность для самих судов. Обязательность решений конституционных судов для иных органов на настоящий момент не вызывает острых споров в научной сфере. Однако все еще остается дискуссионным вопрос о том, в какой степени признается обязательность прецедента для самих конституционных судов. В данном случае с одной стороны стоит свобода усмотрения суда, а с другой – принцип прецедентного права *stare decisis*, который ограничивает такую свободу и предполагает связанность суда принятым им решением. Данный принцип, безусловно, не является абсолютным и позволяет суду в конкретных случаях не применять прецедент или пересматривать свои более ранние позиции. Тем не менее, его соблюдение в аспекте конституционного права является особенно важным, так как обеспечивает реализацию принципа правовой определенности.

Так или иначе вопрос о связанности конституционных судов их прецедентами неоднозначен и даже в рамках латиноамериканской системы варьируется в зависимости от особенностей правовой системы конкретной страны. Поэтому в рамках настоящей работы для исследования были выбраны юрисдикции республики Перу и республики Колумбии как наиболее разнородные по характеру установления и степени обязательности прецедента. Выбор для настоящего исследования правового порядка республики Перу определяется тем, что данное государство является первым из закрепивших законодательно регулирование прецедента. Так, в республике Перу был принят и действует на настоящий момент Конституционно-процессуальный Кодекс, что характерно не для всех стран Латинской Америки. В республике Колумбия, напротив, традиция прецедента является результатом развития практики Конституционного Суда, а законодательное регулирование в данной области не столь развито, что позволяет делать определенные выводы на основании правовых позиций Суда.

¹⁵⁰ Саидов А. Х. Сравнительное правоведение и источники права // Вестник университета имени О.Е. Кутафина Вектор юридической науки. 2016. № 3. С. 25–38.

¹⁵¹ Рене Д. Основные правовые системы современности / перевод с французского доктора юридических наук профессора В. А. Туманова. М., Прогресс. 1988. 279 с.

¹⁵² Муругина В.В. Прецедент как составляющая конвергенции правовых систем // Российский судья. 2014. № 10. С. 23–26.

Примерно с конца XX века в странах Латинской Америки можно наблюдать переход к более детальному регулированию прецедентного права, особенно в части связанности судов прецедентами. Рассмотрим далее подходы к регулированию прецедента в упомянутых странах. Если обратиться к ст. 230 Конституции Колумбии¹⁵³, то в тексте нормы можно увидеть следующее положение: «...прецедентное право, общие принципы права и доктрина являются вспомогательными критериями судебной деятельности». Тем не менее Конституционный Суд республики Колумбия (далее – КС республики Колумбия) установил, что его прецеденты обязывают остальные суды и иных властных субъектов следовать им сразу же после их вынесения. Данная конституционная норма стала со временем толковаться КС расширительно¹⁵⁴. Начиная с 1995 года КС следует той позиции, что разрешение им конкретного дела должно производиться в соответствии с его собственной прецедентной практикой, а отход от прецедентов возможен только при наличии веской и обоснованной аргументации. Данная позиция предполагает «относительную силу прецедента», так как хоть и обязывает Суд следовать своей практике, все же оставляет возможность для отхода от неё. В республике Колумбия прецедент КС устанавливается одним постановлением Суда. В части формирования прецедента доктрина и прецедентное право часто ссылаются на набор единообразных решений по одной и той же правовой проблеме – повторение *ratio decidendi* в нескольких постановлениях. Тем не менее, КС Колумбии не рассматривает такое неоднократное установление правовой позиции в качестве обязательного требования к формированию своих прецедентов.

В отличие от республики Колумбия, где традиция прецедента является результатом развития практики КС, в республике Перу правовое регулирование прецедента устанавливает Конституционный Процессуальный Кодекс Перу (далее – КПК республики Перу), который в ст. VII вводного раздела и в п. 3 ст. VI содержит правило о связанности судей толкованием конституционных положений и принципов, которое дает КС¹⁵⁵. Пункт 3 ст. VI указывает на то, что судьи толкуют и применяют нормы права в соответствии с конституционными принципами и толкованием этих норм, вытекающим из решений Конституционного Суда республики Перу (далее – КС республики Перу). Данная норма устанавливает обязательную для всех судей силу критериев толкования конституционных положений и принципов, которые Суд устанавливает в своей практике¹⁵⁶. В отношении п. 3 статьи VI вводного раздела КПК республики Перу в доктрине существует позиция, в соответствии с которой прецедентная практика («*jurisprudencia constante*») отличается от прецедента, так как в практике требуется наличие трех или более прецедентов по одному и тому же правовому вопросу для достижения ее обязательного эффекта, в то время как прецедент обретает обязательную силу сразу после вынесения единичного решения. В продолжение этой мысли отмечается, что практика КС, о которой говорится в ст. VI КПК имеет некоторую связь с принципом *stare decisis*, но в меньшей степени, чем прецедент. Так, если судьи имеют право толковать нормы на основе прецедентного права Суда, такое толкование должно осуществляться без изменения основных положений судебной практики КС¹⁵⁷.

По-разному происходит и выявление прецедента в практике конституционных судов в разных юрисдикциях. Так, например, в ст. VII КПК республики Перу отдельно подчеркивается, что постановления КС становятся прецедентами тогда, когда это напрямую указывается в тексте

¹⁵³ Constitución Política de Colombia de 1991 [Электронный ресурс]: actualizada con los Actos Legislativos a 2016. // Edición especial preparada por la Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura, Centro de Documentación Judicial. URL: <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf> (дата обращения: 10.06.2021).

¹⁵⁴ КС подчеркнул, что принцип верховенства права распространяется и на решения КС, а не только формально на действие закона, так как в прецедентном праве содержатся нормы, вытекающие из толкования правовых положений и уточняющие их содержание.

¹⁵⁵ Código Procesal Constitucional [Электронный ресурс]: Ley 31 de mayo del 2004 № 28237 // Diario oficial «El Peruano». URL: <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0002/5-codigo-procesal-constitucional-ley-n-28237-1.pdf> (дата обращения: 9.06.2021).

¹⁵⁶ Sentencia Exp. №3741-2004-AA/TC Caso Ramón Salazar Yarlenque [Электронный ресурс]: URL: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.pdf> (дата обращения: 3.06.2021). Fundamento 42. (Рассматривая положения п. 3 ст. VI вводного раздела Конституционного Процессуального Кодекса, КС отметил, что: «...решения Конституционного суда, поскольку они представляют собой толкование Конституции, являются источником права и связывают все государственной власти.»).

¹⁵⁷ García T. V. Las Sentencias Constitucionales: El precedente vinculante. El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú. Análisis y Doctrina Comparada // 2da Ed., Adrus Editores. 2014. 82 p.

постановления. Действительно, если обратиться к практике КС республики Перу, то можно увидеть, что Суд непосредственно в тексте решения указывает на то, что какое-либо его положение устанавливается в качестве обязательного прецедента. Так, например, в одном из решений КС в резолютивной части отметил, что п. 49 постановления будет являться прецедентом¹⁵⁸. В другом решении КС указал на то, что сразу несколько пунктов постановления должны стать прецедентом¹⁵⁹.

В законодательстве республики Колумбия отсутствуют аналогичные положения и поэтому перед КС встает проблема выявления той части постановления, которую можно рассматривать как прецедент. В теории прецедентного права судебное решение, как правило, разделяют на *ratio decidendi* (сам прецедент, сущность решения) и *obiter dictum*¹⁶⁰ (обязательность такого разделения отдельно подчеркивалась КС республики Колумбия в его практике)¹⁶¹. Выявление *ratio decidendi* в решениях конституционных судов достаточно сложно реализуемо на практике, хотя бы только потому что такие решения составляются не с целью их универсального использования, хотя и содержат в себе толкование нормативных положений. КС республики Колумбия не устанавливает при вынесении решения прецедент, а, напротив, с его позиций прецедент должен устанавливаться впоследствии, тогда, когда будет рассматриваться аналогичное или похожее дело.

Следующий вопрос, с которым сталкивается доктрина и практика – это определение того, как и в каком порядке следует определять, подлежит ли прецедент применению при рассмотрении дела. КС Колумбии в своей практике разработал критерии приемлемости прецедента, с тем чтобы при рассмотрении дел можно было определить, в какой степени тот или иной прецедент имеет отношение к конкретному делу. С позиций КС необходимо придерживаться следующих критериев: - в *ratio decidendi* решения должна находиться норма, связанная с подлежащим рассмотрению делом; - *ratio decidendi* должна служить основой для разрешения сходной правовой проблемы, то есть должна иметься ссылка на источники права, которые послужили основой для решения; - фактические обстоятельства дела в предыдущем решении должны быть сходными с теми, которые рассматриваются в новом решении. Данные критерии повторялись КС впоследствии в судебной практике¹⁶². В своей практике КС республики Колумбия анализирует условия применимости того или иного прецедента в конкретном деле, исследует наличие или отсутствие отклонения от прецедентов¹⁶³.

Как уже отмечалось, принцип *stare decisis* не означает вечной неизменности прецедента. Предполагается, что суд связан ранее принятыми им решениями, но неприменение прецедента в конкретном деле или его изменение возможно. Так, в республике Колумбия судьи КС могут не следовать прецеденту при условии, что они должным образом обосновывают причины, по которым они отступают от прецедента. КС республики Колумбия указывал на то, что несмотря на основополагающее значение прецедента, следование ему, однако, не должно означать «окаменение права», невозможность его изменения. Поэтому Суд может отступить от прецедента, но для этого он должен обосновать свою позицию и изложить убедительные основания. Такое бремя аргументации состоит в доказывании того, что прецедент при применении в рассматриваемом деле противоречит Конституции. Однако право суда отойти от прецедента не означает возможность бесосновательного его неприменения. Так, в одном из дел Суд установил игнорирование прецедентов, а именно, неприменение соответствующего решения без приведения

¹⁵⁸EXP № 00987-2014-PA/TC [Электронный ресурс]: Tribunal Constitucional URL: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00987-2014-AA.pdf> (дата обращения: 3.06.2021).

¹⁵⁹EXP № 04968-2014-PHC/TC [Электронный ресурс]: Tribunal Constitucional URL: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/04968-2014-HC.pdf> (дата обращения: 3.06.2021).

¹⁶⁰ Часть судебного решения, дословно как «попутно сказанное» суждение (*obiter dictum*), которая содержит ряд дополнительных, аргументов, необязательных и имеющих лишь дополняющий само решение характер.

¹⁶¹ Sentencia SU-1300 de 2001 precedente constitucional - fuerza vinculante/precedente constitucional – Conceptos [Электронный ресурс]: Tribunal Constitucional URL: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/SU1300-01.htm> (дата обращения: 3.06.2021).

¹⁶² Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-039/03 [Электронный ресурс]: Corte Constitucional de Colombia. URL: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-039-03.htm> (дата обращения: 2.06.2021).

¹⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional el caso Municipalidad de Lurín. Expediente № 0024-2003-AI/TC [Электронный ресурс]: Tribunal Constitucional URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html> (дата обращения: 3.06.2021).

достаточных для отступления от него оснований, которое сказывается на принятом решении¹⁶⁴. Более того, Суд в своей практике указывает, что подобные ошибки могут привести к нарушению основополагающего права на справедливое судебное разбирательство, поскольку в прецедентном решении содержатся правила, которые применялись в аналогичных случаях, и поэтому при его неприменении могут быть не оправданы законные ожидания лиц, чьи права были нарушены¹⁶⁵. Таким образом, в республике Колумбия существует система «мягкого» прецедента, которая с учетом широкого развития в практике с одной стороны предполагает обязательность следования прецеденту, и с другой стороны допускает отход от прецедента с учетом некоторых правил.

В республике Перу, несмотря на наличие нормативного регулирования прецедента, у КС республики Перу существует возможность не только отойти в своем решении от предыдущего прецедента, но и заменить старое прецедентное решение новым. В доктрине и практике КС республики Перу применяется известный в американской правовой системе метод «*overruling*»¹⁶⁶. В таких случаях Суд должен обосновать соображения, оправдывающие отступление от предыдущего прецедента, и необходимость создания нового¹⁶⁷. Зачастую КС отменяет уже существующие прецеденты, уточняя их содержание¹⁶⁸.

Таким образом, ввиду определенной специфики, в частности, дуализма латиноамериканской правовой системы, степень признания и порядок применения прецедента варьируется в зависимости от особенностей национального правопорядка. В латиноамериканской правовой системе прецедент формально считается обязательным для самих конституционных судов. Конституционные суды почти в каждом решении приводят не только ссылки на собственную предшествующую судебную практику, как это делают европейские суды, но и подробно объясняют применимость или неприменимость в конкретном случае прецедентного решения, что в Перу объясняется императивным требованием закона, а в республике Колумбия указаниями на то КС. Тем не менее, несмотря на признание обязательности прецедентов для самих конституционных судов, никоим образом не блокируется возможность их изменения или отхода суда от прецедента.

Библиографический список:

1. Кацарский, М. И. Характеристика механизмов защиты прав в соответствии с Конституционно-процессуальным кодексом Республики Перу / М. И. Кацарский // Журнал «Международное публичное и частное право». – 2014. – № 1. – С. 14–17.
2. Муругина, В. В. Прецедент как составляющая конвергенции правовых систем / В. В. Муругина // Российский судья. – 2014. – № 10. – С. 23–26.
3. Ключкова, Ю. А. Конвергентные правовые системы как результат современной глобализации / Ю. А. Ключкова // Государственная власть и местное самоуправление. – 2011. – № 4. – С. 6–10.
4. Белов, С. А. Обязанность следовать собственным прецедентам в практике конституционных судов Западной Европы / С. А. Белов // Журнал конституционного правосудия. – 2018. – № 5. – С. 19–25.
5. Рене, Д. Основные правовые системы современности / Д. Рене. перевод с французского В. А. Туманова. – М.: Прогресс. 1988. – 279 с.

¹⁶⁴ Corte Constitucional de Colombia Sentencia SU056/18 Ex. T-5.388.821 [Электронный ресурс]: Corte Constitucional de Colombia URL: <http://www.corteconstitucional.gov> (дата обращения: 3.06.2021).

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ *Overruling* представляет собой отмену прецедента, то есть аннулирование предыдущего решения в качестве прецедента или вынесение решения тем же судом или судом более высокой инстанции, который устанавливает другую правовую позицию по соответствующему вопросу.

¹⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional № 03908-2007-PA/TC [Электронный ресурс]: Tribunal Constitucional URL: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03908-2007-AA.pdf> (дата обращения: 1.06.2021).

¹⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional № 3940-2010-PA/TC Caso Gobierno Regional del Callao [Электронный ресурс]: Tribunal Constitucional URL: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/03940-2010-AA.html> (дата обращения: 2.06.2021).

6. Саидов, А. Х. Сравнительное правоведение и источники права / А. Х. Саидов // Вестник университета имени О.Е. Кутафина Вектор юридической науки. – 2016. – № 3. – С. 25– 38.
7. Bernal, C. El precedente en Colombia / C. Bernal // Revista Derecho del Estado. – 2008. – № 21. – P. 81–94.
8. Bernal, C. La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano / C. Bernal // Revista Precedente. – 2003. – P. 13–43.
9. Domingo, G. B. El precedente constitucional: extensión y límites / G. B. Domingo // Pensamiento Constitucional. – 2017. – № 22. – P. 83–107.
10. García, T. V. El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú. Análisis y Doctrina Comparada / T. V. García. - Adrus Editores. 2da Ed. 2014. – 82 p.
11. Contreras Calderón, J. A. El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho / J. A. Contreras Calderón // Revista Facultad de derecho y ciencias políticas. – 2011. – №. 115. – P. 331– 361.
12. Bardelli Lartirigoyen, J. B. El Nuevo Código Procesal Constitucional del Peru: una vision introspective / J. B. Bardelli Lartirigoyen // Anuario de derecho constitucional latinoamericano. – 2005. – P. 353–360.
13. Cortina, D. B. Sobre el precedente judicial y su obligatoriedad. Una revisión de la jurisprudencia reciente / D. B. Cortina // Revista de Derecho y Ciencias Sociales. – 2016. – № 10. – P. 111–127.
14. Sarmiento, J. P. Hacia la constitucionalización del precedente judicial en Colombia, ¿un esfuerzo por controlar a las fuentes del derecho? / J. P. Sarmiento // Opinión Jurídica. – 2012. – № 22. – P. 65-82.

ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

И. О. Вторушин

*Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
магистратура, направление «Юриспруденция», I курс*

*Научный руководитель: Е. В. Кудрявцева
д.ю.н., профессор кафедры гражданского процесса
Московского Государственного Университета им. М. В. Ломоносова*

НОВЕЛЛЫ ГРУППОВЫХ ИСКОВ В РОССИЙСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

Статья посвящена анализу законодательных новелл частных групповых исков в российском цивилистическом процессе, которые были приняты в 2019 году. Рассмотрение происходит сквозь призму сравнения совершенно нового регулирования института по правилам ГПК РФ и существующего уже более 10 лет регулирования по АПК РФ. При этом акцент делается на проблемных аспектах существующей модели групповых исках. Так, например, многие важные процедуры не были урегулированы в принципе (заключение мирового соглашения и определение субъектов обжалования решения), а отдельные моменты вызывают вопросы – почему дела по индивидуальным искам приостанавливаются? Приведенные в работе выводы помогут выявить пути развития института в России.

Ключевые слова: исковое производство, групповые иски, классовые иски, коллективные иски, групповое производство, представитель группы.

I. O. Vtorushin

NOVELTIES OF CLASS ACTIONS IN THE RUSSIAN CIVIL PROCEDURE

The article is devoted to the analysis of legislative novelties of private class actions in the Russian civilistic procedure, which were adopted in 2019. Consideration goes through the prism of comparison of the completely new regulation of the institute according to the rules of the Russian Code of Civil Procedure and the already existing more than 10 years the Russian Code of Commercial Procedure. The focus is on the problematic aspects of the existing class actions model. For example, many important procedures have not been settled in principle (the conclusion of a settlement agreement and the determination of the subject of the appeal), and some questions arise as to why are individual claims suspended? The conclusions of the work will help to identify ways of developing the Institute in Russia.

Key words: suit, class actions, group proceedings, group representative.

В российском цивилистическом процессе появление института частных групповых исков приходится на 2009 год, когда в Арбитражный процессуальный кодекс РФ (далее – АПК РФ) была введена глава 28.2, посвященная этому институту. Однако на практике механизм групповых исков в арбитражном процессе не получил распространения. В юридическом сообществе отмечали ряд проблем, в связи с которыми возможности для предъявления групповых исков были затруднительными. Среди ограничителей можно выделить, например, требование наличия единого правоотношения у всех членов группы, которое длительное время существовало в АПК РФ¹⁶⁹.

В 2019 г., спустя 10 лет после появления частных групповых исков в России, этот институт был урегулирован в Гражданском процессуальном кодексе РФ (далее – ГПК РФ). В целом юридическое сообщество неоднозначно восприняло новый для гражданского процесса институт¹⁷⁰. Одни отмечают, что данный механизм получит распространение как минимум в

¹⁶⁹ Забродин Д. М. Групповые иски в арбитражном процессе России: проблема единого правоотношения // Закон. 2013. № 12. С. 162.

¹⁷⁰ См.: Ярков В., Кудрявцева Е., Малешин Д., Туманов Д., Смола А., Володарский Д., Сутормин Н., Кондрашов И., Бирюков В., Бевзенко Р., Авилкин В., Фаст И., Молчанов А. Групповые иски в цивилистическом процессе России // Закон. 2019. № 8. С. 24–43.

потребительских спорах, другие утверждают, что российский правопорядок не готов к групповым искам из-за недостаточности процессуальных условий для их работоспособности.

В связи с тем, что групповые иски для гражданского процесса в России являются относительно новым явлением, а практика их предъявления пока только нарабатывается, существует ограниченное количество примеров реализации права на групповой иск¹⁷¹. Поэтому представляется целесообразным оценить возможности рассматриваемого механизма, а также предполагаемые недостатки, которые могут отразиться на практике его реализации.

При разработке модели групповых исков в гражданском процессе были учтены недостатки регулирования, проявившиеся по правилам АПК РФ. Так, например, среди требований к членам группы выделяется необходимость наличия «однородных или общих прав и законных интересов у членов группы лиц» (п. 2 ч. 1 ст. 244.20 ГПК РФ) вместо единого правоотношения, существовавшего ранее в АПК РФ. Стоит также отметить, что в АПК РФ данное положение было изменено и унифицировано с ГПК РФ.

Что касается количественного требования, предъявляемого к групповому иску, то в гражданском процессе необходимо присоединение к иску 20 участников группы. При этом в АПК РФ остался неизменным порог в 5 присоединившихся лиц, что скорее всего связано с немногочисленностью заявителей в экономических спорах. Это минимальное количество для принятия иска к производству, однако впоследствии (вплоть до судебных прений) к иску может присоединиться большее количество человек, если они будут соответствовать критериям, установленным для данного группового иска.

Новое регулирование предполагает процедуру «сертификации группы» в терминологии американской модели групповых исков. То есть определение соответствия группы лиц условиям предъявления группового иска. Для этого проводится предварительное судебное заседание (ч. 1 ст. 244.26 ГПК РФ). Однако эта процедура не получила детальной регламентации и остаются нераскрытыми дискреционные полномочия суда по определению границ группы, однородности условий и прав у членов группы. Поскольку в американском регулировании института на этапе сертификации группы наблюдается процесс исследования доказательств, которые могли бы подтвердить нахождение потенциальных членов группы в одинаковой юридико-фактической ситуации, суд оценивает установленные границы группы¹⁷².

Важная особенность российских групповых исков – отсутствие каких-либо ограничений в сфере их применения. Если обратиться к зарубежному опыту, то мы увидим, что страны континентальной правовой системы (Германия и Франция) используют этот механизм для заранее регламентированных сфер (например, только в потребительских спорах)¹⁷³. Стоит отметить, что ранее в ст. 225.11 АПК РФ законодателем были очерчены некоторые рамки возможного применения групповых исков: в корпоративных спорах и в спорах на рынке ценных бумаг. Однако этот перечень был открытым, из чего можно сделать вывод, что модель групповых исков в арбитражном процессе также изначально распространялась на все возможные категории дел. В 2019 г. положения рассматриваемой статьи утратили силу, в связи с чем была поставлена точка в вопросе о том, ограничен ли перечень категорий дел, по которым возможно предъявление группового иска.

Ещё одна интересная особенность модели групповых исков в гражданском процессе – возможность обращения с групповым иском лица, которое не является участником группы (ч. 4 ст. 244.20 ГПК РФ). Представляется, что такая возможность может привести к размытию частных, публичных и организационных групповых исков в том случае, если закон установит такую возможность для органов государственной власти, должностных лиц или общественных организаций.

Примечательным является то, что законодателем была определена для групповых исков исключительная подсудность по адресу ответчика (ч. 4 ст. 30 ГПК РФ). Это необходимо для того, чтобы предотвратить возможность дублирования исков. Однако здесь также прослеживается и

¹⁷¹ См., например: Первый в России коллективный иск потребителей передан в районный суд [Электронные ресурсы] // URL: <https://platforma-online.ru/media/detail/pervyy-v-rossii-kollektivnyy-isk-potrebiteley-peredan-v-rayonnyy-sud/> (дата обращения: 07.03.2021).

¹⁷² Долгачев В.В. Возбуждение и подготовка дел группового производства. М.: Статут, 2017. С. 93-100.

¹⁷³ См.: Кудрявцева Е. В. Вторушин И. О. Групповые иски в зарубежных странах: история и современность // Закон. 2021. № 2. С. 46–57.

ограничение доступа к правосудию, важным механизмом реализации которого и являются групповые иски, о чем говорилось в одной из релевантных рекомендаций Европейской комиссии¹⁷⁴. Именно этот фактор может стать серьезным ограничителем для активного распространения института в силу географических причин.

Не нашли должного регулирования также ряд важных вопросов. Среди них можно выделить порядок обжалования решения по групповому иску. Имеют ли право участники группы на подачу апелляционной жалобы? Исходя из положений ч. 3 ст. 320 ГПК РФ такое право есть, так как в деле был разрешен вопрос об их правах и обязанностях, их указывают в итоговом решении суда. Однако представляется, что было бы целесообразным выделить членов группы в качестве субъектов обжалования для внесения окончательной ясности. Вторым важным неурегулированным вопросом является порядок заключения мирового соглашения. Законодатель не закрепил отдельные положения относительно того, в каком порядке и кем оно может заключаться. Однако необходимо установить специальные правила проведения данных процедур с установлением того, какие права имеют члены группы и истцы-представители.

В п. 2 ч. 4 ст. 244.22 ГПК РФ предусмотрена возможность замены истца-представителя. Такое важное для движения дела решение может быть принято большинством членов группы лиц. Но сам механизм принятия решения или голосования законом не предусмотрен. В юридической литературе была высказана идея создания специальной институции – «собрания группы лиц» для арбитражного процесса¹⁷⁵. Однако эта идея вполне может быть применена и в гражданском процессе в том числе для решения вопроса о замене истца-представителя. Таким образом решится вопрос о процедуре принятия соответствующего решения, требующего непосредственного участия членов группы лиц.

Довольно спорной новеллой в правовом регулировании групповых исков является приостановление производства по делу индивидуальных исков по тем же требованиям в том случае, если сейчас на рассмотрении находится групповой иск. При этом такое приостановление происходит вплоть до вступления в законную силу решения суда по групповому иску (ч. 5,6 ст. 244.25 ГПК РФ). Более того, даже если индивидуальное требование было принято к рассмотрению до момента подачи группового иска, приостановление все равно происходит. Кажется, что с учетом срока рассмотрения дела по групповому иску, который только в первой инстанции может занимать до 8 месяцев, такое правило является блокирующим для доступа к правосудию по индивидуальным требованиям. Лицо ставится перед тяжелым выбором – ожидать вступления в силу решения суда по групповому иску или присоединиться к нему. Таким образом ограничивается право лица на рассмотрение дела в разумный срок, если оно решило выступать в суде самостоятельно.

Важно отметить, что на всех членов группы, согласно ч. 2 ст. 244.28 ГПК РФ распространяется принцип *res judicata*. При этом неважно то, присоединились данные лица к групповому иску или нет. Однако данный принцип имеет важную оговорку – если лицо оспаривает обстоятельства, разрешенные в деле по групповому иску, то они могут быть рассмотрены вновь.

Исходя из рассмотренных выше особенностей правового регулирования групповых исков в гражданском процессе видно, что институт получает постепенное развитие. Несмотря на то, что многие существующие пробелы может восполнить судебная практика, необходимо дальнейшее реформирование законодательных положений о групповых исках. Такое развитие поможет повысить доступ к правосудию в целом и возможности для предъявления групповых исков, в частности.

¹⁷⁴ Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law (2013/396/EU) // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0396&from=EN> (дата обращения: 07.03.2021).

¹⁷⁵ См.: Журбин Б. А. Собрание группы лиц как выражение принципа диспозитивности при рассмотрении арбитражными судами дел по групповым искам // Арбитражный и гражданский процесс. 2011. № 10. С. 22.

Библиографический список:

1. Долганичев, В. В. Возбуждение и подготовка дел группового производства / В. В. Долганичев. – М.: Статут. 2017.– 100 с.
2. Журбин, Б. А. Собрание группы лиц как выражение принципа диспозитивности при рассмотрении арбитражными судами дел по групповым искам / Б. А. Журбин // Арбитражный и гражданский процесс. – М.: Юрист. – 2011. – № 10. – С. 22– 25.
3. Забродин, Д. М. Групповые иски в арбитражном процессе России: проблема единого правоотношения / Д. М. Забродин // Закон. – 2013. – № 12. – С. 156–162.
4. Кудрявцева, Е. В. Вторушин, И. О. Групповые иски в зарубежных странах: история и современность / Е. В. Кудрявцева, И. О. Вторушин // Закон. – 2021. – № 2. – С. 46–57.
5. Ярков В., Кудрявцева Е., Малешин Д., Туманов Д., Смола А., Володарский Д., Сутормин Н., Кондрашов И., Бирюков В., Бевзенко Р., Авилкин В., Фаст И., Молчанов А. Групповые иски в цивилистическом процессе России // Закон. – 2019. – № 8. – С. 24–43.
6. Первый в России коллективный иск потребителей передан в районный суд [Электронные ресурсы] // LegalTech-проекты [сайт] – Режим доступа: <https://platforma-online.ru/media/detail/pervyy-v-rossii-kollektivnyy-isk-potrebiteley-peredan-vrayonnyy-sud/>.
7. Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law (2013/396/EU) // EUR-Lex [сайт] – Режим доступа: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0396&from=EN>.

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

Е. В. Александрова

*Уральский государственный юридический университет,
бакалавриат, Институт юстиции, III курс*

*Научный руководитель: Н. И. Дивеева
д.ю.н., профессор кафедры трудового и социального права
Санкт-Петербургского государственного университета*

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА ВРЕД, ПРИЧИНЁННЫЙ ПАЦИЕНТУ УМНЫМ МЕДИЦИНСКИМ УСТРОЙСТВОМ

Данная работа посвящена исследованию проблемы ответственности за вред, который может быть причинен сложным медицинским устройством. Проанализирована степень правового урегулирования проблемы, и в результате исследования выработано несколько вариантов ее решения, в том числе признание сложного устройства «электронным лицом», отнесение использования умных устройств к деятельности с повышенной опасностью и др.

Ключевые слова: умное устройство, гражданско-правовая ответственность, причинённый вред, медицинская организация, пациент.

E. V. Aleksandrova

CIVIL LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED TO A PATIENT BY A SMART MEDICAL DEVICE

This paper is devoted to a study of the problem of liability for harm that may be caused by a complex medical device. The degree of legal settlement of the problem has been analyzed, and as a result of the study several options have been worked out, including recognition of complex device by «electronic person», attribution of use of smart devices to activities with increased danger, etc.

Keywords: smart device, civil liability, injury, medical organization, patient.

Здоровье населения является зримым показателем социального благополучия, нормального экономического функционирования общества, важнейшей предпосылкой национальной безопасности страны¹⁷⁶, и именно поэтому в нашей стране этому вопросу уделяется повышенное внимание.

Помимо всего прочего выделяется проблема ответственности за некачественно предоставленные медицинские услуги. Существует определённый механизм, который помогает пациенту восстановить нарушенные права и получить компенсацию за причинённый медицинскими работниками вред, однако внедрение последних новинок в сферу практической медицины предполагает участие в лечении человека не только медицинского работника, но и сложного оборудования, от корректности работы которого так же зависит здоровье и жизнь человека. Примером таких технологий могут стать роботизированная система da Vinci, которая помогает проводить хирургам сложнейшие операции, не прикасаясь к пациенту, система искусственного интеллекта Watson, позволяющая максимально быстро диагностировать заболевание и составить план лечения, а также ряд других технологий.

Возможна ли такая ситуация, когда при оказании высокотехнологичной медицинской помощи умное устройство даст сбой и причинит вред пациенту?

Умные медицинские устройства представляют собой сложные технологии, включающие электронику и робототехнику, разработанные на основе достижений медицинской науки и смежных отраслей науки и техники, позволяющие оказывать медицинские услуги с минимальным вмешательством человека.

¹⁷⁶ О федеральной целевой программе «Медицина высоких технологий» [Электронный ресурс]: постановление правительства РФ от 25 ноября 1998 г. №1391 (ред. от 24.08.2002) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1998. № 48. Ст. 5944. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Разработчики подобных изделий обращают внимание на то, что количество ошибок в коде сложного программного обеспечения может достигать до 10% дефектного кода, а само их наличие неизбежно¹⁷⁷, и это означает неизбежность причинения вреда. Известны случаи, когда система Watson (используется в различных крупных клиниках и медицинских центрах) давала неправильные рекомендации, которые могли повлечь неблагоприятные последствия для здоровья пациентов. Тем не менее, внедрение таких технологий необходимо, что отмечается самим государством¹⁷⁸.

Кто несёт ответственность за причинение вреда, и кем будет возмещаться ущерб?

Напрямую данный вопрос не урегулирован нормами национального права, однако отчасти он затронут в резолюции Европейского парламента от 16.02.2017. Основным вопросом данного документа является гражданско-правовая ответственность за вред, причинённый роботами. Рассматриваются две модели: ответственность независимо от вины и риск-ориентированный подход, при котором ответственным считается тот, кто был способен минимизировать риски или предотвратить негативные последствия¹⁷⁹.

Представляется возможным рассмотреть и другие варианты решения проблемы:

1. Полное освобождение кого-либо от ответственности вследствие признания действий умной машины непреодолимой силой. Согласно п. 3 ст. 401 Гражданского кодекса непреодолимая сила — это чрезвычайные и непредотвратимые обстоятельства. Верховный суд разъясняет, что под чрезвычайностью понимается исключительность рассматриваемого обстоятельства, наступление которого не является обычным в конкретных условиях¹⁸⁰. Будет ли считаться, что сбой в умном устройстве — это не обычное явление, а исключительное, сказать сложно. С одной стороны, такие случаи при должной заботливости и осмотрительности разработчика программного обеспечения сведены к минимуму, но с другой — мы достоверно знаем, что такие сбои неизбежны. Что касается непредотвратимости обстоятельств, то здесь необходимо учитывать степень автономности устройства. Если такое устройство действует безо всякого вмешательства человека, самостоятельно, то вероятней всего предугадать появление сбоя, которым будет причинен вред, окажется невозможно, но, если устройство управляемо в достаточной степени, то есть механизмом человек руководит либо каким бы то ни было образом корректирует его, тогда мы с меньшей вероятностью можем сказать, что такое обстоятельство было непредотвратимым. Данный подход крайне спорный, кроме того имеет массу недостатков. Одним из ключевых является невозможность для пациента получить справедливую компенсацию за причинённый вред.

2. Наступление ответственности в зависимости от того, кто виновное лицо. Если чётко установить, кто и в каком случае является виновным лицом, то гораздо легче определить, кто несёт ответственность. Например, если вред будет причинен из-за дефектов конструкции устройства, то такую ответственность возьмёт на себя производитель, если причиной является компьютерный сбой, то разработчик программного обеспечения.

Вред в данном случае должен быть возмещён соответственно юридическим лицом, представляющим разработчика программного обеспечения, конструктора или иное лицо, которое было виновно в поломке или сбое.

Такой подход, с одной стороны, кажется справедливым, поскольку отвечает тот, кто совершил ошибку, но с другой стороны, процедура установления виновного лица, возмещения вреда может

177 Steven McConne. Code Complete. // A Practical Handbook of Software Construction, Second Edition. Hoboken: Microsoft Press, 2004. С. 652. Цит. по: Шерстобитов А. И. Ответственность в случае причинения вреда «умными» медицинскими изделиями // Закон и право. 2020. №1. С. 56.

178 О Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период 2020 года [Электронный ресурс]: Распоряжение Правительства РФ от 17 ноября 2008 г. № 1662-р (ред. от 28.09.2018) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2008. № 47. Ст. 5489. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

179 Civil Law Rules on Robotics European Parliament resolution of 16.02.2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103 (INL)). Цит по: Гаджиев Г. А., Войниканис Е. А. Может ли робот быть субъектом права (поиск правовых норм для регулирования цифровой экономики)? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 4. С. 27.

180 О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств [Электронный ресурс]: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 (ред. от 07.02.2017) // Рос. газета. 2016. № 70. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

затянуться на очень продолжительное время, что несомненно является недостатком данного подхода.

3. Отнести использование умных устройств к деятельности с повышенной опасностью и возложить ответственность на владельца такого устройства. Для этого умное устройство необходимо признать источником повышенной опасности. Верховный суд разъяснил, что источником повышенной опасности является любая деятельность, осуществление которой создает повышенную вероятность причинения вреда из-за невозможности полного контроля за ней со стороны человека. Кроме того, в Постановлении Пленума отмечается, что перечень не исчерпывающий, а это значит, что мы можем признать применение умных устройств как деятельность с повышенной опасностью. Такой подход облегчит работу судам, но может негативно повлиять на внедрение высоких технологий в медицину, поскольку это дополнительная ответственность, которая ложится на медицинского работника и организацию.

4. Признание умного устройства «электронным лицом», наделение его правосубъектностью и, соответственно, возложение ответственности на такое лицо. В ранее упомянутой резолюции Европарламента высказана идея о том, что в долгосрочной перспективе для наиболее сложных автономных роботов целесообразно предусмотреть специальный правовой статус «электронных лиц»¹⁸¹. Однако, что касается ответственности и возмещения вреда, то возникает множество сложных вопросов. Начиная с вопроса о том, каким образом электронное лицо будет возмещать вред, не имея дохода и заканчивая тем, что за электронным лицом всегда стоит человек, который его разрабатывает, обучает, направляет. Ясно то, что на современном этапе развития должно нести ответственность и возмещать вред или физическое, или юридическое лицо. Кроме того, такой подход затрагивает только сложные автономные системы, не учитывая более простые, но приносящие не меньший вред.

В литературе выделяется ряд других подходов, среди которых: ограниченная безвиновная ответственность, при которой признание ответственности происходит за третьим лицом (производитель, к примеру), считающимся невиновным в происшествии при соблюдении определённых условий; полная безвиновная ответственность, предполагающая, что какое-то конкретное лицо по умолчанию отвечает за сбои и поломки умного устройства и выделяется смешанный режим ответственности, при котором применяется одновременно несколько подходов в зависимости от конкретных обстоятельств дела.

На сегодняшний день законодатель может оставить регулирование потенциальной проблемы ответственности в неизменном виде и только когда проявится острая необходимость в правовом регулировании (увеличение числа исков, появление более сложных автономных устройств и т. д.), выбрать один из возможных подходов. Очевидным остается то, что оказание медицинской помощи с использованием высокотехнологичных сложных устройств это наше будущее, которое потребует пересмотра существующих положений в законодательстве.

Библиографический список:

1. Гаджиев Г. А., Войниканис Е. А. Может ли робот быть субъектом права (поиск правовых норм для регулирования цифровой экономики)? / Г. А. Гаджиев, Е. А. Войниканис // Право: Журнал Высшей школы экономики. – 2018. – № 4. – С. 24–48.
2. Шерстобитов, А. И. Ответственность в случае причинения вреда «умными» медицинскими изделиями / А. И. Шерстобитов // Закон и право. – 2020. – №1. – С. 56–57.

181 Civil Law Rules on Robotics European Parliament resolution of 16.02.2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103 (INL)). // EP reference number: P8_TA (2017)005. Цит. по: Гаджиев Г. А., Войниканис Е. А. Может ли робот быть субъектом права (поиск правовых норм для регулирования цифровой экономики)? // Право. Журнал Высшей школы экономики . 2018. № 4. С. 27.

ОБУСЛОВЛЕННЫЙ СРОК ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА: ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ

В данной статье рассматриваются теоретические аспекты возможности включения в договор потестативных условий, а также анализ российской судебной практики по данному вопросу. Исследование проводится через призму реформы общей части обязательственного права, в частности, приводится обзор поступательного развития практики в сторону допустимости включения потестативных условий, а также выделяются проблемы, с которыми практика сталкивается в настоящий момент.

Ключевые слова: условие, потестативные условия, срок исполнения обязательства, свобода договора, синаллагматический договор.

S. Yu. Berezovskaya

CONDITIONAL TERM OF PERFORMANCE: PROBLEMS AND PERSPECTIVES

This article focuses on the theoretical aspects of including potestative conditions into a contract, as well as on the analysis of Russian court practice regarding this issue. The study is conducted through the prism of the general part of the law of obligations reform. The overview of progressive development of practice towards the potestative conditions permissibility is given. The highlights of the current practical problems are given as well.

Key words: conditional, potestative condition, term of performance, freedom of contract, synallagmatic contract.

Как доктрина, так и судебная практика долгое время весьма настороженно относились к условиям, которые по большей части или даже полностью зависят от воли стороны. Определенно, основания для таких опасений, особенно в части чисто потестативных условий (зависящих исключительно от воли лица), имеются: чрезмерная дискреция одной из сторон может вносить существенный дисбаланс в договорные отношения, а также нарушать разумные ожидания, ведь, как в большинстве признается в доктрине, стороны оказываются юридически связаны еще до наступления условия¹⁸². Эта связанность может быть обременительна для стороны, если условие зависит исключительно от воли контрагента: сугубо субъективное желание или нежелание одного из лиц разрешить условие может вести к вовсе бесконечному ожиданию. Тем не менее, полное неприятие потестативных условий также чревато негативными последствиями, ведь с догматической точки зрения запрет на условие, полностью зависящее от воли стороны, вел бы к невозможности заключения, например, опционных договоров, пользующихся чрезвычайной популярностью на рынке.

Одной из наиболее спорных представляется та мыслимая ситуация, когда под условие поставлено отдельное предоставление. С одной стороны, в данном случае одинаково неприемлемы как случайные, так и потестативные условия – в равной степени опасно ставить исполнение встречного обязательства по договору под то условие, что контрагент захочет оплатить совершенную работу, или что пойдет дождь, или же что у юридического лица сменится директор. Любое из этих условий – чисто потестативное, случайное, смешанное – может нарушить принцип встречности предоставлений, что, например, позволяет А.В. Егорову сделать вывод о том, что «под условие можно ставить только сделку в целом, но не встречные предоставления

¹⁸² Гудков Д. В. Проблема квалификации отношений сторон до разрешения отлагательного условия // Вестник гражданского права. 2015. № 3. С. 7.

сторон по ней, поскольку в противном случае ставится под угрозу синаллагматический характер обязательств по взаимному и возмездному договору»¹⁸³.

В то же время, требования сохранения гибкости при структурировании договорных отношений могут привести к обратному выводу. А.Г. Карапетов, в частности, указывает, что разрыв синаллагмы в силу принципа свободы договора допустим, если, например, речь идет о договоре между физическими лицами, и у одного из них есть намерение одарить, или же о специфическом способе перераспределения рисков между коммерсантами¹⁸⁴. В том числе, это указывается им как возможное разрешение указанной выше проблемы «вечного ожидания»: стороны могут предусмотреть срок, по истечению которого, если условие не наступило, стороны обращаются не к фикции признания условия наступившим, а к трансформации договора в несиналлагматический, при котором встречное обязательство просто отпадает¹⁸⁵. Следуя данной логике, действительно, нет оснований не допускать сторонам обуславливать отдельные предоставления, однако должное внимание должно придаваться ex post контролю: такие условия не должны приводить к злоупотреблениям при неравенстве переговорных позиций. Кроме того, нельзя игнорировать немаловажную презумпцию возмездности договоров в российском гражданском праве.

На практике данная проблема получает проявление в возможности обусловить начало течения срока исполнения обязательства. До реформы обязательственного права господствовала позиция, что основополагающей характеристикой срока является неизбежность его наступления. При этом зачастую суды исходили из довольно определенного толкования ст. 190 ГК РФ. Данная статья предусматривает, что срок «может определяться также указанием на событие, которое должно неизбежно наступить», из чего суды делали вывод, что если срок содержит какое-либо указание на событие, которое может теоретически не наступить, то такое условие договора противоречит ст. 190 ГК РФ, а значит, условие о сроке считается несогласованным.

Негативное отношение к обусловленным срокам зачастую приводило к не вполне обоснованным решениям. В одном из дел¹⁸⁶ суд пришел к выводу о незаключенности договора подряда ввиду отсутствия согласования существенного условия – срока. Сторонами в договоре было указано, что сроком начала работ является дата передачи оборудования, срок выполнения одного из этапов исчисляется с момента перечисления аванса. Суд же сослался на то, что «условия договора об определении начального срока выполнения работ не соответствуют требованиям статьи 190 ГК РФ, так как указывают на события, зависящие от воли стороны...которые не обладают признаком неизбежности наступления». Практическая обоснованность такого вывода весьма спорна, в особенности с учетом того, что стороны договора являлись профессиональными участниками оборота и, скорее всего, имели определенные экономические обоснования для закрепления срока в такой форме. Кроме того, принимая решение о незаключенности договора и отказывая во взыскании убытков по договору, суд без веских на то оснований игнорировал как интересы стабильности оборота, так и фактически сложившиеся между сторонами договорные отношения.

В другом деле¹⁸⁷ суд посчитал, что срок, определенный в предварительном договоре для заключения основного договора, не согласован, а значит, к отношениям сторон должен применяться общий срок – один год с момента заключения договора. Фактически же в договоре стороны предусмотрели, что срок исчисляется 10 рабочими днями с момента получения уведомления арендодателя о получении свидетельства о государственной регистрации права собственности, однако суд счел, что «договор содержит указание на событие, которое может не наступить, поскольку зависит, в том числе, от воли одной из сторон сделки, что не соответствует ст. 190 ГК РФ». Такое решение суда по большей части игнорирует волю сторон при заключении договора, а также нарушает принцип приоритета индивидуально-согласованных условий при

¹⁸³ Егоров А. В., Усманова Е. Р. Залог и титульное обеспечение: теоретико-практическое сравнение конструкций // Вестник гражданского права. 2014. № 4. С. 60.

¹⁸⁴ Карапетов А. Г. Условные права и обязанности: обзор проблемных вопросов применения ст. 157 и 327 ГК РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 6. С. 102-103.

¹⁸⁵ Там же.

¹⁸⁶ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 14.10.2010 по делу № А46-758/2010. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

¹⁸⁷ Постановление ФАС Московского округа от 25.11.2011 по делу № А40-18165/11-127-158. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

толковании договора¹⁸⁸. Кроме того, в итоге стороне был навязан договор, который она, соблюдая условия предварительного договора, не стала бы заключать.

Реформа обязательственного права 2015 года внесла существенные коррективы в сложившуюся практику. Хотя реформой и не вносились изменения в ст. 190 ГК РФ, была введена ст. 327.1 ГК РФ, которая предусматривает право сторон обусловить исполнение обязанности или осуществление, изменение или прекращение прав по договору, причем условием может выступать определенное действие одной из сторон или обстоятельство, полностью зависящее от ее воли. Также был изменен п. 1 ст. 314 ГК РФ: появилось указание на то, что период исполнения обязательства может исчисляться «с момента исполнения обязанностей другой стороной или наступлением иных обстоятельств, предусмотренных законом или договором». Важнейшим также стало разъяснение Верховного Суда РФ в Обзоре 2017 года №2¹⁸⁹ в отношении договора субподряда, так как именно в договорах подряда и субподряда рассматриваемая проблема встает особенно остро. В обзоре было отмечено, что «само по себе не противоречит указанным нормам (314, 327.1, 190, 746) условие договора субподряда о том, что срок оплаты выполненных субподрядчиком строительных работ исчисляется с момента сдачи генеральным подрядчиком результата этих работ заказчику по договору или с момента получения генеральным подрядчиком оплаты от заказчика».

Последующая судебная практика, основываясь на перечисленных нововведениях, сменила курс, начав признавать сроки, зависящие от условий, в том числе потестативных. Тем не менее, довольно часто этот курс принимается только после кассационного обжалования, в то время как в практике судов первой и апелляционной инстанции встречаются обратные решения.

Так, в одном из дел уже 2018 года¹⁹⁰ апелляционный суд, сославшись на необходимые в определенных случаях ограничения свободы договора, а также на неизбежность наступления как обязательный признак срока, игнорировал согласованный срок оплаты работ, который согласно договору, исчислялся с момента получения средств от генерального заказчика, и пришел к выводу о просрочке исполнения требования по оплате работ. Данное постановление было впоследствии отменено¹⁹¹. Кассационный суд, в частности, указал на то, что исчисление срока оплаты с момента получения оплаты от третьего лица не противоречит нормам ГК РФ, а также, что «при заключении Договора Общество могло и должно было оценить все риски, связанные с исполнением обязательств по Контракту, в том числе и условие о том, что оплата осуществляется после получения денежных средств от генерального заказчика». Аналогичным образом было отменено другое решение¹⁹², в котором суд счел привязку срока выплаты гарантийного удержания к моменту сдачи объекта в эксплуатацию несоответствующей нормам ГК РФ, т.к. данное условие зависит в том числе от третьих лиц, не участвующих в обязательстве. Кассационный суд указал, что сама по себе такая формулировка срока закону не противоречит¹⁹³.

Таким образом, реформа обязательственного права, а также соответствующие разъяснения Верховного Суда создали почву для признания правомерными сроков, наступление которых может зависеть как от воли стороны сделки, так и даже частично от сторонних для данного обязательства лиц. Определенно, это благоприятствует реальному проявлению принципа свободы договора, невмешательства в частную автономию лиц, однако встречным образом порождает иные опасные последствия, о которых уже было упомянуто выше. В представленных делах вполне допустимы случаи, когда соответствующее событие не наступит, по меньшей мере в разумный срок, и в итоге добросовестная сторона рискует вовсе лишиться встречного предоставления. Едва ли оправдано возлагать на лицо такие риски исходя только из той предпосылки, что стороны «должна была знать, на что идет». Приемлемым вариантом, имея в виду презумпцию

¹⁸⁸ Фетисова Е. М. Принципы толкования гражданско-правовых договоров // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2013. № 8. С. 30.

¹⁸⁹ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (2017), вопрос 2. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

¹⁹⁰ Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 20.03.2018 по делу № А56-75444/2017. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

¹⁹¹ Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 20.07.2018 по делу № А56-75444/2017. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

¹⁹² Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 09.02.2017 по делу № А40-142160/16. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

¹⁹³ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 04.08.2017 по делу № А40-142160/2016. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

возмездности договоров и соответствующим им синаллагматический характер, стала бы фиксация, наряду с обусловленным сроком, некоего объективного разумного срока, по истечении которого, даже если условие так и не наступило, кредитор впадает в просрочку.

Следует отметить, что в судебной практике встречается подход, ограничивающий последствия включения обусловленного срока. В одном из дел¹⁹⁴ стороны предусмотрели в договоре поставки, что оплата производится при условии получения заказчиком денежных средств от государственного заказчика. Суд указал, что такого рода потестативные условия в договоре допустимы, они являются способом реализации фундаментального принципа свободы договора, который может быть ограничен лишь «в пользу равновесных или более значимых ценностей». Право на получение оплаты, как видно, было признано такой ценностью, исходя из чего суд вывел наличие у кредитора обязанностей предпринимать разумные меры, направленные на наступление условия, в данном случае на получение финансирования, так как «иное толкование ставило бы истца в зависимость исключительно от поведения третьего лица, с которым он обязательственных правоотношений не имеет». Указав на то, что данная обязанность исполнена покупателем не была, суд сделал вывод о его недобросовестности и применил фикцию наступления условия, удовлетворив требование поставщика об оплате, несмотря на то что фактически предусмотренное в договоре условие не наступило.

Впоследствии Верховный Суд РФ сформировал единообразный подход к потестативным условиям, указав в своем обзоре, что условие о наступлении срока встречного предоставления с момента обстоятельства, относительно которого неизвестно наступит оно или нет, является действительными, при этом указанный момент считается наступившим по истечении разумного срока¹⁹⁵. Претензии к этой позиции могут возникать с точки зрения весьма размытого термина «разумный» срок, возможные границы которого не вполне ясны. В одном из дел фактически таковым был признан срок, достигающий около полутора лет, при том, что договором было предусмотрено, что сторона получает оплату «в течение 5 рабочих дней с даты получения денежных средств от плательщика». Суд указал, что с учётом недобросовестности ответчика и того, что оплата не производилась «в столь длительный срок», срок исполнения следует считать наступившим, причем началом периода просрочки был признан момент подписания акта сдачи-приемки работ¹⁹⁶. При такой логике, как видно, разумным сроком мог быть признан и, например, один месяц. Тем не менее, никакой подробной аргументации с точки зрения определения границ «разумности» судом представлено не было, как и в большинстве прочих дел (максимум, на что может сослаться суд, это «разумные ожидания сторон»¹⁹⁷).

Так или иначе, «разумность» целесообразно устанавливать в каждом конкретном случае с учетом всех обстоятельств дела. Это является достаточно гибким и отвечающим интересам сторон механизмом, который в руках квалифицированного и профессионального правоприменителя не должен влечь правовой неопределенности или произвола. В этом смысле видится необходимым подробное исследование соответствующего вопроса с приведением исчерпывающей аргументации относительно того, действительно ли истек разумный срок. Справится ли с данной задачей российский суд, еще предстоит узнать с течением времени.

В общем и целом, представляется, что именно актуальная позиция Верховного Суда РФ является наиболее удачной, так как она позволяет поддержать необходимый баланс: с одной стороны, потестативные условия и обусловленные сроки получают необходимое признание, и в то же время не возникает противоречия между встречными предоставлениями и не разрушается синаллагма договора.

¹⁹⁴ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 07.10.2019 по делу № А46-968/2019. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

¹⁹⁵ Пункт 27 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (2020) (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 22.07.2020). Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

¹⁹⁶ Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.02.2021 по делу № А55-15153/2020. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

¹⁹⁷ Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 15.03.2021 по делу № А32-29389/2020.

Библиографический список:

1. Гудков, Д. В. Проблема квалификации отношений сторон до разрешения отлагательного условия / Д. В. Гудков // Вестник гражданского права. – 2015. – № 3. – С. 7–56.
2. Егоров, А. В., Усманова, Е. Р. Залог и титульное обеспечение: теоретико-практическое сравнение конструкций / А. В. Егоров, Е. Р. Усманова // Вестник гражданского права. – 2014. – № 4. – С. 56–127.
3. Карапетов, А. Г. Условные права и обязанности: обзор проблемных вопросов применения ст. 157 и 327 ГК РФ / А. Г. Карапетов // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. – 2017. – № 6. – С. 71–128.
4. Фетисова, Е. М. Принципы толкования гражданско-правовых договоров / Е. М. Фетисова // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2013. – № 8. – С. 16–45.

В. Р. Бурико

*Балтийский Федеральный университет им. И. Канта
бакалавриат, III курс*

*Научный руководитель: Д. В. Лоренц
к.ю.н., доцент-исследователь кафедры гражданского права и процесса
Балтийского Федерального университета им. И. Канта*

НАСЛЕДСТВЕННЫЙ ДОГОВОР: НОВЕЛЛА РОССИЙСКОГО ПРАВА СКВОЗЬ ПРИЗМУ ЗАРУБЕЖНОГО ОПЫТА

Предметом исследования статьи являются общественные отношения, возникающие при переходе материальных и нематериальных благ умершего лица другим лицам в порядке наследования по договору с целью выявления юридической природы и правовой сущности института наследственного договора. Отечественная модель наследственного договора представляется незавершенной ввиду слабой защиты интересов наследников на случай одностороннего отказа. С учетом немецкого, латвийского, австрийского и венгерского опыта предлагается рецепция.

Ключевые слова: наследство, наследодатель, наследник, наследственный договор, брачный пакт.

V. R. Buriko

THE HEREDITARY CONTRACT: NOVELLA OF RUSSIAN LAW THROUGH THE PRISM OF FOREIGN EXPERIENCE

The subject of the article is social relations arising in connection with the transfer of material and immaterial benefits of a deceased person to other persons in the order of inheritance under a contract in order to identify the legal nature and legal essence of the new institution of inheritance contract for Russian law. The domestic model of the inheritance contract is incomplete due to the weak protection of the interests of the heirs in the event of unilateral refusal. Taking into account the German, Latvian, Austrian and Hungarian experience, borrowing is proposed.

Key words: inheritance, testator, heir, inheritance contract, marriage pact.

Современное отечественное гражданское право постоянно находится в процессе реформирования: имплементируются новые юридические конструкции, активно исследуются и реципируются неизвестные ранее для национального правопорядка правовые институты, происходит заимствование зарубежного опыта. Примером таких изменений в законодательстве РФ может послужить появление норм о наследственном договоре.

Генезис юридической конструкции наследственного договора. В отличие от большинства гражданско-правовых конструкций модель наследственного договора не происходит из римского права, в котором любые договоры, ограничивающие свободу наследодателя, признавались недействительными. Однако Римский закон допускал дарение на случай смерти, который не являлся обязательным для наследодателя, и он мог расторгнуть его до того, как откроется

наследство¹⁹⁸. Античные римские юристы отказывались от регулирования наследственного правопреемства методом соглашения, т.к. они рассматривали ограничение завещательной свободы договором в качестве безнравственной зависимости личной свободы наследодателя¹⁹⁹.

Многим странам романской правовой семьи (Франция, Испания, Италия, Португалия и другие) наследственные договоры до сих пор неизвестны или их считают аморальными, за исключением некоторых семейных пактов²⁰⁰.

Тем не менее, в современных правовых системах германско-правовой ветви законодатель предусмотрел допустимость договора о наследовании.

Первоначально der Erbvertrag (нем.) возник в Германии, а позже основные свойства договора о наследовании, получившие правовую регламентацию в Германском гражданском уложении (далее – BGB)²⁰¹, распространились в правовых системах ряда европейских, африканских и латиноамериканских стран²⁰².

Юридическая природа наследственного договора. С 01.06.2019 г. в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее – ГК РФ) действуют нормы ст. 1140.1, предусматривающие новый правовой инструмент планирования распределения наследства: по договору. Наследодатель вправе заключить с любым из лиц, которые могут призываться к наследованию (ст. 1116 ГК РФ), договор, условия которого определяют круг наследников и порядок перехода прав на имущество наследодателя после его смерти к пережившим наследодателя сторонам договора или к пережившим третьим лицам, которые могут призываться к наследованию (наследственный договор).

Анализ юридической природы наследственного договора позволяет судить о том, что он соединяет в себе элементы различных сделок, при этом имеет и свою специфику, иначе его закрепление в ГК РФ было бы поставлено под сомнение.

В отличие от завещания наследственный договор является двусторонней сделкой, а, значит, планирование наследования представляет собой процесс согласования с наследниками и третьими лицами условий передачи имущества на случай смерти. В соответствии с п. 1 ст. 1118 ГК РФ правила о завещании могут применяться к наследственному договору, если иное не вытекает из существа данного договора, но при этом ничего не сказано о возможности прямого распространения на такое соглашение общих норм обязательственного права, что делает уязвимой юридическую природу наследственного договора.

Тем более, ничем безусловное право наследодателя в любое время отказаться от договора (п. 10 ст. 1140.1 ГК РФ) и высокие риски второй стороны (наличие обязательных наследников, кредиторов, ранняя смерть наследника) позволило российским учёным-цивилистам рассмотреть в наследственном договоре характер завещания, но с оговоркой о возмещении убытков на случай отмены²⁰³.

В отличие от ренты, где право собственности переходит к плательщику ренты уже при жизни отчуждателя недвижимости, правовой эффект наследственного договора достигается не сразу, а только после смерти лица, выступающего в роли завещателя по договору, что усиливает дисциплину приобретателя и гарантирует интересы собственника²⁰⁴.

Таким образом, наследственный договор отражает некоторые элементы известных соглашений, но, имея значительные отличия, может стать альтернативой завещанию.

В зарубежном праве также отмечают уникальность конструкции наследственного договора.

¹⁹⁸ И. Б. Новицкий Основы римского гражданского права / М.: «Зерцало», 2007. С. 185-188.

¹⁹⁹ Lange K. W. *Erbrecht*. 2. Auflage. München: C.H. Beck, 2017. 122 s.; Лоренц Д. В. Наследственный договор: подходы континентального права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 2. С. 105–129.

²⁰⁰ Schmoeckel M. *Erbrecht*. 5. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2019. S. 314; Süß R. *Erbrecht in Europa*. 3. Aufl. Bonn: Zerber, 2015. 1526 s.

²⁰¹ §§ 2274 – 2302 Bürgerliches Gesetzbuch, BGB [Электронный ресурс]: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (дата обращения: 11.12.2019).

²⁰² Блинков О. Е. О допустимости коллективных завещаний в российском гражданском праве // Вестник Тверского Государственного Университета. Серия: Право. 2014. № 1. С. 14.

²⁰³ Наследственное право: постатейный комментарий к статьям 1110–1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. Е.Ю. Петров. М.: М-Логос, 2018. С. 606–607.

²⁰⁴ Бушлякова Д. В. К вопросу о проблемах применения наследственного договора в Российской Федерации // Евразийская адвокатура. 2015. № 4 (17). С. 50–52.

Так, в Германии под наследственным договором понимается двустороннее завещательное распоряжение на случай смерти, сделанное в отношении назначения наследников, завещательных отказов и возложений²⁰⁵. Кроме этого, предмет договора о наследовании образует выбор применимого к наследованию права²⁰⁶.

Анализируя юридическую природу наследственного договора в праве Германии, можно выделить его двойственную природу, что проявляется в наличии признаков как завещательного распоряжения на случай смерти, так и гражданско-правового договора. Именно договорный элемент стал неким детерминантом развития свободы завещания в немецком праве, что привело к возникновению и становлению института наследственного договора как особой конструкции распоряжения на случай смерти²⁰⁷.

Неудивительно, что немецкие цивилисты относят договор о наследовании к договору *sui generis*²⁰⁸, т.е. он образует уникальную сущность.

Договор о наследовании является договором, потому что партнер по соглашению принимает предложение наследодателя о посмертных распоряжениях, и тем самым достигается их обязательная сила. В этом плане договор о наследовании имеет двойственную природу: одновременно является и распоряжением на случай смерти, и договором²⁰⁹.

В ФРГ распоряжения наследодателя в тексте договора за пределами предмета договора о наследовании могут иметь только односторонний характер, их допустимо включать в договор в любое время без акцепта контрагентом (§ 2299 BGB). Согласно § 2253 BGB они могут быть в любое время отменены или изменены. Таковыми распоряжениями могут быть: лишение наследства (§ 1938 BGB); порядок исполнения завещания (§ 2197 BGB) и другие²¹⁰.

В России в ст. 1140.1 ГК РФ отсутствует замкнутый перечень распоряжений наследодателя, образующих предмет наследственного договора, поэтому в судебной практике будут возникать споры о юридической природе различных условий такого соглашения, и в целом из закона очевидным образом не следует допустимость односторонних распоряжений в тексте самого договора, которые напрямую не связаны с назначением наследников.

В Австрии наследственный договор – разновидность брачного пакта, который заключается только между супругами, партнерами (§ 1217 Общего гражданского уложения Австрийской Республики; далее – ABGB)²¹¹.

В Латвийской Республике под наследственным договором понимается предоставление одним контрагентом другому или несколькими контрагентами друг другу права на будущее после них наследство или его часть (§ 639 Гражданского закона Латвийской Республики; далее – ГЗ ЛР)²¹².

Участники соглашения о наследовании. В соответствии с ГК РФ участниками наследственного договора могут являться наследодатель (совместные наследодатели), наследники (в том числе и nascитурусы) и третьи лица. Заклучая такой договор, наследники заранее знают, кому и в какой части перейдет имущество, а также могут соглашаться на совершение после заключения договора или после смерти наследодателя каких-либо действий имущественного или неимущественного характера.

На наследственный договор распространяются положения ГК РФ о выделении обязательной доли, ввиду чего положение обязательного наследника не зависит от способа выражения будущим наследодателем последней воли. В связи с этим возникает вопрос об ущемлении прав наследника

²⁰⁵ Путинцева Е. П. Распоряжения на случай смерти по законодательству Российской Федерации и Федеративной Республики Германия / Изд. Статут, 2016. С. 160.

²⁰⁶ §§ 1941 I, 2278 II Bürgerliches Gesetzbuch, BGB [Электронный ресурс]: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (дата обращения: 11.12.2019).

²⁰⁷ Блинков О. Е. Наследственный договор как основание наследования в законодательстве стран дальнего и ближнего зарубежья // Наследственное право. 2006. № 2. С. 56–60.

²⁰⁸ Gursky K.-H., Lettmaier S. *Erbrecht*. 7. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2018. 77 s.

²⁰⁹ Frank R., Helms T. *Erbrecht*. 7. Auflage. München: C.H. Beck, 2018. S. 164–165; Лоренц Д.В. К вопросу о возмездности наследственного договора для целей виндикации // Журнал российского права. 2020. № 3. С. 69–80.

²¹⁰ Scherer S. *Münchener Anwalts-Handbuch Erbrecht*. 5. Auflage. München, 2018. 2412 s.

²¹¹ Общее гражданское уложение Австрийской Республики / Пер. с нем.; под ред. Л. Шарингера и Л. Шпехта. М.: Статут, 2013. 584 с.

²¹² Свиб А. В. Гражданский закон Латвии 1937 года: Обзорная статья / Науч. ред. и пред. Н. Э. Лившиц. СПб., 2001. С. 7–20.

по договору, т.к. ему может быть предписано исполнение обязанностей, причем как имущественных, так и неимущественных, что потребует соответствующих расходов.

В ГК РФ справедливо предусматривается уменьшение обязанностей наследника по договору пропорционально уменьшению части наследства, причитающейся ему после удовлетворения права на обязательную долю в наследстве (абз. 2 п. 6 ст. 1140.1), но такой подход вызывает ряд противоречий. Наследник рассчитывал, например, на получение загородного дома с земельным участком целиком, а в связи с появлением обязательного наследника получит долевую собственность. Также не совсем ясно, каким образом можно пропорционально уменьшить затраченные на возделывание земли физические ресурсы и как высчитать такую пропорцию. Не менее важным остается вопрос о ретроспективном характере пропорционального уменьшения, т.е. сможет ли наследник по договору, который добросовестно исполнял предписанные соглашениями обязанности, потребовать возмещения уже затраченной суммы с остальных наследников²¹³?

В зарубежном праве содержание норм об ограничении наследственного договора обязательной долей в наследстве имеет особенности.

Например, в Австрии существует «свободная доля» в наследстве, подразумевающая распространение наследственного договора только на три четверти долей от имущества, а одна четвертая доли – свободная – может перейти обязательному наследнику в виде доли наследства, либо же дарения на случай смерти или завещательного отказа (§ 1253 ABGB).

В Германии сам наследодатель может ограничить обязательную долю потомка в наследстве, если тот ведет расточительный образ жизни или обременен значительными долгами. Наследодатель может также на срок жизни потомка передать управление наследством исполнителю завещания; в таком случае потомок приобретет право требования чистого ежегодного дохода (§ 2338 BGB).

В Латвии к наследственным договорам применяется условие об обязательной доле, кроме случаев, когда обязательные наследники непосредственно или путем участия в договоре отказались от своего права (§ 642 ГЗ ЛР)²¹⁴.

Свобода распоряжений наследодателя. Существенной является проблема алеаторности наследственного договора. Наследодатель имеет право совершать любые сделки в отношении принадлежащего ему имущества и иным образом распоряжаться принадлежащим ему имуществом своей волей и в своем интересе, даже если такое распоряжение лишит лицо, которое может быть призвано к наследованию, прав на имущество наследодателя, а соглашение об ином ничтожно (п. 12 ст. 1140.1 ГК РФ). По смыслу вышеуказанной нормы уровень связанности наследодателя договором крайне низок, т.к. за ним сохраняется полная свобода распоряжения имуществом. Данное положение с трудом позволяет назвать наследственный договор пригодным как для товарооборота, так и для семейных отношений²¹⁵.

В п. 12 ст. 1140.1 ГК РФ не раскрыта явным образом юридическая природа распоряжений наследодателя, а нотариальная практика уже готова расширительно толковать их вплоть до завещаний, которыми можно отменить или изменить наследственный договор²¹⁶.

В такой ситуации возникает риск злоупотреблений со стороны наследодателя, а закон не предусматривает надлежащие способы защиты интересов наследника, что может повлиять на жизнеспособность конструкции наследственного договора.

В некоторых зарубежных странах разработан правовой механизм обеспечения баланса интересов наследников и наследодателей.

В Германии, если наследодатель совершает дарение имущества, входящего в предмет договора, с умыслом причинить вред наследнику по договору или легатарии, то они после смерти наследодателя имеют право потребовать от одаряемого вернуть дар как неосновательное обогащение (§ 2287, § 2288 BGB).

²¹³ Наследственное право: постатейный комментарий к статьям 1110–1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. Е. Ю. Петров. М., 2018. С. 606–607.

²¹⁴ Блинков О. Е. О сделках на случай смерти: сравнительно-правовой аспект // Бюллетень нотариальной практики. 2010. № 4. С. 8–12.

²¹⁵ Наследственное право: постатейный комментарий к статьям 1110–1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. Е. Ю. Петров. М., 2018. С. 606–607.

²¹⁶ Лоренц Д. В. Наследственный договор: подходы континентального права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 2. С. 105–129.

В Австрии у наследодателя также присутствует возможность свободно распоряжаться своим имуществом. Но для того, чтобы ограничить злоупотребления правом со стороны наследодателя, стороны могут предусмотреть запрет на отчуждение определенного имущества в самом наследственном договоре²¹⁷.

В Венгрии наследодатель утрачивает право свободного распоряжения будущим наследством, если имущество по наследственному договору обменивается на прижизненное предоставление в пользу наследодателя (§§ 7:48, 7:50 ГК Венгрии)²¹⁸.

Таким образом, юридическая модель наследственного договора в российском праве представляется незавершенной. Очевидно, реформаторы имели намерение расширить гарантии наследодателя при выражении им последней воли относительно своего имущества. Однако ввиду вышеуказанных проблем в процессе реализации такого договора на практике могут появиться многочисленные юридические сложности. Поэтому с учетом иностранного опыта институт наследственного договора требует более детальной проработки: определить его соотношение с завещанием в случае их противоречия друг другу, предусмотреть защиту прав наследников и отказополучателей от недобросовестного поведения наследодателя, разработать систему справедливых и разумных оснований прекращения наследственного договора, отражающих баланс интересов сторон.

Библиографический список:

1. Аболонин, В. О. Общая характеристика наследственного договора в праве Германии, Австрии и Швейцарии / В. О. Аболонин // *Нотариальный вестник*. – 2010. – № 2. – С. 5–6.
2. Блинков, О. Е. Наследственный договор как основание наследования в законодательстве стран дальнего и ближнего зарубежья / О. Е. Блинков // *Наследственное право*. – 2006. – № 2. – С. 56–60.
3. Блинков, О. Е. О допустимости коллективных завещаний в российском гражданском праве / О. Е. Блинков // *Вестник Тверского Государственного Университета. Серия: Право*. – 2014. – № 1. – С. 10–15.
4. Блинков, О. Е. О сделках на случай смерти: сравнительно-правовой аспект / О. Е. Блинков // *Бюллетень нотариальной практики*. – 2010. – № 4. – С. 8–12.
5. Бушлякова, Д. В. К вопросу о проблемах применения наследственного договора в Российской Федерации / Д. В. Бушлякова // *Евразийская адвокатура*. – 2015. – № 4 (17). – С. 50–52.
6. Лоренц, Д. В. К вопросу о возмездности наследственного договора для целей виндикации / Д. В. Лоренц // *Журнал российского права*. – 2020. – № 3. – С. 69–80.
7. Лоренц, Д. В. Наследственный договор: подходы континентального права / Д. В. Лоренц // *Право. Журнал Высшей школы экономики*. – 2020. – № 2. – С. 105–129.
8. Новицкий, И. Б. Основы римского гражданского права / И. Б. Новицкий // – М.: «Зерцало», 2007. – С. 185–188.
9. Наследственное право: постатейный комментарий к статьям 1110–1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. Е. Ю. Петров. – М.: М-Логос, 2018. С. 606–607.
10. Общее гражданское уложение Австрийской Республики / Пер. с нем.; под ред. Л. Шарингера и Л. Шпехта. – М.: Статут, 2013. – 584 с.
11. Путинцева Е.П. Распоряжения на случай смерти по законодательству Российской Федерации и Федеративной Республики Германия // *Изд. Статут*, 2016. – 160 с.
12. Петров, Е. Ю., Ренц, И. Г. Развитие российского наследственного права / Е. Ю. Петров, И. Г. Ренц // *Закон*. – 2017. – № 6. – С. 44–50.
13. Свиб, А. В. Гражданский закон Латвии 1937 года: Обзорная статья / А. В. Свиб // *Науч. ред. и пред. Н.Э. Лившиц*. СПб., 2001. – С. 7–20.
14. §§ 1941 I, 2278 II Bürgerliches Gesetzbuch, BGB [Электронный ресурс]: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. – Режим доступа: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.
15. §§ 2274–2302 Bürgerliches Gesetzbuch, BGB [Электронный ресурс]: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. – Режим доступа: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.

²¹⁷ Аболонин В. О. Общая характеристика наследственного договора в праве Германии, Австрии и Швейцарии // *Нотариальный вестник*. 2010. № 2. С. 5–6.

²¹⁸ Петров, Е. Ю., Ренц, И. Г. Развитие российского наследственного права // *Закон*. 2017. № 6. С. 44–50.

16. Frank R., Helms T. *Erbrecht*. 7. Auflage. München: C.H. Beck, 2018. – S. 164–165.
17. Gursky K.-H., Lettmaier S. *Erbrecht*. 7. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2018. – 77 s.
18. Lange K. W. *Erbrecht*. 2. Auflage. München: C.H. Beck, 2017. – 122 s.
19. Scherer S. *Münchener Anwalts-Handbuch Erbrecht*. 5. Auflage. München, 2018. – 2412 s.
20. Schmoeckel M. *Erbrecht*. 5. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2019. – 314 s.
21. Süß R. *Erbrecht in Europa*. 3. Auflage. Bonn: zerb verlag, 2015. – 1526 s.

В. А. Гречихина

*Юридический институт Владимирского государственного университета,
бакалавриат, образовательная программа
«Юриспруденция», III курс*

Научный руководитель: М. И. Удалов

*старший преподаватель кафедры «Гражданское право и процесс»
Юридического института Владимирского государственного университета*

ВОПРОСЫ НАСЛЕДОВАНИЯ АККАУНТОВ В СОЦИАЛЬНЫХ СЕТЯХ

В статье рассматривается правовое регулирование и сложившаяся практика наследования аккаунтов в социальных сетях в России и за рубежом. Выявляются проблемы, связанные с наследованием аккаунтов в социальных сетях по российскому гражданскому праву: отсутствие легального понятия аккаунта, неясность правовой природы аккаунта в социальной сети, ограничения перехода аккаунта в собственность наследника условиями пользовательского соглашения между наследодателем и социальной сетью. Предлагаются пути решения выявленных проблем, в том числе на основе опыта зарубежных стран.

Ключевые слова: аккаунт, социальные сети, наследование, наследник, наследодатель, Гражданский кодекс РФ.

V. A. Grechikhina

ACCOUNT INHERITANCE ISSUES ON SOCIAL MEDIA

The article examines the legal regulation and the established practice of inheriting accounts in social networks in Russia and abroad. Problems related to the inheritance of accounts on social networks under Russian civil law are identified: the lack of a legal concept of an account, the ambiguity of the legal nature of an account on a social network, restrictions on the transfer of an account to the ownership of the heir by the terms of the user agreement between the testator and the social network. The ways of solving the identified problems are proposed, including on the basis of the experience of foreign countries.

Key words: account, social networks, inheritance, heir, testator, the Civil Code of the Russian Federation.

Современное общество функционирует в условиях информационных технологий и цифровизации всех сфер жизнедеятельности. Это проявляется, в частности, в использовании цифровых технологий, осуществлении человеческой деятельности с использованием последних достижений техники, совершении покупок в Интернет-магазинах при помощи специально созданных для этой цели приложений. В период распространения новой коронавирусной инфекции COVID-19, когда государство ввело большое количество ограничений, информационные технологии стали особенно востребованными в рамках использования их людьми для учебы и работы. Указанные обстоятельства даже повлияли на изменение операторами скорости Интернета²¹⁹.

²¹⁹ Кинякина Е., Исакова Т. Скорость домашнего Интернета в Москве выросла в 1,5 раза [Электронный ресурс] // Ведомости. 2020, 2 ноября. URL: <https://www.vedomosti.ru/technology/articles/2020/11/02/845563-skorost-interneta> (дата обращения: 10.06.2021).

Конечно, не стоит забывать и о потребности людей в общении и коммуникации между собой в целом, для чего они пользуются всевозможными социальными сетями. В Интернете довольно часто возникает потребность идентификации личности пользователя. Использование Интернета во всех сферах человеческой деятельности не позволяет отдельному лицу существовать в информационном пространстве анонимно. В этой связи, в частности для возможности использования социальных сетей, человек создает собственный аккаунт.

Как уже отмечалось ранее, большая часть повседневной жизни проходит в виртуальном мире, отношения в котором также нуждаются в правовом регулировании, например, в части порядка использования аккаунтов в социальных сетях. В этой связи возникает большое количество вопросов, в частности о том, что следует понимать под аккаунтом. Если допустить, что аккаунт связан с личностью лица, зарегистрировавшего его, то также имеет место вопрос о наследовании аккаунта в социальной сети. Для того, чтобы разобраться в этих вопросах, необходимо изучить имеющийся отечественный и зарубежный опыт наследования аккаунта в социальных сетях.

Говоря о наследовании аккаунтов в социальных сетях, необходимо определить понятие «аккаунта» с точки зрения правовых норм. Наследственное право в Российской Федерации регулируется частью третьей Гражданского кодекса РФ, которая не дает легального определения аккаунту в социальной сети. Прежде всего необходимо отметить тождественность таких понятий, как «аккаунт» и «учетная запись». По мнению В. Охотниковой, под аккаунтом следует понимать совокупность данных о пользователе, которые необходимы для его опознавания и предоставления доступа к его личным данным и настройкам²²⁰.

В соответствии со статьей 1112 ГК РФ в состав наследства входят принадлежавшие наследодателю на день открытия наследства вещи, иное имущество, в том числе имущественные права и обязанности, которые, исходя уже из положений статьи 128 ГК РФ, являются объектами гражданских прав²²¹. Следовательно, чтобы наследование аккаунта в социальной сети было возможно, необходимо установить, относится ли он к объектам гражданских прав, а соответственно, может ли он входить в состав наследства.

В научной литературе к пользователю аккаунта в социальной сети часто применяется термин «владелец». По мнению Б.М. Гонгало и классической теории о праве собственности в целом, владение означает фактическое обладание вещью и является одним из трех базовых правомочий собственника наряду с пользованием и распоряжением²²². Имущество – это не только вещи, но и так называемое иное имущество, которое включает в себя, например, цифровые права. Исходя из данной характеристики, аккаунт в социальных сетях может быть отнесен к категории иного имущества. Следовательно, в соответствии с данным подходом аккаунт в социальных сетях можно признавать объектом гражданских прав, что, в свою очередь, является предпосылкой для вхождения аккаунта в социальные сети в состав наследства.

Существует несколько подходов относительно наследования аккаунтов в социальных сетях. Ведь в зависимости от того, каким объектом гражданских прав будет признан аккаунт в социальной сети, будет осуществляться его наследование.

Так, первый подход предполагает порядок наследования аккаунта в социальной сети по правилам наследования права на результат интеллектуальной деятельности. Однако результатов интеллектуальной деятельности существует большое количество, поэтому также возникает вопрос о том, каким именно результатом интеллектуальной деятельности можно считать аккаунт в социальной сети.

Например, аккаунт в социальной сети обладает признаками составного произведения. В соответствии со статьей 1259 ГК РФ, под составным произведением понимается произведение, представляющее собой по подбору или расположению материалов результат творческого труда. Действительно, аккаунт в социальной сети может содержать фотографии, видеозаписи, текстовые записи. Доказательство отнесения всех указанных объектов к результату творческой деятельности позволит считать аккаунт в социальной сети составным произведением.

²²⁰ Охотникова В. Наследование аккаунтов в социальных сетях [Электронный ресурс] // Планета закона: Московская коллегия адвокатов. URL: <https://www.planeta-zakona.ru/blog/nasledovanie-akkauntov-v-sotsialnykh-setyakh.html/> (дата обращения: 10.06.2021).

²²¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть 3) от 26.11.2001 № 146-ФЗ (ред. от 18.03.2019) // Собрание законодательства РФ. 2001. № 49. Ст. 4552.

²²² Гражданское право: учебник. В 2 т. / Под ред. Б.М. Гонгало. Т.1. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2017. С. 430.

Также для аккаунта в социальной сети характерны признаки сложного объекта. В соответствии со статьей 1240 ГК РФ сложный объект состоит из нескольких охраняемых результатов интеллектуальной деятельности. Следовательно, если материалы, размещенные в аккаунте социальной сети, можно признать самостоятельными объектами авторского права, то и сам аккаунт будет являться сложным объектом.

Некоторые исследователи также считают, что аккаунт в социальной сети является базой данных. В соответствии со статьей 1260 ГК РФ база данных – это представленная в объективной форме совокупность самостоятельных материалов, систематизированных таким образом, чтобы эти материалы могли быть найдены и обработаны с помощью ЭВМ. В социальных сетях возможно использование «хэштегов» в постах, целью которых как раз и является систематизация материала, содержащегося на странице пользователя. С этой точки зрения аккаунт в социальной сети может быть признан базой данных²²³.

Исходя из вышеизложенного, если рассматривать аккаунт в социальной сети как результат интеллектуальной деятельности, то на отнесение его к тому или иному результату интеллектуальной деятельности напрямую повлияет содержание аккаунта. В любом случае признание аккаунта в социальной сети результатом интеллектуальной деятельности автоматически позволяет вносить его в состав наследственной массы.

Согласно второму подходу аккаунт в социальной сети наследуется в порядке универсального правопреемства. Поскольку в состав наследства входят имущественные права и обязанности наследодателя, то следует обратить внимание на пользовательское соглашение, которое наследодатель при регистрации заключил с социальной сетью. Наследование прав, исходящих из пользовательского соглашения, предполагает получение наследником права на свободный доступ к содержимому личной страницы наследодателя, а также на использование его персональных данных.

Кроме того, аккаунт в социальной сети может быть рассмотрен в качестве записи на сервере ее собственника. В данном случае на первое место выходит технический аспект использования аккаунта, не раскрываются при этом права и обязанности его наследника.

Платформы, использующие данные своих пользователей, по-разному подходят к вопросу дальнейшего распоряжения их аккаунтами. Например, компания «Google» уже сейчас предоставляет своим пользователям возможность для самостоятельного распоряжения своим аккаунтом в случае смерти. Так, пользователь Google-аккаунта может принять решение о блокировке аккаунта после его смерти либо передаче его по наследству. При этом он вправе осуществлять указания о том, в каком объеме будет доступна информация о его аккаунте после смерти, сообщения, отправленные с использованием указанного аккаунта.

Другие социальные сети в значительно меньшем объеме позаботились о наследовании аккаунтов пользователей. В частности, пользователи социальных сетей «Facebook» и «ВКонтакте» могут воспользоваться функцией так называемой «меморизации». Данная процедура предполагает невозможность для наследников оставления записей от имени бывшего владельца аккаунта, блокировку доступа к его перепискам и невозможность внесения изменений в профиль пользователя. Наследники пользователей социальных сетей «Instagram» и «Twitter» вправе требовать удаления аккаунта умершего, мотивируя это условиями пользовательского соглашения, не позволяющего выдавать себя за других лиц.

Вообще отношения между пользователем и социальной сетью регулируются условиями пользовательского соглашения, которое принимается при регистрации в ней. В пользовательском соглашении закреплён порядок использования персональных данных. Обычно пользовательское соглашение содержит информацию о неизменности прав зарегистрированных пользователей на контент, который они публикуют. По условиям соглашения, за администрацией социальной сети закрепляется право на получение лицензии с правом передачи и выдачи sublicензий на использование контента в некоммерческих целях. Получается, что полученное по наследству исключительное право на аккаунт в социальной сети не даёт наследнику доступа к контенту, поскольку для этого необходимо получить доступ к учётной записи. Пользовательское соглашение не предусматривает ее передачу, что является одной из проблем наследования аккаунтов.

²²³ Амбарцумов Р.А. Аккаунты социальных сетей как объекты наследственных правоотношений / Вопросы российской юстиции. 2019. №1. С. 134-135.

ФЗ «О персональных данных» обеспечивает защиту прав и свобод человека и гражданина при обработке его персональных данных²²⁴. Пользовательское соглашение социальных сетей учитывает положения данного закона, что проявляется, в частности, в хранении и обработке персональных данных администрацией социальной сети, в запрете на их разглашение и передачу третьим лицам. Из этого следует возможность нарушения администрацией социальной сети законодательства о персональных данных, если наследник потребует от нее передачу логина и пароля, чтобы получить доступ к аккаунту наследодателя. Вопрос может быть урегулирован в случае оставления наследодателем завещания, в котором было бы выражено его согласие на передачу логина и пароля наследнику. Кроме того, ситуация осложняется тем, что «Правила пользования Сайтом ВКонтакте» и «Условия пользования Instagram» закрепляют запрет использования логина и пароля другого зарегистрированного пользователя, а также не позволяют пользователю сообщать свой пароль и вообще передавать аккаунт другим людям. В этой связи наследование аккаунтов из рассмотренных социальных сетей не представляется реальным. Также указанные правила и условия пользования не содержат информацию о дальнейшей судьбе аккаунта умершего пользователя²²⁵.

Итак, мы обнаружили определенное количество пробелов в регулировании наследования аккаунтов в социальных сетях. Для их разрешения необходимо обратиться к опыту зарубежных стран.

Например, в США (штат Делавер) электронные аккаунты умерших с 2014 года на законодательном уровне признаны объектами собственности, что дает его жителям право на завещание и получение по наследству страниц в социальных сетях²²⁶.

В Германии активно обсуждалось решение Верховного федерального суда, установившего общий порядок перехода по наследству аккаунта в социальных сетях. Аналогичная точка зрения усматривается и в законодательстве Эстонии, где установлено подчинение учетных записей универсальному правопреемству²²⁷.

Безусловно, в России проблема наследования аккаунтов в социальных сетях также часто подвергается обсуждению. Например, депутат Государственной Думы С. Вострецов предложил периодически осуществлять проведение так называемой «виртуальной прополки», что позволит ликвидировать аккаунты, которые длительное время не используются их владельцами по различным причинам, в том числе и смерти. А по мнению депутата Законодательного собрания Ленинградской области В. Петрова, аккаунты в социальных сетях необходимо приравнять к другим объектам интеллектуальной собственности, вследствие чего следует провести реформу гражданского законодательства.

В вопросе наследования аккаунтов в социальных сетях важно отметить наличие таких аккаунтов, которые обладают коммерческой ценностью, придаваемую им различными характеристиками вроде повышенного количества подписчиков, уникального контента. Их наследование также вызывает много вопросов, поэтому необходимо их введение в гражданский оборот, например, в качестве цифровых объектов.

Таким образом, правовой статус аккаунта в социальной сети вызывает большое количество вопросов, в связи с чем возможно его признание в качестве цифрового имущества, что обеспечит ему самостоятельное правовое регулирование. Это важно хотя бы по причине повсеместного использования сети Интернет. В ГК РФ необходимо закрепить понятие аккаунта, что позволит установить его правовую природу на законодательном уровне и, как следствие, поможет определить порядок наследования аккаунтов в социальных сетях. Для решения вопросов наследования аккаунтов в социальных сетях можно использовать опыт зарубежных стран, таких как Германия, США, Эстония, где вопросы цифрового наследства уже регламентированы на законодательном или прецедентном уровнях. Успешное разрешение вопросов наследования

²²⁴ О персональных данных: Федеральный закон от 27.07.2006 № 152-ФЗ (ред. от 30.12.2020) // Собрание законодательства РФ. 2006. № 31 (часть I). Ст. 3451.

²²⁵ Галкина М.Л., Развейкина Н.А. Вопросы наследования аккаунтов в социальных сетях / Управление в условиях цифровизации социально-экономических процессов: сб. ст. Чебоксары, 2020. С. 89.

²²⁶ Гаврилов В.Н. Наследование аккаунтов в социальной сети / Право. Экономика. Психология. 2019. № 2 (14). С. 13.

²²⁷ Баймухаметов Б.В. Наследование учетной записи пользователя: зарубежный опыт и перспективы развития в отечественном праве / МНСК-2019. Государство и право: сб. ст. Новосибирск, 2019. С. 67.

аккаунтов в социальных сетях позволит обеспечить качественное правовое регулирование наследственных правоотношений.

Библиографический список:

1. Амбарцумов Р.А. Аккаунты социальных сетей как объекты наследственных правоотношений / Р.А. Амбарцумов // Вопросы российской юстиции. – 2019. – №1. – С. 132-138.
2. Баймухаметов Б.В. Наследование учетной записи пользователя: зарубежный опыт и перспективы развития в отечественном праве / Баймухаметов Б.В. // МНСК-2019. Государство и право: сб. ст. – Новосибирск, 2019. – С. 66-67.
3. Галкина М.Л., Развейкина Н.А. Вопросы наследования аккаунтов в социальных сетях / М.Л. Галкина, Н.А. Развейкина // Управление в условиях цифровизации социально-экономических процессов: сб. ст. – Чебоксары, 2020. – С. 85-95.
4. Гаврилов В.Н. Наследование аккаунтов в социальной сети / В.Н. Гаврилов // Право. Экономика. Психология. – 2019. – № 2 (14). – С. 11-14.
5. Гражданское право: учебник. В 2 т. / Под ред. Б.М. Гонгало. – Т.1. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Статут, 2017. – 511 с.
6. Кинякина Е., Исакова Т. Скорость домашнего Интернета в Москве выросла в 1,5 раза [Электронный ресурс] // Ведомости. – 2020, 2 ноября. – URL: <https://www.vedomosti.ru/technology/articles/2020/11/02/845563-skorost-interneta> (дата обращения: 10.06.2021).
7. Охотникова В. Наследование аккаунтов в социальных сетях [Электронный ресурс] // Планета закона: Московская коллегия адвокатов. – URL: <https://www.planeta-zakona.ru/blog/nasledovanie-akkauntov-v-sotsialnykh-setyakh.html/> (дата обращения: 10.06.2021).

Д. В. Ерофеев

*Санкт-Петербургский государственный университет,
бакалавриат, образовательная программа
«Юриспруденция (с углубленным
изучением китайского языка и права КНР)», IV курс*

*Научный руководитель: Н. Ю. Рассказова
к.ю.н., доцент, заведующая кафедрой нотариата
Санкт-Петербургского государственного университета*

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОТНОШЕНИЙ ИЗ ДОГОВОРА ПЕРЕВОЗКИ ПАССАЖИРА В ПЕРИОД ПАНДЕМИИ COVID-19

В период пандемии COVID-19 было выявлено несовершенство регулирования отношений из договора перевозки пассажира. В статье анализируются ключевые особенности нормативно-правовых актов, принятых в целях устранения обнаруженных недостатков. Сделаны следующие выводы: Правительство РФ вышло за пределы делегированных ему полномочий в сфере регулирования гражданско-правовых отношений; придание нормативно-правовым актам Правительства РФ обратной силы противоречит закону; необходимо принятие новых нормативно-правовых актов, устанавливающих особенности исполнения договора перевозки пассажира при наступлении экстренного случая, которые будут учитывать права пассажиров на установленном законом уровне.

Ключевые слова: договор перевозки пассажира, COVID-19, компетенция органов государственной власти, регулирование гражданско-правовых отношений, действие закона во времени, подзаконные нормативно-правовые акты, акты гражданского законодательства, Гражданский кодекс Российской Федерации.

D. V. Erofeev

LEGAL REGULATION OF THE PASSENGER CARRIAGE CONTRACT DURING THE COVID-19 PANDEMIC

During the COVID-19 pandemic, deficiencies in the regulation of passenger carriage contract relations were identified. The article analyses the key features of the regulations adopted in order to remedy the deficiencies identified. The following conclusions are made: The Government of the Russian Federation extend beyond its delegated powers in the sphere of regulation of civil legal relations; giving normative legal acts of the Government of the Russian Federation retroactive force contradicts the law; new normative legal acts should be adopted, establishing the peculiarities of the passenger carriage contract in the event of an emergency, which will consider the rights of passengers at the level established by law.

Key words: passenger carriage contract, COVID-19, competence of public authorities, regulation of civil relations, retroactive force of law, subordinate regulatory legal acts, acts of civil legislation, the Civil Code of the Russian Federation.

В догме гражданского права традиционным является подход, согласно которому изменениям в юридической картине мира сопутствует наступление определенных обстоятельств – юридических фактов. Они являются разновидностью социальных фактов²²⁸.

Пандемия коронавирусной инфекции (COVID-19) и ее последствия на первых этапах распространения вируса рассматривались юридическим сообществом как обычный социальный факт, наступление которого не влечет особых правовых последствий. При этом со временем становилось очевидно, что разрешение возникающих в связи с настолько масштабным и беспрецедентным явлением споров по действующему законодательству во множестве случаев серьезно нарушает баланс интересов сторон и приводит к таким последствиям, которые несовместимы с правом и справедливостью. Существовавшая модель гражданско-правового регулирования не в полной мере справлялась с тем вызовом, который возник перед обществом в связи с пандемией.

В результате российский правотворческий орган внес изменения в законодательство, регулирующее в том числе отношения сторон договора перевозки пассажира. Так, Воздушный кодекс²²⁹, Устав железнодорожного транспорта²³⁰, Кодекс торгового мореплавания²³¹ и Кодекс внутреннего водного транспорта²³² были дополнены следующими положениями: в определенных экстренных случаях Правительство РФ вправе установить особенности исполнения договора перевозки пассажира, в том числе предоставить перевозчику право на одностороннее изменение условий или односторонний отказ от исполнения договора; в случае отказа пассажира от перевозки вследствие наступления определенного экстренного случая уплаченные плата за проезд и плата за провоз багажа подлежат возврату в порядке, установленном Правительством РФ. Таким образом, случаи угрозы возникновения и (или) возникновения отдельных чрезвычайных ситуаций, введения режима повышенной готовности или чрезвычайной ситуации на всей территории РФ либо на ее части получили юридическое значение для правоотношений сторон договора перевозки пассажира.

Представленная выше норма предусматривает, что порядок ее реализации устанавливается Правительством РФ. На основании и во исполнение указанных законоположений были приняты следующие подзаконные нормативно-правовые акты: Положение об особенностях исполнения договора морской перевозки пассажира <...>, утвержденное Постановлением Правительства РФ от 23.06.2020 № 909; Положение об особенностях исполнения договора перевозки пассажира внутренним водным транспортом, <...>, утвержденное Постановлением Правительства РФ от 23.06.2020 № 910; Положение об особенностях исполнения договора воздушной перевозки пассажира <...>, утвержденное Постановлением Правительства РФ от 06.07.2020 № 991 (отношения сторон договора перевозки пассажира железнодорожным транспортом регулируются

²²⁸ Исаков В. Б. Юридические факты в советском праве [Электронный ресурс] // URL: <http://base.garant.ru/57571341/> (дата обращения: 10.06.2021).

²²⁹ Статья 107.2 Воздушного кодекса Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. закон от 19 мар. 1997 г. № 60-ФЗ // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²³⁰ Статья 82 Устава железнодорожного транспорта Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. закон от 10 янв. 2003 г. № 18-ФЗ // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²³¹ Статья 185 Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. закон от 30 апр. 1999 г. № 81-ФЗ // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²³² Статья 95 Кодекса внутреннего водного транспорта Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. закон от 07 мар. 2001 г. № 24-ФЗ // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Положением, утв. Постановлением Правительства РФ от 20.06.2020 № 901, но для данного исследования оно не имеет значения).

Резюмируя упомянутые выше акты можно выделить их следующие ключевые особенности:

1) Перевозчикам было предоставлено право на изменение некоторых условий договора или его расторжение в одностороннем порядке при наступлении экстренного случая.

2) Пассажиры не получили право на изменение условий договора в одностороннем порядке при наступлении экстренного случая. Если же наступление экстренного случая повлекло за собой ограничение перевозок или изменение договора перевозчиком в одностороннем порядке, то пассажиру было предоставлено право на отказ от договора в одностороннем порядке.

3) Отказ от договора любой из сторон влечет за собой возникновение обязательства по возврату пассажиру оплаченной провозной платы. Однако, необходимо учитывать особенность регулирования, предусмотренную для отношений сторон договора воздушной перевозки пассажира. Отказ от исполнения договора влечет возникновение обязанности перевозчика в течение трех лет с даты отправления рейса, указанного в билете, принять сумму оплаченной провозной платы в счет оплаты услуг по воздушной перевозке. Если сумма не была использована, то по истечении трех лет с даты отправления рейса, указанного в билете, денежные средства подлежат возврату пассажиру.

Анализируя Положения, необходимо учитывать, что они были приняты на основании и во исполнение соответствующих законов. Сравнение текстов Положений и норм, включенных в законодательные акты, позволяет сделать некоторые выводы.

Наступление экстренного случая, в силу введенных законоположений, признается юридическим фактом. Воплощением последствий этого события является предоставление пассажиру права на отказ от перевозки, причем в таком случае перевозчик обязан вернуть пассажиру уплаченную за перевозку провозную плату. Важно отметить, что законодатель не делает различия в последствиях наступления соответствующего факта для разных категорий билета – право на возврат имеют пассажиры, приобретшие билет и по возвратному, и по невозвратному тарифу.

Принятые Правительством РФ Положения расширили требования к фактическим обстоятельствам – отношения сторон договора перевозки пассажира регулируются Положениями только в том случае, если экстренный случай повлек за собой еще и ограничение перевозок. Таким образом, большая группа отношений, которая согласно тексту закона должна подпадать под специальное регулирование, осталась урегулированной лишь теми нормами, на несправедливость применения которых в условиях пандемии COVID-19 было своевременно обращено внимание законодателя.

В качестве иллюстрации представленной выше проблемы можно привести следующий сюжет: гражданин приобрел билеты на рейсы Санкт-Петербург – Стамбул (Турция) и Санкт-Петербург – Элиста с датой вылета 31 марта 2020. 13 марта 2020 года на основании Постановления Правительства Санкт-Петербурга в городе введен режим повышенной готовности. 27 марта 2020 года по поручению Правительства РФ прекращено регулярное и чартерное авиасообщение, осуществляемое из российских аэропортов в аэропорты иностранных государств и в обратном направлении. 18 марта в Республике Калмыкия введен режим повышенной готовности, 28 марта в городе Элиста – режим чрезвычайной ситуации. Несмотря на существенную идентичность представленных ситуаций правовое регулирование последствий будет существенно отличаться. Фактические обстоятельства первой ситуации соответствуют установленным в Воздушном кодексе и Положении № 991 критериям, вследствие чего данный пассажир получил право на возврат ему платы за проезд и провоз багажа. Во второй ситуации, несмотря на сложившуюся небезопасную обстановку в обоих городах, уполномоченным органом не было принято решение об ограничении перевозок. Таким образом, в данном сюжете пассажир не получил права на возврат платы за проезд и провоз багажа.

Представляется, что Правительство РФ вышло за пределы делегированных ему полномочий в сфере регулирования гражданско-правовых отношений. В соответствии с законом право на отказ от перевозки (следствием которого является возникновение права на возврат денежных средств за проезд и провоз багажа) предоставляется гражданину вследствие наступления экстренного случая, то есть не ставится в зависимость от факта принятия решения об ограничении перевозок со стороны уполномоченного органа государственной власти. Полномочия Правительства распространялись лишь на урегулирование вопросов порядка и сроков возврата платы за проезд и

провоз багажа, но не на определение круга лиц, имеющих право на отказ от договора и соответствующий возврат.

Кроме того, неоднозначную реакцию в юридическом сообществе вызвал тот факт, что Положениям была придана обратная сила²³³. Согласно ст. 4 Гражданского кодекса²³⁴, только закон является тем актом, действие которого может быть распространено на отношения, возникшие до введения его в действие. Кроме того, соответствующее свойство может придано закону только в случаях, когда это прямо предусмотрено им же или другим законом. Иные акты гражданского законодательства, в том числе постановления Правительства РФ, не имеют обратной силы, поэтому решение о распространении действия Положений на предшествующие их принятию отношения является противоречащим закону.

Подводя итог, необходимо сказать, что рассматриваемые Положения не будут применяться к отношениям сторон договора перевозки пассажира в аналогичных ситуациях в будущем, так как сфера их применения темпорально ограничена. Представляется, что законодателю и правоприменителям следует проанализировать допущенные в ходе принятия и реализации данных актов ошибки и предотвратить необоснованное ущемление прав пассажиров в будущем, в том числе путем принятия новых универсальных нормативно-правовых актов, которые обеспечат правовую определенность в рассматриваемом вопросе²³⁵.

Библиографический список:

1. Исаков, В. Б. Юридические факты в советском праве [Электронный ресурс] / В. Б. Исаков // Система Гарант. – Режим доступа: <http://base.garant.ru/57571341/>.
2. Гречуха, В. Н. Транспортное право. Правовое регулирование деятельности воздушного транспорта [Электронный ресурс] / В. Н. Гречуха // Система Гарант. – Режим доступа: <http://base.garant.ru/55889244/>.
3. Куликов, С. Обратная сила закона, когда это прямо предусмотрено актом гражданского законодательства, но иск был принят судом к рассмотрению до принятия и вступления в силу такого акта законодательства [Электронный ресурс] / С. Куликов // [Zakon.ru](https://zakon.ru). – Режим доступа: https://zakon.ru/discussion/2020/07/08/obratnaya_sila_zakona_kogda_eto_pryamo_predusmotreno_aktom_grazhdanskogo_zakonodatelstva_no_isk_byl_.

А. А. Мальшаков

*Санкт-Петербургский государственный университет,
бакалавриат, направление «Юриспруденция», IV курс*

Научный руководитель: А. А. Павлов

к.ю.н. доцент кафедры гражданского права

Санкт-Петербургского государственного университета

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ПРИМЕНЕНИЯ СТ. 312 ГК РФ В СУДЕБНОЙ ПРАКТИКЕ

Предметом настоящего исследования является практика применения ст. 312 Гражданского кодекса РФ и тех изменений, которые были внесены в данную статью в ходе реформы обязательственного права в 2015 году. При подготовке данной статьи была проанализирована практика судов общей юрисдикции и арбитражных судов Российской Федерации всех инстанций в

²³³ Куликов С. Обратная сила закона, когда это прямо предусмотрено актом гражданского законодательства, но иск был принят судом к рассмотрению до принятия и вступления в силу такого акта законодательства [Электронный ресурс] // URL: https://zakon.ru/discussion/2020/07/08/obratnaya_sila_zakona_kogda_eto_pryamo_predusmotreno_aktom_grazhdanskogo_zakonodatelstva_no_isk_byl_ (дата обращения: 11.06.2021).

²³⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) [Электронный ресурс] : федер. закон от 30 ноя. 1994 № 51-ФЗ // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²³⁵ Данная проблема была выявлена в научной литературе задолго до пандемии COVID-19. См.: Гречуха В. Н. Транспортное право. Правовое регулирование деятельности воздушного транспорта [Электронный ресурс] // URL: <http://base.garant.ru/55889244/> (дата обращения: 09.06.2021).

целях поиска ответов на следующие вопросы: «Применяет ли судебная практика идею возложения на должника риска исполнения ненадлежащему кредитору?»; «Перераспределяет ли риск предоставление нотариально заверенной доверенности?»; «Могут ли стороны в соглашении между собой перераспределить риск исполнения ненадлежащему кредитору?».

Ключевые слова: обязательства, убытки, исполнение обязательств, риски, полномочия из обстановки, Гражданский кодекс РФ, переадресация исполнения.

A. A. Malshakov

SOME ISSUES OF APPLICATION OF ART. 312 OF THE CIVIL CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION IN JUDICIAL PRACTICE

The subject of this study is the practice of applying Art. 312 of the Civil Code of the Russian Federation and those changes that were made to this article during the reform of the law of obligations in 2015. In preparing this article, the practice of courts of general jurisdiction and arbitration courts of the Russian Federation of all instances was analyzed in order to find answers to the following questions: "Does judicial practice apply the idea of imposing a performance risk on the debtor to an improper creditor?" "Does the provision of a notarized power of attorney redistribute the risk?" "Can the parties in an agreement between themselves redistribute the performance risk to an improper creditor?"

Key words: obligations, losses, performance of obligations, risks, powers from the situation, Civil Code of the Russian Federation, redirection of performance.

1. Введение. Постановка проблемы.

Статья 312 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ)²³⁶ называется «Исполнение обязательств надлежащему лицу». Данная статья целиком посвящена вопросам определения управомоченности кредитора (или его представителя) на принятие исполнения.

В изначальной редакции, до проведения реформы обязательственного права, ст. 312 ГК РФ содержала лишь один пункт, посвящённый возложению на должника риска исполнения ненадлежащему кредитору (или его представителю). В этом, по мнению ряда представителей доктрины²³⁷, заключалась и заключается главная идея ст. 312 ГК РФ. Обосновывается эта идея тем, что именно должник взаимодействует с предполагаемым представителем кредитора, а, значит, никто иной как должник обладает наибольшими возможностями по предотвращению возможного неосновательного обогащения третьего лица.

Примечательно, что даже в Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России не содержалось предложений по внесению каких-либо изменений именно в ст. 312 ГК РФ. Тем не менее, данная статья всё-таки была подвергнута изменениям в ходе реформы гражданского законодательства в 2015 году. Так, был добавлен п. 2 в соответствии с которым должник имеет право потребовать предоставления ему ни много ни мало нотариально заверенной доверенности от представителя кредитора. До тех пор, пока ему такая доверенность не предоставлена, должник имеет право не исполнять обязательство потенциальному представителю кредитора, не впадая при этом в просрочку.

В то же время, п. 1 ст. 312 ГК РФ почти не был затронут, что только подтверждает правильность воплощённого в нём регулирования. Те же изменения, которые были внесены, скорее являются развитием положений п. 1 - такой мощный инструмент защиты как требование о предоставлении нотариально заверенной доверенности мог быть предоставлен должнику только для того, чтобы сбалансировать риск, изначально лежащий на нём.

Несмотря на логичность данных рассуждений, известно, что во многом содержание той или иной нормы в российском праве наполняется судебной практикой. В связи с этим, интересно

²³⁶ Гражданский кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. закон от 30 нояб. 1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 31 июля 2020 г.). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²³⁷ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307-453 Гражданского кодекса Российской Федерации/ Отв. ред. А. Г. Карапетов. М., 2017. С. 96 (автор комментария – А. А. Павлов); Брагинский М. И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 3-е изд., стер. М., 2011. С. 427.; Практика применения Гражданского кодекса РФ части первой (А. Б. Бабаев, Р. С. Бевзенко, В. А. Белов, Ю. А. Тарасенко); под общ. ред. В. А. Белова. – М.: Юрайт-Издат, 2009. С. 648.; Исполнение договорного обязательства / Сарбаш С.В. - М.: Статут, 2005. С. 119.

посмотреть, как внесённые изменения были апробированы судами: следует ли судебная практика вектору, который был намечен авторами реформы обязательственного права, или она исказила первоначальные идеи? Перераспределяет ли риск предоставление нотариально заверенной доверенности? Могут ли стороны в соглашении между собой перераспределить риск исполнения ненадлежащему кредитору?

Поиску ответов на данные вопросы и посвящена данная работа.

2. *Возложение риска исполнения обязательства ненадлежащему лицу с точки зрения судебной практики.*

Определение Верховного суда РФ (далее – ВС РФ) по делу №18-КГ15-48 от 28.04.2015²³⁸.

Обстоятельства дела: в 2006 году между Истцом и Банком заключён договор банковского счёта. В 2011 году неустановленными лицами путём фальсификации подписи истца в расходном ордере в соучастии с неустановленными должностными лицами Банка со счёта Истца в кассе этого банка были получены денежные средства. Истец подал иск о взыскании незаконно списанных денежных средств с Банка.

Решение суда: Банк как субъект профессиональной предпринимательской деятельности в области проведения операций по счетам клиентов, осуществляющий их с определённой степенью риска, должен нести ответственность в виде возмещения убытков, причинённых неправомерным списанием принадлежащих клиенту денежных средств, как за ненадлежащим образом оказанную услугу. В силу п. 2 ст. 401 ГК РФ Банк будет освобождён от ответственности если докажет, что неисполнение обязательств или их ненадлежащее исполнение произошло вследствие непреодолимой силы, а также по иным основаниям, предусмотренным законом.

Комментарий: в данном деле в качестве главного аргумента использовал ссылку на п. 2 ст. 401 ГК РФ, указав на то, что Банк не предоставил доказательств, освобождающих его от ответственности. Таким образом, суд фактически квалифицировал данный иск в качестве иска о взыскании убытков, тем самым распространив на него положения главы 25 ГК РФ, в том числе и ст. 401 ГК РФ, устанавливающей в качестве основания освобождение от ответственности проявление достаточной заботливости и осмотрительности. Данная позиция представляется не совсем правильной, так как идея возложения рисков не зависит от оценки поведения должника – неважно, насколько осмотрительным был должник при исполнении обязательства, он несёт риски в силу наличия больших возможностей по проверке полномочий представителя кредитора. В противном случае любые мошеннические действия потенциально могли бы освобождать не слишком внимательного должника (проявившего, например, грубую неосторожность) от данного риска, что представляется, на наш взгляд, несправедливым решением.

Таким образом, применение и ст. 401 ГК РФ, и идеи возложения на должника риска исполнения ненадлежащему кредитору дают одинаковый результат. В таком случае остаётся только один вопрос – зачем суду проводить долгий анализ обстоятельств дела на предмет наличия признаков непреодолимой силы, если можно воспользоваться идеей возложения на должника риска исполнения ненадлежащему кредитору?

Определение ВС РФ по делу Дело № 4-КГ16-66 от 10.01.2017²³⁹.

Обстоятельства дела: в 2012 году между Истцом и Банком был заключён кредитный договор, по условиям которого Истцу была выдана банковская карта с кредитным лимитом в 180 т.р. с подключением услуги «Мобильный банк» к абонентскому номеру, используемому Истцом и обслуживаемому ОАО «Вымпелком». Некоторое время банковская карта использовалась, задолженность была погашена, после чего операции с картой не совершались. В 2013 году абонентский номер был отключён Оператором и передан третьему лицу. В 2014 году неизвестное лицо совершило ряд операций с картой с использованием услуги «Мобильный банк», подключенной к указанному абонентскому номеру, в результате чего образовалась задолженность в размере 176 т.р. Истец, узнав об этом, обратился в суд с иском о признании обязательств по кредитному договору исполненными.

Решение суда: волеизъявления истца в какой-либо форме на получение этого кредита, его распоряжений о совершении операций по счету, равно как и технических возможностей

²³⁸ Определение Верховного суда РФ по делу №18-КГ15-48 от 28.04.2015 [Электронный ресурс]: Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; См. схожее дело – Определение ВС РФ № 5-КГ19-216 от 14.01.2020 [Электронный ресурс]: Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²³⁹ Определение ВС РФ по делу Дело № 4-КГ16-66 от 10.01.2017 [Электронный ресурс]: Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

осуществить такие распоряжения посредством услуги «Мобильный банк», в указанный выше период не имелось. По смыслу ст. 312 ГК РФ Банк несет риск ответственности за последствия исполнения поручений, выданных неуполномоченными лицами. Направление Банком неперсонифицированных паролей на абонентское устройство не снимает данный риск.

Комментарий: данное дело интересно в первую очередь тем, что после подписания кредитного договора между участниками отношений каких-либо непосредственных контактов не было. Тем не менее, Верховный суд продолжает применять логику ст. 312 ГК РФ, возлагая риски на Банк. В таком случае возникает вопрос: при отсутствии внешних признаков неуполномоченности как должник мог распознать кто является надлежащим адресатом исполнения, а кто нет? В конце решения Верховный суд анализирует меры безопасности, предпринятые Банком – в этом можно усмотреть намёк на то, что Банку следовало предпринять такие технические меры безопасности, которые позволяют однозначно определить владельца абонентского устройства. Например, обязать клиента лично подтверждать кредитный договор в отделении Банка при смене абонентского номера. Интересно, что в данном деле в соответствии с договором обязанность по уведомлению Банка о смене номера лежала именно на пострадавшем клиенте – к сожалению, Верховный суд не дал оценку этому обстоятельству. Тем не менее, дело было разрешено правильно.

Заключение:

В целом, несмотря на наличие отдельных судебных решений²⁴⁰, судебная практика достаточно редко обращается к идее возложения риска, воплощённого в ст. 312 ГК РФ. Намного чаще суды предпочитают решать споры на основании отдельных норм ГК РФ (в частности, главы 45 ГК РФ) или подзаконных нормативных актов – хоть в большинстве случаев это и приводит к правильным решениям, однако использование ст. 312 ГК РФ позволило бы охватить все случаи исполнения обязательств, не прибегая к регулированию отдельных типов договоров, а также сделало бы судебную практику более предсказуемой.

В то же время, нельзя не отметить и тревожную тенденцию в практике Коллегии по гражданским делам Верховного суда РФ по применению ст. 401 ГК РФ в качестве основания для «перераспределения» риска с должника на кредитора – такая практика во многом дезавуирует идею, заложенную в ст. 312 ГК РФ.

3. Договорное перераспределение рисков при исполнении обязательств.

*Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 29.08.2019 по делу №А56-96860/2018*²⁴¹.

Обстоятельства дела: между ООО "Деловые линии" (экспедитором) и ООО "Теххаус" (клиентом) заключен договор транспортной экспедиции. Клиент оплатил транспортировку, а экспедитор доставил груз покупателю. Позднее клиенту стало известно, что груз был похищен неустановленными лицами и подал иск о взыскании убытков с экспедитора. Ответчик сослался на то, что груз был выдан лицу, прибывшему на склад экспедитора и подтвердившего свои полномочия доверенностью.

Решение суда: в соответствии с п. 1 ст. 4 №87-ФЗ²⁴² экспедитор обязан оказывать услуги в соответствии с договором транспортной экспедиции. Пунктом 3.2.2 спорного договора транспортной экспедиции предусмотрено, что грузы выдаются при предъявлении документа, удостоверяющего личность, надлежащим образом оформленной доверенности, содержащей

²⁴⁰ См., например: Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 11.12.2019 по делу №А60-62826/2018; Постановление Арбитражного суда Московской области от 01.02.2016 по делу №А40-3982/2015; Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 05.09.2018 по делу №А60-45019/2017; Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 10.12.2018 по делу №А60-7795/2018; Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 05.08.2019 по делу №А23-5997/2018; Постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 22.09.2017 по делу №А09-822/2017; Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.11.2016 по делу №А53-20739/2015; Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 30.05.2019 по делу №А19-21159/2018 и др.

²⁴¹ См. схожие дела: Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 05.10.2018 по делу № А56-68204/2018; Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 05.07.2018 по делу № А56-97335/2017; Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 27.06.2018 по делу № А56-84438/2017 и др.

²⁴² Федеральный закон «О транспортно-экспедиционной деятельности» от 30.06.2003 № 87-ФЗ [Электронный ресурс] // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

подпись и печать, а при необходимости иных документов, подтверждающих полномочия грузополучателей. Клиент (грузоотправитель/грузополучатель) уведомлен и согласен, что экспедитор не производит юридическую экспертизу подлинности подписей и печатей, содержащихся в доверенностях представителей грузополучателя, а также не требует нотариально удостоверенную доверенность для подтверждения полномочий грузополучателя, в случаях, предусмотренных п. 2 ст. 312 ГК РФ. Надлежащей доверенностью, подтверждающей полномочия на получение груза, будет являться доверенность, предъявленная экспедитору представителем грузополучателя. Экспедитор не несет ответственности за последствия исполнения им обязанности по выдаче груза неуполномоченному лицу в тех случаях, когда экспедитор не мог установить факт выдачи груза неуполномоченному лицу при обычном осмотре документов, предъявляемых представителем грузополучателя. В данном случае экспедитор надлежащим образом исполнил своё обязательство, поскольку получателем груза была предоставлена доверенность.

Комментарий: в данном деле суд даже не пытался проанализировать ст. 312 ГК РФ с точки зрения её императивности или диспозитивности. Воздерживаясь от данного анализа, суд однозначно встал на сторону ответчика-экспедитора, который, по всей видимости, и настоял на включении данного условия. Стоит отметить, что данное договорное условие не только снимает с экспедитора негативные последствия непредъявления требования о представлении нотариально заверенной доверенности, но и фактически перекладывает на кредитора риск исполнения ненадлежащему лицу ("Экспедитор не несет ответственности за последствия исполнения им обязанности по выдаче груза неуполномоченному лицу ..."). Тем не менее, суд посчитал такое условие не противоречащим закону и отказал в удовлетворении иска.

*Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 03.05.2018 по делу №А51-4340/2017*²⁴³.

Обстоятельства дела: в 2016 году Общество заключило с Банком договор банковского счёта. Спустя 4 месяца в Банк поступило распоряжение за подписью руководителя Общества и проставлением печати о закрытии счёта и переводе денежных средств на счёт третьего лица - заявление было подано представителем Общества по доверенности. Распоряжение было исполнено Банком. Общество, узнав о данной операции, попросило восстановить счёт и возратить денежные средства. Банком был восстановлен счёт, но денежные средства не были возвращены. Тогда Общество подало иск о взыскании необоснованно списанных денежных средств.

Решение суда: суд установил, что подпись и печать на доверенности представителя были выполнены не директором Общества, а иным лицом. В соответствии с заключённым между сторонами договором Банк не несет ответственности за последствия исполнения поручений и иных платежных документов, выданных неуполномоченными лицами, когда с использованием согласованной сторонами процедуры проверки сличения по внешним признакам образцов подписей клиента Банк не смог установить факт выдачи распоряжения по счёту неуполномоченным лицом (лицами). Возражение о том, что в ходе экспертизы было установлено, что в подпись в доверенности содержала видимые без специального оборудования различия не было принято судом. Суд указал на отсутствие специальных знаний у сотрудника Банка и отказал Обществу в иске. Также судом была отклонена ссылка Общества на то обстоятельство, что Банк не воспользовался возможностью связаться с директором Общества, так как такая обязанность не предусмотрена ни законом, ни договором.

Комментарий: в данном случае договором был не только снижен стандарт проверки Банком полномочий представителя Общества (сведённый до простого сравнения подписей), но и были перераспределены риски исполнения ненадлежащему представителю: даже в случае, если документы прошли проверку Банка, Банк не несёт ответственности за исполнение распоряжений такого представителя. Таким образом, в соответствии с условиями договора Банк нёс бы вышеуказанный риск только в случае, когда его сотрудники вообще не проводили проверку документов - суд одобрил такое условие, положив его в основу своего решения. При этом суд проигнорировал заключение эксперта, согласно которому подписи отличались внешне.

Заключение:

Два вышеприведённых примера ярко демонстрируют отношение судов к договорным

²⁴³ См. схожее дело: Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 13.07.2018 по делу №А73-17169/2017.

условиям, перераспределяющих риски исполнения ненадлежащему представителю кредитора - во всех выявленных в рамках данного исследования случаях суды одобряют подобные условия и даже не пытаются анализировать ст. 312 ГК РФ на предмет её императивности или диспозитивности²⁴⁴. Таким образом, в рамках данного исследования можно сделать однозначный вывод о том, что во всех выявленных случаях судебная практика одобряет договорные условия, которые перераспределяют риски по сравнению с изначальным регулированием в ст. 312 ГК РФ – к сожалению, при этом часто в судебных актах отсутствует качественная аргументация, которая объясняла бы причину такого одобрения.

4. Перераспределение рисков при предъявлении нотариально заверенной доверенности представителем.

Апелляционное определение Московского городского суда № 33-10251/2017 от 22.03.2017.

Обстоятельства дела: у Истца был открыт счёт в Банке. В 2016 году третье лицо обратилось в Банк с распоряжением о переводе денежных средств и закрытии счёта, предоставив нотариально заверенную доверенность от имени Истца. Распоряжение было исполнено. Узнав об этом, Истец обратился в суд с требованием о взыскании денежных средств.

Решение суда: действующим законодательством не предусмотрено обязанности Банка осуществлять проверку предъявленной нотариально удостоверенной доверенности, выданной на подлинном бланке нотариуса. Также, сотрудники Банка осуществили проверку доверенности в соответствии с внутренним актом Банка.

Комментарий: в рамках данного дела суд не только посчитал действия сотрудников Банка достаточными для снятия с должника риска, но также указал на отсутствие обязанности Банка проверять подлинность полномочий представителя кредитора. При этом такое решение явно противоречит актам вышестоящих судов, которые, всё-таки иногда применяют ст. 312 ГК РФ, в соответствии с которой обязанность по проверке полномочий лежит на должнике.

Заключение:

В большинстве проанализированных дел суды считают достаточным предоставления нотариально заверенной доверенности (даже если она была поддельной) для переноса риска исполнения ненадлежащему лицу на кредитора²⁴⁵, даже несмотря на то, что такое понимание п. 2 ст. 312 ГК РФ не разделяется вышестоящими судами (см. решения выше). Исключения из данной практики встречаются, но гораздо реже²⁴⁶.

5. Выводы.

Подводя итог данного исследования, можно сделать три важных вывода: во-первых, нельзя не отметить, что судебная практика пока не так часто использует идею о возложении рисков исполнения ненадлежащему кредитору на должника. Вместо этого, достаточно часто «суррогатом» ст. 312 ГК РФ становится ст. 401 ГК РФ; во-вторых, суды редко анализируют ст. 312 ГК РФ на предмет её диспозитивности или императивности; в-третьих, суды иногда исходят из того, что у должника отсутствует обязанность проверять нотариально заверенную доверенность – как следствие, он не несёт соответствующий риск.

Библиографический список:

1. Брагинский, М. И. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 3-е изд., стер. / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М.: Статус, 2001. – 848 с.
2. Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям

²⁴⁴ См., например: Решение Арбитражного суда Нижегородской области от 04.02.2019г. по делу № А43-34876/2018; Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 05.10.2015 по делу №А55-10210/2014; Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 25.10.2018 по делу №А65-8953/2018; Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 16.08.2016 по делу №А12-6975/2016; Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.10.2018 по делу №А36-6517/2018; Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.06.2018 по делу №А60-8298/2018.

²⁴⁵ См., например: Апелляционное определение Воронежского областного суда от 04.09.2018 по делу №33-5428/2018; Апелляционное определение Московского городского суда от 16.10.2018 по делу №33-45883/2018; Апелляционное определение Московского городского суда от 26.08.2019 по делу №33-36138/2019.

²⁴⁶ См., например: Определение Санкт-Петербургского городского суда от 06.09.2017 №33-17268/2017 по делу №2-639/2017; Определение ВС РФ от 12 августа 2019 года № 78-КГ19-20.

307– 453 Гражданского кодекса Российской Федерации/ Отв. ред. А. Г. Карапетов. М.: Статус, 2017. – 1120 с.

3. Исполнение договорного обязательства / Сарбаш С.В. – М.: Статус, 2005. – 636 с.

4. Практика применения Гражданского кодекса РФ части первой / А. Б. Бабаев [и др.]; под общ. ред. В. А. Белова. – М.: Юрайт-Издат, 2009. – 1161 с.

М. Д. Прыгунова

*Санкт-Петербургский государственный университет,
бакалавриат, образовательная программа «Юриспруденция», III курс*

*Научный руководитель: М. А. Александрова
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права*

Санкт-Петербургского государственного университета

ПРАВО ВЫДЕЛЯЮЩЕГОСЯ СОБСТВЕННИКА НА ВЫПЛАТУ ЕМУ СТОИМОСТИ ЕГО ДОЛИ ДРУГИМИ УЧАСТНИКАМИ ДОЛЕВОЙ СОБСТВЕННОСТИ: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ

Предметом исследования статьи является пункт 3 статьи 252 ГК РФ, который позволяет собственнику в судебном порядке требовать выдела доли в натуре. А в случаях, когда выдел доли в натуре невозможен по ряду причин, законодатель наделяет выделяющегося собственника правом на выплату ему стоимости его доли другими участниками долевой собственности. Применение этой нормы порождает множество вопросов в судебной практике, например, вопрос о возможности принуждения сособственников к выплате и к приобретению доли в праве собственности вопреки их воле. В результате анализа правоприменительной практики были выявлены противоречия и различные подходы.

Ключевые слова: общая долевая собственность, раздел имущества, выдел доли в натуре, денежная компенсация, право собственности, судебная практика, Гражданский кодекс РФ.

М. D. Prygunova

THE WITHDRAWING OWNER'S RIGHT TO THE PAYMENT OUT TO HIM OF THE COST OF HIS SHARE BY OTHER PARTICIPANTS IN THE SHARE OWNERSHIP: PROBLEMS OF THEORY AND PRACTICE

The subject of study is para. 3 of Art. 252 of the Civil Code of the Russian Federation, which allows the co-owner in the share ownership to claim through the court that his share be set apart from the common property in kind. If the setting apart of the share in kind is impossible for some reason, the legislator provides the withdrawing owner with the right to the payment out to him of the cost of his share by the rest of the participants. The application of this rule raises many enforcement questions, in particular, whether it is possible to force other co-owners to pay and to acquire the share in the ownership against their will. The analysis of judicial practice showed contradictions and different approaches.

Key words: share ownership, division of the property, setting apart of the share in kind, monetary compensation, ownership, judicial practice, Civil Code of the Russian Federation.

Судебные разбирательства о разделе имущества, находящегося в общей долевой собственности, широко распространены в правоприменительной практике. Причиной тому является недостижение участниками долевой собственности соглашения об аспектах пользования и распоряжения имуществом. Один из механизмов, предполагающий обращение в суд, заложен в пункте 3 статьи 252 Гражданского Кодекса РФ (далее – ГК РФ)²⁴⁷. Данное положение позволяет собственнику требовать выдела доли в натуре в судебном порядке. А в случаях, когда выдел доли в натуре невозможен по ряду причин, законодатель наделяет выделяющегося собственника правом на выплату ему стоимости его доли другими участниками долевой собственности. Существование

²⁴⁷ Гражданский кодекс РФ (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 52-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

данного права порождает множество вопросов. Сопутствует ли такому праву выделяющегося собственника безусловная обязанность других собственников выплатить ему стоимость доли? Возможно ли судебное принуждение собственников к выплате и к приобретению права собственности на данную долю вопреки их воле? Анализ судебной практики привёл к следующим выводам.

Закон предусматривает два альтернативных обстоятельства, при которых невозможен выдел доли в натуре:

1. Выдел доли в натуре не допускается законом;
2. Выдел доли в натуре невозможен без несоразмерного ущерба имуществу, находящемуся в общей собственности.

В первом случае идет речь об императивном нормативном запрете на раздел имущества. Например, статья 37 Жилищного кодекса РФ устанавливает запрет на выдел в натуре доли на общее имущество в многоквартирном доме²⁴⁸. Аналогичные запреты выдела доли в натуре можно также найти в законодательстве об инвестиционных фондах, об ипотечных ценных бумагах. Более того, запрет выдела доли в натуре может быть не прямо закреплен в законе, а следовать из его системного толкования. Так, в деле о выплате стоимости доли в простом товариществе суд учёл, что большую часть имущества, находившегося в общей долевой собственности товарищей, составляют лекарственные средства²⁴⁹. Поскольку выделяющийся собственник не имеет высшего фармацевтического образования, которое давало бы ему право заниматься фармацевтической деятельностью в сфере обращения лекарственных средств, то выдел доли в натуре не допустим с точки зрения Федерального закона от 12 апреля 2010 г. № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств»²⁵⁰.

Второй случай, при котором невозможен выдел доли в натуре, носит оценочный характер, поскольку суду приходится анализировать конкретные обстоятельства дела и устанавливать наличие или отсутствие несоразмерного ущерба имуществу. Согласно совместному Постановлению Пленума Верховного и Высшего Арбитражного судов РФ № 6/8 от 1 июля 1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой ГК РФ», под несоразмерным ущербом в общем смысле следует понимать невозможность использования имущества по целевому назначению, существенное ухудшение его технического состояния либо снижение материальной или художественной ценности, неудобство в пользовании и иные критерии²⁵¹.

В случаях, когда в качестве общего имущества выступает квартира, к выделу доли в натуре предъявляются особые требования. Необходимо, чтобы выделяющемуся собственнику было передано не только жилое помещение, но и подсобные помещения (кухня, коридор, санузел). Отдельно ставится вопрос о возможности оборудования отдельного входа, что, как правило, представляется невозможным в многоквартирном доме. Выделяемые части должны соответствовать установленным техническим и санитарно-гигиеническим требованиям. Выдел не должен препятствовать использованию квартиры по целевому назначению и ухудшать её техническое состояние. Также в судебной практике встречаются дела о разделе имущества, задействованного в производстве, на промышленных предприятиях. При разрешении данных дел необходимо установить: является ли общее имущество делимой вещью; насколько экономически целесообразно выделить долю в натуре. Суды могут признать общее имущество неделимой вещью, если выдел доли в натуре приведёт к прекращению функционирования самой вещи, нарушению её целевого назначения. Например, анализируя сущность и назначение газопоршневой электростанции, суд установил, что электростанция состоит из группы энергоблоков, и потому выдел энергоблоков в натуре приведёт к невозможности использования электростанции по целевому назначению – производству тепловой и электрической энергии²⁵².

²⁴⁸ Жилищный кодекс РФ от 29 декабря 2004 г. № 188-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2005. № 1. Ст. 14. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁴⁹ Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 25 июля 2013 г. по делу № А32-19309/2012 (здесь и далее судебная практика приводится из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»).

²⁵⁰ Об обращении лекарственных средств: федер. закон от 12 апреля 2010 г. № 61-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2010. № 16. Ст. 1815. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁵¹ Постановление Пленума Верховного и Высшего Арбитражного судов РФ № 6/8 от 1 июля 1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой ГК РФ» // Вестник ВАС РФ. 1996. №9.

²⁵² Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 03 октября 2017 г. № 09АП-36383/2017-ГК по делу № А40-52985/2015. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Оценивая перечисленные выше обстоятельства, при которых невозможен выдел доли в натуре, становится очевидным, что значительная часть имущества не подлежит выделу в натуре. Следовательно, у выделяющегося собственника в большинстве случаев появляется право на выплату денежной компенсации.

Достаточно часто заявители ошибочно полагают, что их право на получение компенсации автоматически порождает у других сособственников обязанность выплатить им данную компенсацию, стоит лишь предъявить исковые требования. Однако в пункте 36 вышеупомянутого Постановления Пленумов Верховного и Высшего Арбитражного судов РФ было разъяснено, что суд по требованию выделяющегося собственника *вправе обязать* [курсив мой. – Прим. авт.] остальных участников долевой собственности выплатить ему денежную компенсацию²⁵³. При этом судебная практика показывает, что судьи в большинстве своём резко отрицают идею возложения данной обязанности по следующим причинам.

Во-первых, разрешая вопрос о возложении на участников долевой собственности обязанности по выплате одному из них денежной компенсации, необходимо соблюдать баланс интересов всех сособственников. Баланс интересов основывается на равенстве участников регулируемых отношений, недопустимости произвольного вмешательства в частные дела. Анализируя обстоятельства дела, суды в большинстве случаев приходят к выводу, что возложение данной обязанности не обеспечит баланс интересов.

Во-вторых, в подавляющем количестве дел суды указывают на то, что требования истца направлены лишь на реализацию его доли ответчику вопреки воле последнего с использованием механизма, установленного пунктом 3 статьи 252 ГК РФ. Иными словами, истец фактически настаивает на продаже своей доли в праве общей долевой собственности ответчиком, что, разумеется, является неприемлемым в гражданском обороте. Механизм, заложенный в пункте 3 статьи 252 ГК РФ, защищает права выделяющегося собственника, чья доля не может быть выделена в натуре по ряду не зависящих от него причин. Как неоднократно указывал Конституционный Суд, данное положение, действующее во взаимосвязи с иными положениями статьи 252 ГК РФ, направлено на реализацию конституционной гарантии иметь имущество в собственности, как единолично, так и совместно с другими лицами, а также на предоставление гарантий судебной защиты прав участникам долевой собственности²⁵⁴. Закон встаёт на сторону собственника, который в силу технических и иных особенностей общего имущества не способен единолично владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом, приходящимся на его долю в праве собственности. И потому законодатель предлагает ему упрощённый порядок выхода из общей долевой собственности, а именно – возможность получения денежной компенсации от других собственников. Если вдобавок к этому между сособственниками сложились неприязненные отношения, в связи с которыми выделяющийся собственник стремится в кратчайшие сроки прекратить участие в общей долевой собственности, то механизм пункта 3 статьи 252 ГК РФ приобретает социальное предназначение, помогая разрешать острые социальные конфликты. А вот в ситуациях, когда истец, к примеру, не смог найти контрагента для продажи своей доли в праве собственности и потому решил воспользоваться данным упрощённым порядком, суды отказывают в удовлетворении иска, поскольку это противоречит целям и сущности пункта 3 статьи 252 ГК РФ. Суды также отмечают, что истец может свободно и по своему усмотрению продать, подарить, завещать, отдать в залог свою долю или распорядиться ей иным способом.

В-третьих, понуждение к выплате денежной компенсации не согласовывается с принципом неприкосновенности собственности, закреплённым в статье 1 ГК РФ. А принудительное наделение собственностью неизбежно ведёт к нарушению конституционного права граждан приобретать имущество по своему усмотрению и добровольно. Суды склоняются к тому, что право выделяющегося собственника на выплату ему стоимости его доли может быть реализовано лишь при условии, что другие участники выразят ясное согласие выплатить компенсацию и принять в свою собственность данную долю. А значит, самым важным условием, без которого нельзя представить удовлетворение исковых требований, является именно добровольность

²⁵³ Постановление Пленума Верховного и Высшего Арбитражного судов РФ № 6/8 от 1 июля 1996 г. «О некоторых вопросах...». Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁵⁴ Определение Конституционного Суда РФ от 27 сентября 2018 г. № 2295-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Федоровой Надежды Ивановны на нарушение ее конституционных прав положениями статьи 252 ГК РФ». Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

выплаты стоимости доли. В противном случае получается, что ответчик будет наделён собственностью, в приобретении которой у него нет интереса. Нельзя забывать и об известном принципе «собственность обязывает», в соответствии с которым собственник должен нести бремя содержания имущества. Возложение на ответчика дополнительных обязанностей и обременений, связанных с обладанием имуществом, вопреки его воле, кажется в корне неверным. Из дословного прочтения пункта 3 статьи 252 ГК РФ условие добровольности вывести невозможно, нужно прибегнуть к системному толкованию норм и обратиться к устоявшейся судебной практике.

В правовой доктрине можно встретить иные точки зрения. Сторонники принудительной выплаты считают, что такое принуждение, вопреки воле ответчика и в отсутствие его согласия, диктуется необходимостью разрешения острейших социальных конфликтов, возникающих между сособственниками²⁵⁵. К подобным конфликтам можно отнести личные неприязненные отношения между участниками долевой собственности с проявлениями физического и психического насилия, которые ставят под угрозу жизнь и здоровье человека. На мой взгляд, принудительное наделение одного из «враждующих» сособственников долей в праве собственности нельзя назвать эффективным способом для разрешения конфликтов по следующим причинам. Зачастую ответчики, вместе с возражениями против приобретения доли, ссылаются на свою неплатежеспособность. Если принудить их к приобретению доли, то в лучшем случае выплата ими компенсации может растянуться на долгие годы. В худшем случае судебное решение не будет исполнено. Из-за спора о выплате стоимости доли напряжённые отношения между сособственниками могут ещё более ухудшиться, а значит, конфликт не будет разрешён. Так, Московский городской суд указал, что судебное решение должно быть исполнимым, а суду не были представлены доказательства наличия у ответчика необходимых денежных средств. При таких данных, удовлетворение подобного иска способно привести к неоправданному ущемлению прав и законных интересов самого истца²⁵⁶.

В процессе поиска судебной практики были найдены несколько интересных судебных решений, в которых позиции судов резко отличались.

В первом деле Нижегородский областной суд пересматривал решение суда первой инстанции в апелляционном порядке. Суд первой инстанции принял распространённое в судебной практике решение о том, что на ответчиков не может быть принудительно возложена обязанность по выплате стоимости доли и по приобретению собственности помимо их воли. При этом выделяющийся собственник может распорядиться своей долей иным, не запрещённым законом, способом. Областной суд отменил данное решение, сославшись на следующее. Нежелание ответчиков принимать в собственность долю, а также отсутствие у них денежных средств не влечёт отказа в иске. Право выделяющегося собственника на получение компенсации, по мнению суда апелляционной инстанции, может подразумевать понуждение других участников общей долевой собственности к такой выплате и к приобретению права собственности²⁵⁷. Вынесенное решение не только нарушает принцип неприкосновенности собственности, но и ставит под вопрос исполнимость судебного решения, поскольку ответчики неплатежеспособны.

Подобная позиция была встречена ещё в нескольких судебных решениях. К примеру, Воронежский областной суд заявил, что наличие у выделяющегося собственника права на выплату ему стоимости доли при его волеизъявлении обязывает остальных собственников выплатить компенсацию, в том числе в отсутствие на то их согласия²⁵⁸. К счастью, такая точка зрения в судебной практике является непопулярной, своего рода исключением из устоявшихся позиций.

Несомненно, второй абзац пункта 3 статьи 252 ГК РФ представляет собой интересный и жизнеспособный механизм для выхода из общей долевой собственности. Однако из-за отсутствия законодательно установленных критериев, условий применения этого положения, отсутствия современных разъяснений Верховного суда РФ данный механизм становится непредсказуемым. А

²⁵⁵ Цит. по: Белова, Т. В. Теоретико-правовые аспекты выплаты компенсации при прекращении права на долю в общей собственности с участием физических и юридических лиц // Социально-политические науки. 2016. №3. С. 27.

²⁵⁶ Апелляционное определение Московского городского суда от 30 сентября 2019 г. по делу № 33-41618/2019. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁵⁷ Апелляционное определение Нижегородского областного суда от 20 февраля 2018 г. по делу № 33-910/2018.

²⁵⁸ Апелляционное определение Воронежского областного суда от 06 декабря 2016 г. по делу № 33-8365/2016.

непредсказуемость крайне нежелательна в гражданско-правовых отношениях, поскольку она ставит участников в состояние неопределённости, неизвестности исхода.

Библиографический список:

Белова, Т. В. Теоретико-правовые аспекты выплаты компенсации при прекращении права на долю в общей собственности с участием физических и юридических лиц / Т. В. Белова // Социально-политические науки. – 2016. – № 3. – С. 27-32.

Е. К. Уразов

*Северо-Западного института (филиала)
Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
магистратура, образовательная программа
«Магистр частного права», I курс*

*Научный руководитель: И.М. Рассолов
д.ю.н. профессор кафедры информационного права и цифровых технологий
Московского государственного юридического
университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА)*

ДОГОВОР ТЕПЛОСНАБЖЕНИЯ В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ: ОТДЕЛЬНЫЕ ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И ПРАКТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ

В настоящей статье рассматривается договор теплоснабжения, его место в системе гражданско-правовых договоров и соотношение с договором энергоснабжения. Автор поддерживает точку зрения исследователей, рассматривающих договор теплоснабжения как разновидность договора энергоснабжения, и полагает целесообразным рассматривать договоры энергоснабжения отдельно от договоров купли-продажи. Также автором сформулированы предложения по изменению действующего законодательства.

Ключевые слова: теплоснабжение, договор теплоснабжения, договор энергоснабжения, тепловая энергия, энергетическое право.

Е. К. Urazov

HEAT SUPPLY CONTRACT IN RUSSIAN LAW: SEPARATE THEORETICAL AND PRACTICAL ASPECTS

This article examines a heat supply contract, its place in the system of civil contracts and its relationship with an energy supply contract. The author supports the point of view of researchers who consider a heat supply agreement as a kind of an energy supply agreement, and considers it expedient to consider energy supply contracts separately from sales and purchase agreements. In addition, the author has formulated proposals for changing the current legislation.

Key words: heat supply, heat supply agreement, energy supply agreement, heat energy, energy law.

Правовая конструкция договора теплоснабжения представляет значительный интерес для исследования в силу специфики сферы, в которой данный договор имеет распространение, а также в силу того, что вопрос о его месте в системе гражданско-правовых договоров является предметом длительных обсуждений в кругу исследователей.

Основополагающими нормативными актами, определяющими регулирование отношений, возникающих в сфере теплоснабжения, является Федеральный закон «О теплоснабжении» (далее –

Закон о теплоснабжении)²⁵⁹, а также, на уровне подзаконных актов, постановление Правительства РФ, определяющее правила организации теплоснабжения (далее – Правила организации теплоснабжения)²⁶⁰.

Договор теплоснабжения закреплён в содержании указанных нормативных актов, и, по смыслу п. 1 ст. 15 Закона о теплоснабжении, его следует рассматривать в качестве основания для возникновения отношений между потребителями тепловой энергии и теплоснабжающей организацией. Однако в гражданском законодательстве договор теплоснабжения упомянут лишь косвенно – в контексте распространения на него правил о договоре энергоснабжения. По этой причине в вопросе о том, каково место договора теплоснабжения в системе гражданско-правовых договоров, единого мнения в литературе не сложилось²⁶¹.

Наиболее распространённой точкой зрения по вопросу о правовой квалификации договора теплоснабжения является признание его одной из частных разновидностей договора энергоснабжения. В свою очередь, договору энергоснабжения в структуре Гражданского кодекса РФ²⁶² (далее – ГК РФ) посвящён отдельный параграф, включённый в главу 30 – то есть, по смыслу законодателя, данный договор является разновидностью договора купли-продажи.

Основным доводом в пользу данной позиции служит то, что в литературе принято рассматривать энергию как категорию, включающую в себя электроэнергию, тепловую энергию, газ, нефтепродукты, и иные виды энергетических ресурсов. Также приводится ссылка на ст. 548 ГК РФ, согласно которой правила, применимые непосредственно к договору энергоснабжения, аналогичным образом распространяются на отношения, возникающие в связи со снабжением через присоединённую сеть тепловой энергией.

В литературе находили выражение и иные позиции по данному вопросу. Так, например, в работе А. В. Чибиса указывалось на то, что рассматриваемый договор следует квалифицировать как одну из разновидностей самостоятельного вида договоров – договора снабжения товарами через присоединённую сеть²⁶³. Аналогичные выводы были высказаны немногим ранее и в исследовании Е.В. Блинковой²⁶⁴.

Одновременно с этим договор энергоснабжения чаще всего отождествляется со сферой снабжения электрической энергией. В данном случае будет уместным напомнить о содержании п. 4 ст. 539 ГК РФ, согласно которому правила параграфа 6 главы 30 применяются к договору снабжения электрической энергией постольку, поскольку это не противоречит специальным нормативным актам, регулирующим соответствующую сферу.

Аналогичное положение содержится и в ст. 548 ГК РФ, однако с учетом наименования данной статьи («применение правил об энергоснабжении к иным договорам») можно предположить, что договор снабжения тепловой энергией, и иными видами энергии отграничиваются от договора энергоснабжения. Исходя из буквального толкования наименования ст. 548 ГК РФ, происходит указание не на «разновидности договора энергоснабжения», а на «иные договоры».

Иными словами, сопоставление положений ст. 539 и ст. 548 ГК РФ позволяет сделать вывод о наличии косвенных признаков, указывающих на то, что в настоящее время именно сфера электроэнергетики с позиции норм гражданского законодательства рассматривается как основная для применения договоров энергоснабжения. Подобное положение представляется в корне неверным, поскольку конструкция договора энергоснабжения представляется системообразующей

²⁵⁹ Федеральный закон от 27.07.2010 № 190-ФЗ (ред. от 08.12.2020) «О теплоснабжении» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2 августа 2010 г. № 31. ст. 4159.

²⁶⁰ Постановление Правительства РФ от 08.08.2012 № 808 (ред. от 14.02.2020) «Об организации теплоснабжения в Российской Федерации и о внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации» (вместе с «Правилами организации теплоснабжения в Российской Федерации») // Собрание законодательства Российской Федерации. 20 августа 2012 г. № 34. ст. 4734.

²⁶¹ Головкина Д.В. Понятие договора теплоснабжения и его место в системе гражданско-правовых договоров // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2014. № 1. С. 86-97.

²⁶² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ (ред. от 09.03.2021) // Собрание законодательства Российской Федерации. 5 декабря 1994 г. № 32. ст. 3301.

²⁶³ Чибис А.В. Договор теплоснабжения в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук // Рязань, 2006. 185 с.

²⁶⁴ Блинкова Е.В. Гражданско-правовое регулирование снабжения товарами через присоединённую сеть: теоретико-методологические и практические проблемы единства и дифференциации: диссертация ... доктора юридических наук // Рязань. 2005. 360 с.

для любых договоров, предметом которых выступает снабжение энергетическими ресурсами (вне зависимости от природы их происхождения и иных естественнонаучных характеристик).

Вопрос о том, насколько целесообразно отделять договоры энергоснабжения от договоров купли-продажи, является к настоящему моменту открытым. Ключевой особенностью договора энергоснабжения, отражающей его системообразующий характер для всей сферы энергетики, выступает то, что в предмет данного договора, в отличие от любой иной разновидности договора купли-продажи, включается несколько иной круг общественных отношений, обобщенно именуемых «снабжение».

Снабжение предполагает не только передачу энергию как объект прав, имеющий определенную экономическую ценность, но и выполнение ряда иных обязательств, связанных с соблюдением установленного режима потребления, обеспечением безопасной эксплуатации энергетических сетей, а также оборудования и приборов, использование которых сопряжено с потреблением энергии.

Кроме того, сама по себе сфера энергетики во всех её проявлениях тесно связана с совмещением начал административно-правового и гражданско-правового регулирования, что обусловлено особым социально-экономическим значением энергоснабжения в целом и теплоснабжения в частности в жизни общества. Значительная доля вопросов, связанных с организацией энергоснабжения, требует вмешательства со стороны государства, что в корне противоречит существу договоров купли-продажи, к которым законодательство в настоящее время относит договоры энергоснабжения.

С учетом приведенных особенностей предполагается обоснованным и целесообразным рассматривать договор энергоснабжения как самостоятельный вид договоров, нуждающийся в отделении от договоров купли-продажи. Обоснованием тому является специфика объекта и предмета договора, способа исполнения его обязательств сторонами, а также особенности регулирования сферы энергоснабжения, в которой этот договор подлежит применению.

Представляется не совсем последовательной логика законодателя: так, например, в нормах гражданского законодательства произошло обособление договора счета эскроу от договора условного депонирования, но при этом к настоящему времени не обособлен договор энергоснабжения от договоров купли-продажи. В своей сущности логика, обуславливающая обособление, в обозначенных случаях весьма схожая: есть определенный сегмент общественных отношений, который нуждается в специальном публичном регулировании, и потому отдельные договорные конструкции также нуждаются в структурном обособлении. Разница лишь в том, что в случае с договором счета эскроу одной из сторон является субъект, обладающий специальным статусом (кредитная организация), чего нет в случае с кругом лиц, участвующих в договоре энергоснабжения.

Важно отметить, что системности регулирования отношений, возникающих в сфере энергоснабжения в целом, препятствует ряд терминологических пробелов, существующих в настоящее время в правовом поле. Так, понятие энергии, которое представляется системообразующим для всей сферы энергоснабжения, не определено ни на уровне общих положений гражданского законодательства (по очевидным причинам), ни на уровне специального законодательства.

Отдельными авторами, в частности, О. В. Шведковой, предприняты попытки исследовать понятие и сущность энергии как объекта гражданских прав. Исследователь справедливо указывает на нематериальный характер энергии и отмечает невозможность её определения в качестве объекта сделки, указывая на то, что фактически содержание договора энергоснабжения обусловлено оборотом имущественных прав на энергию²⁶⁵. Представляется очевидным, что энергия не может в полной мере выступать в качестве товара в силу её физических свойств, и потому в данном случае применимо правило, сформулированное в п. 4 ст. 454 ГК РФ. Из содержания указанного правила следует, что общие положения о купле-продаже в равной степени применимы к продаже цифровых и имущественных прав.

Однако, как очевидно, подобные теоретические наработки не устраняют терминологической неопределенности, сложившейся к настоящему времени в сфере правового регулирования энергоснабжения. Обозначенная проблема приобретает особую значимость в силу того, что в положениях ГК РФ прямо определен приоритет специального законодательства в области

²⁶⁵ Шведкова О.В. Энергия как объект договорных отношений: к вопросу о понятии и правовой природе // Журнал российского права. № 7 (235). 2016. С. 52-57.

различных видов энергоснабжения над общими положениями гражданского законодательства о договорах энергоснабжения.

Одновременно с этим в ранее упомянутом Законе о теплоснабжении имеется определение понятия тепловой энергии. Следуя пункту 1 ст. 2 указанного закона, под тепловой энергией следует понимать «энергетический ресурс, при потреблении которого изменяются термодинамические параметры теплоносителей (температура, давление)». Из указанного определения следует, что неразрывно связанным с понятием тепловой энергии является термин «теплоноситель». Данный термин также определяется в ст. 2 Закона о теплоснабжении (п. 4.1), и под ним понимаются пар и вода, которые используются как средство передачи тепловой энергии.

Таким образом, можно отметить, что в отношении сферы теплоснабжения терминологическая база, представленная на нормативном уровне, характеризуется значительной степенью проработки, чего нельзя сказать о нормативной базе регулирования энергоснабжения в целом. Именно по этой причине и представляется закономерным наличие ряда дискуссионных вопросов в кругу исследователей при проведении сравнительного анализа договоров энергоснабжения и теплоснабжения²⁶⁶.

В то же время и в рамках нормативного регулирования сферы теплоснабжения имеются существенные недостатки, связанные, в том числе, непосредственно с регламентацией содержания договора теплоснабжения. Так, в ч. 8 ст. 15 Закона о теплоснабжении сформулирован перечень требований к содержанию договора теплоснабжения. Одновременно с этим в п. 21 Правил организации теплоснабжения поименованы и перечислены существенные условия договора теплоснабжения.

Указанные перечни в своем содержании практически полностью состоят из повторяющихся положений, и в этой связи не совсем ясно, какова целесообразность закрепления повторяющихся друг друга перечней в различных нормативных актах. Безусловно, такой подход к юридической технике можно объяснить пунктом 7 ч. 8 ст. 15 Закона о теплоснабжении, в соответствии с которым сформулировано требование, что договор теплоснабжения должен определять иные существенные условия, предусмотренные Правилами организации теплоснабжения. Однако, как представляется очевидным, подобную законодательную конструкцию возможно сформулировать значительно проще.

Однако, данное несовершенство является несравнимо менее существенным, нежели ряд системных противоречий, описанных ранее. Представляется очевидным, что существующий массив разрозненных норм, затрагивающих вопросы регулирования энергоснабжения в целом и теплоснабжения в частности, нуждается в совершенствовании и должен быть систематизирован как на уровне специального закона, определяющего основы энергоснабжения, так и на уровне гражданского законодательства в части обособления договоров энергоснабжения, выделения их разновидностей и установлений общих норм, которые в последующем будут конкретизированы на уровне специальных нормативных актов (как в случае с Законом о теплоснабжении).

Предполагается, что договор энергоснабжения как конструкция в своей сущности, несмотря на ряд терминологических пробелов на уровне специального законодательства, выступает целостной и вполне логичной конструкцией, включающей в себя все виды энергии, поставляемой потребителю через присоединенную сеть.

По этой причине представляется целесообразным внести следующие изменения в действующее законодательство:

1. Закрепить на уровне законодательства общие понятия энергии и энергоснабжения как системообразующие категории для сферы регулирования энергетической отрасли в целом (возможно, посредством принятия специального закона, определяющего основы энергоснабжения в Российской Федерации).

2. Выделить в структуре Гражданского кодекса РФ договор энергоснабжения как самостоятельный от договоров купли-продажи вид договоров, поименовать его разновидности (договор теплоснабжения, газоснабжения, и др.).

3. Систематизировать положения в Законе о теплоснабжении и Правилах организации теплоснабжения, которые фактически дублируют друг друга по содержанию.

²⁶⁶ Чибис А.В. Договор теплоснабжения и смежные с ним договоры // Гражданское право. 2010. № 2. С. 41-43.

Библиографический список:

1. Блинкова, Е.В. Гражданско-правовое регулирование снабжения товарами через присоединенную сеть: теоретико-методологические и практические проблемы единства и дифференциации: диссертация ... доктора юридических наук: 12.00.03 / Всерос. гос. налоговая акад. Мин-ва финансов РФ. - Москва, 2005. - 360 с.
2. Головкина, Д.В. Понятие договора теплоснабжения и его место в системе гражданско-правовых договоров / Д. В. Головкина // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2014. – № 1. – С. 86-97.
3. Чибис, А.В. Договор теплоснабжения в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Волгогр. акад. МВД России. - Волгоград, 2006. - 185 с.
4. Чибис, А.В. Договор теплоснабжения и смежные с ним договоры / А.В. Чибис // Гражданское право. 2010. – № 2. – С. 41-43.
5. Шведкова, О.В. Энергия как объект договорных отношений: к вопросу о понятии и правовой природе / О.В. Шведкова // Журнал российского права. 2016. – № 7 (235). – С. 52-57.

К. А. Федулова

*Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики» в г. Санкт-Петербурге
магистратура, образовательная программа
«Гражданское и коммерческое право», I курс*

*Научный руководитель: О. А. Мельниченко
старший преподаватель кафедры гражданского
права и процесса, магистр юриспруденции
Юридического факультета Национального исследовательского
университета «Высшая школа экономики» в г. Санкт-Петербурге*

ПОНЯТИЕ И УСЛОВИЯ ДОГОВОРА О БРОКЕРСКОМ ОБСЛУЖИВАНИИ

Предметом исследования статьи является анализ норм российского законодательства о понятии и условиях договора о брокерском обслуживании с целью их наиболее полного определения. Данная договорная конструкция прямо не урегулирована в ГК РФ, и автор приходит к выводу о намеренной обособленности договора о брокерском обслуживании. Его единственным существенным условием является предмет, то есть перечень сделок брокера с финансовыми инструментами на фондовом рынке. При этом отношения сторон брокерского договора основаны на принципах последовательности исполнения поручений клиента, отчётности брокера, предоставления информации клиенту и приоритета интересов клиента.

Ключевые слова: договор, брокерское обслуживание, фондовый рынок, инвестиции, частный инвестор, брокер, Гражданский кодекс РФ, Федеральный Закон о рынке ценных бумаг.

К. А. Fedulova

DEFINITION AND CONDITIONS OF A BROKERAGE AGREEMENT

The subject of the article is the analysis of the provisions of Russian law on the definition and conditions of a brokerage agreement in order to determine it in a proper way. This contract is not directly regulated by Russian Civil Code, and the author concludes that brokerage agreement has been intentionally separated. Its only essential term is the subject that is the list of broker's operations with financial instruments on the stock market. At the same time, the parties to a brokerage agreement interact on the basis of the principles of sequence of execution of the client's instructions, broker's reporting, availability of the information to the client and the priority of the client's interests.

Key words: contract, brokerage, stock market, investment, private investor, broker, Civil Code of the Russian Federation, Federal Law on Securities Market.

Культура частного инвестирования существенно различается от государства к государству – в то время, как для жителей некоторых западных стран инвестирование свободных денежных средств является нормой и полноценной частью их повседневной жизни, граждане иных

государств относятся к финансовым рынкам настороженно, опасаясь характерной для ценных бумаг нестабильности и связанных с этим рисков. В силу разных причин Россия относится именно к последней из описанных категорий, и инвестиционная активность россиян только начинает формироваться. Так, согласно информационно-аналитическому отчёту Банка России за 2020 год, количество клиентов на брокерском обслуживании в 2020 году выросло в 2,3 раза, то есть до 9,9 миллиона человек²⁶⁷.

В этой связи российские кредитные организации, такие как Сбербанк, Тинькофф Банк, ВТБ24, Росбанк и иные, стараются захватить образующуюся тенденцию, предлагая не только курсы по финансовой грамотности и основам инвестирования²⁶⁸, но и посредничество на фондовой бирже через заключение договора о брокерском обслуживании (далее также – «брокерский договор») или открытие индивидуального инвестиционного счета.

Мотивируя такие предложения формированием пассивного дохода, возможностью приумножить свободные денежные средства и минимальным порогом для входа на фондовый рынок, указанные кредитные организации способствуют изменению отношения российских граждан к ценным бумагам и «игре на бирже».

Однако на данном этапе возникает вопрос об актуальности правового регулирования соответствующих правоотношений в Российской Федерации и готовности законодательства, при необходимости, перестраиваться под нужды гражданского оборота.

Понятие брокерского договора не упоминается в российском гражданском кодексе (далее – «ГК РФ»), а законодательное регулирование данных договоров полностью закреплено в Федеральном законе от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» (далее – «Закон о рынке ценных бумаг»).

Согласно статье 3 указанного Закона, под брокерской деятельностью понимается «деятельность по исполнению поручения клиента (в том числе эмитента эмиссионных ценных бумаг при их размещении) на совершение гражданско-правовых сделок с ценными бумагами <...>, осуществляемая на основании возмездных договоров с клиентом (далее – договор о брокерском обслуживании)». Деятельность по заключению договоров, являющихся производными финансовыми инструментами, также признается брокерской согласно данной статье Закона о рынке ценных бумаг.

Отметим, что до 3 января 2003 года – даты окончания действия редакции №4 Закона о рынке ценных бумаг – в Законе содержалось иное понятие брокерской деятельности: под ней понималось «совершение гражданско-правовых сделок с ценными бумагами в качестве поверенного или комиссионера, действующего на основании договора поручения или комиссии, а также доверенности на совершение таких сделок при отсутствии указаний на полномочия поверенного или комиссионера в договоре»²⁶⁹. Однако уже в следующей редакции Закона брокерской признавалась «деятельность по совершению гражданско-правовых сделок с ценными бумагами от имени и за счёт клиента <...> или от своего имени и за счёт клиента на основании возмездных договоров с клиентом»²⁷⁰.

Безусловно, наблюдается уход законодателя от определения конкретного вида договора о брокерском обслуживании. В целом, термин «договор о брокерском обслуживании» появился в Законе о рынке ценных бумаг только в редакции Закона №58 от 29.06.2015²⁷¹, когда в Законе впервые появилось идентичное нынешнему определение брокерской деятельности.

Тем не менее, как из более ранних, так и из действующего определения брокерской деятельности следуют несколько характерных ей особенностей.

²⁶⁷ Официальный сайт Банка России [Электронный ресурс]: Информационно-аналитический материал Банка России «Обзор ключевых показателей профессиональных участников рынка ценных бумаг № 4». URL: https://www.cbr.ru/Collection/Collection/File/32068/review_secur_20.pdf (дата обращения – 28.04.2021).

²⁶⁸ Журнал Тинькофф [Электронный ресурс]: курс по основам инвестирования. URL: <https://journal.tinkoff.ru/pro/invest/> (дата обращения – 31.03.2021).

²⁶⁹ «О рынке ценных бумаг» [Электронный ресурс]: федер. закон от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ. Редакция № 4 от 07.08.2001 (начало действия редакции – 01.02.2002). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁷⁰ Там же. Редакция № 5 от 28.12.2002 (начало действия редакции – 04.01.2003).

²⁷¹ Там же. Редакция № 58 от 29.06.2015 (начало действия редакции – 01.07.2015).

Во-первых, чётко прослеживается посреднический характер деятельности брокера²⁷², поскольку клиент не может самостоятельно исполнять поручаемые брокеру сделки. Именно брокер, обладая статусом профессионального участника рынка ценных бумаг и действуя на основании лицензии, является посредником и обеспечивает клиенту доступ на фондовый рынок, исполняя принятые поручения.

Данная позиция подтверждается и исследователями: так, по мнению З. А. Почежерцевой, М. Г. Холкиной и Г. Н. Шевченко, сущностью брокерской деятельности является оказание посреднических услуг – «это разновидность агентского правоотношения со специальным субъектным составом, предметом и особенностями содержания»²⁷³. И хотя не все правоведы согласны с квалификацией брокерского договора через призму именно агентских отношений – некоторые настаивают на том, что данный договор является договором поручения²⁷⁴, другие соглашались с его моделью в качестве договора комиссии²⁷⁵, посредническая природа договора о брокерском обслуживании не ставится под сомнение юридическим сообществом.

Во-вторых, изначально определена строгая зависимость действий брокера от воли клиента: основная обязанность брокера – это исполнение поручений, данных клиентом на совершение сделок с ценными бумагами.

В-третьих, прямо закреплён гражданско-правовой характер сделок, совершаемых брокером с ценными бумагами.

В-четвертых, установлено требование о возмездном характере договора о брокерском обслуживании, из которого, тем не менее, не следует существенность условия брокерского договора о цене и незаключённость договора в случае несогласования данного условия. При отсутствии условия о цене необходимо руководствоваться положениями пункта 3 статьи 424 ГК РФ об оплате исполнения договора по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные услуги. Однако судебной практики, подтверждающей указанный подход, нами обнаружено не было²⁷⁶. При этом, определение цены оказания брокерских услуг по пункту 3 статьи 424 ГК РФ представляется нам достаточно легко достижимой задачей, поскольку на сегодняшний день большинство брокеров размещают информацию о тарифах и стоимости оказания их услуг в открытом доступе – на сайтах в сети «Интернет»²⁷⁷. В связи с этим, цену за оказание аналогичных услуг при правильном определении конкретной услуги брокера установить, на наш взгляд, не сложно.

Таким образом, исходя из представленного понятия и особенностей брокерской деятельности можно вывести следующее легальное определение договора о брокерском обслуживании – это возмездный договор, заключаемый между брокером и клиентом, на основании которого брокер исполняет поручения клиента на совершение гражданско-правовых сделок с ценными бумагами.

Существенными условиями такого договора являются:

- условие о предмете договора, то есть определённый вид брокерской деятельности и (или) перечень конкретных сделок, брокерских услуг;
- условия, в отношении которых согласно абзацу второму пункта 1 статьи 432 ГК РФ должно быть достигнуто соглашение по заявлению одной из сторон.

²⁷² Голубков А. А. Профессиональная деятельность на рынке ценных бумаг // Закон. Рынок ценных бумаг. 1997. № 6. С. 28; Кирилловых А.А. Профессиональная деятельность и организация торговли на рынке ценных бумаг: вопросы правового регулирования // Законодательство и экономика. 2014. № 8. С. 34.

²⁷³ Почежерцева З.А., Холкина М.Г., Шевченко Г.Н. Комментарий к Федеральному закону от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» (постатейный). Комментарий к статье 3 Закона, «Понятие и виды брокерской деятельности». С. 29-30.

²⁷⁴ Шеленков С.Н. Судебная практика о спорах, связанных с ценными бумагами [Электронный ресурс] // Законодательство и экономика. 2001. № 12. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения – 29.04.2021); Гуцин А., Гуцин В. Правовое регулирование брокерской деятельности на фондовом рынке ценных бумаг. Право и экономика. 2004. № 7. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения – 29.04.2021).

²⁷⁵ Гонгало Б.М. Гражданское право: учебник: в 2 т. М., 2018. Т. 2. 560 с. Глава 46, параграф 2, пункт 1.

²⁷⁶ В пример упоминания пункта 3 статьи 424 ГК РФ можно привести только: Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 24.12.2018 по делу № А57-10221/2018 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения – 25.04.2021).

²⁷⁷ Официальный сайт АО «Открытие Брокер» [Электронный ресурс]: договор на брокерское обслуживание АО «Открытие Брокер», раздел «Тарифы», Приложение № 3 к Договору. URL: <https://open-broker.ru/documents/dokumenty/dogovor-na-brokerskoe-obluzhivanie/> (дата обращения – 31.03.2021).

Относить к существенным иные условия брокерского договора мы считаем нецелесообразным и не основанным на положениях законодательства.

Сторонами брокерского договора являются брокер и клиент. К договору о брокерском обслуживании, безусловно, применяются требования Закона о рынке ценных бумаг непосредственно к деятельности брокера, то есть на стороне брокера существует определенный перечень обязанностей, связанный с его статусом и спецификой деятельности на рынке ценных бумаг: к примеру, обязанность исполнять принятые поручения в определенной последовательности.

Однако нам представляется более логичным изложить данные обязанности в виде принципов, на которых базируется брокерская деятельность в целом и, в частности, деятельность брокера при взаимодействии с клиентом по договору.

В первую очередь к таким руководящим началам деятельности брокера необходимо отнести принципы добросовестности и разумности, закреплённые в абзацах втором и третьем пункта 2 статьи 3 Закона о рынке ценных бумаг. Данные принципы подразумевают обязанность брокера, во-первых, принимать все разумные меры, направленные на исполнение поручения клиента, а во-вторых, исполнять такие поручения добросовестно.

Учитывая отсутствие специальных указаний относительно понятий разумности и добросовестности в Законе о рынке ценных бумаг, в данной части необходимо руководствоваться положениями пункта 3 статьи 1 и статьи 10 ГК РФ и разъяснениями, данными в пункте 1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25²⁷⁸, согласно которым при оценке добросовестности действий лица в гражданском обороте необходимо исходить из поведения, «ожидаемого от любого участника гражданского оборота», который учитывает права и законные интересы контрагента, содействует ему, в частности, в получении необходимой информации.

Другим принципом взаимодействия брокера и клиента является принцип последовательности исполнения поручений клиента, отражённый в абзаце первом пункта 2 статьи 3 Закона о рынке ценных бумаг, который проистекает из характерной договорам о брокерском обслуживании зависимости действий брокера по совершению сделок с ценными бумагами от воли клиента. Согласно положениям указанной статьи, брокер обязан совершать действия, направленные на исполнение поручений клиентов, «в той последовательности, в какой были приняты такие поручения».

Кроме того, брокер обязан предоставлять клиенту отчёт, который должен в обязательном порядке содержать информацию о цене каждой из совершённых сделок и расходах, произведённых брокером для исполнения поручений клиента, в связи с чем представляется правильным выделять принцип отчётности брокера перед клиентом о совершённых с ценными бумагами сделках. На практике данные отчёты формируются, как правило, автоматически. Так, к примеру, в инвестиционном приложении АО «Тинькофф Банк» для мобильного телефона «Инвестиции» для клиентов выделен специальный раздел – «Отчёты», в котором автоматически формируются и предоставляются в любой удобный клиенту момент следующие документы:

- Налоговый отчёт,
- Брокерский отчёт,
- Депозитарный отчёт,
- Справка об активах,
- Справка о доходах за пределами РФ.

Законом о рынке ценных бумаг (пункт 2.4 статьи 3 Закона) также предусмотрена информационная обязанность брокера, которую можно трансформировать в принцип предоставления клиенту, не являющемуся квалифицированным инвестором, до принятия его поручений информации:

- о ценах спроса и предложения ценных бумаг либо об иных обстоятельствах, информация о которых необходима в силу характера сделки;
- о расходах, возмещаемых клиентом брокеру в связи с исполнением поручений клиента, а также о размере вознаграждения брокера или порядке его определения (комиссия, взимаемая брокером за совершение сделки).

²⁷⁸ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения – 25.04.2021).

Наконец, в рассматриваемых договорах крайне важным является принцип приоритета интересов клиента перед интересами брокера. Под данным принципом понимается не только обязанность брокера исполнять принятые поручения на наиболее выгодных для клиента условиях, закреплённая в абзаце третьем пункта 2 статьи 3 Закона о рынке ценных бумаг, но и запрет на получение брокером дополнительной выгоды при исполнении поручения клиента на более выгодных, чем указанные, условиях. Последнее правило, однако, является диспозитивным, поскольку стороны договора о брокерском обслуживании вправе установить особый порядок распределения дополнительной выгоды.

Мы не считаем целесообразным специально выделять принцип законности деятельности брокера, однако заметим, что в силу положений Закона о рынке ценных бумаг брокер вправе «не подчиниться» воле клиента при исполнении поручений последнего в случае, если исполнение такого поручения приведёт к нарушению федеральных законов, актов Банка России или базовых стандартов, разработанных саморегулируемой организацией, объединяющей брокеров – данное право осуществляется посредством уведомления брокера об отказе в исполнении поручения клиента. Такое исключение из принципа приоритета интересов клиента и идеи зависимости действий брокера от воли клиента является совершенно обоснованным, независимо от правовой квалификации договора о брокерском обслуживании.

Таким образом, к принципам деятельности брокера в рамках договора о брокерском обслуживании можно отнести принципы разумности и добросовестности, последовательности исполнения поручений клиента, отчётности брокера, предоставления информации клиенту и приоритета интересов клиента.

Отметим, что Законом о рынке ценных бумаг используется не только понятие «поручения», данного клиентом брокеру, но и «указания», данного во исполнение поручения. Указанная терминология идентична положениям главы 49 ГК РФ «Поручение»: так, в силу статьи 973 ГК РФ поверенный обязуется исполнять данное ему поручение согласно указаниям доверителя, которые должны быть правомерными, конкретными и осуществимыми.

Дача таких указаний в рамках договора о брокерском обслуживании, также как и в рамках договора поручения согласно ГК РФ, есть право, но не обязанность клиента, и при их отсутствии брокер действует с учётом всех обстоятельств, имеющих значение для исполнения соответствующего поручения, включая срок исполнения сделки, её цену, расходы на её совершение и исполнение обязательств по ней, риск неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств третьим лицом.

Дача поручений брокеру, в целом, также является правом клиента, и понудить его к такому действию брокер не может. Однако такие поручения, в действительности, являются сутью любого договора о брокерском обслуживании, который заключается ради них. Клиент во взаимоотношениях с брокером в рамках брокерского договора вправе не только давать поручения, но и требовать предоставления брокером информации о ценных бумагах и производных финансовых инструментах, а также представления отчётов о совершенных во исполнение поручений сделках. Наконец, клиент обязан принять исполненное по договору и оплатить деятельность брокера в соответствии с условиями договора о брокерском обслуживании.

Таким образом, договор о брокерском обслуживании есть возмездный, взаимный, консенсуальный договор, сторонами которого являются брокер и клиент, и на основании которого брокер исполняет поручения клиента на совершение гражданско-правовых сделок с ценными бумагами.

При этом, взаимодействие сторон в силу статьи 3 Закона о рынке ценных бумаг основывается на общегражданских принципах разумности и добросовестности, а также специальных принципах последовательности исполнения поручений клиента, отчётности брокера, предоставления информации клиенту и приоритета интересов клиента.

Библиографический список:

1. Голубков, А. Профессиональная деятельность на рынке ценных бумаг / А. Голубков // Закон. Рынок ценных бумаг. – 1997. – № 6. – С. 27–31.

2. Гуцин А., Гуцин В. Правовое регулирование брокерской деятельности на фондовом рынке ценных бумаг [Электронный ресурс] / А. Гуцин, В. Гуцин // СПС «Консультант Плюс» - Режим доступа:

<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&ts=uzB3fbS0MjIxNlyE1&cacheid=1B169D8990ED893FC334E6D00A0A2F1D&mode=splus&base=PBI&n=2818#J2D3fbSB5eHY8lc4>

3. Гражданское право: учебник: в 2 т. / О.Г. Алексеева, Е.Р. Аминов, М.В. Бандо и др.; под ред. Б.М. Гонгалло. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Статут, 2018. Т. 2. – 560 с.

4. Журнал Тинькофф [Электронный ресурс]: курс по основам инвестирования [сайт]. – Режим доступа: <https://journal.tinkoff.ru/pro/invest/>.

5. Кирилловых А.А. Профессиональная деятельность и организация торговли на рынке ценных бумаг: вопросы правового регулирования / А.А. Кирилловых // Законодательство и экономика. – 2014. – № 8. – С. 33–38.

6. Официальный сайт АО «Открытие Брокер» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://open-broker.ru/documents/dokumenty/dogovor-na-brokerskoe-obslyuzhivanie/>.

7. Официальный сайт Банка России [Электронный ресурс]: Информационно-аналитический материал Банка России «Обзор ключевых показателей профессиональных участников рынка ценных бумаг № 4» [сайт]. – Режим доступа: https://www.cbr.ru/Collection/Collection/File/32068/review_secur_20.pdf.

8. Почежерцева З.А., Холкина М.Г., Шевченко Г.Н. Комментарий к Федеральному закону от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» (постатейный) [Электронный ресурс] / З.А. Почежерцева З.А., М.Г. Холкина, Г.Н. Шевченко // СПС «КонсультантПлюс» - Режим доступа: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=CMB&n=17619#Ohi1fbSozb6Kix1G1>.

9. Шеленков С.Н. Судебная практика о спорах, связанных с ценными бумагами / С.Н. Шеленков [Электронный ресурс] / С.Н. Шеленков // СПС «Консультант Плюс» - Режим доступа: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&ts=W6JKfbS4sHO9AqJo&cacheid=B268F2A8DD279AC2FFE86606B29418F7&mode=splus&base=CJI&n=5008#IgJKfbSgP6uUb5tG>.

В. С. Щербакова

Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, бакалавриат, направление подготовки (специальность) «Юриспруденция», II курс

Д. И. Роев

Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, бакалавриат, направление подготовки (специальность) «Юриспруденция», II курс

Научный руководитель: А. В. Таркинская

старший преподаватель кафедры правоведения

Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ДОГОВОРА АРЕНДЫ ЗДАНИЙ И СООРУЖЕНИЙ

Цель – исследование спорных вопросов в сфере реализации договоров связанных с арендой зданий и сооружений. В ходе анализа были сделаны следующие выводы: здания и сооружения – это самостоятельные, искусственно возведенные, завершенные строительством, привязанные к определенному земельному участку и имеющие прочную связь с землей, не позволяющей переместить их без утраты целостности объекта. Основное отличие нанимателя от арендатора состоит в цели заключения договора и субъектном составе. Законодательно и на практике сложилась позиция, в соответствии с которой арендуя часть здания, арендатор заключает договор в отношении здания в целом, пусть и относится этот договор только к его части.

Ключевые слова: здание, сооружение, недвижимость, договор аренды, договор найма жилого помещения, арендатор, арендодатель.

V. S. Shcherbakova

D. I. Roev

FEATURES OF THE LEGAL REGULATION OF THE LEASE AGREEMENT OF BUILDINGS AND STRUCTURES

The purpose is to study controversial issues in the implementation of contracts related to the lease of buildings and structures. Conclusions: buildings and structures are independent, artificially erected, completed, tied to a certain land plot and have a strong connection with the land, which does not allow them to move without losing the integrity of the object. The difference between the user of living space and the tenant is the purpose of the contract and the subject composition. There is a position according to which, when renting a part of a building, the lessee enters into a contract with respect to the building as a whole, even if this contract applies only to part of it.

Key words: building, construction, real estate, lease agreement, residential lease agreement, tenant, landlord.

Договор аренды зданий и сооружений является отдельным видом договора аренды в связи с наличием особенностей, связанных с объектом – здания и сооружения, которые требуют установления специальных правил. Правоотношения в сфере аренды зданий и сооружений регулируются специальными нормами, указанными в § 4 гл. 34 «Гражданского кодекса Российской Федерации (части второй)» от 26.01.1996 № 14-ФЗ²⁷⁹ (далее — ГК) или общими положениями об аренде (§ 1 гл. 34 ГК) или, при отсутствии предыдущих, иными общими положениями об аренде.

Здания и сооружения можно квалифицировать как объекты недвижимости по признакам неразрывной связи с землей и невозможности их перемещения без несоразмерного ущерба их назначению согласно п. 1 ст. 130 «Гражданского кодекса Российской Федерации (части первой)» от 30.11.1994 № 51-ФЗ (далее — ГК)²⁸⁰. Многие цивилисты полагают эту формулировку не корректной. Так Н. А. Сыродоев замечает: «На самом деле юридически происходит разрушение недвижимости на одном земельном участке и возникновение ее на другом. При государственной регистрации прав на недвижимое имущество (п. 2. ст. 609 ГК) эти обстоятельства никак нельзя обойти, все объекты недвижимости привязываются к конкретному земельному участку, а не вообще к земле. В ГК земельные участки называются в числе объектов недвижимости сами по себе, и как бы отдельно к недвижимости относится «все, что прочно связано с землей», то есть с землей вообще, а не с конкретным участком»²⁸¹. Но важно отметить, что данная формулировка неразрывной связи с землей позволяет ограничить сферу применения специальных правил об аренде зданий и сооружений (§ 4 гл. 34 ГК), выводя из неё, к примеру, ларьки и киоски.

По мнению В. Н. Литовкина, «здания и сооружения отличаются своей неподвижностью, фундаментальной привязкой к конкретному земельному участку, на котором они возведены, конструктивно рассчитаны на длительный срок эксплуатации, отдельные из них представляют высокую художественную ценность, особенно памятники истории, культуры и архитектуры, являющиеся уникальными объектами, на стоимость которых оказывает самостоятельное влияние и местонахождение земли под зданием и сооружением»²⁸².

Под зданиями обычно понимаются такие объекты, которые «дифференцируются на две большие взаимоисключающие противоположные группы: жилые и нежилые с двумя разными правовыми режимами использования»²⁸³.

Согласно мнению А. П. Сергеева: «Ответ на вопрос, в чем различие между зданием и сооружением, ГК не содержит. Однако можно сделать вывод, что здания предназначаются для постоянного нахождения в них людей с целью проживания или работы, сооружения же служат чисто техническим целям, люди в них находятся временно»²⁸⁴.

²⁷⁹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) [Электронный ресурс]: федер. закон от 26.01.1996 № 14-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996, № 5, ст. 410 (ред. ФЗ от 09.03.2021 № 33-ФЗ). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁸⁰ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) [Электронный ресурс]: федер. закон от 30.11.1994 № 51-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994, № 32, ст. 3301 (ред. ФЗ от 09.03.2021 № 33-ФЗ). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁸¹ Сыродоев Н.А. Регистрация прав на землю и другое недвижимое имущество // Государство и право. 1998. № 8. С. 91.

²⁸² Гражданское право России. Часть вторая: Обязательственное право. Курс лекций. С. 219.

²⁸³ Там же. С. 220.

²⁸⁴ Гражданское право: Учебник / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Ч. II. М, 1997. С.185.

Здание (сооружение) – любой искусственно возведенный на или под земельным участком объект, что связан с земельным участком и его перемещение без нарушения целостности невозможно. Владение и пользование такими объектами со стороны арендатора предполагает наличие у него определенных прав и в отношении земельного участка, на котором находится здание или сооружение (ст. 652, 653 ГК).

В связи с этим важно отметить, что указанные правила сформулированы применительно к двум ситуациям:

1. Если арендодатель здания или сооружения является собственником земельного участка, то встает вопрос о передаче в аренду и этого земельного участка.

2. Если земельный участок, на котором находится здание или сооружение, не принадлежит арендодателю на праве собственности, то к арендатору переходит на срок аренды здания (сооружения) право пользования частью земельного участка, занятой зданием (сооружением) и необходимой для использования его по назначению (п. 2 ст. 652 ГК).

В любом случае арендатор сохраняет за собой право пользования частью земельного участка и в результате его продажи другому лицу (ст. 653 ГК).

Подводя итог данному разделу стоит отметить характерные черты зданий и сооружений. Здания и сооружения – объекты: самостоятельные; искусственно возведенные; завершенные строительством; привязанные к определенному земельному участку; имеющие прочную связь с землей, не позволяющей переместить их без утраты целостности²⁸⁵.

Проблема аренды частей здания

Проблемной темой, о которой следует упомянуть в данной статье, является неопределённость правового положения частей арендуемого здания. Ситуации, когда арендатор получает право пользоваться конструктивными частями здания, вроде установки рекламных щитов на фасаде, небольших пристроек и других являются постоянными²⁸⁶.

Недвижимое имущество, предназначенное для проживания людей, не может сдаваться в аренду по правилам гл. 34 ГК, поскольку наем жилой недвижимости регулируется специальными нормами гл. 35 ГК и «Жилищным кодексом Российской Федерации» от 29.12.2004 № 188-ФЗ (далее – ЖК)²⁸⁷. Нормами, составляющими общие положения об аренде, регулируется аренда нежилых помещений, не являющихся самостоятельными зданиями и сооружениями²⁸⁸.

Предоставление по договору некоторых частей здания (сооружения) допускается постановлением Пленума ВАС РФ от 23.07.2009 № 64 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров о правах собственников помещений на общее имущество здания»²⁸⁹, где сказано, что закон не запрещает заключение договора аренды, стены или крыши здания для установки там рекламных щитов. В этом же постановлении указывается, что собственники общего имущества, по соглашению, имеют право сдавать часть здания.

В дополнение к этому можно упомянуть постановление Пленума ВАС РФ от 17.11.2011 № 73 «Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре аренды»²⁹⁰. Там в п. 9 говорилось, что ГК не ограничивает право заключить договор аренды, в рамках которого в пользование контрагенту предоставляется не целая вещь, а только ее конструктивный элемент. Если здание как объект недвижимости продолжает

²⁸⁵ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. – М.: «Статут», 2000. С. 352–502.

²⁸⁶ Рыбалов А.О. Здание или «общее имущество»? // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 2. С. 38–44.

²⁸⁷ Жилищный кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. закон от 29.12.2004 № 188-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2005, № 1 (ч 1), ст. 14 (ред. ФЗ от 09.03.2021 № 33-ФЗ). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁸⁸ Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. – 2-е изд., стереотип. – М.: Статут, 2011. С. 48.

²⁸⁹ «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров о правах собственников помещений на общее имущество здания» [Электронный ресурс]: постановление Пленума ВАС РФ от 23.07.2009 № 64 // Вестник ВАС РФ. 2009, № 9. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁹⁰ «Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре аренды» [Электронный ресурс]: постановление Пленума ВАС РФ от 17.11.2011 № 73 // Вестник ВАС РФ. 2012, № 1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

существовать, то и договоры по передаче в пользование крыши или стены заключаются в отношении этого здания в целом.

Однако, возможно ли, положение вещей, при котором отдельные части здания могли бы выступать как самостоятельные объекты права? Судебная практика опровергает такой подход: «несущие конструкции, лестничные марши, механическое, электрическое, санитарно-техническое и иное оборудование торгового центра сами по себе не являются самостоятельными объектами права собственности»²⁹¹.

Как тогда рассматриваются здания для более удобного правового регулирования в таком случае? Каков должен быть их правовой режим? По форме собственности здание находится в общей собственности. Благодаря этому, все собственники помещений и зданий будут обладают правом общей долевой собственности на него в целом²⁹². А значит их права собственности по отношению к своим помещениям внутри никак не будут нарушаться. По итогу арендатор документально владеет зданием целиком как объектом, но при этом арендует для использования лишь его отдельный структурный элемент²⁹³.

Отличие понятий арендатор и наниматель

Недвижимое имущество, предназначенное для проживания людей, не может сдаваться в аренду (гл. 34 ГК), поскольку наем жилой недвижимости регулируется специальными нормами гл. 35 ГК и ЖК. Нормами, составляющими общие положения об аренде, регулируется аренда нежилых помещений, не являющихся самостоятельными зданиями и сооружениями.

Согласно пунктам 2 и 3 ст. 288 ГК жилые помещения предназначены для проживания граждан – собственников, которые могут использовать их только для личного проживания или проживания членов семьи; жилые помещения могут сдаваться их собственниками на основе договора для проживания граждан; размещение собственником в принадлежащем ему жилом помещении предприятий, учреждений и организаций допускается только после перевода такого помещения в нежилое.

Использование жилых домов и жилых помещений исключительно для проживания граждан обеспечивается и судебно-арбитражной практикой. Так, в совместном постановлении Пленума Верховного Суда и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (п. 38)²⁹⁴ содержится разъяснение, согласно которому сделки, связанные с арендой (имущественным наймом), безвозмездным пользованием, а также иным, не связанным с проживанием граждан использованием организациями жилых помещений, которые не были переведены в нежилые в порядке, установленном жилищным законодательством, совершенные после введения в действие части 1 ГК, являются ничтожными.

Для регулирования правоотношений, связанных с предоставлением во владение и пользование граждан жилых помещений для проживания, законодателем используется конструкция самостоятельного гражданско-правового договора – договора найма жилого помещения (п. 1 ст. 671 ГК); поэтому возможность заключения гражданами договоров аренды жилых домов и иных жилых помещений исключается.

Юридическим лицам указанные объекты могут быть предоставлены во владение или пользование на основе договора аренды. Но права юридического лица в этом случае ограничиваются возможностью использовать объект аренды исключительно для проживания граждан (п. 2 ст. 671 ГК)²⁹⁵.

²⁹¹ Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда [Электронный ресурс]: от 11.04.2008 № 17АП-2020/2008-ГК по делу № А50-15886/2007 // документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁹² Рыбалов А. О. Здание или «общее имущество»? // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 2. С. 138–144.

²⁹³ Петрова Е. И. Статус элементов здания (сооружения) по договору аренды зданий и сооружений // Современные научные исследования и инновации. 2017. № 5 [Электронный ресурс]. URL: <https://web.snauka.ru/issues/2017/05/82543> (дата обращения: 23.04.2021).

²⁹⁴ «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» [Электронный ресурс]: Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 6, Пленума ВАС РФ № 8 от 01.07.1996 // Рос. газ. 1996, № 152. (ред. от 25.12.2018). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁹⁵ Брагинский М. И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. - М.: «Статут», 2000. С. 443.

Основные отличия аренды от найма:

Договор найма заключается только между физическими лицами; договор аренды – как с физическим, так и с юридическим лицом.

Для договора аренды возможно бессрочное заключение. В договоре найма предельная длительность передачи жилья в наем 5 лет (ст. 683 п. 1 ГК);

В наемном жилье могут проживать постоянно лица, указанные в договоре найма и несовершеннолетние дети (ст. 677, 679 и 680 ГК). Для имущества, арендуемого юр. лицом нет личностных ограничений для проживающих.

При наличии договора найма и по его истечении наниматель обладает особым правом преимущественного заключения договора с новым сроком (ст. 684 ГК). Арендатор также обладает преимущественным правом (ст. 621 ГК), но оно применимо, только при условии того, что арендатор исполняет свои обязательства перед арендодателем надлежащим образом (ст. 621 п. 1 и ст. 684 ГК).

По истечении договора аренды и в отсутствии заявленных намерений сторон о прекращении договорных отношений действие договора автоматически возобновляется без ограничения срока. При договоре найма – на ранее указанный в договоре срок и обе стороны имеют право расторгнуть его спустя 3 месяца²⁹⁶.

В соответствии с мнением, сложившимся в судебной практике ч. 2 ст. 30 ЖК: при разграничении понятий аренды и найма жилого помещения следует исходить прежде всего из того, что договор найма заключается в том случае, если жилое помещение предоставляется гражданину во владение и пользование для проживания в нем. А договор аренды (ст. 606 ГК) предусматривает предоставление во временное владение и пользование или во временное пользование любое недвижимое или движимое имущество для осуществления коммерческой деятельности. В связи с этим главными отличиями договора аренды от договора найма жилых помещений являются субъект возмездного владения и цели использования квартиры. При этом договор аренды жилого помещения заключается в простой письменной форме, и, если срок договора превышает 1 год, подлежит обязательной государственной регистрации, также как и договор найма²⁹⁷.

Таким образом наниматель – физическое лицо, берущее в наем имущество с целью проживания, арендатор же может выступать как в качестве физического, так и юридического лица, арендуемого имущество с целью осуществления коммерческой деятельности.

Библиографический список:

1. Брагинский, М.И. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский В. В. – М.: «Статут», 2000. – 800 с.
2. Гражданское право России. Часть вторая: Обязательственное право. Курс лекций. – 375 с.
3. Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. II. М, 1997. – 848 с.
4. Договор найма или аренды: какая разница. [Электронный ресурс] / Ассоциация по взаимодействию профессиональных риэлторов республики Башкортостан [сайт]. - Режим доступа: <https://avprrb.ru/articles/arenda-nedvizhimosti/dogovor-nauma-ili-arendy-kakaya-raznitsa/>.
5. Петрова, Е.И. Статус элементов здания (сооружения) по договору аренды зданий и сооружений [Электронный ресурс] / Е.И. Петрова // Электронный научно-практический журнал «Современные научные исследования и инновации». – Режим доступа: <https://web.snauka.ru/issues/2017/05/82543>.
6. // Современные научные исследования и инновации. 2017. № 5 [Электронный ресурс]. URL: <https://web.snauka.ru/issues/2017/05/82543> (дата обращения: 23.04.2021).
7. Трофимов, В.Н. Подборка судебных решений за 2019 год: Статья 30 «Права и обязанности собственника жилого помещения» ЖК РФ [Электронный ресурс] / В.Н. Трофимов // СПС

²⁹⁶ Договор найма или аренды: какая разница. [Электронный ресурс]. URL: avprrb.ru/articles/arenda-nedvizhimosti/dogovor-nauma-ili-arendy-kakaya-raznitsa/ (дата обращения: 11.05.2021).

²⁹⁷ Подборка судебных решений за 2019 год: Статья 30 «Права и обязанности собственника жилого помещения» ЖК РФ (В.Н. Трофимов). [Электронный ресурс]. URL: www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=PSR&n=62384#09580212361619851 (дата обращения: 11.05.2021).

«Консультант Плюс» - Режим доступа:
www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=PSR&n=62384#09580212361619851.

8. Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. – 2-е изд., стереотип. – М.: Статут, 2011 – 500 с.

9. Рыбалов А. О. Здание или «общее имущество»? / А. О. Рыбалов // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. – 2015. – № 2. – С. 38–44.

10. Сыродоев Н. А. Регистрация прав на землю и другое недвижимое имущество / Н. А. Сыродоев // Государство и право. – 1998. – № 8. – С. 91–95.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

М. И. Абзотова

*Санкт-Петербургский государственный университет,
бакалавриат, образовательная программа
«Юриспруденция», IV курс*

*Научный руководитель: И. И. Карандашов
к.ю.н., доцент кафедры международного права
Санкт-Петербургского государственного университета*

ЧАСТНЫЕ СТАНДАРТЫ В СВЕТЕ ПРАВА ВТО

Предметом исследования являются положения Соглашений ТБТ и SPS с целью правового анализа проблемы частных стандартов. Неопределенный правовой статус и отсутствие единого определения порождают вопросы как об их природе, так и ответственности государства за внедрение частного стандарта, негативно влияющего на международную экономику, резидентами этого государства. Всемирная торговая организация неоднократно предпринимала попытки решить эти проблемы, но они не принесли должного результата, что не позволяет окончательно решить вопросы о полномочиях Организации и размывает грань между добровольными частными и обязательными государственными стандартами.

Ключевые слова: частные стандарты, торговля, ответственность государства, соглашение по ТБТ, соглашение по SPS, полномочия, правовое регулирование.

М. I. Abzotova

PRIVATE STANDARDS IN THE WTO LAW

The subject of the article are the norms of the TBT Agreement and SPS Agreement for the purpose of legal analysis of the problem of private standards. The uncertain legal status and the lack of the definition raise questions about their nature and the responsibility of the state for implementation of private standards established by residents of this state and negatively impacting on the international economy. The World Trade Organization has repeatedly made attempts to solve these issues, but they have not produced the desired result. It does not allow to definitively decide the questions of the Organization's powers and blurs the line between voluntary private and mandatory public standards.

Kew words: private standards, trade, state responsibility, the TBT Agreement, the SPS Agreement, powers, legal regulation.

Международная торговля уже давно стала неотъемлемой частью международной экономики, оказывающей значительное влияние на ее развитие. После холодной войны произошло несколько экономических и технологических изменений, которые способствовали переходу от глобального продовольственного бизнеса, ориентированного на поставщиков, к глобальному бизнесу, ориентированному на покупателей. Это привело к тому, что после создания Всемирной торговой организации (далее – ВТО) в 1994 г. ранее добровольные международные стандарты стали де-факто обязательными. Кроме того, появление глобальных цепочек создания стоимости, координируемых крупными корпорациями, социальные проблемы, связанные с необходимостью более экологически устойчивых условий производства, потребность в экологически чистых продуктах, брендинг и маркетинг компаний для получения дополнительных преимуществ – все это привело к появлению такого экономического понятия как «частные стандарты».

С одной стороны, стандарты могут использоваться ведущими фирмами, например, в качестве средства координации согласованности требований, касающихся ресурсов, качества, условий труда и воздействия на окружающую среду. Также частные стандарты рассматриваются как средство восполнения пробелов в нормативных актах, например, в вопросах адекватной заработной платы или прав человека. С другой стороны, частные стандарты, использующиеся, например, как способ поддержки схем зеленой или биологической маркировки, и не имеющие научной и доказательной базы, влекут бесконтрольное размножение брендов и этикеток,

увеличение издержек производства и влияние на экспорт из развивающихся стран. Как следствие, это ставит под вопрос безопасность, равный доступ к рынкам и конкурентоспособность.

В качестве практического примера влияния частных стандартов на торговлю можно привести стандарт Nature Choice сети продовольственных магазинов Tesco или GLOBALG.A.P. Сертификат Tesco Nature Choice подтверждает высокое качество и экологичность продукции и относится к категории частных стандартов, установленных компаниями. Tesco занимает 30 процентов рынка Великобритании и значительные доли рынков других европейских стран²⁹⁸. Что касается частного стандарта GLOBALG.A.P., то наличие данного сертификата дает гарантию безопасности продуктов и является главным условием для закупаемой продукции у подавляющего большинства европейских супермаркетов.

Данный пример подтверждает необходимость правового регулирования, так как следование установленным компанией стандартам лишь в теории представляется добровольным, а на практике играет важную роль в получении доступа на рынок и ставит под сомнение конкурентоспособность компании в случае отказа.

Впервые термин «частный стандарт» был введен в июне 2005 г. в Комитете ВТО по санитарным и фитосанитарным мерам (далее – Комитет SPS) в связи с делом, возбужденным Сент-Винсентом и Гренадинами²⁹⁹. Несмотря на то, что до сих пор не существует международно-признанного определения этого термина, частные стандарты обычно относятся к любым требованиям, которые устанавливаются неправительственными организациями, включая оптовые или розничные магазины, национальные ассоциации производителей, группы гражданского общества или их комбинации³⁰⁰. Они содержат правила, в основном связанные с безопасностью пищевых продуктов, охраной окружающей среды, благополучием животных, справедливой торговлей, условиями труда, защитой прав человека и другими.

Помимо Комитета SPS вопросами стандартизации занимается также Комитет по техническим барьерам в торговле (далее – Комитет ТВТ), но в отношении технических стандартов производимой продукции. Основными целями Комитетов SPS и ТВТ и, соответственно, Соглашения по применению санитарных и фитосанитарных мер (далее – Соглашение SPS) и Соглашения по техническим барьерам в торговле (далее – Соглашение ТВТ) являются обеспечение недискриминации между товарами в зависимости от страны происхождения и недопущение создания искусственных барьеров в торговле.

После жалобы Сент-Винсента и Гренадин в 2005 г., когда впервые остро встал вопрос о правовом регулировании частных стандартов, Комитетом SPS была создана специальная рабочая группа, цель которой заключалась в урегулировании возникшей проблемы. Первоочередной задачей было принятие дефиниции, и членами группы неоднократно предпринимались попытки в этом направлении. Так, в том же году было предложено определение частных стандартов, как требований, связанных с безопасностью пищевых продуктов, жизнью или здоровьем животных или растений, разработанных [и] [и/или] применяемых [организациями, не являющимися правительствами] [неправительственными организациями]³⁰¹. Вторая попытка была предпринята в 2014 г.: частный стандарт, связанный с SPS, – это письменное требование или условие или набор письменных требований или условий, связанных с безопасностью пищевых продуктов, жизнью или здоровьем животных или растений, которые могут использоваться в коммерческих сделках и которые применяются неправительственной организацией, не осуществляющей государственные полномочия³⁰². Но ни в 2005, ни в 2014 гг. государства не смогли прийти к единогласному решению по принятию одного из этих определений. По мнению автора данной работы, причина разногласий заключалась в том, что развитым странам было бы выгоднее, если бы частные стандарты не попадали бы под действие права ВТО. Использование терминов «организации, не являющиеся правительствами» или «неправительственные организации» в определении частных стандартов привело бы к официальному наделению таких организаций полномочиями по

²⁹⁸ Tesco PLS: свободная энциклопедия Википедия. URL: <https://ru.qaz.wiki/wiki/Tesco> (дата обращения: 13.06.2021).

²⁹⁹ Thorstensen V., Weissinger R., Sun X. **Private standards – implications for trade, development, and governance** // International Centre for Trade and Sustainable Development. Geneva., 2015. P. 2.

³⁰⁰ Ibid.

³⁰¹ Mavroidis P.C., Wolfe R. *Private Standards and the WTO: Reclusive No More* // European University Institute. Italy., 2016. P. 12

³⁰² Ibid. P. 13

стандартизации. Как следствие, в соответствии со статьей 13 Соглашения SPS, у государства возникла бы обязанность по контролю за соблюдением ими положений Соглашения. Таким образом, отсутствие дефиниции создает неопределенность в возможности применения указанной выше нормы и, учитывая, что данная проблема так и не была решена Комитетом SPS, вопрос, подпадают ли частные стандарты под статью 13 Соглашения SPS остается открытым.

В отличие от Соглашения SPS, Соглашение ТВТ предусматривает два вида правил: технический регламент и стандарт. Согласно определению, данному в Приложении 1 Соглашения ТВТ, стандарт – это документ, утвержденный компетентным органом, который содержит предназначенные для общего и многократного использования правила, руководства или характеристики применительно к товарам или связанным с ними процессами и методам производства, соблюдение которых необязательно. Он может также включать или исключительно содержать требования к терминологии, обозначениям, упаковке, маркировке и этикетированию в той степени, в которой они применяются к товару, процессу или методу производства³⁰³. Необходимо отметить, что сам термин «частные стандарты» в Соглашении не используется. При этом термин «стандарт», используемый в Соглашении ТВТ, является противоположностью регламента в том смысле, что первый понимается как добровольный, а второй – как обязательный к исполнению акт.

В соответствии с Соглашениями ТВТ и SPS предметом регулирования ВТО являются стандарты, установленные международными органами по установлению технических регламентов и стандартов (Соглашение ТВТ), и стандарты, установленные международными и региональными организациями и их вспомогательными органами в отношении санитарного и фитосанитарного контроля, например, Комиссией «Кодекс Алиментариус» или Международным бюро по эпизоотии (Соглашение SPS). Помимо всего перечисленного, под действие права ВТО, в соответствии с пунктом 6 Приложения 1 Соглашения ТВТ, также подпадают стандарты, принятые государственными органами по стандартизации, а именно центральным правительством, министерствами, ведомствами и любыми другими органами, подчиненными правительству. Соглашение SPS не дает такого точного перечня, но статья 2 и статья 3 Соглашения предусматривают право членом на введение санитарных и фитосанитарных мер, соответствующих положениям Соглашения SPS и основанных на международных стандартах. Стандарты, устанавливаемые вышеназванными органами и организациями, являются обязательными в отличие от частных стандартов. Учитывая, что большинство организаций по стандартизации в странах Западной Европы и США являются частными, а не государственными, хотя некоторые из них признаются — посредством различных соглашений и в различных формах — правительствами соответствующих стран в качестве «национальных органов по стандартизации», использование термина «частный стандарт» представляется не совсем уместным. Кроме того, во многих других странах организации по стандартизации являются государственными структурами. Несмотря на это, подавляющее большинство разработанных такими организациями стандартов являются добровольными относительно их использования. Примером может служить Китай, национальный орган по стандартизации которого (Управление стандартизации Китая (SAC)) является государственным органом. Однако более 90 процентов национальных стандартов, публикуемых SAC, имеют статус «добровольных» стандартов³⁰⁴. Таким образом, в первом случае мы имеем дело с обязательными стандартами, разработанными частными компаниями, а во втором – государственными стандартами, являющимися добровольными, что противоречит логике данных выше определений.

Также, согласно п. 2 Приложения 1 Соглашения ТВТ, стандарты являются добровольными. Однако они могут носить обязательный характер в случае наличия ссылки в законодательстве или, например, соответствия требованиям, предусмотренным законодательством, когда, хотя частный стандарт и не становится обязательным, но становится средством удовлетворения юридических требований³⁰⁵. Таким образом, независимо от того, был ли стандарт разработан правительственным или неправительственным органом, указанные условия меняют его статус с

³⁰³ Соглашение по техническим барьерам в торговле: принято на Уругвайском раунде многосторонних торговых переговоров 15.04.1994 г: электрон. фонд правовых и нормативно-технических документов. URL: <https://docs.cntd.ru/document/902340084> (дата обращения: 13.06.2021)

³⁰⁴ Thorstensen V., Weissinger R., Sun X. **Private standards – implications for trade, development, and governance** // International Centre for Trade and Sustainable Development. Geneva., 2015. P. 4.

³⁰⁵ Ibid.

добровольного документа на обязательный. Это означает, что термин «частный» не вводит соответствующего различия между стандартами.

В качестве примера последнего вида частных стандартов можно указать коллективный национальный стандарт *Qualität Sicherheit*. Это ведущий частный стандарт, подтверждающий качество продукции в Германии. Сертификация *Qualität Sicherheit* неоднократно подвергалась критике, так как требования к выдаче сертификационного знака QS незначительно отличаются от требований законодательства для производства продуктов питания. То есть фактически результатом экзаменационного процесса является подтверждение соответствия товара применимому законодательству. Кроме того, согласно *Öko-Test*, знак QS превратился из знака доверия для потребителей в «важнейшую частную гарантию качества в отрасли», которую некоторые компании даже используют без самого знака³⁰⁶.

Как можно заметить, несмотря на тот факт, что, казалось бы, следование частным стандартам является личным выбором поставщика, зачастую такой выбор имеет последствия в том, что касается допуска к рынку. Таким образом, размывается граница между частными добровольными стандартами и обязательными «официальными» требованиями. Ситуация усугубляется различием во мнениях членов ВТО относительно понимания частных стандартов и нежеланием многих развитых стран урегулировать вопрос о частных стандартах на уровне этой организации. Одни считают, что разработка таких стандартов является только законной частной инициативой, другие настаивают на том, что Соглашение SPS переносит ответственность на правительства стран-импортёров за стандарты, установленные в их частных секторах. Представители, в основном развивающихся стран, утверждают, что эти стандарты не отвечают таким требованиям ВТО, как прозрачность и научная обоснованность санитарных и фитосанитарных мер, и являются в большей степени ограничивающими торговлю³⁰⁷. Автор работы поддерживает последнюю точку зрения, так как критерии качества и другие параметры распространяемых на рынке товаров устанавливаются обязательными государственными стандартами, в то время как частные стандарты служат для «отсеивания» конкурентов и увеличения влияния определенных компаний, а разнообразные маркировки экологичности продукта, не утвержденные правительством, не носят научной обоснованности, а служат очередным барьером для доступа на рынок и способом увеличения прибыли за счет поставщиков.

Правовое регулирование частных стандартов осуществляется на основе Кодекса добросовестной практики, приведенного в Приложении 3 Соглашения ТВТ и содержащего обязательные для соблюдения на территории члена ВТО положения применительно к разработке, утверждению и применению технических регламентов и стандартов. В соответствии со статьей 4 данного Соглашения, государства-члены ВТО должны обеспечить признание и соблюдение Кодекса добросовестной практики, центральными и местными правительственными и неправительственными органами по стандартизации. Необходимо отметить, что пункт 4.1 Соглашения указывает на тот факт, что признание или непризнание соответствующим органом Кодекса не влияет на обязанность государства-члена по контролю за его соблюдением. Кроме того, указанная выше норма предусматривает запрет на принятие государствами-членами Организации мер, которые прямо или косвенно требуют или поощряют такие органы по стандартизации действовать таким образом, который противоречит Кодексу надлежащей практики. Эти положения, наряду с требованием о недискриминации на рынке и запрете на использование стандартов как препятствия для международной торговли, закрепленными, в частности в преамбулах Соглашений ТВТ и SPS, являются общими для указанных документов.

Для определения степени ответственности государства необходимо разобрать термин «неправительственные органы по стандартизации». Учитывая, что он не определен в Соглашении ТВТ, автор работы обращается к более широкому термину «неправительственный орган», который дан в Приложении 1 к этому же Соглашению: орган, не являющийся центральным органом государственной власти или органом местного самоуправления, в том числе негосударственный орган, обладающий правовыми полномочиями по обеспечению исполнения технического регламента.

³⁰⁶Знак сертификации QS: свободная энциклопедия Википедия. URL: <https://deru.qaz.wiki/wiki/QS-Pr%C3%BCfzeichen> (дата обращения: 13.06.2021).

³⁰⁷ Вольф К. Частные стандарты и Комитет ВТО по санитарным и фитосанитарным мерам // Конф. ОИЕ. 2008. URL: <https://www.diabetes-ru.org/files/prodavcu-proizvoditelyu/Chastnye-standarty-i-Komitet.pdf> (дата обращения: 13.06.2021)

Таким образом, мы делаем вывод о том, что, если соответствующий орган не наделен полномочиями в сфере стандартизации, то государство не несет ответственности за его действия по внедрению частного стандарта. Данное утверждение означает, что, например, стандарт, установленный компанией Microsoft по собственной инициативе и возникший в результате доминирования этой компании на рынке программного обеспечения, может быть разработан независимо от правил, содержащихся в Соглашении ТВТ.

Группа экспертов Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ) считала, что деятельность, не осуществляемая государством, но которая может быть отнесена к нему, должна подпадать под сферу действия ГАТТ³⁰⁸. Главным в такой ситуации является вопрос о наличии стимула со стороны государства. Другими словами, привлечение государства к ответственности за внедрение частного стандарта определенной компанией становится возможным только при доказанности связи установления такого стандарта и политики этого государства. В противном случае ситуация определенно не будет охватываться правом ВТО.

Исходя из этого, можно заметить, что государства нередко пытаются манипулировать условиями торговли в соответствии со своими интересами. Так, например, правительство может делегировать полномочия путем стимулов или бездействия, оставляя пространство для деятельности негосударственных субъектов. В этом случае нарушаются положения Соглашений ТВТ и SPS о неприменении мер, которые прямо или косвенно требуют или поощряют неправительственные организации действовать в нарушение правил, установленных нормами, закрепленными в статье 13 Соглашения SPS и статье 4 Соглашения ТВТ. Акт бездействия также может являться политическим решением, и в этом случае государство-член, под юрисдикцией которого действует частный стандарт, нарушает требования о недискриминации на рынке и запрете на использование стандартов как препятствия для международной торговли, указанных в преамбуле, пункте 3 статьи 2, пункте 5 статьи 5 Соглашения SPS и преамбуле Соглашения ТВТ.

Таким образом, с учетом изложенного, мы приходим к выводу, что попытки Комитетов ВТО по созданию единого международного определения частных стандартов, пока не принесли должного результата. Однако, несмотря на это, есть все основания полагать, что на основании статьи 13 Соглашения SPS и пункта 4.1 статьи 4 Соглашения ТВТ государства-члены ВТО все же будут нести ответственность за внедрение частных стандартов в их юрисдикциях в случае, если они будут использоваться в качестве средства защиты определенных товаропроизводителей или поставщиков и если их внедрение происходит с согласия правительства или существует доказанная связь между внутренней политикой государства и действиями определенной компании по применению частного стандарта.

Библиографический список:

1. Arcuri, A. The TBT Agreement and private standards: research handbook on the WTO and Technical Barriers to Trade / A. Arcuri; ed. by T. Epps, M. Trebilcock. – Cheltenham., 2013. – 40 p.
2. Ehrich, M. The role of private standards for manufactured food exports from developing countries / M. Ehrich, A. Mangelsdorf. – Germany.: Elsevier. 2017. – 13 p.
3. Henson, S. Understanding the complexities of private standards in global agri-food chains / S. Henson, J. Humphrey // Journal of Development Studies. – 2010. – Vol. 46. – Режим доступа: <https://www.ids.ac.uk/files/dmfile/HensonHumphreyLeuvenOct08.pdf>
4. Hobbs, J.E. Public and private standards for food safety and quality: international trade implications / J.E. Hobbs. – Saskatoon. Canada.: The Eastey Centre Journal of International law and Trade policy. – 2010. – Vol. 11. – p.136-152.
5. Mavroidis P.C. Private standards and the WTO: reclusive no more / P.C. Mavroidis, R. Wolfe // EUI Working Paper. – Italy., 2016. – p. 1-27.
6. Suppan, S. The WTO Agreement on the application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS) / S. Suppan. – Institute for Agriculture and Trade Policy. 2005. – 20 p.
7. Thorstensen V. Private standards – implications for trade, development, and governance / V. Thorstensen, R. Weissinger, X. Sun // WEF/ICTSD, Task Force on Regulatory Systems Coherence. – Geneva., 2015. – 18 p.

³⁰⁸ Mavroidis P.C., Wolfe R. Private Standards and the WTO: Reclusive No More // European University Institute. Italy., 2016. P.17

Н. В. Заводовская
Санкт-Петербургский государственный университет,
бакалавр образовательной программы «Юриспруденция»,
Секретарь судебного заседания
13-го Арбитражного апелляционного суда РФ³⁰⁹

Научный руководитель: И. И. Карандашов
к.ю.н., доцент Кафедры международного права
Санкт-Петербургского государственного университета

КРИТЕРИИ ИДЕНТИФИКАЦИИ КОМПАНИЙ-КОНДУИТОВ В ПРАКТИКЕ АРБИТРАЖНЫХ СУДОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В законодательстве России и отечественной доктрине отсутствуют критерии идентификации компаний-кондуитов. Это затрудняет деятельность налоговых и правоохранительных органов, направленную на расследование преступлений и возмещение нанесенного государству ущерба. Автор изучил арбитражную практику российских судов и сформулировал признаки, по которым правоприменитель определяет компании-кондуиты.

Ключевые слова: компания-кондуит, офшоры, двойное налогообложение, уклонение от налогообложения, бенефициар, аффилированность, ОЭСР.

N. V. Zavadovskaya

IDENTIFICATION CRITERIA FOR CONDUIT COMPANIES IN THE PRACTICE OF COMMERCIAL COURTS OF THE RUSSIAN FEDERATION

There are no criteria for identifying conduit companies in the legislation of the Russian Federation and in Russian doctrine. This fact complicates the activities of tax and law enforcement agencies aimed at investigating crimes and restoring damage to the state. The author has studied the practice of Russian commercial courts and found out the criteria that they use to determine conduit companies.

Key words: conduit company, offshore, double taxation, tax evasion, beneficiary, affiliation, OECD.

В наши дни всё чаще возникают проблемы, связанные с офшорами, выражающиеся в неправильном исчислении размера налогов и сборов, неправомерной минимизации налогообложения и извлечении налоговых льгот. Организации, прикрываясь соглашениями об избежании двойного налогообложения, обходят налоговые системы государств, тем самым причиняя колоссальный ущерб их бюджетам. Офшорные зоны используются как площадка для отмывания доходов, и данная схема реализуется с помощью компаний-кондуитов.

В российском законодательстве не содержится определения понятия «компания-кондуит», и нет признаков, по которым такие компании идентифицируются. Деятельность компаний-кондуитов связана с нарушением налогового законодательства, и налоговым органам необходимо оперативно выявлять такие компании, но нет понимания, какую компанию можно признать кондуитом. По каждому случаю приходится обращаться в суд, что неудобно и неоперативно.

В российском законодательстве ситуация с офшорными зонами и компаниями-кондуитами плохо проработана. Существует Приказ Минфина России от 13.11.2007 № 108н³¹⁰, в котором поименованы государства и территории, на которых располагаются офшорные зоны. Опосредованное отношение к этому вопросу имеет Постановление Правительства РФ от

³⁰⁹ Работа над настоящей публикацией была начата до окончания автором обучения в Санкт-Петербургском государственном университете по образовательной программе бакалавриата «Юриспруденция» в 2020 году.

³¹⁰ Об утверждении Перечня государств и территорий, предоставляющих льготный налоговый режим налогообложения и (или) не предусматривающих раскрытия и предоставления информации при проведении финансовых операций (офшорные зоны) [Электронный ресурс]: приказ Минфина России от 13 ноября 2007 г. № 108н // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2007. № 50. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

24.02.2010 № 84³¹¹. Так, в п. 2 ст. 29 указанного постановления прямо написано об офшорной деятельности и офшорном доходе компании, а также в п. 1 ст. 29 указано, что в предоставлении льгот в соответствии с соглашением об избежании двойного налогообложения может быть отказано, если их предоставление может привести к злоупотреблению таким соглашением с точки зрения его целей. Кроме того, согласно п. 3 ст. 29, если юридическое лицо, являющееся резидентом Договаривающегося Государства, получает доход из источников в другом государстве, то преимущества соглашения не будут распространяться, если более 50 % участия в этом лице принадлежит прямо или косвенно любой комбинации одного или более лиц, не являющихся резидентами первого указанного Договаривающегося Государства. На этом список нормативно-правовых актов заканчивается.

Для понимания того, что собой представляет компания-конduit, обратимся к деятельности Организации экономического сотрудничества и развития (далее – ОЭСР) и доктрине. Хотя Россия так и не вступила в ОЭСР, но при разрешении споров российские суды обращаются к документам, разработанным ОЭСР.

Согласно ст. 10-12 Модельной конвенции по налогам на доход и капитал Организации экономического сотрудничества и развития (далее – Модельная конвенция ОЭСР)³¹² в редакции 1977 года³¹³, льгота или освобождение от налогообложения не предоставляется, если с экономической точки зрения оно создает выгоду лицу, которое не было уполномочено им воспользоваться и которое использовало компанию-кондуита в качестве посредника между собой и плательщиком дохода. Можно для наглядности провести аналогию с агентом или номинальным лицом, так как компания-конduit, хоть и является собственником активов, обладает узкими полномочиями и ограниченными правами и является администратором или фидуциарием (доверительным управляющим), действующим в чужих интересах, и не может считаться бенефициаром³¹⁴.

Согласно ст.ст. 10–12 Модельной конвенции ОЭСР в редакции 1977 года, бенефициар – это лицо, получающее выгоду от определенных действий и пользующееся реальной выгодой от владения, даже если формально право собственности на имущество принадлежит другому лицу. Компания-конduit, в свою очередь, это компания, созданная с целью применения схемы уклонения от налогообложения, при которой доход выплачивается компании-кондуиту и перераспределяется с использованием этой компании ее акционерами в виде дивидендов, процентов, роялти и т. п.

В ст.ст. 10–12 Модельной конвенции ОЭСР в редакции 1977 года содержится указание на то, что резиденты договаривающихся государств должны «владеть на праве бенефициарной собственности» дивидендами, процентами или роялти для целей применения пониженной ставки налога. Это значит, что должны быть исключены посредники, такие как номинанты, агенты и поверенные, которые могут находиться между плательщиком и конечным бенефициаром³¹⁵.

Существует понятие транзитных компаний-кондуитов, которые служат для транзита денежных средств, товаров или иных ценностей и прав, получаемых от других лиц, третьим лицам, как правило, в третьих юрисдикциях³¹⁶. Стране налоговой резиденции источника дохода

³¹¹ О заключении межгосударственных соглашений об избежании двойного налогообложения и о предотвращении уклонения от уплаты налогов на доходы и имущество [Электронный ресурс]: постановление Правительства РФ от 24 фев. 2010 г. № 84 // СЗ РФ. 2010. № 10. Ст. 1078. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³¹² Модельная конвенция по налогам на доход и капитал Организации экономического сотрудничества и развития [Электронный ресурс]: ИС Континент. URL: http://continent-online.com/Document/?doc_id=1018803 (дата обращения : 15.03.2020).

³¹³ Несмотря на то, что на данный момент действует редакция Модельной конвенции ОЭСР от 2017 года, суды в своих решениях ссылаются на более ранние редакции. Отличия в редакциях Модельной конвенции ОЭСР не имеют принципиального значения для целей настоящей статьи, так как не затрагивают определение и признаки компаний-кондуитов.

³¹⁴ Калашник Е. А. Термин «бенефициарный владелец» (beneficial owner) и его применение в контексте международных налоговых отношений // Налоговая политика и практика. 2013. № 10 (130). С. 77.

³¹⁵ Голишевский В. И. Понятие «бенефициарный собственник» в международной практике // Налоговая политика и практика. 2014. № 7. С. 73.

³¹⁶ Петров Ю. А. Оценка налоговой выгоды, возникающей при перемещении прибыли из России в офшоры, и обоснование мер по деофшоризации экономики // Российский экономический журнал. 2016. № 1. С. 40.

непросто доказать, что компания-кондуит не является бенефициарным владельцем. Тот факт, что ее ключевая функция сводится к владению активами или правами, еще не является достаточным основанием, чтобы считать компанию-кондуит простым посредником³¹⁷.

В большинстве случаев для идентификации компаний-кондуитов суды ссылаются на различные редакции Модельной конвенции ОЭСР и Комментарии ОЭСР к ней. Хотя правовым основанием применения этих документов для толкования международных соглашений об избежании двойного налогообложения является ст. 32 Венской конвенции о праве международных договоров (далее – Венская конвенция)³¹⁸, далеко не во всех случаях суды со ссылкой на нее обосновывают применение указанных выше документов³¹⁹.

Так, в Решении Арбитражного суда Кемеровской области от 13 октября 2016 года по делу № А27-20527/2015³²⁰ суд признал обоснованными доводы заявителя о том, что Россия не является участником Модельной конвенции ОЭСР и нет правовых оснований для применения её положений, однако оправдал ссылку налогового органа на Комментарии к ней, так как они не носят признаков норм международных договоров, а представляют собой разъяснения типовых положений международного права. Суд расценил Комментарии «как общепринятое в международной практике толкование норм международных соглашений об избежании двойного налогообложения, к которому присоединились ряд стран, не являющиеся членами ОЭСР, в том числе и Россия». При этом на ст. 32 Венской конвенции суд не сослался.

В Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 15.11.2011 № 8654/11³²¹, Модельная конвенция ОЭСР признана «рамочным документом, устанавливающим общие принципы и подходы к устранению двойного налогообложения».

В Решении Арбитражного суда Владимирской области от 17 января 2017 года по делу № А11-6602/2016³²² суд констатировал, что способ применения налогоплательщиком Соглашения с Республикой Кипр от 05.12.1998 является ненадлежащим в смысле, придаваемом ему Модельной конвенцией ОЭСР, Комментариями к ней. Таким образом, содержание международного договора суд определил, исходя из принципов, закрепленных в Модельной конвенции.

Обращаясь к Модельной конвенции ОЭСР и Комментариям к ней, суды часто обращают внимание на описываемую ситуацию: иногда юридические лица создаются в промежуточной стране с целями, отличными от использования преимуществ налоговых соглашений (например, с целью доступа на рынки капитала, извлечения выгоды от преимуществ по валютному регулированию, политической ситуации), что также влечет налоговые последствия. Таким образом, получение налоговой выгоды должно быть основной (но не обязательно единственной) целью, чтобы компания была признана компанией-кондуитом³²³.

³¹⁷ Калашник Е. А. Указ. соч. С. 78.

³¹⁸ Венской конвенции о праве международных договоров [Электронный ресурс]: принята ООН 23 мая 1969 г. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml (дата обращения: 16.03.2020).

³¹⁹ Согласно ст. 32 Венской конвенции «возможно обращение к дополнительным средствам толкования, в том числе (курсив авт.) к подготовительным материалам и к обстоятельствам заключения договора, чтобы подтвердить значение, вытекающее из применения статьи 31, или определить значение, когда толкование в соответствии со статьей 31: а) оставляет значение двусмысленным или неясным; или б) приводит к результатам, которые являются явно абсурдными или неразумными».

³²⁰ Решение Арбитражного суда Кемеровской области от 13 октября 2016 года по делу № А27-20527/2015 [Электронный ресурс] : Судебные и нормативные акты РФ (СудАкт). URL: <http://sudact.ru/> (дата обращения : 10.03.2020).

³²¹ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 15 ноября 2011 года по делу № 8654/11 [Электронный ресурс] : Судебные и нормативные акты РФ (СудАкт). URL: <http://sudact.ru/> (дата обращения: 10.03.2020).

³²² Решение Арбитражного суда Владимирской области от 17 января 2017 года по делу № А11-6602/2016 [Электронный ресурс] : Судебные и нормативные акты РФ (СудАкт). URL: <http://sudact.ru/> (дата обращения: 10.03.2020).

³²³ См., например: Решение Арбитражного суда г. Москвы от 11 июля 2016 года по делу № А40-442/15-39-2 [Электронный ресурс] : Судебные и нормативные акты РФ (СудАкт). URL: <http://sudact.ru/> (дата обращения: 10.03.2020).

Интересен тот факт, что на практике суды также оценивают утверждения налоговых органов о том, что та или иная компания является компанией-кондуитом, на предмет соответствия таких утверждений «документам ОЭСР»³²⁴, хотя последние не являются юридически обязательными.

Теперь рассмотрим подробнее выработанные арбитражной практикой критерии.

В Постановлении Арбитражного суда Московского округа от 17 мая 2019 года по делу № А40-66788/2018³²⁵ суд пришел к выводу о характере деятельности компании PGL (Республика Кипр) как компании кондуита, учитывая транзитный перевод данной компанией полученных средств в адрес компании SML (Гренадины), являющейся резидентом государства, не имеющего с Россией соглашения об избежании двойного налогообложения.

Также суд отметил следующие факты, которые служат основанием для постановки вопроса о «кондуитной» деятельности:

1) все документы составлялись самой компанией-кондуитом и относились либо к внутренним распорядительным документам, либо к документам, составление которых необходимо в целях составления отчетности для государственных органов. Они не являются доказательством осуществления именно самостоятельной предпринимательской деятельности;

2) со счетов компании не производились выплаты заработной платы. Уставом компании было предусмотрено поденное вознаграждение директоров, оплата проживания в гостиницах и прочие расходы, понесенные ими в связи с деятельностью Компании. Однако в выписках по счетам отсутствуют эти выплаты.

В Постановлении Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 5 декабря 2018 года по делу № А11-9880/2016³²⁶ рассматривалась ситуация с компанией Anadolu Cam Investment B.V., которая действовала в качестве холдинговой и инвестиционной компании, акционерами которой были турецкая и люксембургская компании. Конечным акционером была турецкая компания. При этом численность сотрудников составляла 0 человек. Было установлено, что единственным доходом компании были дивиденды, а основными активами – средства акционеров.

Суд оценил документы, подтверждающие расходы Anadolu Cam Investment B.V. по хозяйственным операциям, как шаблонные и абстрактные, противоречивые по сведениям о ценообразовании, месте и времени оказания услуг. Услуги по разным договорам часто дублировали друг друга. Суд вывел закономерность: выплаты иностранному контрагенту (в данном случае турецкой компании от компании Anadolu Cam Investment B.V.) были безвозмездными и соотносятся с нераспределенной прибылью за проверяемый период. Выплаты не соответствовали обычной практике налогоплательщика (в соглашении не было срока оплаты; выплата произведена через пять лет с момента составления акта оказания услуг).

В Постановлении Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25 октября 2018 года по делу № А50-9233/2018³²⁷ суд принял во внимание то, что компания Республики Кипр не являлась конечным получателем дивидендов и имела признаки технической компании: ее вовлечение в заявленные финансово-хозяйственные операции «сводилось исключительно к злоупотреблению правом и получением необоснованной налоговой выгоды в виде занижения налоговой ставки по налогу на прибыль до 10 %» и что фактические получатели дивидендов зарегистрированы на территории государств, отнесенных к оффшорной зоне с низкой налоговой нагрузкой и не раскрывающих информации о проведенных финансовых операциях резидентами. Суд также установил, что доход, полученный кипрской компанией, далее по цепочке юридических лиц перечислялся в пользу других юридических лиц, расположенных на Виргинских островах, то

³²⁴ См., например: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 26 января 2015 года по делу № А40-100177/13 [Электронный ресурс] : Судебные и нормативные акты РФ (СудАкт). URL: <http://sudact.ru/> (дата обращения : 10.03.2020). Под «документами ОЭСР» суд понимал документы ОЭСР, на которые ссылалась налоговая инспекция в данном споре. Скорее всего, здесь имелись в виду Модельная конвенция ОЭСР, Комментарий ОЭСР к ней, а также Доклад ОЭСР о компаниях-кондуитах.

³²⁵ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 17 мая 2019 года по делу № А40-66788/2018 [Электронный ресурс] : Судебные и нормативные акты РФ (СудАкт). URL: <http://sudact.ru/> (дата обращения: 10.03.2020).

³²⁶ Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 5 декабря 2018 года по делу № А11-9880/2016 [Электронный ресурс] : Судебные и нормативные акты РФ (СудАкт). URL: <http://sudact.ru/> (дата обращения : 10.03.2020).

³²⁷ Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25 октября 2018 года по делу № А50-9233/2018 [Электронный ресурс] : Судебные и нормативные акты РФ (СудАкт). URL: <http://sudact.ru/> (дата обращения : 10.03.2020).

есть лицам, которые «не имели бы льгот (пониженных ставок) по соответствующему договору об избежании двойного налогообложения, если бы такие доходы выплачивались напрямую такому лицу». На этих основаниях суд заключил, что кипрская компания являлась промежуточным звеном, то есть «технической» компанией, которая фактически не получала выгоду от полученного дохода и не определяла его дальнейшую судьбу.

В Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 26 декабря 2017 года по делу № А40-73573/17³²⁸ суд прямо перечислил признаки, по которым он определил, что перед ним компания-кондуит: компанией не велась финансово-хозяйственная деятельность, не связанная с получением дивидендов от другой компании; отсутствовали платежи, характерные для нормальной хозяйственной деятельности; отсутствовали трудовые ресурсы и материально-техническая база. Как следует из Постановления, при разрешении вопроса о том, обладает ли компания, зарегистрированная в Республике Кипр, самостоятельными полномочиями в отношении перечисляемого в ее адрес дохода, суд не принял во внимание тот факт, что в ходе деятельности этой компании имела место разовая операция (покупка привилегированных акций), поскольку «в рамках данной сделки Компания могла аналогичным образом действовать, исходя из интересов скрытых бенефициаров». Суд пришел к выводу, что наличие документов, подтверждающих совершение сделки по покупке привилегированных акций, при том, что имеются иные доказательства, свидетельствующие о несамостоятельности кипрской компании, не подтверждает наличие полномочий в отношении получаемого дохода.

В Постановлении Седьмого арбитражного апелляционного суда от 25 апреля 2017 года по делу № А27-16584/2016³²⁹ отмечено, что для признания в качестве фактического получателя дохода необходимо, чтобы лицо, обладающее правовыми основаниями для непосредственного получения дохода, было непосредственным выгодоприобретателем, и определяло дальнейшую экономическую судьбу дохода. В этом деле суд выявил следующую схему: имелась группа взаимосвязанных организаций и физических лиц, систематически осуществлявших предпринимательскую деятельность на взаимовыгодных условиях, и имевших длительные и устойчивые хозяйственно-финансовые отношения (одни и те же кредиторы и дебиторы). Они создавали видимость движения денежных потоков в крупных размерах, в то время как ни один из участников цепочки движения денег не мог осуществлять расходные операции, не получив предварительно на расчетный счет денежные средства от предыдущего участника схемы расчетов.

Решение Арбитражного суда г. Москвы от 11 июля 2016 года по делу № А40-442/15-39-2³³⁰ сильно отличается от других. В нем рассмотрен следующий интересный случай: Банк использовал компанию-кондуита для получения необоснованной налоговой выгоды (репатриация прибыли) в виде разницы между процентными доходами по межбанковским кредитам, выданным Банком акционеру, и процентными расходами Банка по еврооблигациям, уплаченным акционеру в связи с фондированием Банком владения акционером облигациями Банка (нетто разница между доходами и расходами 0.6 млрд. руб.). Иными словами, компания-кондуит владела еврооблигациями Банка (процентные ставки до 9%) при одновременном предоставлении Банком своему акционеру на систематической основе по низким ставкам краткосрочных межбанковских депозитов (по ставкам менее 1% годовых), по сути, финансируя акционера на владение еврооблигациями самого Банка с разницей в процентных ставках.

В Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 26 января 2015 года по делу № А40-100177/13³³¹ проанализирована позиция Минфина России, согласно которой в качестве кондуитной сделки была признана следующая схема: резидент государства-партнера по соглашению об избежании двойного налогообложения, получающий проценты по кредиту,

³²⁸ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 26 декабря 2017 года по делу № А40-73573/17 [Электронный ресурс] : Судебные и нормативные акты РФ (СудАкт). URL: <http://sudact.ru/> (дата обращения : 10.03.2020).

³²⁹ Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 25 апреля 2017 года по делу № А27-16584/2016 [Электронный ресурс] : Судебные и нормативные акты РФ (СудАкт). URL: <http://sudact.ru/> (дата обращения : 10.03.2020).

³³⁰ Решение Арбитражного суда г. Москвы от 11 июля 2016 года по делу № А40-442/15-39-2 [Электронный ресурс] : Судебные и нормативные акты РФ (СудАкт). URL: <http://sudact.ru/> (дата обращения : 10.03.2020).

³³¹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 26 января 2015 года по делу № А40-100177/13 [Электронный ресурс] : Судебные и нормативные акты РФ (СудАкт). URL: <http://sudact.ru/> (дата обращения: 10.03.2020).

предоставленному российскому лицу, перечисляет сумму процентов иному лицу, являющемуся резидентом государства, не имеющего соответствующего соглашения с Россией (или государства, соглашение с которым устанавливает менее льготные условия налогообложения процентов), поскольку денежные средства, предоставленные российскому лицу первым упомянутым иностранным резидентом в виде кредита (займа), были получены им самим от этого иного лица-резидента третьего иностранного государства.

В судах часто рассматриваются дела, связанные с отнесением процентов по долговым обязательствам перед иностранными компаниями в состав внереализационных расходов. Отметим, что суды усматривают в таких действиях офшорную деятельность. Например, в Решении арбитражного суда Ямало-Ненецкого автономного округа от 22 мая 2013 года по делу № А81-1195/2013³³² налогоплательщик отстаивал своё право отнести проценты по договорам займа на расходы в полном объеме. Суд установил, что размер контролируемой задолженности общества по долговым обязательствам перед иностранной компанией, доля участия которой в уставном капитале Общества составила 35%, более чем в 3 раза превышает собственный капитал Общества.

Подведем итог. Хотя в российском законодательстве отсутствует понятие «компания-конduit», оно активно используется в практике арбитражных судов.

Можно сделать вывод, что, с точки зрения российского правоприменителя, компания-конduit – это компания, используемая для перемещения дохода с целью уменьшения налоговых обязательств при операциях в сфере международных экономических отношений. Такие компании регистрируются в офшорных зонах, в юрисдикциях, имеющих международные договоры об избежании двойного налогообложения с государством, в котором находится источник выплаты. В последующем эти компании передают полученные доходы фактическим владельцам в третьих юрисдикциях, не имеющих международного договора об избежании двойного налогообложения с государством – источником дохода.

Объединим и перечислим все те критерии, которые выработала арбитражная практика для идентификации компаний-кондуитов:

- 1) компания не является фактическим получателем дохода (бенефициаром);
- 2) компания не является конечным выгодоприобретателем в отношении дохода;
- 3) компания не определяет дальнейшую судьбу дохода, не обладает самостоятельными полномочиями в отношении перечисляемого в ее адрес дохода;
- 4) компания не осуществляет в реальности хозяйственные операции и самостоятельную предпринимательскую деятельность;
- 5) компания не ведет иную финансово-хозяйственную деятельность, не связанную с получением дивидендов от другой компании;
- 6) у компании отсутствуют платежи, характерные для нормальной хозяйственной деятельности;
- 7) у компании отсутствуют трудовые ресурсы и материально-техническая база;
- 8) у компании номинальный массовый руководитель;
- 9) компания перечисляет все полученные дивиденды транзитом фирме, находящейся в офшорной зоне;
- 10) деятельность компании имеет технический характер;
- 11) со счетов компании не производятся выплаты заработной платы;
- 12) платежи компании носят безвозмездный характер, а также не соответствуют стандартному поведению участников гражданского оборота (например, оплата услуги спустя 5 лет);
- 13) документы компании шаблонные и абстрактные, противоречивые по сведениям о ценообразовании, месте и времени оказания услуг;
- 14) договоры компании по содержанию дублируют друг друга;
- 15) документы всегда составляются самой компанией-кондуитом и относятся либо к внутренним распорядительным документам, либо к документам, составление и формирование которых необходимо в целях составления отчетности для соответствующих государственных органов;
- 16) должностные лица компании руководят большим количеством организаций;

³³² Решение арбитражного суда Ямало-Ненецкого автономного округа от 22 мая 2013 года по делу № А81-1195/2013 [Электронный ресурс] : Судебные и нормативные акты РФ (СудАкт). URL: <http://sudact.ru/> (дата обращения: 10.03.2020).

- 17) отсутствие самостоятельности в действиях и решениях должностных лиц компании; номинальный характер управления компанией;
- 18) почти всю выручку компании составляют дивиденды;
- 19) компания не стремится к достижению реального экономического результата.

Таким образом, арбитражная практика уже выработала критерии для идентификации компаний-кондуитов. Российскому законодателю остается только отразить выработанные критерии в нормативно-правовых актах, а хозяйствующим субъектам – учитывать их с тем, чтобы используемые ими схемы налогового планирования оставались в рамках правовых норм.

Библиографический список:

11. Голишевский, В. И. Понятие «бенефициарный собственник» в международной практике / В. И. Голишевский, Е. Е. Хан // Налоговая политика и практика. – 2014. – № 7. – С. 73–79.

12. Калашник, Е. А. Термин «бенефициарный владелец» (beneficial owner) и его применение в контексте международных налоговых отношений / Е. А. Калашник // Налоговая политика и практика. – 2013. – № 10 (130). – С. 76–80.

13. Кравченко, И. В. Анализ действующей судебной практики по урегулированию налоговых споров между налоговыми органами и налогоплательщиками / И. В. Кравченко // Новая наука : теоретический и практический взгляд. – 2016. – № 117-1. – С. 70–73.

14. Петров, Ю. А. Оценка налоговой выгоды, возникающей при перемещении прибыли из России в офшоры, и обоснование мер по деофшоризации экономики / Ю. А. Петров, А. К. Карапетян // Российский экономический журнал. – 2016. – № 1. – С. 32–53.

Е. С. Калинина

*Сибирский федеральный университет, магистратура,
образовательная программа «Публичная власть: правовые
основы организации и деятельности», I курс*

ОГРАНИЧЕНИЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА ВО ВРЕМЯ ПАНДЕМИИ COVID-19: АСПЕКТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Вспышка коронавирусной инфекции (COVID-19) вынудила государств прибегнуть к радикальным мерам в целях предотвращения распространения вируса. Чрезвычайные меры, принятые государствами, затронули свободы и права людей, закрепленные в Европейской конвенции по правам человека. Нельзя не согласиться, что любые введенные ограничения в период пандемии являются вмешательством в права и свободы человека. Предметом исследования статьи является анализ ограничительных мер, а также был ли соблюден государствами баланс между законной целью и обременениями, которые претерпело лицо, чьи права были ограничены.

Ключевые слова: пандемия, права человека, Европейский суд по правам человека, ограничения, чрезвычайные меры, право на свободу, свобода передвижений, право на образование, право на частную жизнь.

E.S. Kalinina

COVID-19 RESTRICTIONS AND THE EFFECT ON INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

The outbreak of the COVID-19 pandemic has forced states to resort to strong measures to prevent the spread of the virus. Freedoms and rights of people were affected by the exceptional measures taken by States in accordance with the European Convention on Human Rights. Furthermore, any restrictions imposed during the pandemic are an interference with human rights and freedoms. The subject of this article is the analysis of restrictive measures and whether were it proportionate to the legitimate aim pursued.

Keywords: pandemic, human rights, European Court of Human Rights, restrictions, exceptional measures, right to freedom, freedom of movement, right to education, right to privacy.

Многие международные документы по правам человека предусматривают специальные нормы о чрезвычайном положении, которые позволяют государствам принимать различные меры, направленные на защиту здоровья граждан³³³. Например, статья 15 Европейской конвенции по правам человека (далее – *Конвенция*) является одной из норм, которая позволяет государствам-членам Совета Европы временно отклоняться от конвенционных обязательств.

Отступление от соблюдения обязательств в чрезвычайных ситуациях

Статья 15 Конвенции позволяет государствам-членам Совета Европы отступить от соблюдения своих обязательств в случае «войны или при иных чрезвычайных обстоятельствах». Таким образом, государства могут на законных основаниях принимать меры, которые при обычных обстоятельствах могли представлять собой нарушение Конвенции³³⁴. Помимо права государств отступать от обязательств Конвенции, статья 15 также устанавливает пределы усмотрения государств³³⁵. В частности, государства не могут отступать от положений статьи 2, статьи 3, пункта 1 статьи 4 и статьи 7 Конвенции, что гарантирует уважение основных прав и свобод человека. Данная статья играет важную роль в защите прав человека во время чрезвычайной ситуации, во время пандемии, поскольку она способствует достижению баланса между необходимостью принятия срочных мер и защиты основных прав человека³³⁶.

Во время пандемии данная статья имеет особое значение, поскольку Армения, Албания, Эстония, Грузия, Латвия, Северная Македония, Молдова, Румыния, Сербия и Сан-Марино уведомили о намерении отступить от некоторых положений Конвенции в целях борьбы с инфекцией.

Европейский суд по правам человека (далее – *ЕСПЧ*) определяет «иные чрезвычайные обстоятельства» как «исключительную кризисную или чрезвычайную ситуацию, которая затрагивает все население и представляет угрозу организованной жизни общества, из которого состоит государство»³³⁷. Во-вторых, суд пришел к выводу, что чрезвычайная ситуация должна быть «фактической или неизбежной»³³⁸, и ситуация должна достигать степени «исключительности», то есть привычные меры не являются адекватными для восстановления общественного порядка, защиты здоровья населения и достижения других законных целей³³⁹.

Нет никаких сомнений в том, что пандемия COVID-19 соответствует данным критериям, поскольку есть фактическая и неизбежная угроза здоровью и жизни всех людей³⁴⁰. Однако все ограничения – независимо от того, основаны они на статье 15 или на иных основаниях – должны всегда иметь правовую основу, которая включает в себя соблюдение соответствующих гарантий³⁴¹.

Свобода передвижения

Как уже было отмечено выше, в статье 15 Конвенции содержатся абсолютные права, отступление от которых невозможно ни при каких обстоятельствах³⁴². Например, право на жизнь (статья 2), запрет пыток (статья 3), запрет рабства и принудительного труда (статья 4) и наказание исключительно на основании закона (статья 7). Однако большинство прав и свобод, закрепленных

³³³ Например, American Convention on Human Rights, art. 27(1); Arab Charter on Human Rights, art. 4.

³³⁴ William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary* / Oxford University Press, 2015, p. 592.

³³⁵ ECHR, *Hasan Altan v. Turkey*, Judgement of 20 March 2018, Application no. 13237/17, §91; ECHR, *Şahin Alpay v. Turkey*, Judgement of 20 March 2018, Application no. 16538/17, §75.

³³⁶ Sanja Jovičić, COVID-19 restrictions on human rights in the light of the case-law of the European Court of Human Rights // ERA Forum 21. 2021. P. 548.

³³⁷ ECHR, *Lawless v. Ireland*, Judgement of 7 April 1961, Application no. 332/57, §28.

³³⁸ ECHR, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece*, Judgement of 5 November 1969, Applications nos. 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67, §122.

³³⁹ ECHR, *A and Others v. United Kingdom*, Judgement of 19 February 2009, Application no. 3455/05, §178.

³⁴⁰ Antoine Buyse, *An Analysis of Covid-19 Responses and ECHR Requirements* [Electronic resource]. URL: <https://www.echrblog.com/2020/03/an-analysis-of-covid-19-responses-and.html>.

³⁴¹ ECHR, *Hasan Altan v. Turkey*, Judgement of 20 March 2018, Application no. 13237/17, §165.

³⁴² Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights (31 August 2020) [Electronic resource]. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_15_ENG.pdf/.

в Конвенции, носят относительный характер³⁴³. Многие положения Конвенции упоминают охрану здоровья населения в качестве одной из законных целей для введения ограничений. Таким образом, чрезвычайные меры, влекущие за собой ограничения относительных прав, уже охвачены обычными положениями Конвенции и в целом могут считаться законными, если они соразмерны и необходимы³⁴⁴.

Во время пандемии многие государства ограничили свободу передвижения граждан в целях сдерживания распространения инфекции. Например, некоторые государства ввели ограничения на междугородние и международные поездки. Безусловно, данные ограничительные меры нарушают свободу передвижения людей, которая закреплена в статье 2 Протокола № 4 к Конвенции.

Статья 2 Конвенции предоставляет каждому, кто на законных основаниях находится на территории какого-либо государства, право на свободу передвижения и свободу выбора местожительства. Пункт 3 статьи 2 Конвенции предусматривает, что данная свобода может быть ограничена в определенных ситуациях. В пункте 3 статьи 2 перечислены законные цели, которые могут оправдывать посягательство на свободу передвижения. В контексте пандемии государства могут ссылаться на законную цель – охрана здоровья населения. Так, ограничения должны вводиться «в соответствии с законом» и только в том случае, если это «необходимо в демократическом обществе» и соразмерно преследуемой законной цели.

Суд анализирует в каждом случае отдельно, соответствует ли оспариваемая мера принципу соразмерности. Например, суд учитывает такие факторы, как продолжительность меры, наличие в законе оснований, при которых ограничительная мера утратит силу³⁴⁵. При рассмотрении дел, связанных с посягательством на свободу передвижений, суд подчеркивал, что карантинные постановления должны оставаться «временной мерой, которая должна быть прекращена, как только позволят обстоятельства»³⁴⁶. Суд также отметил, что применение меры в течение «длительного периода времени вероятно будет признано несоразмерным»³⁴⁷. Многие европейские страны при принятии большинства мер ограничили их действие во времени³⁴⁸.

Запрет въезда и выезда из государства

Ряд государств запретили въезд всех граждан, которые не являются гражданами или законными резидентами государства³⁴⁹. В соответствии со статьей 3(2) Протокола № 4 к Конвенции никто не может быть лишен права на въезд на территорию государства, гражданином которого он является. Однако возможны случаи, когда данное право может быть нарушено. Например, если оспаривается наличие гражданства конкретного государства или законного места жительства, и гражданину запрещают въехать на территорию государства³⁵⁰.

Поскольку данное право не является абсолютным, то суд может признать ограничения государства законными³⁵¹. Однако запрет на возвращение граждан в государство гражданства вряд ли будет признан законным, поскольку у государства всегда имеются альтернативные меры – например, подвергать возвращающихся лиц карантину.

Возможность лица покинуть любую страну, в том числе и свою собственную, гарантируется пунктом 2 статьи 2 Протокола № 4 к Конвенции. Как было отмечено выше, статья 2(3) предусматривает, что данное право может подвергаться ограничениям, в том числе в целях охраны здоровья, когда это необходимо в демократическом обществе. Временное ограничение на выезд всех лиц, в случаях, когда существует угроза заражения, будет рассматриваться судом с точки зрения поиска баланса – между правом конкретного человека и охраной здоровья общества.

³⁴³ Triestino Mariniello, Prolonged emergency and derogation of human rights: Why the European Court should raise its immunity system // German Law Journal. 2019. 20(1). P. 48.

³⁴⁴ ECHR, Bayev and others v. Russia, Judgement of 20 June 2017, Application no. 67667/09, §61; ECHR, Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland, Judgement of 13 July 2012, Application no. 16354/06, §49.

³⁴⁵ William A. Schabas, The European Convention on Human Rights: A Commentary / Oxford University Press, 2015, p. 1057.

³⁴⁶ ECHR, Kuimov v. Russia, Judgement of 8 January 2009, Application no. 32147/04, §96.

³⁴⁷ Ibid.

³⁴⁸ Upholding human rights in Europe during the pandemic [Electronic resource]. URL: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/652085/EPRS_BRI\(2020\)652085_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/652085/EPRS_BRI(2020)652085_EN.pdf).

³⁴⁹ Antoine Buyse, An Analysis of Covid-19 Responses and ECHR Requirements [Electronic resource]. URL: <https://www.echrblog.com/2020/03/an-analysis-of-covid-19-responses-and.html>.

³⁵⁰ ECHR, Oudrhiri v. France, Judgement of 31 March 1993, Application no. 19554/92.

³⁵¹ ECHR, Leyla Şahin v. Turkey, Judgement of 10 November 2005, Application no. 44774/98, §154.

Вероятнее всего, суд примет во внимание такие обстоятельства как цель поездки, длительность запрета и иные обстоятельства.

Право на свободу

Более суровые меры, такие как заключение под домашний арест или принудительное содержание под стражей в карантинных целях, могут быть приравнены к лишению свободы, как это предусмотрено в статье 5 Конвенции³⁵². Статья 5 предоставляет каждому человеку право на свободу и безопасность и защищает его от произвольного задержания и ареста³⁵³.

Обязанность находиться в жилище влечет ограничение свободы, но не является лишением свободы по смыслу статьи 5 Конвенции. Для того, чтобы суд признал данные меры лишением свободы, могут быть приняты во внимание такие факторы как надзор со стороны властей, невозможность выходить за покупками, невозможность заниматься спортом на открытом воздухе и иные обстоятельства³⁵⁴.

Однако суд неоднократно отмечал, что задержание инфицированного лица должно быть «крайней меры для предотвращения распространения болезни» и только в случае, когда «были рассмотрены менее суровые меры и признаны недостаточными» для охраны общественного здоровья³⁵⁵. Например, в одном из дел суд отметил, что «вирус ВИЧ является опасным для здоровья населения», однако принудительная изоляция не была признана законной, поскольку государство могло принять менее суровые меры³⁵⁶.

В случаях, когда содержание инфицированного лица под стражей, было несоразмерным и отсутствовала необходимость, то данная мера может быть признана незаконной по смыслу статьи 5 Конвенции. Например, в Ирландии в связи с пандемией был принят закон, на основании которого медицинский работник может распорядиться об изоляции и последующем задержании инфицированного лица, если это лицо откажется соблюдать требование о самоизоляции³⁵⁷. В данной ситуации, суд, вероятно, признает меру соответствующей Конвенции, поскольку государство предприняло все возможные альтернативные меры.

Осуществление диагностики и лечения

Задержание кого-либо с целью проверки, является ли лицо зараженным коронавирусом, может быть оправдано в соответствии со статьей 5(1)(b) Конвенции³⁵⁸. Например, обязательная диагностика на туберкулез с помощью туберкулиновой кожной реакции или рентгенографии грудной клетки для защиты здоровья населения и соответствующего лица не считается несоразмерным вмешательством в право на физическую неприкосновенность в соответствии со статьей 8 Конвенции³⁵⁹. Однако при любых обстоятельствах не должны применяться меры, которые могут быть приравнены к бесчеловечному и унижающему достоинство обращению³⁶⁰.

Относительно вакцинации суд отмечал в своих решениях, что принудительная вакцинация – как принудительное медицинское лечение – равносильна вмешательству в право на уважение частной жизни, которое включает физическую и психологическую неприкосновенность человека, гарантируемую пунктом 1 статьи 8 Конвенции³⁶¹. Однако вмешательство в физическую неприкосновенность может быть оправданным по соображениям общественного здравоохранения и необходимостью контролировать распространение инфекционных заболеваний в регионе³⁶². Таким образом, если вакцинация проводится с целью прекращения инфекционных

³⁵² ECHR, *Buzadji v. Republic of Moldova*, Judgement of 5 July 2016, Application no. 23755/07.

³⁵³ ECHR, *De Tommaso v. Italy*, Judgement of 23 February 2017, Application no. 43395/09, §80.

³⁵⁴ Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights (31 December 2020) [Electronic resource]. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf.

³⁵⁵ ECHR, *Enhorn v. Sweden*, Judgement of 25 January 2005, Application no. 56529/00, §44.

³⁵⁶ *Ibid*, §55.

³⁵⁷ States of emergency in response to the coronavirus crisis [Electronic resource]. URL: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/652002/EPRS_BRI\(2020\)652002_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/652002/EPRS_BRI(2020)652002_EN.pdf).

³⁵⁸ Antoine Buyse, *An Analysis of Covid-19 Responses and ECHR Requirements* [Electronic resource]. URL: <https://www.echrblog.com/2020/03/an-analysis-of-covid-19-responses-and.html>.

³⁵⁹ ECHR, *Acamanne and Others v. Belgium*, Judgement of 10 December 1984, Application no. 10435/83.

³⁶⁰ ECHR, *Jalloh v. Germany*, Judgement of 11 July 2006, Application no. 54810/00.

³⁶¹ ECHR, *Salveti v. Italy*, Judgement of 9 July 2002, Application no. 42197/98; ECHR, *Matter v. Slovakia*, Judgement of 5 July 1999, Application no. 31534/96, §64.

³⁶² ECHR, *Solomakhin v. Ukraine*, Judgement of 15 March 2012, Application no. 24429/03, §36.

заболеваний, отсутствовало применение силы или угрозы силой, медицинский персонал проверил пригодность лица к вакцинации, то нарушение права не будет.

Однако в случаях, когда вакцинация нанесла вред здоровью человека или была использована просроченная вакцина, то суд признает нарушение прав человека. Кроме того, введение вакцины, которая все еще является экспериментальной, без согласия соответствующего лица, несомненно, будет рассматриваться как нарушение статьи 3 и 8 Конвенции³⁶³.

Право на образование

Во время пандемии многие государства также закрыли учебные заведения, чтобы ограничить распространение коронавирусной инфекции. Однако сейчас большинство школ и университетов открылись при соблюдении определенных условий, связанных с гигиеной и социальным дистанцированием. Во время пандемии многие учебные заведения в целях обеспечения образовательного процесса перенесли свои занятия в онлайн-формат. Не исключено, что при ухудшении эпидемиологической обстановки, государства могут вновь закрыть учебные заведения или перейти в онлайн-формат.

Безусловно данные меры могут иметь значительные последствия для права на образование, которое предусмотрено статьей 2 Протокола № 1 к Конвенции. Право на образование не является абсолютным, и государства пользуются определенной свободой усмотрения в данной сфере³⁶⁴. Суд неоднократно отмечал, что принимаемые меры должны быть предсказуемыми и преследовать законную цель³⁶⁵. Комитет министров Совета Европы подчеркивал, что доступ к образованию важен сам по себе, но истинная ценность этого права может быть реализована только в том случае, если образование будет надлежащего качества, возможности и механизмы обучения позволят учащимся и студентам завершить образование в разумные сроки и в условиях, способствующих качественному образованию³⁶⁶.

Суд подчеркивал, что любые вводимые ограничения не должны ущемлять саму суть права. Ограничения будут совместимы со статьей 2 Протокола № 1 только в том случае, если существует разумная пропорциональная связь между используемыми средствами и преследуемой целью³⁶⁷. Так, в контексте пандемии государства не просто ограничили право на образование, а попытались при помощи альтернативных средств (например, дистанционное обучение) обеспечить непрерывность образовательных программ. Безусловно, при рассмотрении вопроса о том было ли нарушение права на образование, суду необходимо выяснить как ограничения повлияли на суть, эффективность и качество образования.

Вывод

Влияние ограничительных мер на права человека, а также правовые позиции ЕСПЧ по этим вопросам, мы узнаем в течение нескольких лет. Однако нельзя не согласиться, что любые введенные ограничения в период пандемии являются вмешательством в права и свободы человека. В каждом конкретном случае суд будет рассматривать вопрос о том – было ли вмешательство необходимым и соразмерным.

За последний год государства ввели беспрецедентное количество ограничительных мер, руководствуясь статьей 15 Конвенции и другими положениями Конвенции. Несмотря на пандемию и распространение инфекции по всему миру, государства должны найти баланс между законной целью и обременениями, которые претерпело лицо, чьи права были ограничены.

Библиографический список:

1. Buyse, A. An Analysis of Covid-19 Responses and ECHR Requirements [Electronic resource] / A. Buyse // Echrblog.com. – Available at: <https://www.echrblog.com/2020/03/an-analysis-of-covid-19-responses-and.html>.

³⁶³ ECHR, *Bataliny v. Russia*, Judgement of 23 July 2015, Application no. 10060/07, §89-90.

³⁶⁴ Sheeba Pillai, *Right to Education under European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950* // *Christ University Law Journal*. 1(1). 2012. P. 101-115.

³⁶⁵ ECHR, *Leyla Şahin v. Turkey*, Judgement of 10 November 2005, Application no. 44774/98.

³⁶⁶ Recommendation CM/Rec(2012)13 of the Committee of Ministers to member States on ensuring quality education [Electronic resource]. URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c94fb.

³⁶⁷ ECHR, *Leyla Şahin v. Turkey*, Judgement of 10 November 2005, Application no. 44774/98.

2. Jovičić, S. COVID-19 restrictions on human rights in the light of the case-law of the European Court of Human Rights / S. Jovičić // ERA Forum. – 2021. – P. 545-560.
3. Pillai, S. Right to Education under European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950 / S. Pillai // Christ University Law Journal. – 2012. – 1(1). – P. 101-115.
4. Mariniello, T. Prolonged emergency and derogation of human rights: Why the European Court should raise its immunity system / T. Mariniello // German Law Journal. – 2019. – 20(1). – P. 46-71.
5. Schabas, W.A. The European Convention on Human Rights: A Commentary / W. A. Schabas. – Oxford University Press. 2015. – p. 592.

A. С. Кислюк

Санкт-Петербургский государственный университет
бакалавриат, направление «Юриспруденция», IV курс

Научный руководитель: И. И. Карандашов
к.ю.н., доцент кафедры международного права
Санкт-Петербургского государственного университета

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ДОКТРИНЫ *LIS ALIBI PENDENS* И ЕЕ ПРИМЕНЕНИЕ В ПРАКТИКЕ АРБИТРАЖНЫХ СУДОВ

В настоящей статье рассматривается природа такого механизма предотвращения параллельных судебных разбирательств, как *lis alibi pendens*, анализируется понятие и сущность одноименной доктрины, а также ее применение в практике судов и арбитражей. В частности, в статье анализируется практика ее применения арбитражными судами Российской Федерации в течение последних пяти лет. Автор приходит к выводу, что существует проблема доказывания в российских арбитражных судах наличия параллельного разбирательства. Она может быть решена путем разработки универсального международного договора, предусматривающего создание в его государствах-участниках центральных органов, уполномоченных на получение и передачу информации об инициированных судебных разбирательствах. Это позволило бы скоординировать деятельность судов и арбитражей применительно к случаям, когда возникает вопрос о применении доктрины *lis alibi pendens*.

Ключевые слова: *lis alibi pendens*, международный гражданский процесс, принцип контролируемой множественности процессов, тождественность исков, параллельные судебные разбирательства.

A.S. Kislyuk

THE LEGAL NATURE OF THE *LIS ALIBI PENDENS* DOCTRINE AND ITS APPLICATION IN THE PRACTICE OF COMMERCIAL COURTS

This article examines the nature of *lis alibi pendens* as well as its application in a practice of courts and arbitral tribunals. The article also examines the conditions of the application of *lis alibi pendens*, which are enshrined in various regulatory acts, as well as the practice of its application by commercial courts of the Russian Federation over the past five years. The author comes to the conclusion that there is a problem of proving the existence of parallel proceedings in Russian commercial courts. It can be solved by way of developing universal international treaty that could provide for the establishment of central bodies in its member States which could be authorized to receive and transmit information about initiated judicial proceedings. This scheme would permit to coordinate the activities of the courts and arbitral tribunals in cases where the question of the application of the *lis alibi pendens* doctrine arises.

Key words: *lis alibi pendens*, international civil procedure, principle of controlled plurality of proceedings, parallel proceedings, identity of claims.

Одним из актуальных вопросов международного гражданского процесса можно назвать установление подсудности спора определенному суду. Целью создания данного института является обеспечение защиты прав всех субъектов, в случае их нарушения. Вместе с тем, не представляется возможным разрешить вопрос о подсудности без каких-либо критериев, так как в

противном случае возникнет ряд трудноразрешимых проблем. Например, если субъекты имели бы право обращаться в неограниченное количество судов с любыми спорами, то это привело бы к перегрузке судебной системы, что, в свою очередь, повлияло бы на качество выносимых решений. Кроме того, возникали бы ситуации, когда по одному спору вынесено несколько судебных решений, которые могли противоречить друг другу, и тогда вставал бы вопрос об установлении приоритета одного из них. А в свете того, что вынесенные решения должны обладать таким признаком, как законность, их противоречие друг другу недопустимо.

Данная проблема наиболее остро стала проявляться с распространением споров, осложненных иностранным элементом. Если в рамках национальной системы для решения вопроса необходимо урегулировать только «внутренние механизмы» судебной системы, в отношении которых государство обладает полной юрисдикцией: определение системы судов, порядка обращения с заявлениями, процессуальные нормы, – то при урегулировании вопроса о подсудности споров, осложненных иностранным элементом, необходимо учитывать правовые системы зарубежных стран. Во избежание ситуации, при которой рассмотрение одного и того же спора параллельно или последовательно проходило бы в нескольких судах и влекло за собой вынесение противоречащих друг другу решений, что исключало бы возможность их исполнения, необходим эффективный и действенный инструмент.

Единого ответа на вопрос о наилучшем способе регулирования международной подсудности и разрешения коллизий юрисдикций различных судов нет. В качестве одного из способов следует назвать доктрину *lis alibi pendens*. *Lis alibi pendens* – это принцип международного гражданского процесса, согласно которому стороны не могут инициировать судебное разбирательство в ином судебном органе, нежели в суде, который уже принял дело к производству или начал рассматривать спор. Иными словами, эта доктрина применяется к ситуации, когда спор уже находится на рассмотрении в суде, вследствие чего для избежания вынесения противоречащих друг другу решений другие суды обязаны приостановить разбирательство, чтобы дать первому суду возможность закончить рассмотрение спора и вынести решение.

В зависимости от правовой системы, *lis alibi pendens* применяется как самостоятельный институт или рассматривается как один из составных элементов концепции *forum non conveniense*³⁶⁸. Последняя характерна для стран общей системы права и имеет более широкое толкование. В континентальной же системе *lis alibi pendens* применяется самостоятельно, и чаще всего подразумевает наличие преимущества у суда, возбудившего производство по данному делу раньше остальных. Таким образом, основная цель применения доктрины *lis alibi pendens* сводится к разрешению коллизии, когда несколько судов обладают равной юрисдикцией на рассмотрение спора, в связи с чем может возникнуть параллельность судебных разбирательств.

Здесь возникает вопрос о порядке применения *lis alibi pendens* при рассмотрении спора параллельно в суде и арбитраже. В «классической» ситуации рассмотрения спора, описанной выше, юрисдикция судов вытекает из законодательства или международного права (двустороннего международного договора о правовой помощи и т.п.), в то время как основанием возникновения компетенции арбитража непременно является соглашение сторон. Единой точки зрения на то, как должен разрешаться вопрос в данном случае – нет³⁶⁹. Зачастую при нормативном закреплении *lis alibi pendens* законодатель указывает на параллельность процессов именно в суде, в связи с чем неочевидным становится его позиция о распространении этой нормы на арбитраж. В то же время, исходя из принципа добросовестности сторон в процессе следует признать действие *lis alibi pendens* и в отношении арбитража³⁷⁰. Эта точка зрения была закреплена Ассоциацией международного права в резолюции №1/2006³⁷¹. Данная резолюция была принята на 72

³⁶⁸Вялков А.В. Альтернативные оговорки о разрешении споров и принцип *lis alibi pendens* [Электронный ресурс] // Новые горизонты международного арбитража. 2014. №2. – С. 334. URL: <https://naukaprava.ru/catalog/296/2786/19350?view=1> (дата обращения 15.05.2021).

³⁶⁹Там же – С. 336.

³⁷⁰Асосков А.В. Комментарий к Рекомендациям Ассоциации международного права о применении доктрин *lis pendens* и *res judicata* в отношении арбитража: основные положения и перспективы использования в российской практике [Электронный ресурс] // Международный коммерческий арбитраж. 2008. № 2. С. 91. URL: <https://naukaprava.ru/catalog/296/561/1422/14618?view=1> (дата обращения 15.-05.2021).

³⁷¹Чупрунов И. Резолюция №1/2006 Ассоциации Международного права. Рекомендации в отношении доктрин *lis alibi pendens* и *res judicata* и арбитража [Электронный ресурс]// Вестник международного коммерческого арбитража. 2008. №2 (18). С. 101. URL: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=35359859> (дата обращения 15.05.2021).

Конференции в Торонто и в приложении содержала рекомендации в отношении доктрин *lis pendens* и *res judicata* и арбитража, где указывалось, что с целью защиты от недобросовестных практик действие названных доктрин необходимо распространить и на арбитражные разбирательства.

Между тем, существуют примеры случаев, когда принцип *lis alibi pendens* применялся в условиях инициирования параллельных процессов как в двух судах или двух арбитражах, так и в суде и арбитраже одновременно³⁷². При этом стоит отметить, что применение указанного принципа в последнем случае возможно только при условии альтернативной арбитражной оговорки, закрепляющей право сторон обратиться в суд или в арбитраж, на основании чего может возникнуть конкуренция их юрисдикций. Однако при конкуренции юрисдикций двух судов или двух арбитражей споров о возможности применения *lis alibi pendens* не возникает.

На сегодняшний день доктрина *lis alibi pendens* нашла свое воплощение в праве многих государств и их объединений. По общему правилу, основанием применения *lis alibi pendens*, как принципа запрета параллельных разбирательств, является наличие международного договора или указания закона, но он также может действовать на основе взаимности или международной вежливости³⁷³. Определение международной вежливости было дано Верховным судом США в 1895 году в деле «Генри Хилтон против Густава Бертена Гайо и других»³⁷⁴, где суд указал, что «в юридическом смысле вежливость не является ни предметом абсолютного обязательства, ни простой учтивостью и доброй волей. Но она представляет собой признание, которое одно государство дарует на своей территории законодательным, исполнительным либо судебным актам другого государства, учитывая при этом как международные обязательства и удобство, так и права его собственных граждан и других лиц, находящихся под защитой его законов». Одним из проявлений вежливости может быть приостановление рассмотрения дела судом до вынесения решения органом правосудия, первым принявшим дело к производству³⁷⁵, что можно рассматривать как применение *lis alibi pendens* в условиях отсутствия международного договора. Так, Международный центр по урегулированию инвестиционных споров в одном из своих решений указал, что любой из судов, обладающих юрисдикцией на рассмотрение тождественного спора, «может сугубо в рамках присущих ему полномочий и в порядке судейской вежливости принять решение о приостановлении реализации своей юрисдикции, дожидаясь принятия решения по спору, находящемуся на рассмотрении другого суда»³⁷⁶.

Для стран-участниц Евросоюза основополагающим во многом является Регламент Европейского парламента и Совета Европейского союза №1215/2012 от 20 декабря 2012 года³⁷⁷. Вопросу параллельных разбирательств посвящен раздел 9, закрепляющий правило о том, что суд должен приостановить производство по делу до момента, когда другой суд, первый принявший дело к производству, вынесет решение о наличии или отсутствии своей компетенции на рассмотрение этого спора. Кроме того, с целью минимизирования возможных параллельных

Резолюция №1/2006 Ассоциации международного права «Рекомендации в отношении доктрин *lis alibi pendens* и *res judicata* и арбитража». -Принята в городе Торонто на Конференции 4-8 июня 2006 г.

³⁷²Fomento de Construcciones y Contratas SA. v. Colon Container Terminal S. A. (Fomento case), 2001, Federal Supreme Court, Switzerland// [Электронный ресурс]. -Режим доступа: <https://www.swissarbitrationdecisions.com/application-of-the-lis-pendens-principle-to-an-arbitral-tribunal>.

³⁷³Елисеев Н. Г. Принцип международной вежливости как предпосылка приведения в исполнение иностранных судебных решений // Законы России: опыт, анализ, практика. 2006. №7. С. 76.

Кайсин Д.В. Доктрина международной вежливости и приведение в исполнение иностранных судебных решений в России [Электронный ресурс]/ Д.В.Кайсин // Закон. 2014. №6. С. 156.

³⁷⁴Решение Верховного суда США Hilton v. Guyot 159 US 113 (1895)// [Электронный ресурс]. -Режим доступа: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/159/113/>.

³⁷⁵Смбатян А.С. Проблема параллельного судопроизводства в международном праве [Электронный ресурс] // Российский юридический журнал. 2011. №6 (81). – С. 24. URL: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=17040512> (дата обращения 15.05.2021).

³⁷⁶Решение международного центра по урегулированию инвестиционных споров 28 августа 1984 SPP v. Egypt. Decision on Jurisdiction I. 1985. 27 Nov. Case № ARB/84/3 // [Электронный ресурс]. -Режим доступа: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-southern-pacific-properties-middle-east-limited-v-arab-republic-of-egypt-decision-on-preliminary-objections-to-jurisdiction-wednesday-27th-november-1985>.

³⁷⁷О юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам [Электронный ресурс] Регламент №1215/2012 Европейского парламента и Совета Европейского Союза. Принят в городе Страсбург 12 декабря 2012 г. // Official Journal of the European Union N L 351. 20.12.2012. P. 1.// Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

судебных разбирательств Регламент распространяет возможность применения *lis alibi pendens* не только к тождественным, но и к связанным искам. При тождественности оснований и совпадении лиц у суда возникает обязанность отказать в рассмотрении иска в силу наличия юрисдикции у суда, который первым принял дело к производству. Связанными, в силу пункта 3 статьи 30 Регламента, признаются иски, «если между ними существует настолько тесная связь, что представляется целесообразным рассматривать их совместно для недопущения принятия противоречивых решений в случае их вынесения разными судами». В таком случае вопрос о последствиях установления связанности остается на усмотрение суда.

Для российской правовой системы непосредственное значение имеет статья 22 Конвенции о правовой помощи и правовых сношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 года, в пункте 1 которой закреплена обязанность суда, возбудившего дело позднее, прекратить производство, если выясняется, что данный спор уже находится на рассмотрении в компетентном суде.

В законодательстве России *lis alibi pendens* получила отражение как в Гражданском, так и в Арбитражном процессуальных кодексах, где ей посвящены статьи 406 и 252 соответственно. Арбитражный процессуальный кодекс выделяет несколько условий для применения доктрины в зависимости от стадии рассмотрения дела в другом суде. В случае, если дело находится в производстве иностранного суда, но итогового решения не вынесено, для применения *lis alibi pendens* необходимо доказать, что рассматриваемый спор имеет тот же предмет, те же основания и происходит между теми же лицами. Помимо этого, необходимо, чтобы спор не подпадал под исключительную компетенцию арбитражных судов Российской Федерации, так как, в противном случае, императивно установленная исключительная компетенция будет превалировать, что даст суду основания для дальнейшего рассмотрения спора. Если же по спору уже вынесено решение иностранного суда, вступившее в законную силу, то помимо критерия тождественности и отсутствия исключительной компетенции, необходимо убедиться, что решение не входит в категорию тех, что не подлежат признанию и исполнению на территории Российской Федерации. Для описанных выше случаев закон устанавливает различные последствия применения *lis alibi pendens*: если спор еще находится на рассмотрении иностранного суда, то российский суд оставляет иск без рассмотрения, если же итоговое решение уже вступило в силу, то суд прекращает производство по делу. Таким образом, можно сделать вывод, что для применения принципа *lis alibi pendens* российское законодательство устанавливает требование о проверке отсутствия исключительной компетенции российского суда (общей юрисдикции или арбитражного) и об установлении тождественности процессов путем применения «тройного теста» о совпадении лиц, предмета и основания иска.

В то же время принцип приоритета того суда, который первым принял дело к производству, закреплён в абзаце 2 пункта 11 Постановления Пленума Верховного суда №23 от 2017 года³⁷⁸, где указано, что при возбуждении параллельных процессов в судах нескольких государств «арбитражный суд, применительно к статьям 148, 252 АПК РФ, оставляет исковое заявление без рассмотрения, если в арбитражном суде Российской Федерации производство возбуждено позднее и рассмотрение данного дела не относится к исключительной компетенции арбитражного суда РФ».

При анализе нормативного закрепления *lis alibi pendens* и условий его применения в международных актах и законодательствах различных стран можно сделать вывод, что регулирование этих вопросов не всегда совпадает. В первую очередь возникает проблема определения критериев и условий применения данного принципа: какие иски следует признавать тождественными, по каким критериям такая тождественность определяется? Эти вопросы регулируются на уровне национального законодательства, в связи с чем условия признания исков тождественными будут отличаться в зависимости от государства, в котором рассматривается вопрос о применении этой доктрины.

В Российской Федерации для применения норм процессуальных кодексов, посвященных *lis alibi pendens*, необходимо соблюдение одновременно следующих условий: тождественность предметов исков, тождественность оснований исков, совпадение лиц, отсутствие исключительной

³⁷⁸О рассмотрении арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом: постановление Пленума Верховного суда Российской Федерации от 27 июня 2017 г. №23 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. -август 2017. -№8.- Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

компетенции судов Российской Федерации. Во многих иностранных государствах тождественность исков определяется «менее строго» и, как следствие, более широко. Например, в странах общего права может использоваться только критерий совпадающего основания или совпадающего предмета при споре между теми же сторонами³⁷⁹. Кроме того, существующее в разных государствах регулирование не позволяет однозначно выявить круг требований, на которые распространяется запрет параллельности процессов: входят ли сюда потенциально возникающие в ходе рассмотрения спора требования или только фактически предъявленные.³⁸⁰ Помимо этого, существуют различия в пределах применения самой доктрины: Регламент Брюссель I предусматривает более широкое регулирование, включающее в себя не только тождественные иски, но и связанные споры³⁸¹.

Таким образом, применение принципа *lis alibi pendens* затрудняется в связи с частичной регламентацией его условий, критериев и последствий на национальном уровне, что ставит итоговое решение в зависимость от законодательства отдельного государства.

Несмотря на наличие законодательных норм и позиций Пленума, на практике возникает вопрос об обоснованности применения судами доктрины *lis alibi pendens*. Дело в том, что на сегодняшний день не существует единой базы дел, принятых к производству судами разных государств, то есть нет единого и достоверного источника, обращение к которому гарантировало бы суду получение информации о наличии параллельного разбирательства или уже вынесенного судебного решения. В такой ситуации встает вопрос, каким образом, суд может применить *lis alibi pendens*, если лишен возможности узнать о рассмотрении спора в ином суде иначе, как от самих сторон спора, и с помощью каких доказательств стороны подтверждают принятие дела к рассмотрению иностранным судом. Рассмотрим эти вопросы на примере практики арбитражных судов Российской Федерации.

За период с 01.01.2016 по 31.05.2021 арбитражными судами было рассмотрено не так много дел, в которых суды обращались к статье 252 АПК РФ, закрепляющей *lis alibi pendens* на законодательном уровне. В большинстве случаев при рассмотрении дел, осложненных иностранным элементом, суд разрешает вопрос о наличии компетенции, если стороны предусмотрели пророгационную оговорку в контракте. В них также затрагивается вопрос процессуального эстоппеля в смысле потери лицом права заявлять об отсутствии компетенции у суда, если об этом не было заявлено ранее – до первых заявлений по существу спора. При этом в подобных решениях повсеместно содержатся ссылки на 252 статью АПК, хотя ее положения никак не интерпретируются в текстах решений³⁸².

В тех же случаях, когда суды обращаются именно к содержанию указанной статьи, большинство из них ограничивается указанием на отсутствие доказательств ранее состоявшейся передачи дела в иностранный суд, после чего признает собственную компетенцию на рассмотрение спора и вынесение решения³⁸³. Например, арбитражный суд Свердловской области³⁸⁴ рассмотрел исковое заявление общества с ограниченной ответственностью о взыскании неустойки за несвоевременную оплату товара. Ответчик настаивал на наличии пророгационного соглашения и применении правил подсудности, исходя из которых арбитражный суд не имеет

³⁷⁹Светланов А.Г. Международный гражданский процесс: современные тенденции // Вестник международного коммерческого арбитража. 2004. № 3(3). – С. 173.

³⁸⁰Гетьман-Павлова, И.В., Филатова, М.А. Принцип *lis pendens* в международном гражданском процессе: проблемы идентичности исков и сторон [Электронный ресурс] // Вестник гражданского процесса. 2018. №2. - С. 244. URL: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=34857747> (дата обращения 15.05.2021).

³⁸¹Сюрмеев, К.Е. Параллельные разбирательства в практике разрешения трансграничных споров: сравнительно-правовой анализ законодательства иностранных государств [Электронный ресурс] // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 3. -С. 184. URL: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=30035244> (дата обращения: 15.04.2021).

³⁸²Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 7 октября 2016 г. по делу №А40-114343/2015. -Режим доступа: Интернет-ресурс Судебные и нормативные акты РФ (СудАкт). Дата обращения: 25.04.2021 г.

³⁸³Постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 28 ноября 2018 г. по делу № А62-3516/2018. -Режим доступа: Интернет-ресурс Судебные и нормативные акты РФ (СудАкт). Дата обращения: 25.04.2021 г.

³⁸⁴Решение Арбитражного суда Свердловской области от 29 декабря 2018 г. по делу № А60-49007/2018. -Режим доступа: Интернет-ресурс Судебные и нормативные акты РФ (СудАкт). Дата обращения: 25.04.2021 г.

компетенции на рассмотрение данного спора. Рассмотрев ходатайство ответчика, суд пришел к выводу, что последний делал заявления по существу, не оспаривая наличие компетенции, чем лишил себя возможности в последующем сослаться на это обстоятельство. Что же касается вопроса *lis alibi pendens*, то решение ограничивается констатацией того факта, что «ответчиком доказательств возбуждения производства по делу в иностранном суде между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям не представлено».

В единичных случаях суды устанавливали, что спор уже находится на рассмотрении в иностранном суде. Так, в Арбитражный суд города Москвы³⁸⁵ обратилась компания с иском о взыскании убытков, после чего истцом было заявлено ходатайство об оставлении искового заявления без рассмотрения на том основании, что данный спор уже рассматривается в Верховном суде штата Нью-Йорк. В решении суд рассматривает вопрос определения очередности исков: путем обращения к законодательству штата суд устанавливает, с какой даты дело считается принятым к производству (возбужденным), после чего сравнивает такую дату с датой обращения в арбитражный суд Российской Федерации. Придя к выводу, что обращение в Верховный суд штата предшествовало подаче иска в российский суд, последний оставляет заявление без рассмотрения. В качестве доказательств наличия параллельного разбирательства с тем же предметом, по тому же основанию и между теми же лицами, представлен нотариально заверенный перевод иска, заявленного в Верховном суде штата. Это одновременно подтверждает наличие параллельного разбирательства и опровергает возражения истца, который отрицал тождественность исков, указывая на иной круг участвующих в деле лиц. Определение суда первой инстанции было обжаловано в апелляционном и кассационном порядке, но отменено не было. При этом ни в одном из трех вынесенных решений суд не рассматривает вопрос о доказательствах нахождения спора в суде штата Нью-Йорка, указывая на это, как на достоверный факт. В качестве одной из возможных причин, по которой суд рассмотрел нотариально заверенный перевод иска как достаточное доказательство, может быть то, что ни одна из сторон не оспаривала факт передачи спора на рассмотрение суда штата Нью-Йорк. Отметим, однако, что суд на этот момент внимания не обратил.

В целом, из небольшого количества дел, рассмотренных судами по спорам, осложненным иностранным элементом, с применением статьи 252 АПК, изучение вопросов применения *lis alibi pendens* и оценка доказательств наличия параллельных процессов являются, скорее, единичными исключениями. Чаще всего при оспаривании одной из сторон юрисдикции суда на рассмотрение спора, суд оценивает наличие пророгационных соглашений. Если же встает вопрос о параллельности разбирательств, то зачастую судом он детально не исследуется в виду того, что стороны заявляют о предшествующем обращении в иностранные суды, но при этом не предоставляют никаких доказательств такого обращения. Исходя из вышеизложенного, можно констатировать наличие проблемы неосведомленности судов о фактах предшествующих обращений сторон в иностранные судебные органы.

Идеального решения этой проблемы на данный момент нет. У судов практически нет средств получения информации о разбирательствах, начатых в иностранных юрисдикциях, иначе, как от самих сторон спора. В качестве решения возможно предложить заключение универсального международного договора, по условиям которого каждое государство определило бы центральный орган, уполномоченный на получение, хранение и передачу информации о предшествующих или существующих судебных разбирательствах. В качестве таких центральных органов могли бы выступать высшие судебные инстанции. При принятии спора к рассмотрению арбитражи и суды могли бы уведомлять такие центральные органы в государстве места регистрации стороны спора о начале судебного (арбитражного) разбирательства с участием такой стороны. Кроме того, они могли бы получать от таких органов информацию о спорах, рассматриваемых с участием конкретного лица. Это позволило бы минимальным образом скоординировать деятельность судебных органов и арбитражных учреждений применительно к случаям, когда возникает вопрос о применении доктрины *lis alibi pendens*.

Таким образом, необходимо подчеркнуть, что институт *lis alibi pendens* на сегодняшний день получил свое закрепление в законодательстве отдельных стран, международных договорах и даже на уровне интеграционных объединений. Кроме того, данная доктрина продолжает исследоваться,

³⁸⁵Определение Арбитражного суд города Москвы от 10 мая 2018 года дело №А40-100218/2017-25-313. -Режим доступа: Интернет-ресурс Судебные и нормативные акты РФ (СудАкт). Дата обращения: 25.04.2021 г.

в том числе Ассоциацией международного права, что может стать основой для ее более детальной проработки в будущем. Так как принцип *lis alibi pendens* направлен на защиту прав и законных интересов от недобросовестных практик ведения процессов и в глобальном масштабе он исключает вынесение противоречащих друг другу судебных и арбитражных решений, с расширением экономического взаимодействия между частными лицами из разных государств, его применение на практике будет все более и более востребованным.

Библиографический список:

1. Асосков А.В. Комментарий к Рекомендациям Ассоциации международного права о применении доктрин *lis pendens* и *res judicata* в отношении арбитража: основные положения и перспективы использования в российской практике / А.В. Асосков // Международный коммерческий арбитраж. – 2008. – № 2. – С. 74 – 98.
2. Вялков А.В. Альтернативные оговорки о разрешении споров и принцип *lis alibi pendens* / А.В. Вялков // Новые горизонты международного арбитража: сб. ст. – М., 2014. – С. 330 – 349.
3. Гетьман-Павлова, И.В., Филатова, М.А. Принцип *lis pendens* в международном гражданском процессе: проблемы идентичности исков и сторон / И.В. Гетьман-Павлова, М.А. Филатова // Вестник гражданского процесса. -2018. -№2. -С. 239 - 263.
4. Лунц, Л.А. *Lis alibi pendens* в аспекте международного гражданского процесса / Л.А. Лунц // Советский ежегодник международного права. - 1965. - С. 475 - 476.
5. Смбатян А.С. Проблема параллельного судопроизводства в международном праве / А.С. Смбатян // Российский юридический журнал. - 2011. -№6 (81). - С. 23 - 31.
6. Сюрмеев, К.Е. Трансграничные коммерческие споры: формально-юридический и прагматический подходы к решению проблемы параллельных разбирательств / К.Е. Сюрмеев // Электронное приложение к Российскому юридической журналу. - 2018. -№3. - С. 50 - 62.
7. Сюрмеев, К.Е. Параллельные разбирательства в практике разрешения трансграничных споров: сравнительно-правовой анализ законодательства иностранных государств / К.Е. Сюрмеев // Право. Журнал Высшей школы экономики. - 2017. - №3. - С. 174 - 178.
8. Чупрунов И. Резолюция №1/2006 «Международный коммерческий арбитраж» Ассоциации Международного права. Рекомендации в отношении доктрин *lis alibi pendens* и *res judicata* и арбитража / И. Чупрунов // Вестник международного коммерческого арбитража. - 2008. - №2 (18). - С. 99 - 106.
9. Calamita N. J. Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings // Journal of International Law. - 2006. - Vol. 27. Is. 3.
10. Erk-Kubat N. Jurisdictional Disputes in Parallel Proceedings: A Comparative European Perspective on Parallel Proceedings Before National Courts and Arbitral Tribunals: Dissertation. Difo-Druck GmbH- Bamberg- 2014. - p. 10-23.

А. В. Козлов

*Петрозаводский государственный университет,
бакалавриат, образовательная программа
«Юриспруденция», II курс*

*Научный руководитель: И. Е. Рубина
к.ю.н., доцент кафедры государственно-правовых дисциплин и правоведения
Петрозаводский государственный университет*

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ КИБЕРТЕРРОРИЗМА

Статья посвящена основным проблемам применения международного права в цифровом пространстве в рамках выявления и последующей борьбы с киберпреступлениями. Поднимается вопрос взаимовлияния международного и внутригосударственного права на примере Российской Федерации. Затрагивается общая проблема единообразного понимания термина «кибертерроризм».

Ключевые слова: кибертерроризм, международное право, право в цифровой среде, российское законодательство.

INTERNATIONAL LEGAL PROBLEMS OF CYBERTERRORISM

The article is devoted to the main problems of applying the norms of international law in the digital space in the framework of the detection and subsequent fight against cybercrime. The article raises the question of the mutual influence of international and domestic law on the example of the Russian Federation. The general problem of uniform understanding of the term "cyberterrorism" is touched upon.

Key words: cyberterrorism, international law, law in the digital environment, Russian legislation.

«Человечество всегда создает правильные технологии для неправильных целей» (Р. Бакминстер Фуллер). Парадокс, ставший аксиомой современной жизни. Процесс мировой глобализации все чаще становится катализатором научно-технического прогресса. Процедура создания глобальной сети Интернет не стала исключением. Проект «ARPANET», задуманный в качестве инновационной разработки Министерства обороны США в 1960-х годах, уже в 1990-х стал общественным достоянием и положил начало новому витку развития общества. Однако большие возможности зачастую несут в себя еще и большие риски. Так, кибертерроризм стал побочным явлением развития глобальной сети Интернет.

Проблема общественной опасности кибертеррористических актов в последнее время является как никогда актуальной. Технический прогресс быстрыми темпами опережает развитие соответствующих правовых норм, которые направлены на регулирование все новых нюансов общественных правоотношений. Быстрота и динамичность прогрессирования сферы «интернет пространства» акцентирует наше внимание на устаревании и медлительности как внутригосударственной, так и международной правовых систем. Многие специалисты считают, что отечественное законодательство, равно как и законодательство многих зарубежных государств, отстает от скорости развития информационных технологий и не дает правоохранителям, сотрудникам юстиции достаточно правовых инструментов для обеспечения должного уровня законности и правопорядка³⁸⁶.

Длительное отсутствие правовых механизмов коллективной борьбы с киберпреступностью, развитие и популяризация идей международного терроризма за последние 20 лет привели к появлению новой глобальной проблемы человечества. Об этом свидетельствуют материалы Десятого конгресса Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, где в V параграфе данная проблема официально признается глобальной проблемой человечества.

В современной научной среде высказываются различные взгляды на понимание термина «кибертерроризм». Чаще всего спор связан с происхождением термина. Обозначим основные подходы:

1) кибертерроризм видится разновидностью киберпреступности. Данный подход призывает не отождествлять понятия «терроризм» и «кибертерроризм». Аргументами выступают разные источники происхождения понятий, разный уровень общественной опасности и отсутствие нормативного регулирования кибертерроризма во многих государствах.

2) кибертерроризм рассматривается как новый вид террористической деятельности. Под кибертерроризмом понимается террористический акт с использованием высоких технологий³⁸⁷. Данная позиция аргументируется тем, что вред от кибертеррористических актов может быть не меньше, чем от использования ядерного или биологического оружия, ведь такой вид террористической деятельности направлен, прежде всего, на подрыв экономической и политической стабильности государства.

3) интеграционный подход основан на идее, что кибертерроризм является как видом киберпреступности, так и особым видом террористической деятельности. Такой подход является наиболее цельным и его придерживается большая часть современных исследователей (А.И. Примакина, В.Е. Кадулина, Ю.И. Жукова, В.И. Антюхова и др.).

³⁸⁶ Галушкин, А. А. К вопросу о кибертерроризме и киберпреступности / Вестник РУДН. Серия: Юридические науки., 2014. № 2. – С. 45.

³⁸⁷ Мазуров В. А. Кибертерроризм: понятие, проблемы противодействия / Доклады ТУСУР., 2010. № 1-1 (21). С. 42.

В нашем случае под кибертерроризмом понимается преднамеренная атака на информацию, обрабатываемую компьютером, компьютерную систему или сеть, которая создает опасность для жизни и здоровья людей или наступления других тяжелых последствий, если такие действия были совершены с целью нарушения общественной безопасности, запугивания населения или провокации военного конфликта³⁸⁸.

Схожее определение дает и Ю. В. Гаврилин. Анализируя тенденцию применения различными террористическими организациями механизмов информационного воздействия на индивидуальное и общественное сознание, он приходит к выводу, что кибертерроризм - совершение в целях создания опасности причинения вреда жизни, здоровью или имуществу неопределенного круга лиц путем создания условий для аварий и катастроф техногенного характера либо реальной угрозы такой опасности в глобальном информационном пространстве³⁸⁹.

Из вышесказанного можно выделить следующие признаки кибертерроризма:

- 1) осуществляются с помощью специальных технических средств
- 2) осуществляются в цифровом (Интернет) пространстве
- 3) направлены на привлечение внимания к себе или к той деятельности, которой занимаются
- 4) носят антисоциальный характер.
- 5) основной вред направлен на экономический и политический сектора государств.

Опасность такого рода актов с каждым годом лишь возрастает. Об этом свидетельствует приводимая ООН статистика использования мобильных сотовых сетей. Экономическая и социальная комиссия для Азии и Тихого океана в рамках рассмотрения вопроса развития информационно-коммуникационных технологий обратилась к мировой статистике и сделала заключение, что использование сетей выросло с 49,84 пользователя на 100 человек в 2011 году, до 77,26 пользователя в 2015 году, что показывает значительный рост более чем на 25%³⁹⁰.

По этому вопросу автором также был проведен опрос, связанный с уровнем частоты использования мобильной сети среди 100 респондентов, среди которых преобладали лица в возрасте от 16 до 24 лет. Результаты опроса представлены на рисунке 1.

Как сильно возросла Ваша активность использования сети Интернет за последние 4 года?

116 ответов

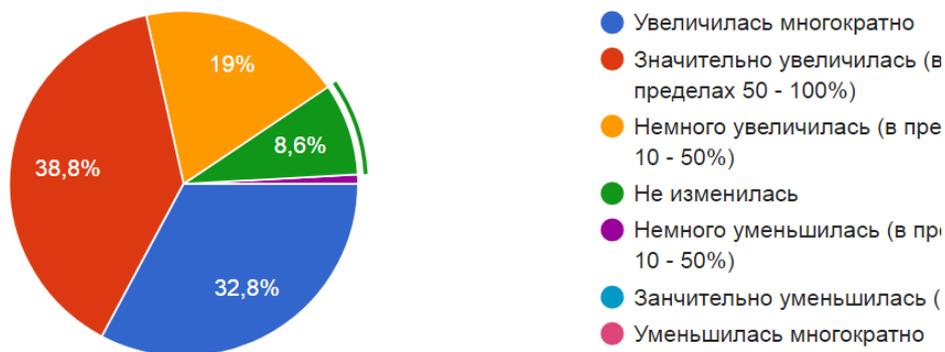


Рисунок 1 - Диаграмма 1. Результаты опроса

Результаты опроса видны на диаграмме 1. Анализ показывает, что:

³⁸⁸ Кибертерроризм - угроза национальной безопасности [Электронный ресурс]: Copyright. URL: https://www.crime-research.ru/articles/Golubev_Cyber_Terrorism (дата обращения: 28.05.2021).

³⁸⁹ Современный терроризм: сущность, типология, проблемы противодействия. Учебное пособие / Гаврилин Ю.В., Смирнов Л.В. М., 2003. С. 53.

³⁹⁰ Экономическая и социальная комиссия для Азии и Тихого океана Комитет по информационной и коммуникационной технологии ...» [Электронный ресурс]: «Бесплатная электронная библиотека - Научные публикации». URL: <http://os.x-pdf.ru/20ekonomika/405335-1-ekonomicheskaya-socialnaya-komissiya-dlya-azii-tihogo-okeana-komite.php> (дата обращения: 01.06.2021).

— около 90% респондентов отмечают, что их активность использования сети Интернет увеличилась за последние 4 года;

— значительное и многократное увеличение своей активности в интернет пространстве отметили 71% респондентов;

— о незначительном уменьшении активности говорит только 0,9% респондентов;

— ни один респондент не заметил за собой многократное уменьшение активности использования сети Интернет.

Исходя из вышесказанного, можно сделать вывод, что увеличилось не только число людей, которые пользуются мобильной сетью Интернет, но и значительно возросла активность пользования сетью Интернет.

Такие выводы позволяют констатировать расширение возможности применения новейших технологий в разрушительных целях. Как же этому противостоят государства?

Международное сообщество давно озадачено рассматриваемым вопросом. Однако проблема тесно связана с вопросом соотношения международного и внутригосударственного права, отсутствием внутренних норм высокого правового качества в государствах, а также отсутствием единого понимания источника и последствий проблемы кибертерроризма. Указанное не предоставляет возможности для создания достаточных инструментов для разрешения вопроса.

Так, существует, по меньшей мере, три международных акта, которые направлены на урегулирование сложившейся ситуации.

1. Конвенция Совета Европы о киберпреступности (2001 г.). Конвенция является первым международным договором о преступлениях, совершенных с помощью Интернета и других компьютерных сетей. Регламентирует решения вопросов: с нарушением авторского права, мошенничеством, связанными с компьютерами, детской порнографией, преступлениями на почве ненависти, а также нарушением сетевой безопасности. Его основная цель - проводить общую уголовную политику, направленную на защиту общества от киберпреступности. На сегодняшний день данную конвенцию реализуют 38 европейских государства, а также США, Канада, Япония и ЮАР. Несмотря на значимость договора, Российская Федерация до сих пор его не ратифицировала. Но Россия оставила за собой право определиться с участием в Конвенции при условии возможного пересмотра положений пункта «b» статьи 32, которые «могут причинить ущерб суверенитету и безопасности государств-участников Конвенции и правам их граждан». Пункт гласит, что «Сторона может без согласия другой стороны получать через компьютерную систему на своей территории доступ к хранящимся на территории другой стороны компьютерным данным или получить их, если эта сторона имеет законное и добровольное согласие лица, которое имеет законные полномочия раскрывать эти данные этой стороне через такую компьютерную систему».

2. Окинавская хартия глобального информационного общества (2000 г.). Данный международный договор интересен, прежде всего, из-за его принятия главами государств и правительств «Группы восьми» 22 июля 2000 года и специальным положением по киберпреступности, составной частью которого и является кибертерроризм. «Усилия международного сообщества, направленные на развитие глобального информационного общества, должны сопровождаться согласованными действиями по созданию безопасного и свободного от преступности киберпространства. Мы должны обеспечить осуществление эффективных мер, как это указано в Руководящих принципах по безопасности информационных систем ОЭСР-в борьбе с преступностью в компьютерной сфере».

3. Бангкокская декларация «Взаимодействие и ответные меры: стратегические союзы в области предупреждения преступности и уголовного правосудия». В пункте 15 государства вновь подтверждают основополагающую важность осуществления действующих документов и дальнейшей разработки национальных мер и развития международного сотрудничества по уголовным делам, например, рассмотрения вопроса об укреплении и дополнении соответствующих мер, в частности по противодействию киберпреступности, отмыванию денег и незаконному обороту культурных ценностей, а также мер, связанных с выдачей, взаимной правовой помощью и конфискацией, мерами по возвращению и возвращением доходов от преступлений». По своей сути документ дублирует положения выше рассмотренных договоров.

Отметим, что межгосударственная деятельность по решению проблемы кибертерроризма не основана только на универсальных международных актах. Так, 13 января 1995 г. было заключено одно из первых двусторонних соглашений – Соглашение между Правительством Российской

Федерации и Правительством Республики Казахстан о сотрудничестве в области защиты информации. В соответствии с Соглашением каждая Сторона принимает необходимые меры по обеспечению защиты конфиденциальной информации, переданной ей другой Стороной, в соответствии с нормативными актами, регулируемыми вопросы защиты государственной, служебной и другой охраняемой тайны на ее территории, а также в соответствии с Соглашением о взаимном обеспечении сохранности межгосударственных секретов.

Кроме двусторонних соглашений в рамках СНГ заключаются и многосторонние договоры. 1 июня 2001 г. представителями государств-участников СНГ было подписано Соглашение о сотрудничестве государств-участников в борьбе с преступлениями в сфере компьютерной информации.

Автором был проведен опрос об информированности респондентов о деятельности государств в рамках межгосударственного сотрудничества по вопросам правового регулирования и пресечения кибертерроризма. Диаграмма представлена ниже на рисунке 2.

Имеете ли Вы представление о деятельности государств в рамках
Международного права по решению проблемы международного
кибертерроризма?

116 ответов

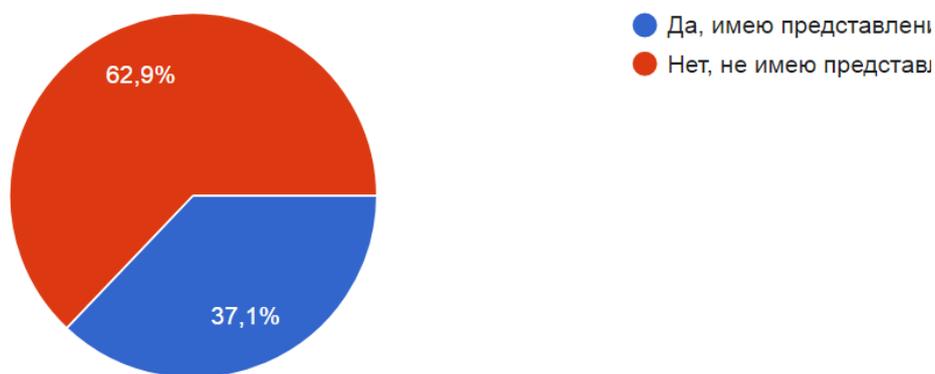


Рисунок 2 - Диаграмма 2. Результаты опроса

Результаты опроса видны на диаграмме 2. Анализ показывает, что БОльшая часть респондентов (62,9%) не имеют представления по данному вопросу.

Таким образом, можно утверждать, рассматриваемая проблема мало изучена. Более того, к ней не привлекается особого внимания со стороны государства, о чем свидетельствует и законодательство Российской Федерации.

Можно утверждать, что проблема кибертерроризма находится на стадии осмысления. На сегодняшний день законодатель не предусматривает эффективных внутренних механизмов для решения вопроса на фоне значительного повышения киберпреступности в целом.

Так, по состоянию преступности в России за первые 7 месяцев 2020 года «число преступлений, совершенных с использованием информационно-коммуникационных технологий, выросло на 94,6 процента, в том числе тяжких и особо тяжких - на 129,7 процента»³⁹¹. Еще больше поражает сознание заявление Президента РФ по вопросам международного сотрудничества в сфере информационной безопасности, который сообщил, что в 2020 году более 1 млрд кибератак было совершено в отношении объектов критической информационной инфраструктуры России с начала 2020 года. Стоит учитывать, что заявление было сделано 29 июня 2020 года, поэтому приводимая статистика отражает картину лишь за шесть месяцев.

Однако еще большее удивление вызывает тот факт, что данная проблема не освещается широко в СМИ. Так, автором был проведен опрос, в котором приняли участие свыше 100

³⁹¹ В МВД опубликовали данные о состоянии преступности в России за 7 месяцев 2020 года [Электронный ресурс]: ФГБУ «Редакция «Российской газеты». URL: <https://rg.ru/2020/08/19/mvd-v-2020-godu-chislo-kiberprestuplenij-v-rossii-vyroslo-na-946.html> (дата обращения: 01.06.2021).

респондентов. Был задан следующий вопрос: «Как часто Вы слышите из информационного пространства об актах кибертеррористических атак?». Результаты видны на опросе, результаты которого представлены на рисунке 3.

Как часто Вы слышите из информационного пространства об актах кибертеррористических атак?

116 ответов

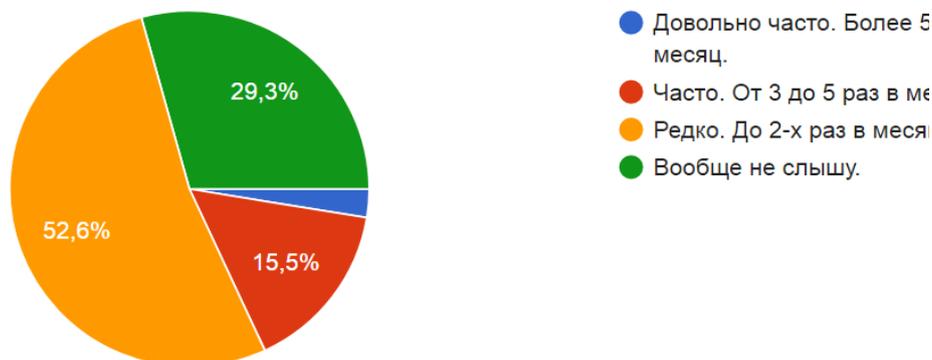


Рисунок 3 - Диаграмма 3. Результаты опроса.

Результаты опроса видны на диаграмме 3. Анализ показывает, что:

- почти треть опрошенных ни разу не слышали об актах кибертеррористических атак;
- более половины респондентов отмечают о редкой информированности об актах кибертеррористических атак (до 2-х раз в месяц).

Таким образом, мы можем наблюдать крайнюю неосведомленность российских граждан через СМИ о проблеме кибертерроризма. Отметим и тот факт, что общественное сознание в демократическом государстве не оказывает влияния на формирование соответствующего законодательства.

На фоне вышеуказанных данных интересными представляются выводы Э. Д. Данильченко, который выделяет следующие причины исследуемой проблемы:

1. Отсутствие соответствующих законодательных актов в сфере защиты компьютерной информации, регулирующих отношения в сети Интернет.
2. Отсутствие необходимых технических средств у следственных и оперативных органов. Такая ситуация не способствует своевременной фиксации фактов совершения актов кибертерроризма. Также процедуру своевременного обновления технических средств тормозит, и сама процедура проверки данных устройств, выдача персонального номера.
3. Недостаточное количество специально подготовленных кадров, специализирующихся на выявлении и раскрытии компьютерных преступлений. Одновременно по решению данной проблемы в РФ проводится успешная работа. На подразделения ФСБ была возложена обязанность по подготовке соответствующих кадров, однако их пока недостаточно³⁹².

Отметим и тот факт, что в случае совершения кибертеррористического акта трудно установить место его совершения, так как данные преступления отличаются своим трансграничным характером. Расположение компьютера, с помощью которого совершается преступление, крайне редко совпадает с местом расположения объекта посягательства и последствиями деяния.

Кроме этого, проблему составляет сохранение следов совершения преступления, а также процесс розыска кибертеррористов, что существенно снижает шансы привлечения преступника к уголовной ответственности.

³⁹² Данильченко Э. Д. Правовая основа противодействия правоохранительных органов кибертерроризму // Транспортное право. 2015. № 4. С. 28-29.

Нельзя не согласиться, что основная проблема противодействия кибертерроризму - фактическое отсутствие следов преступника. Его местонахождение может находиться за многие тысячи километров от самого объекта.

Стоит отметить, что в правовой сфере поставленный вопрос находит свое отражение в ряде нормативных правовых актов. В 2009 году Президентом РФ утверждена Концепция противодействия терроризму в Российской Федерации. В 2013 Указом Президента РФ на ФСБ РФ возложены полномочия по созданию государственной системы обнаружения, предупреждения и ликвидации последствий компьютерных атак на информационные ресурсы РФ - информационные системы и информационно-телекоммуникационные сети, находящиеся на территории Российской Федерации и в дипломатических представительствах и консульских учреждениях Российской Федерации за рубежом.

Проблема кибертерроризма является как международной, так и внутригосударственной. Последствия от неправомерных действий подобного характера могут быть куда серьезнее, чем от иных террористических актов. Подтверждает это суждение последствия от применения Stuxnet - первого серьезного кибероружия. Stuxnet представлял собою компьютерного червя. Происхождение вируса так и не было установлено, однако ущерб от его атаки был колоссален. По оценке некоторых специалистов вирус успел заразить 200 тыс. Устройств на территории Ирана. Атака была целенаправленной. Иранцам пришлось избавиться от 1 тыс. центрифуг для обогащения уранового топлива, пораженных Stuxnet, что отбросило развитие иранской ядерной программы на несколько лет назад³⁹³.

Иным примером выступают преступные действия организованной группы DDoSecrets в 2020 году. BlueLeaks - «хештег» в сети интернет, название, которое они дали своему цифровому преступлению. Хакеры взломали базы данных правоохранительных органов США, заполучив почти 260 Гб конфиденциальной информации. Данные были проданы на Darknet, а последствием их преступления стало усиление недоверия граждан США к своей правоохранительной системе³⁹⁴.

Таким образом, цифровое пространство в наши дни дает людям небывалые возможности для личностного роста, карьерных успехов, личных взаимоотношений, однако также оно открывает новый преступный мир. Мир, в котором есть место лазейкам, способным в умелых руках привести к социальному, политическому и экономическому кризисам. Для таких действий уже не нужно оружие, порой нужна одна лишь кнопка на персональном компьютере.

Библиографический список:

1. В МВД опубликовали данные о состоянии преступности в России за 7 месяцев 2020 года [Электронный ресурс]: ФГБУ «Редакция «Российской газеты». – Режим доступа: <https://rg.ru/2020/08/19/mvd-v-2020-godu-chislo-kiberprestuplenij-v-rossii-vyroslo-na-946.html>
2. Гаврилов, Ю. В. Современный терроризм: сущность, типология, проблемы противодействия. Учебное пособие / Гаврилин Ю. В., Смирнов Л.В. – М.: Книжный мир, ИЮ МВД России, 2003. – 66 с.
3. Галушкин, А. А. К вопросу о кибертерроризме и киберпреступности / А. А. Галушкин // Вестник РУДН. Серия: Юридические науки. – 2014. – № 2. – С. 44 - 48.
4. Данильченко, Э. Д. Правовая основа противодействия правоохранительных органов кибертерроризму / Э. Д. Данильченко // Транспортное право. – М.: Юрист. – 2015. - № 4. – С. 27-32.
5. Кибертерроризм - угроза национальной безопасности [Электронный ресурс]: Copyright. – Режим доступа: https://www.crime-research.ru/articles/Golubev_Cyber_Terrorism
6. Мазуров В. А. Кибертерроризм: понятие, проблемы противодействия / В. А. Мазуров // Доклады ТУСУР. – 2010. – № 1-1 (21). – С. 41 - 45.
7. Первые пять жертв Stuxnet были тщательно отобраны атакующими и в итоге позволяли осуществить атаку на завод по обогащению урана в городе Нетенз [Электронный ресурс]: АО

³⁹³ Первые пять жертв Stuxnet были тщательно отобраны атакующими и в итоге позволяли осуществить атаку на завод по обогащению урана в городе Нетенз [Электронный ресурс]: АО «Лаборатория Касперского». URL: <https://www.kaspersky.ru/blog/stuxnet-victims-zero/6119/> (дата обращения: 02.06.2021).

³⁹⁴ BlueLeaks: активисты опубликовали данные... [Электронный ресурс]: ХАКЕР. URL: <https://haker.ru/2020/06/23/blueleaks/> (дата обращения: 02.06.2021).

«Лаборатория Касперского». – Режим доступа: <https://www.kaspersky.ru/blog/stuxnet-victims-zero/6119/>

8. Экономическая и социальная комиссия для Азии и Тихого океана Комитет по информационной и коммуникационной технологии ...» [Электронный ресурс]: «Бесплатная электронная библиотека - Научные публикации». – Режим доступа: <http://os.x-pdf.ru/20ekonomika/405335-1-ekonomicheskaya-socialnaya-komissiya-dlya-azii-tihogo-okeana-komite.php>

9. BlueLeaks: активисты опубликовали данные... [Электронный ресурс]: ХАКЕР. – Режим доступа: <https://xakep.ru/2020/06/23/blueleaks/>

П. С. Королёва

*Санкт-Петербургский государственный университет,
бакалавриат, образовательная программа
«Юриспруденция с углубленным изучением
китайского языка и права КНР», 4 курс*

*Научный руководитель: И. И. Карандашов
к.ю.н., доцент кафедры международного права
Санкт-Петербургского государственного университета*

ПЕРСПЕКТИВЫ РЕФОРМИРОВАНИЯ ПРОЦЕДУР УРЕГУЛИРОВАНИЯ СПОРОВ МЕЖДУ ИНОСТРАННЫМИ ИНВЕСТИТОРАМИ И ГОСУДАРСТВАМИ

Материалом для исследования послужили официальные стенограммы встреч Рабочей группы III, которые находятся в свободном доступе на официальном сайте Комиссии ООН по праву международной торговли (далее – ЮНСИТРАЛ), а также труды зарубежных и отечественных ученых. В статье анализируются предложения делегатов различных стран Рабочей группы III в отношении реформы в целом и необходимости создания единого международного инвестиционного суда. Опираясь на официальные позиции российских и зарубежных делегатов, очевидно, что к общему выводу страны не пришли, процесс реформирования в такой ситуации будет долгим и его результат сложно предугадать.

Ключевые слова: инвестиционный арбитраж, реформа инвестиционного арбитража, ЮНСИТРАЛ, УСМИГ, инвестиционный суд.

P. S. Korolyova

PROSPECTS FOR REFORMING DISPUTE RESOLUTION PROCEDURES BETWEEN FOREIGN INVESTORS AND STATES

The material for the study was the official transcripts of the meetings of Working Group III, which are freely available on the official website of the UN Commission on International Trade Commission (UNCITRAL), as well as the works of foreign and domestic scholars. The article analyzes proposals from different countries states members of Working Group III in relation to the reform in general and the need to create a Multilateral Investment Court. Based on the official positions of Russian and foreign delegates, the author argues that states participate of the working group haven't come to conclusion if the reform is necessary yet. It follows that the process of reforming promises to be long and its result seems to be difficult to predict.

Keywords: investment arbitration, investment arbitration reform, UNCITRAL, ISDS, investment court.

Неумолимо важную роль для поддержания экономического потенциала страны играют инвестиции как отечественные, так и иностранные. Однако исследования показывают, что именно иностранные инвестиции в огромной степени влияют на локальные компании в стране получателе капитала, на производительность труда, уровень заработной платы и общий уровень бедности в

странах-реципиентах³⁹⁵. Таким образом, в конце XX века произошел значительный рост иностранных инвестиций: с 6,2% в 1980 г. и 7,4% в 1985 г. до 8,8% в 1990 г., 10% – в 1995 г., 14,5% в 1998 г., 18,6% – в 2000 г.³⁹⁶ Это привело к увеличению судебных разбирательств между иностранными инвесторами и принимающим государством.

Разрешение таких споров требует особого международно-правового механизма, поэтому со временем критика существующей формы рассмотрения инвестиционных споров с государствами значительно возросла. Противники существующей системы урегулирования споров между инвестором и государством (далее – УСМИГ) убеждены в том, что международный инвестиционный арбитраж не всегда выступает адекватным для этого форумом³⁹⁷. Например, профессор Макгиллского университета Кшиштоф Пелц в своей научной работе пришел к выводу, что произошло увеличение «пустых» исков в УСМИГ, нацеленных не на получение компенсации, а на запугивание властей страны³⁹⁸. Цель таких исков – убрать нормативно-правовые акты, защищающие государственные интересы.

Большое число замечаний касается порядка назначения членов арбитражного трибунала, когда инвестору и государству предоставляется право назначить практически любого арбитра по своему усмотрению. Одновременно очевидна поляризация арбитров на тех, кто чаще поддерживает государства, и тех, кто занимает проинвесторский подход. Расходы на инвестиционный арбитраж, в том числе гонорары арбитров, вызывают вопросы. Многие инвестиционные споры проходят в закрытом режиме, что дает повод усомниться в прозрачности процедуры³⁹⁹. Кроме того, в научных кругах проблема «проинвесторского» подхода трибуналов, а точнее арбитров, считается глубоким структурным дефектом всего инвестиционного арбитража. Предвзятое отношение трибунала, в основном, по мнению принимающих государств, нарушает принцип независимости и беспристрастности и, в том числе, ведет к «кризису легитимности» арбитража.⁴⁰⁰ Согласно одному из докладов ЮНКТАД в 2017 году решения по существу исков в 60 процентах случаев выносились в пользу инвесторов и в 40 процентах в пользу государств⁴⁰¹. Более двух третей известных арбитражных решений, вынесенных в 2019 году, были приняты в пользу инвестора⁴⁰². Такая же статистика прослеживается и в докладе ЮНКТАД за 2020 год.⁴⁰³

³⁹⁵ Например, исследования данных фабрик в Венесуэле показали, что те предприятия, которые получали инвестиции, сумели повысить производительность. См. Aitken B.J., Harrison A. Do Domestic Firms Benefit from Direct Foreign Investment? Evidence from Venezuela // *American Economic Review*. 1999. № 89. P. 605-618.

Сходный пример - бурное развитие отрасли программного обеспечения в Коста-Рике после того, как компания INTEL построила там завод. См. Spar D. Attracting High Technology Investment: Intel's Costa Rica Plant. *World Bank Occasional Paper 11*. N.Y., 1997. P.7-11.

³⁹⁶ Самусенко Дмитрий Николаевич. География прямых иностранных инвестиций в современном мировом хозяйстве: диссертация на соискание ученой степени кандидата географических наук. Институт географии Российской академии наук. Москва.2014. С. 8.

³⁹⁷ См. дело свинцового завода в Сальвадоре. Адвокаты владельцев фабрики прибегли к УСМИГ, чтобы помочь компании избежать наказания. [Электронный ресурс]: Интернет-журн. URL: <https://nymag.com/intelligencer/2016/08/a-super-court-is-helping-corporate-criminals-go-free.html> (дата обращения 12.06.2021).

³⁹⁸ Pelc, Krzysztof, Does the International Investment Regime Induce Frivolous Litigation? 2016. [Electronic resource]: electronic journal. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2778056 (accessed 12.06.2021).

³⁹⁹ Е.С. Бурова, К.В. Коротеева. Ветер перемен: актуальные обсуждения реформы системы разрешения споров между иностранными инвесторами и государствами // *Закон*. 2018. №5, с.4-6.

⁴⁰⁰ Franck S.D. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions // *Fordham Law Review*. 2005. №73 p. 1584.

⁴⁰¹ Доклад ЮНКТАД о мировых инвестициях, 2017 год // ЮНКТАД. Нью-Йорк и Женева, 2017, с.10. [Электронный ресурс]: Доклад. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2017_overview_en.pdf (дата обращения 24.03.2021).

⁴⁰² Доклад ЮНКТАД о мировых инвестициях, 2019 год // ЮНКТАД. Нью-Йорк и Женева, 2019, с.18. [Электронный ресурс]: Доклад. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2019_overview_ru.pdf (дата обращения 25.03.2021).

⁴⁰³ Доклад ЮНКТАД о мировых инвестициях, 2020 год // ЮНКТАД. Женева, 2020, с.20. [Электронный ресурс]: Доклад. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_overview_ru.pdf (дата обращения 25.03.2021).

Обвинения арбитров в предвзятости привели к тому, что на сегодняшний день появился термин «внутренняя мафия». Согласно отчету Транснационального института (TNI) и Обсерватории корпоративной Европы (CEO)⁴⁰⁴ «внутренняя мафия» — это небольшая группа юристов, сплоченное сообщество элитных арбитров преимущественно из Европы и Северной Америки (двое ее представителей – Л. Ив Фортъе и С. Швებель – были в тройке арбитров по делу ЮКОСа), которые выступают в делах то арбитрами, то представителями, то приглашенными экспертами. Их взаимосвязь и многочисленные финансовые интересы вызывают серьезную озабоченность у всего юридического сообщества по поводу их стремления выносить справедливые и независимые суждения.

Более того, в 2016 году BuzzFeed, американская новостная интернет медиа-компания, провела 18-месячное расследование.⁴⁰⁵ Команда журналистов и экспертов взяла сотни интервью, проанализировала десятки тысяч документов и им удалось выявить скрываемые операции трибуналов и способы, которыми бизнес подчиняет государства. В отчете BuzzFeed представлены дела с участием Египта, Сальвадора и Индонезии, из которых следует, что система УСМИГ чрезмерно выгодна корпорациям в ущерб развивающимся странам. Отчет также касается одного из бывших деловых партнеров Дональда Трампа, который использовал систему, чтобы избежать тюремного заключения.

Доверие к системе оказалось существенно подорвано. Протест в отношении инвестиционного режима привел к тому, что, например, Австралия заявила, об отказе заключать инвестиционные соглашения, предусматривающие обязательный арбитражный порядок разрешения споров с инвестором.⁴⁰⁶ Появилась явная необходимость в полной перезагрузке инвестарбитража, а не просто в косметических реформах.

Справедливости ради, стоит отметить, что не все члены арбитражного сообщества поддержали идею реформы системы УСМИГ, аргументируя свое несогласие тем, что такое «новшество» можно расценивать не более чем «атаку на арбитражную систему», а не как средство обеспечения гарантий прав инвесторов.⁴⁰⁷ Например, упомянутый выше известный арбитр и бывший судья международного суда ООН Стивен М. Швებель считает ошибкой создание такого суда, так как это приведет к замене хорошо работающей системы на «систему, которая неизбежно столкнется с проблемами согласованности, рационализации, переговорного процесса, ратификации, организации, функционирования и финансирования»⁴⁰⁸.

Тем не менее, критика существующей системы была настолько серьезной, что перешла на уровень обсуждений в рамках ЮНСИТРАЛ. В 2017 г. на своей 50-ой сессии ЮНСИТРАЛ уполномочила Рабочую группу III: Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform, далее – Рабочая группа III) выработать рекомендации относительно способов реализации будущей реформы УСМИГ⁴⁰⁹. По итогам своей 38-й сессии Рабочая группа III аккумулировала

⁴⁰⁴ Pia Eberhardt, Cecilia Olivet. Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom // Corporate Europe Observatory & Transnational Institute Report. 2012. URL: <https://www.tni.org/files/download/profitfrominjustice.pdf>; (accessed date 27.03.2021).

⁴⁰⁵ Chris Hamby: Inside The Global “Club” That Helps Executives Escape Their Crimes // *BuzzfeedNews*. 2016. [Electronic resource]: news portal. URL: <https://www.buzzfeednews.com/article/chrisHamby/super-court> (accessed date 27.03.2021).

⁴⁰⁶ Nottage L. Investor-State Arbitration: Not in the Australia-Japan Free Trade Agreement, and Not Ever for Australia? // *Journal of Japanese Law*. 2014. № 38. P. 37—38.

⁴⁰⁷ Roberts A. Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration // *American Journal of International Law*. 2018. Vol. 112. Issue 3. P. 420.

⁴⁰⁸ Judge Stephen Schwebel, Remarks at Sidley Austin. 2016 [Electronic resource]: URL: <http://isdsblog.com/wp-content/uploads/sites/2/2016/05/THEPROPOSALSOFTHEEUROPEANCOMMISSION.pdf> (accessed 04.03.2021).

⁴⁰⁹ Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), (Возможная будущая работа в области урегулирования споров: Реформы в области урегулирования споров между инвесторами и государствами) (Вена, 3-21 июля 2017 г.). С.4-19 [Электронный ресурс]: официальный сайт ООН. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V17/023/71/PDF/V1702371.pdf?OpenElement> (дата обращения 13.06.2021).

предложения всех государств, принявших участие в работе сессии и изложила возможные варианты реформ⁴¹⁰:

- создание Многостороннего консультативного центра, потенциальными функциями которого могут быть администрирование процессов в рамках участия стороны в деле (секретарские функции), консультирование сторон, оказание услуг в рамках альтернативного разрешения споров, формирование и аккумуляция наилучших практик и распространение информации о них;

- создание постоянного механизма по обжалованию или апелляции, осуществляющего(-ей) контроль качества арбитражного решения до того, как оно станет окончательным;

- учреждение единого международного суда по рассмотрению инвестиционных споров в первой и апелляционной инстанциях с постоянно действующим составом судей.

Именно последнюю идею еще в 2015 году комиссия Европейского союза (далее – ЕС) выдвинула в ответ на критику современного инвестиционного арбитража.⁴¹¹ Данный категоричный вариант реформы инвестарбитража представляется наиболее прогрессивным, но, в то же самое время, дискуссионным. Предполагается, что учреждение такого международного единого суда сохранит право предъявлять иски к принимающему государству, но заменит систему многочисленных специально созданных арбитражей единой институциональной структурой. Споры в этом механизме будут рассматриваться арбитрами (adjudicators), назначаемыми государствами на длительный срок без возможности переназначения. За свою работу арбитры будут получать фиксированную заработную плату, а для того, чтобы избежать конфликта интересов, им будет запрещено заниматься любой другой деятельностью, то есть запрет арбитрам выступать одновременно и в роли судьи, и в роли адвоката одной из сторон или эксперта по правовым вопросам в конкретных спорах между иностранными инвесторами и государствами-реципиентами. Предпочтения при выборе арбитров будут отдаваться тем, кто ранее в работе не имел проинвесторской или прогосударственной репутации. На обсуждениях 38-й сессии в рамках Отчета Рабочей группы III общую поддержку получило предложение о подготовке кодекса поведения для арбитров.⁴¹² Дополнительно обязательным условием создания такого постоянного механизма должно быть наличие в нем апелляционной инстанции⁴¹³. Согласно упомянутому выше документу делегатам представляется важным наделить апелляционную инстанцию правом возвращать дело в первую инстанцию для нового рассмотрения.

Еще одним обязательным механизмом, предложенным ЕС, является право государств принимать совместное толкование применяемых при рассмотрении споров терминов или норм, которое будет обязательным для судей первой и второй инстанции для рассмотрения инвестиционных споров⁴¹⁴.

Кроме того, суд должен обладать компетенцией по решению всех инвестиционных споров по международным договорам об инвестициях, то есть как споров между инвестором и принимающим его государством, так и споров между Договаривающимися Сторонами соответствующего международного договора об инвестициях.

Интересным представляется механизм признания и исполнения решений такого суда. Были высказаны идеи использовать Конвенцию об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (далее – Вашингтонская конвенция 1965 г.) когда решение подлежит немедленному исполнению без какой-либо процедуры его признания национальными судами⁴¹⁵. Также было предложено использовать в

⁴¹⁰ Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), Отчет Рабочей группы III (Реформа урегулирования споров между инвесторами и государством) о работе ее тридцать восьмой сессии (Вена, 14 - 19 октября 2019 г.). С.6-8 [Электронный ресурс]: официальный сайт ООН. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/081/97/PDF/V1908197.pdf?OpenElement> (дата обращения 13.06.2021).

⁴¹¹ Commission proposes new Investment Court System for TTIP and other EU trade and investment negotiations // European Commission. [Electronic resource]: official website of the EU. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_5651 (accessed date 13.06.2021).

⁴¹² Указ. соч. С.9

⁴¹³ Указ. соч. С.8

⁴¹⁴ Указ соч. С.10

⁴¹⁵ Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), Отчет Рабочей группы III (Реформа урегулирования споров между инвесторами и государством) о работе ее сороковой сессии (Вена, 8 - 12 февраль 2021 г.). С.13-15 [Электронный ресурс]: официальный сайт ООН. 134

качестве краткосрочной временной меры вариант Нью-Йоркской конвенции 1958 г. используя оговорку, содержащуюся в п. 2 статьи I этой Конвенции, согласно которой она применяются не только к решениям ad hoc арбитражей, но и к решениям «постоянного арбитражного органа»⁴¹⁶.

На основании позиций всех делегатов, прозвучавших в рамках обсуждений Рабочей группы III, австралийский юрист и профессор Робертс А. выделил три догматических лагеря⁴¹⁷, которые носят сугубо теоретический характер: 1) представители инкрементализма; 2) системные реформаторы; 3) акторы изменения парадигм.

Так, к инкременталистам в первую очередь, можно причислить Россию, которая негативно относится к любой критике существующей системы УСМИГ⁴¹⁸. Российская Федерация считает, что не стоит преувеличивать значение восприятия нынешней системы УСМИГ, то есть, если в каком-то конкретном государстве появились критические высказывания по поводу современного механизма инвестарбитража, то это не означает, что все международное сообщество должно в корне изменить существующую систему. На данный момент Россия считает, что не существует единого и универсального варианта устранения выявленных проблем в сфере УСМИГ⁴¹⁹. Такая позиция кому-то может показаться в некотором смысле неожиданной, прежде всего, потому, что после истории с ЮКОС Россия должна бы быть главным сторонником немедленных реформ. На самом деле, такое отношение России к реформе можно объяснить тем, что она до сих пор не ратифицировала Вашингтонскую конвенцию 1965 года, как следствие, не является «реформистским» государством в контексте данной реформы. Более того, в мае 2021 года на площадке международного экономического форума в Санкт-Петербурге был презентован свой собственный проект инвестиционного арбитража БРИКС.⁴²⁰ То есть у России свое собственное видение и планы на реформу УСМИГ, поэтому ожидать от страны в дальнейшем более проактивного участия в дискуссиях не стоит.

Индия и Китай – это те страны, которые проявили интерес лишь к некоторым аспектам реформы, в особенности, к введению апелляционной инстанции. К слову, уже упомянутый профессор Робертс А. в своей работе называет Китай «полусистемным реформатором», который выступает за сохранение текущего инвестиционного арбитража, однако одновременно поддерживает некоторые улучшения и создание апелляционной инстанции.

Главными инициаторами системного реформирования являются ЕС, Маврикий и Канада⁴²¹. Именно эти государства активно выступают за создание постоянного международного инвестиционного суда с апелляционной инстанцией⁴²². Примечательно, что ЕС уже сейчас

URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V20/065/41/PDF/V2006541.pdf?OpenElement> (дата обращения 13.06.2021).

⁴¹⁶ Там же

⁴¹⁷ Roberts A. *Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration* // *American Journal of International Law*. 2018. Vol. 112. P. 415.

⁴¹⁸ Labin D., Soloveva A. *International Investment Law as International Law: Russian and Western Approaches*. – *AJIL Unbound*. 2018. № 112. Issue 6. P. 205. [Electronic resource]; Cambridge Univ. Press. URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/international-investment-law-as-international-law-russian-and-western-approaches/922F1AFD45CB0931CE00A6ABB3923B78> (accessed date 13.06.2021).

⁴¹⁹ Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), Представление правительства Российской Федерации (Реформа урегулирования споров между инвесторами и государством), 38-ая сессия (Вена, 20 - 24 января 2020 г.) [Электронный ресурс]: официальный сайт ООН. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V20/001/57/PDF/V2000157.pdf?OpenElement> (дата обращения 13.06.2021).

⁴²⁰ СПбГУ представил на ПМЭФ революционный проект инвестиционного арбитража БРИКС. [Электронный ресурс]: официальный сайт СПбГУ. URL: <https://spbu.ru/news-events/novosti/spbgu-predstavil-na-pmef-revolucionnyy-proekt-investicionnogo-arbitrazha-briks> (дата обращения 13.06.2021).

⁴²¹ Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), Представление Европейского Союза (Реформа урегулирования споров между инвесторами и государством) 35-ая сессия, (Вена, 8 - 12 февраль 2021 г.). [Электронный ресурс]: официальный сайт ООН. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V17/088/34/PDF/V1708834.pdf?OpenElement> (дата обращения 13.06.2021).

⁴²² Соловьева А.В. «Новые подходы к реформе инвестиционного арбитража» / А.В. Соловьева// *Московский журнал международного права*. 2019. №1. С. 35.

заклучает соглашения, предусматривающие новую систему инвестиционного суда, с Канадой, Сингапуром, Вьетнамом и Мексикой⁴²³.

Необходимость в системном и многостороннем подходе также подчёркивают Аргентина, Австралия, Кения, Алжир, Марокко, Южная Корея⁴²⁴.

К сторонникам изменения парадигм можно отнести Бразилию и Южную Африку⁴²⁵. Преимущественно эти страны выступают за введение системы национальных судов, продвижение роли омбудсмана и разрешение инвестиционных споров на межгосударственном уровне.⁴²⁶ По мнению этих стран, инкрементальные и системные реформы не будут иметь достаточного эффекта, чтобы «вылечить» систему УСМИГ. Бразилия посчитала, что лучшее решение – это механизм разрешения споров между двумя государствами. В целом, страны из данного лагеря не выделяют частного инвестора как ключевого субъекта международного инвестиционного права, а инвестиционные отношения прежде всего рассматриваются как взаимодействие между двумя государствами.

Например, с 2015 года договоры с участием Бразилии содержат положение о передаче спора на рассмотрение омбудсмену. В том случае, если разрешить спор с помощью омбудсмана не получается, то стороны заранее дают свое согласие на разрешение споров между государствами.⁴²⁷

Изначально система инвестиционного арбитража задумывалась как эффективный механизм защиты иностранных инвесторов. Анализируя все вышеизложенное, вернемся к вопросу о том, действительно ли эта система оправдала надежды, ради которых она создавалась? По нашему мнению, сейчас можно дать лишь отрицательный ответ на данный вопрос. Во-первых, основным маркером здесь является то, что уже многие годы на площадке ЮНСИТРАЛ ведется активная работа по реформированию системы. Во-вторых, невозможно не замечать, как инвестиционный арбитраж превращается в опасный инструмент, приватизированный крупными корпорациями и «элитой» арбитражного сообщества в своих корпоративных целях. Усугубляет положение и доктринальные противоречия, которые отражают различные взгляды стран на работу механизма УСМИГ.

В целом, недостатки нынешней системы УСМИГ, по нашему мнению, являются весьма серьезными, и реформа действительно необходима. Однако процесс реформирования в такой ситуации будет долгим и его результат сложно предугадать. Возможно, лучшее решение на данном этапе – концентрация на точечных, но качественных изменениях по представленным выше проблемам системы УСМИГ, но не ее полное изменение, которое в настоящее время представляется практически невозможным для претворения в жизнь. Важно понимать, что какого-либо результата можно добиться только постепенно выстраивая диалог между странами, которые на данный момент пока не могут прийти к общему видению реформы.

⁴²³ See generally Brown C.M. A Multilateral Mechanism for the Settlement of Investment Disputes. Some Preliminary Sketches // ICSID Review Foreign Investment Law Journal. 2017. Vol. 32. P. 673, 682. See also European Commission Press Release, The EU and Vietnam Finalize Landmark Trade Deal [Electronic resource]: European Commission. 2015. URL: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1409> (accessed 20.07.2019) and Art. 10 of the New EU-Mexico Agreement: The agreement in principle (Brussels, 23 April 2018) [Electronic resource]: European Commission. URL: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc_156791.pdf (accessed 13.06.2021).

⁴²⁴ Anthea Roberts, Zeineb Bouraoui. UNCITRAL and ISDS Reforms: What are States' Concerns? – EJIL: Talk. 2018. [Electronic resource]: Blog. URL: <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-what-are-states-concerns/> (accessed 13.06.2021).

⁴²⁵ Там же

⁴²⁶ Указ. соч.

⁴²⁷ See Articles 19 and 24 of the Cooperation and Facilitation Investment Agreement between the Federative Republic of Brazil and the United Arab Emirates (Brasilia, 15 March, 2019) [Electronic resource]: UNCTAD. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5855/download> (accessed 13.06.2021); Articles 19 and 24 of the Cooperation and Investment Facilitation Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Co-operative Republic of Guyana (Brasilia, 13 December, 2018) [Electronic resource]: UNCTAD. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5763/download> (accessed 13.06.2020).

Библиографический список:

1. Доклад ЮНКТАД о мировых инвестициях, 2017 год // ЮНКТАД. Нью-Йорк и Женева, 2017, [Электронный ресурс]: Доклад. Режим доступа: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2017_overview_en.pdf (дата обращения 24.03.2021), [7].
2. Доклад ЮНКТАД о мировых инвестициях, 2019 год // ЮНКТАД. Нью-Йорк и Женева, 2019, [Электронный ресурс]: Доклад. Режим доступа: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2019_overview_ru.pdf (дата обращения 25.03.2021), [8].
3. Доклад ЮНКТАД о мировых инвестициях, 2020 год // ЮНКТАД. Женева, 2020, [Электронный ресурс]: Доклад. Режим доступа: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_overview_ru.pdf, [9].
4. Е.С. Бурова, К.В. Коротева. Ветер перемен: актуальные обсуждения реформы системы разрешения споров между иностранными инвесторами и государствами // Закон. – 2018. – №5. – С. 13., [5].
5. Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), Отчет Рабочей группы III (Реформа урегулирования споров между инвесторами и государством) о работе ее тридцать восьмой сессии (Вена, 14 - 19 октября 2019 г.), [Электронный ресурс]: официальный сайт ООН. Режим доступа: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/081/97/PDF/V1908197.pdf?OpenElement>, [16], [18], [19], [20].
6. Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), (Возможная будущая работа в области урегулирования споров: Реформы в области урегулирования споров между инвесторами и государствами) (Вена, 3-21 июля 2017 г.). [Электронный ресурс]: официальный сайт ООН. Режим доступа: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V17/023/71/PDF/V1702371.pdf?OpenElement> (дата обращения 13.06.2021), [15].
7. Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), Отчет Рабочей группы III (Реформа урегулирования споров между инвесторами и государством) о работе ее сороковой сессии (Вена, 8 - 12 февраль 2021 г.). [Электронный ресурс]: официальный сайт ООН. Режим доступа: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V20/065/41/PDF/V2006541.pdf?OpenElement> (дата обращения 13.06.2021), [21].
8. Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), Представление правительства Российской Федерации (Реформа урегулирования споров между инвесторами и государством), 38-ая сессия (Вена, 20 - 24 января 2020 г.) [Электронный ресурс]: официальный сайт ООН. Режим доступа: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V20/001/57/PDF/V2000157.pdf?OpenElement> (дата обращения 13.06.2021), [25].
9. Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), Представление Европейского Союза (Реформа урегулирования споров между инвесторами и государством) 35-ая сессия, (Вена, 8 - 12 февраль 2021 г.). [Электронный ресурс]: официальный сайт ООН. Режим доступа: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V17/088/34/PDF/V1708834.pdf?OpenElement> (дата обращения 13.06.2021), [27].
10. Самусенко Дмитрий Николаевич. География прямых иностранных инвестиций в современном мировом хозяйстве: диссертация на соискание ученой степени кандидата географических наук. Институт географии Российской академии наук. Москва. – 2014. – 167 с., [2].
11. Соловьева А.В. «Новые подходы к реформе инвестиционного арбитража» / А.В. Соловьева// Московский журнал международного права. – 2019. – №1. – С. 27–39., [28].
12. СПбГУ представил на ПМЭФ революционный проект инвестиционного арбитража БРИКС. [Электронный ресурс]: официальный сайт СПбГУ. Режим доступа: <https://spbu.ru/news-events/novosti/spbgu-predstavil-na-pmef-revolucionnyy-proekt-investicionnogo-arbitrazha-briks> (дата обращения 13.06.2021), [26].
13. Aitken V.J., Harrison A. Do Domestic Firms Benefit from Direct Foreign Investment? Evidence from Venezuela // American Economic Review. – 1999. – № 89. – P. 605–618., [1].
14. Anthea Roberts, Zeineb Bouraoui. UNCITRAL and ISDS Reforms: What are States' Concerns? – EJIL: Talk. 2018. [Electronic resource]: Blog. URL: <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-what-are-states-concerns/> (accessed 13.06.2021), [30], [31].

15. Brown C.M. A Multilateral Mechanism for the Settlement of Investment Disputes. Some Preliminary Sketches // ICSID Review Foreign Investment Law Journal. – 2017. – Vol. 32. – P. 673–690., [29], [32].
16. Chris Hamby: Inside The Global “Club” That Helps Executives Escape Their Crimes // BuzzFeedNews. 2016. [Electronic resource]: news portal. URL: <https://www.buzzfeednews.com/article/chrishamby/super-court> (accessed date 27.03.2021)., [11].
17. Commission proposes new Investment Court System for TTIP and other EU trade and investment negotiations // European Commission. [Electronic resource]: official website of the EU. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_5651 (accessed date 13.06.2021)., [17].
18. Cooperation and Facilitation Investment Agreement between the Federative Republic of Brazil and the United Arab Emirates (Brasilia, 15 March, 2019) [Electronic resource]: UNCTAD. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5855/download> (accessed 13.06.2021)., [33].
19. Cooperation and Investment Facilitation Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Co-operative Republic of Guyana (Brasilia, 13 December, 2018) [Electronic resource]: UNCTAD. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5763/download> (accessed 13.06.2020)., [33].
20. Eric Levitz: A Private Super Court Is Helping Corporate Criminals Go Free// New York. 2016. [Electronic resource]: online magazine. URL: <https://nymag.com/intelligencer/2016/08/a-super-court-is-helping-corporate-criminals-go-free.html> (accessed date 13.06.2021)., [3].
21. Franck S.D. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions // Fordham Law Review. – 2005. – №73. – P. 1521–1625., [6].
22. Judge Stephen Schwebel, Remarks at Sidley Austin. 2016 [Electronic resource]: URL: <http://isdsblog.com/wp-content/uploads/sites/2/2016/05/THEPROPOSALSOFTHEEUROPEANCOMMISSION.pdf> (accessed 04.03.2021)., [14].
23. Labin D., Soloveva A. International Investment Law as International Law: Russian and Western Approaches. – AJIL Unbound. – 2018. – № 112. – Issue 6. – P. 205. [Electronic resource]: Cambridge Univ. Press. URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/international-investment-law-as-international-law-russian-and-western-approaches/922F1AFD45CB0931CE00A6ABB3923B78> (accessed date 13.06.2021)., [24].
24. New EU-Mexico Agreement: The agreement in principle (Brussels, 23 April 2018) [Electronic resource]: European Commission. URL: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc_156791.pdf (accessed 13.06.2021)., [29].
25. Nottage L. Investor-State Arbitration: Not in the Australia-Japan Free Trade Agreement, and Not Ever for Australia? // Journal of Japanese Law. 2014. – № 38. – P. 37–52., [12].
26. Pelc, Krzysztof, Does the International Investment Regime Induce Frivolous Litigation? 2016. [Electronic resource]: electronic journal. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2778056 (accessed 12.06.2021)., [4].
27. Pia Eberhardt, Cecilia Olivet. Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom // Corporate Europe Observatory & Transnational Institute Report. 2012. URL: <https://www.tni.org/files/download/profitfrominjustice.pdf>; (accessed date 27.03.2021)., [10].
28. Roberts A. Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration // American Journal of International Law. – 2018. – Vol. 112. – Issue 3. – P. 410–432., [9], [13], [23].
29. Spar D. Attracting High Technology Investment: Intel's Costa Rica Plant. World Bank Occasional Paper 11. N.Y. – 1997. – P.7–11., [1].
30. The EU and Vietnam Finalize Landmark Trade Deal [Electronic resource]: European Commission. 2015. URL: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1409> (accessed 20.07.2019)., [29].

А. С. Михайлова
Санкт-Петербургский государственный университет,
бакалавриат, образовательная программа «Юриспруденция», III курс

Научный руководитель: И. С. Марусин
д.ю.н., профессор кафедры международного права
Санкт-Петербургского государственного университета

ОБЪЯВЛЕНИЕ ПЕРСОНОЙ НОН ГРАТА В СОВРЕМЕННОМ ДИПЛОМАТИЧЕСКОМ ПРАВЕ

Предметом исследования статьи является изучение правовой природы и обстоятельств объявления дипломатов персоной нон грата в условиях современного дипломатического права с целью анализа практики применения данного института в настоящее время, а также выявления тенденций, которые происходят при вменении указанного статуса различными государствами. Несмотря на неугасающую актуальность, применение данного института не соотносится с изначальным смыслом, закрепленным в Венской конвенции о дипломатических сношениях, поскольку в большинстве случаев объявление персоной нон грата происходит не за действия дипломата, а за неподобающую деятельность страны, представителем которой он является.

Ключевые слова: международное право, объявление персоной нон грата, дипломатическое право, дипломат, страна пребывания, аккредитуемое государство, Венская конвенция о дипломатических сношениях.

A. S. Mikhailova

DECLARATION PERSONA NON GRATA IN THE MODERN DIPLOMATIC LAW

The subject of the article is research of the circumstances of declaring diplomats of the international community persona non grata in the conditions of modern diplomatic law. The aim of the article is the analyze practice of applying this status in modern world and to identify trends that occur when this status is imputing by different countries. Despite its relevance, the application of this status does not correspond the original meaning that fixed in the Vienna Convention on Diplomatic Relations. In most cases the declaration of persona non grata occurs not for the actions of a diplomat, but for the inappropriate activities of the receiving country.

Key words: international law, declaration persona non grata, diplomatic law, diplomat, receiving state, sending state, Vienna Convention on Diplomatic Relation.

Дипломатическое право является одной из отраслей международного права, которая представляет собой совокупность правовых норм, обуславливающих деятельность представителей стран международного сообщества. Одной из таких норм является объявление персоной нон грата представителя страны, совершившего какие-либо неправомерные действия на территории государства пребывания. Основная цель данной статьи состоит в исследовании случаев и обстоятельств вменения данного статуса дипломатам со стороны других государств, а также выявление тенденций развития современного дипломатического права.

Для того, чтобы непосредственно перейти к современности и проанализировать практику применения института объявления персоной нон-грата, целесообразно будет затронуть правовую природу настоящего термина и обозначить основания его применения. Легальная дефиниция данного понятия в дипломатической практике отсутствует, однако на основании анализа общедоступных источников можно сделать следующие выводы: так, персона нон грата (persona non grata) в дипломатическом праве подразумевает собой в прямом смысле слова «нежелательное лицо»; соответственно, в международном праве это дипломат, объявляемый властью страны пребывания как лицо, нахождение которого на территории определенного государства нежелательно вследствие совершения действий, послужившими основаниями для вменения такого статуса. Чтобы установить соответствующий запрет, у государства должны быть конкретные причины либо подозрения в совершении действий, противоречащих специфике деятельности дипломата и его статусу. Как правило, власти принимающего государства при объявлении представителя другой страны персоной нон грата мотивируют свое решение тем, что работник

посольства осуществлял деятельность, не связанную со статусом дипломата. В большинстве случаев это означает, что имеет место нарушение безопасности и конституционного строя иностранного государства, где пребывает дипломат. Несомненно, применение данного института уходит своими корнями в далекое прошлое, однако и в современном международном праве не теряет своей актуальности. Именно поэтому основное внимание данной статьи будет направлено на анализ самых показательных случаев объявления персоной нон грата представителей различных государств в современном международном праве, впоследствии чего целесообразно сделать вывод о причинах и тенденциях применения данного статуса в современном дипломатическом праве.

В первую очередь необходимо рассмотреть правовые основания, процедуру и последствия объявления дипломата персоной нон грата. Фундаментальные положения относительного данной темы зафиксированы в Венской конвенции о дипломатических сношениях (далее- Конвенция), принятой в 1961 году. В статье 9 настоящей Конвенции указано, что государство пребывания может в любое время посредством уведомления аккредитующего государства объявить какого-либо из членов дипломатического персонала представительства *persona non grata*. Присвоение подобного статуса имеет место и до пребывания дипломата в принимающее государство: ему может быть запрещен въезд на территорию соответствующей страны, а сам представитель не будет наделен привилегиями и иммунитетом, которым бы он обладал при въезде в страну пребывания. В обоих случаях аккредитующее государство должно отозвать данное лицо либо прекратить его функции в представительстве. При этом важно отметить, что государство пребывания не обязано мотивировать соответствующее решение. Нормативно волеизъявление принимающего государства оформляется посредством вручения сотруднику дипломатического представительства ноты об объявлении персоной нон-грата. В случае, если аккредитующее государство отказывается выполнять обязательства, которые ему предписаны, или сам представитель в обозначенный срок не покинул территорию принимающего государства, то страна пребывания вправе отказать в признании дипломата сотрудником представительства. Иначе говоря, данная процедура охватывается понятием *dismissal* (англ. *dismissal* - увольнение), сущность которой заключается в том, что дипломатический представитель признается страной пребывания частным лицом, иностранным гражданином. Таким образом, работник представительства лишается иммунитета, предусмотренного положениями Венской конвенцией о дипломатических сношениях, на него распространяется юрисдикция страны, в которой он непосредственно находится.

Поскольку практика международного сообщества в части применения данного института достаточно обширна, не представляется возможным всецело проанализировать обстоятельства объявления персоной нон грата в различных странах в формате статьи, вследствие чего было принято решение исследовать наиболее показательные случаи в период с 2018 года по 2021 год.

Так, 26 марта 2018 года власти Соединенных Штатов Америки (далее- США) объявили персонами нон грата 60-ти представителей Российской Федерации (далее- РФ): в их числе 48 дипломатов и 12 сотрудников миссии России при Организации Объединенных наций (далее- ООН). Официальной причиной являлось обвинение России в причастности к отравлению Сергея Скрипаля и его дочери Юлии, произошедшего 4 марта 2018 года в Солсбери (Великобритания). Лондон, а также ряд других стран, утверждал, что российская сторона виновна в случившемся инциденте; российские власти, в свою очередь, данный факт отрицали. Как итог, США и еще 20 стран объявили о высылке в общей совокупности 113-ти российских представителей в знак солидарности с позицией Великобритании. Российская Федерация в этот же день приняла решение об объявлении 60-ти дипломатов США персонами нон-грата, что являлось ответной мерой на действия американских властей.

В августе 2020 года три российских дипломата были объявлены персонами нон грата и высланы из Словакии. Официальная причина не была разглашена словацкими властями. О высылке дипломатов стало известно 10 августа, информация подтверждена представителями министерства иностранных дел (далее- МИД) и министерства обороны, которые ссылались на противоречие в деятельности российских дипломатов с положениями Венской Конвенции о дипломатических сношениях. Большинство словацких СМИ со ссылкой на анонимные источники утверждали, что представителей подозревают в содействии деятельности российской разведки под дипломатическим прикрытием, а также причастности к убийству в 2019 году гражданина Грузии. По общераспространенной версии, убийца въехал в Евросоюз по словацкой визе, которая выдана генеральным консульством Словакии в Санкт-Петербурге. При этом для

получения документа были предоставлены поддельные данные: таким образом, был сделан акцент на злоупотреблении работником генконсульства своими полномочиями. МИД РФ, в свою очередь, отреагировало на действия словацких властей: высылку российских сотрудников в министерстве назвали «неконструктивной» и «противоречащей духу плодотворного сотрудничества между странами»⁴²⁸. Кроме того, было указано, что российская сторона оставляет за собой право на адекватные ответные меры, которые, безусловно, последуют, и уже 31 августа 2020 года Россия приняла решение о высылке трех словацких дипломатов из страны в качестве реакции на недавние действия властей Словакии.

В ноябре 2020 года персонами нон грата были объявлены два британских дипломата в Белоруссии. Представитель Министерства иностранных дел республики заявил, что указанные лица собирали информацию о внутривластной ситуации в стране, а также о ходе протестов, которые проходили в это время. Кроме того, согласно информации, представленной правоохранительными органами Республики, дипломаты встречались с участниками оппозиционных партий и общественных правозащитных организаций. Через некоторое время из Великобритании выслали двух белорусских дипломатов, что свидетельствует о зеркальности меры против Белоруссии.

10 декабря 2020 года власти Нидерландов сообщили о высылке двух российских дипломатов, обвинив последних в шпионаже. Согласно комментариям представителей Нидерландов, они объявили персонами нон грата двух сотрудников Службы внешней разведки России, аккредитованных в качестве дипломатов и занимавшихся шпионской деятельностью: российские сотрудники, по словам высылающего государства, получали информацию в сфере высоких технологий, в том числе в области нанотехнологий и искусственного интеллекта. Российская сторона, в свою очередь, сообщила, что примет ответные меры на обвинения с голландской стороны. Посольство России прокомментировало ситуацию следующим образом: "Каких-либо доказательств их противоправных действий на территории королевства предъявлено не было. Ответные меры с нашей стороны последуют"⁴²⁹. 18 января 2021 года стало известно, что представитель Нидерландов в России был вызван в Министерство иностранных дел РФ, где ему был заявлен протест в связи с высылкой дипломатов и объявлено о высылке двух сотрудников нидерландского посольства из России, что является симметричным решением на действия голландской стороны.

В первой половине 2021 года произошло так называемое «обострение дипломатического противостояния» Российской Федерации и стран Запада. 5 февраля 2021 года Россия объявила персонами нон грата шведского, польского и немецкого дипломатов, которые участвовали в незаконных акциях в Москве и Петербурге в поддержку Алексея Навального 23 января: Министерство иностранных дел РФ посчитало данные действия вмешательством во внутренние дела России. 8 февраля Германия, Польша и Швеция в качестве ответных мер объявили о высылке трех сотрудников российских посольств в этих странах, тем самым «зеркально» ответив российской стороне. После этого, 18 февраля 2021 года официальный представитель МИД РФ сообщил, что Россия выслала сотрудника посольства Эстонии в Москве, что явилось ответной мерой на объявление персоной нон грата российского дипломата в Таллине, занимающегося вопросами культуры и образования. Помимо этого, 15 апреля 2021 года президент США Джо Байден подписал указ о введении санкций в отношении России, в рамках которых объявил о высылке десяти дипломатов, работающих в посольстве России в Вашингтоне. По мнению американской стороны, среди представителей Российской Федерации есть представители российских разведывательных служб. Российская сторона, в свою очередь, в качестве реакционной меры 16 апреля объявила персонами нон грата десять американских дипломатов. Также 15 апреля власти Польши объявили трех сотрудников посольства Российской Федерации в Варшаве персонами нон грата, основанием для такого решения стало нарушение указанными лицами условий дипломатического статуса. Вдобавок польская сторона заявила, что таким образом выразила солидарность с решением США ввести новые санкции в отношении России. На

⁴²⁸ В посольстве оценили версию Словакии о причинах высылки россиян//Сетевое издание РИА Новости [Электронный ресурс] URL: <https://ria.ru/20200811/1575644189.html> (дата обращения: 01.06.2021)

⁴²⁹ Москва пообещала ответить на высылку двух дипломатов из Нидерландов// Международная информационная группа «Интерфакс» [Электронный ресурс] URL: <https://www.interfax.ru/> (дата обращения 1.06.2021)

следующий день последовали ответные действия Российской Федерации: МИД РФ опубликовал заявление о высылке пяти польских дипломатов из страны.

В рамках данной статьи целесообразно рассмотреть отношения между Россией и Чехией, которые сложились весной 2021 года: 17 апреля глава чешского МИД сообщил, что 18 российских дипломатов объявлены персонами нон грата и в течение 48-ми часов должны покинуть Чехию. По словам чешской стороны, представители России были идентифицированы как сотрудники российских секретных служб. Помимо этого, глава чешского кабинета заявил, что российские спецслужбы подозревают в причастности ко взрывам на складе боеприпасов во Врбетице в 2014 году. Российская сторона считает, что Чехия предприняла такое действие «в стремлении угодить США на фоне недавних американских санкций»⁴³⁰. Как следствие, в качестве контрдействий 18 апреля 2021 года Россия объявила 20 сотрудников посольства Чехии в Москве персонами нон грата. Примечательно, что 22 и 23 апреля власти Словакии, Литвы, Латвии и Эстонии сообщили о высылке в общей совокупности 7 российских дипломатов в знак солидарности с позицией Чехии. В ответ на действия вышеперечисленных стран 28 апреля 2021 года Российская Федерация сообщила об объявлении персонами нон грата трех сотрудников посольства Словакии, еще двух работников посольства из Литвы, а также по одному представителю Латвии и Эстонии, что являлось ответной реакцией на аналогичные действия указанных государств.

Обозначив обстоятельства и случаи использования статуса персоны нон грата в сфере современного дипломатического права, целесообразно сделать соответствующий вывод о том, что данный институт не теряет своей актуальности спустя многолетнее применение. На основании приведенной практики уместно сделать систематизированный вывод и прийти к определенным тенденциям, которым следуют государства, объявляя персоной нон грата дипломата аккредитуемого государства. Если вернуться к основному регулированию данного института, то статья 9 Венской конвенции о дипломатических сношениях указывает на необязательность мотивирования и аргументации государством своего решения о вменении статуса персоны нон грата соответствующему дипломату. Однако в соответствии с вышеприведенной практикой можно сделать вывод, что в большинстве случаев страна пребывания, объявив дипломата персоной нон грата, ссылается на нарушение данным лицом основ конституционного строя государства, неуважение законов и обычаев страны пребывания, злоупотребления должностными полномочиями и привилегиями (которое выражается, в частности, посредством обвинения в шпионаже и вмешательстве во внутренние дела соответствующего государства). При этом стоит заметить важную тенденцию: представители аккредитуемой страны могут быть объявлены персоной нон грата независимо от поведения самого дипломата. К примеру, исходя из вышеуказанной практики, именно таким образом поступили власти США, когда выслали из страны 48 российских дипломатов и 12 сотрудников миссии России при ООН, поскольку подозревали Российскую Федерацию в причастности к отравлению в Великобритании Сергея и Юлии Скрипалей. Целесообразно отметить еще одну тенденцию: посредством применения института объявления персоной нон грата государства могут транслировать свое отношение к происходящим событиям: в трех проанализированных в статье случаях страны пребывания объявляли дипломата персоной нон грата в знак солидарности с решением иного государства, которое ранее выслали представителей аккредитуемой страны по различным причинам. Помимо этого, многие страны используют данный институт в качестве ответной реакции на высылку представителя (представителей) их страны из государства пребывания: в большинстве случаев объявления персоной нон грата, раскрытых в данной статье, власти государства, представитель которого был выслан из страны пребывания, в официальном ответе ссылаются на принцип зеркальности и принимают аналогичное решение по объявлению персоной нон грата представителя страны, в которой осуществлял свою деятельность их дипломат.

Таким образом, можно сделать основательный вывод о том, что применение института объявления персоной нон грата в первую очередь используется в качестве инструмента для предотвращения вмешательства со стороны других стран, в том числе и на потенциальном уровне, тем самым обеспечивая безопасность и суверенитет государства. Однако, в последнее время практика складывается таким образом, что вменение статуса персоны нон грата зачастую

⁴³⁰ МИД увидел «американский след» в высылке российских дипломатов из Чехии// информационное агентство «РБК» [Электронный ресурс] URL: <https://www.rbc.ru/politics/18/04/2021/607c1ed79a7947642748f917> (дата обращения: 02.06.2021)

применяется странами в качестве ответной реакции на действия другого государства, тем самым использование данного института противоречит основополагающему смыслу: объявление персоной нон грата происходит не за противоречивые действия самого дипломата, а вследствие неподобающей и недружественной деятельности страны, к которой принадлежит соответствующий представитель. Соответственно, дипломат, осуществляющий свою профессиональную деятельность в государстве пребывания на законных основаниях, может быть выслан в качестве некой меры ответственности за действия страны, интересы которой он представляет. Целесообразно обозначить, что данный факт является достаточно опасной тенденцией, поскольку высылка дипломатов происходит необоснованно: согласно Венской конвенции о дипломатических сношениях, высылка представителя аккредитующего государства из страны пребывания должна осуществляться только на основании доказанного факта нарушения дипломатом законов государства, в котором он пребывает и осуществляет профессиональную деятельность. Как было указано выше, в современном дипломатическом праве государства в большей степени вменяют соответствующий статус в качестве ответной реакции на аналогичные действия другого государства, тем самым демонстрируя зеркальность применения, что не соотносится с предназначенной функцией института объявления персоной нон грата в дипломатическом праве.

Библиографический список:

1. Интерфакс [Электронный ресурс]: международная информационная группа «Интерфакс». – Режим доступа: <https://www.interfax.ru/>.
2. «Первый канал» [Электронный ресурс]: СМИ сетевое издание «Первый канал». – Режим доступа: <https://www.1tv.ru/>.
3. «РосБизнесКонсалтинг» [Электронный ресурс]: информационное агентство «РБК». – Режим доступа: <https://www.rbc.ru/>.
4. Сетевое издание РИА Новости [Электронный ресурс]: сетевое издание РИА Новости. – Режим доступа: <https://ria.ru/>.
5. ТАСС [Электронный ресурс]: информационное агентство ТАСС. – Режим доступа: <https://tass.ru/>.
6. Телекомпания НТВ [Электронный ресурс]: СМИ сетевое издание «NTV.RU». – Режим доступа: <https://www.ntv.ru/novosti/>.

М. Н. Орлова

*Санкт-Петербургский государственный университет,
магистратура, образовательная программа
«Международное частное право», II курс*

ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ ПРИНЯТИЕМ ЕВРОПЕЙСКИМ СОЮЗОМ АКТОВ ОБ ОХРАНЕ ЛИЧНЫХ ДАННЫХ ДЛЯ ИНОСТРАННЫХ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ

Предметом исследования статьи является право Европейского Союза, с целью выявления причин и особенностей действия актов Европейского Союза о приватности для иностранных юридических лиц. Охрана личных данных происходит в рамках закрепленного конвенционально права на неприкосновенность частной жизни. В целях достижения защиты прав человека в государствах, обеспечивающих недостаточный уровень защиты прав субъектов данных, в актах ЕС об охране личных содержатся положения об их экстерриториальности, действие которых вступает в противоречие с публичным порядком иностранных государств, находящихся за пределами ЕС. Определение правовых последствий действия Общего регламента ЕС в отношении иностранных юридических лиц напрямую зависит от санкции государства-личного статуса юридического лица.

Ключевые слова: охрана личных данных, акты Европейского Союза, Общий регламент ЕС 2016/679, экстерриториальность, суверенитет, правовые последствия, иностранные юридические лица.

LEGAL CONSEQUENCES OF THE ADOPTION OF ACTS ON PERSONAL DATA PROTECTION BY THE EUROPEAN UNION FOR FOREIGN LEGAL ENTITIES

The subject of the article is European Union law in order to identify the reasons and features of the European Union acts on privacy legal effect for foreign legal entities. The protection of personal data occurs within the framework of the conventionally enshrined right to privacy. To adhere to the protection of human rights in states providing the insufficient level of protection of the rights of subjects, the EU acts on the protection of personal data contain provisions on their extraterritoriality, the operation of which conflicts with the public order of foreign states outside the EU. Determination of the EU General Regulations legal consequences to foreign legal entities directly depends on the sanction of the state-personal statute of the certain legal entity.

Keywords: personal data protection, European Union acts, EU General Regulation 2016/679, extraterritoriality, sovereignty, legal consequences, foreign legal entities.

Техническое развитие, предтечей которому послужило развитие компьютерных технологий и массовое внедрение в операции по обработке личных данных персональных компьютеров, обусловило распространение практик сбора и обработки сведений об личностях коммерческими компаниями и правительственными органами. Развитие рынка и параллельно идущие процессы формирования глобального пространства обмена информацией сети Интернет поставили сложную задачу в правотворчестве по обеспечению прав человека, в том числе трансграничной охраны личных данных.

На сегодняшний день охрана личных данных осуществляется в рамках права на неприкосновенность частной жизни. Защита доступа к частной жизни, нарушение которого ведет к раскрытию информации о частной жизни, выразилось в законодательстве об охране личных данных. Так, охрана личных данных стало средством защиты доступа и последующего использования личной информации в части права на неприкосновенность частной жизни.

При существующей тенденции усиления трансграничного обмена информацией, в том числе личной, возникает проблема защиты права человека в части охраны личных данных. В рамках ЕС это право с подписанием Лиссабонского договора от 2007 года было выделено в отдельное фундаментальное право человека. С учетом этого изменения в 2016 году Европейский Парламент принимает Общий регламент ЕС 2016/679 (далее - Общий регламент), отменяющий положения Директивы 95/46/ЕС (далее - Директива), и который заложил унифицированные стандарты охраны личных данных для государств-членов ЕС, а также юридических лиц, созданных по праву государств-членов ЕС и не только.

Проблема экстерриториальности действия актов ЕС

В западной доктрине⁴³¹ стала развиваться идея об экстерриториальном действии актов. Считается, что термины «экстерриториальность» и «экстерриториальная юрисдикция» относятся к полномочиям государства устанавливать, применять и обеспечивать соблюдение правил поведения в отношении лиц, собственности или событий за пределами его территории⁴³². Американский исследователь - Дэн Джекер Б. Сватенссон - выделил следующие принципы экстерриториальности⁴³³, отмечая, что данные принципы повсеместно (или практически повсеместно) включены в литературу по публичному международному праву: принцип а) субъективной территориальности, б) объективной территориальности, в) гражданства, г) пассивной правосубъектности, д) защиты и е) универсальный принцип.

⁴³¹ См.: Svantesson, Dan Jerker B. Extraterritoriality in the Context of Data Privacy Regulation [Электронный ресурс] // Masaryk University Journal of Law and Technology., vol. 7. no. 1., Summer 2013. Pp. 87-96. URL: https://proxy.library.spbu.ru:4166/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/mujlt7&id=89&men_tab=srchresults (Дата обращения: 02.04.2021).

⁴³² Kamminga T. Menno. Extraterritoriality [Электронный ресурс] // Max Planck Encyclopedias of International Law. URL: <https://proxy.library.spbu.ru:2607/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1040?rskey=d53WwM&result=1&prd=MPIL> (Дата обращения: 04. 05. 2021).

⁴³³ Svantesson, Dan Jerker B. Указанное соч.

Доктрина «экстерриториального действия» актов также поддерживается в ЕС: некоторыми авторами⁴³⁴ сделан вывод, что доктрина «экстерриториального действия» актов ЕС похожа на доктрину США. Более того, отмечается широкое распространение принципов «экстерриториального применения» в рамках охраны личных данных ЕС⁴³⁵.

При рассмотрении проблемы экстерриториальности в области охраны личных данных в ЕС необходимо рассмотреть положения о действии основных актов ЕС в данной области.

Ныне отмененная Директива, с точки зрения Дэна Джекера Б. Сватенссона, содержала экстерриториальное притязание на применение (англ. *extraterritorial claim*). В п. с) ч. 1 ст. 4 Директивы указано, что если юридическое лицо, занимающееся обработкой личных данных, не учреждено в государстве-члене ЕС, но при этом использует оборудование для обработки личных данных, находящееся на территории государства-члена ЕС, то ему необходимо соблюдать стандарты, указанные Директивой 95/46/ЕС, в области обработки личных данных, если они находятся (т.е. хранятся и любым другим способом обрабатываются за исключением «транзитной передачи») на оборудовании на территории государства-члена ЕС. Одновременно с тем, ч. 2 ст. 4 Директивы содержит положение, обязывающее в таком случае контроллера данных назначить представителя в государстве-члене ЕС, на территории которого размещено оборудование, используемое для обработки. Отмечается⁴³⁶, что упоминание об использовании «автоматизированного или иного оборудования, расположенного на территории [ЕС]» имеет несколько неточный указательный характер и оказалось трудным для применения в сети Интернет. Действительно, некоторые контроллеры данных по различным причинам предпочитают использовать сторонние сервисы для хранения или обработки личных данных, а также иные лица, которые могут производить обработку – именующиеся в Директиве как «обработчики данных»⁴³⁷. По отношению к обработчикам данных прямых «экстерриториальных притязаний» для применения Директивы в части обработки данных и назначения представителя в ЕС не указано. Однако данная обязанность в отношении контроллеров данных «провоцирует» иностранных обработчиков данных с целью возможности предоставлять услуги по обработке данных таким контроллерам, не нарушая их обязанность по имплементации положений Директивы, соответственно, также соблюдать её положения. В противном случае контроллеры данных оказываются в ситуации, когда для обработки данных на территории государства-члена ЕС, они должны выбирать только тех обработчиков данных, которые учреждены на территории государства-члена ЕС.

С точки зрения принципов, выделенных Дэном Джекером Б. Сватенссоном, тип экстерриториальных притязаний Директивы основан на принципе объективной территориальности, ввиду важности географического расположения соответствующего оборудования. Однако с действующим в настоящее время Общим регламентом ситуация обстоит сложнее.

Действие Общего регламента также рассматривается в зарубежной доктрине как «экстерриториальное», исходя из положений в статье 3 Общего регламента. Так, ч. 1 ст. 3 Общего регламента указывает, что акт применяется к обработке личных данных в контексте деятельности учреждения контроллера или обработчика данных в ЕС, независимо от того, происходит ли обработка в ЕС или нет. В данном случае географическое положение не имеет значения как для расположения обработки, так и для местонахождения субъектов личных данных. Следовательно, данное экстерриториальное притязание с точки зрения принципов, выделенных Дэном Джекером

⁴³⁴ Layton A., Angharad M. Parry. *Extraterritorial Jurisdiction - European Responses* [Электронный ресурс] // *Houston Journal of International Law.*, Vol. 26. No. 2., Winter 2004. Pp. 309-326. URL: https://proxy.library.spbu.ru:4166/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/hujil26&div=17&start_page=309&collection=journals&set_as_cursor=25&men_tab=srchresults (Дата обращения: 05. 04. 2021).

⁴³⁵ Azzi, A. *The Challenges Faced by the Extraterritorial Scope of the General Data Protection Regulation* [Электронный ресурс] // *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law.*, Vol. 9. No. 2., October 2018. Pp. 126-137. URL: https://proxy.library.spbu.ru:4166/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/jipitec9&div=15&start_page=126&collection=journals&set_as_cursor=7&men_tab=srchresults (Дата обращения: 05. 04. 2021).

⁴³⁶ Svantesson, Dan Jerker B. Указанное соч.

⁴³⁷ Article 2 (e). *Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data* [Электронный ресурс] // *EUR-Lex Access to European Union law.* URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31995L0046> (Дата обращения: 02.04.2021).

Б. Сватенссоном, основывается на принципе гражданства субъекта [регулируемого], то есть контроллера или обработчика данных, имеющих местонахождение в государстве-члене ЕС, «обязанные» применять положения акта независимо от того, происходит обработка гражданина государства-члена ЕС или нет.

В ч. 2 ст. 3 Общего регламента содержится еще один случай, который рассматривается в зарубежной доктрине как допускающий «экстерриториальное применение» Общего регламента: акт применяется к обработке личных данных субъектов, находящиеся в ЕС, контроллером или обработчиком данных, не созданным в ЕС, если действия по обработке связаны с:

(а) предложением товаров или услуг, независимо от того, требуется ли оплата субъекта данных, таким субъектам данных в ЕС; или же

(b) мониторингом их поведения в пределах ЕС.

Приведенные два критерия действий юридических лиц по обработке личных данных связывают⁴³⁸ с принципом пассивной правосубъектности. Если обработка личных данных так или иначе может повлечь противоправные действия в отношении субъектов личных данных в ЕС, то такие противоправные действия ограничиваются ч. 2 ст. 3 Общего регламента, территорией ЕС. Подобное экстерриториальное действие акта требует ответа на вопросы, связанные со следственными полномочиями органов государств-членов ЕС в отношении контроллеров или обработчиков данных, находящимися за пределами ЕС. Очевидно, что возникает также сложность в определении как применимости акта, так и судебной и исполнительной юрисдикции.

Важнейшим элементом проблемы экстерриториальности актов ЕС является не столько тип «экстерриториального притязания», сколько признание действия таких актов иностранными правовыми системами.

Реальность экстерриториального действия актов необходимо рассматривать с точки зрения государственного суверенитета: экстерриториальность как концепция действия правовых актов в публичном международном праве заключается в разрешении одним государством другому иностранному государству или международной организации иметь полномочия на части своей территории. Однако процессы глобализации оказали огромное влияние на суверенное государство как субъект международного права. В отечественной доктрине, в отличие от зарубежной, концепция «экстерриториальности» не нашла поддержки.

Ряд авторов отмечает, что в сфере развития институтов защиты прав человека наблюдается тенденция экстерриториальности⁴³⁹. В исследовании Микеле де Сальвиа отмечается, что «новаторский элемент Европейской конвенции о защите прав человека заключается в утверждении европейского публичного порядка за рамками национальных систем»⁴⁴⁰. Соответственно, административные акты ЕС об охране личных данных вступают в конфликт с суверенной природой государств, находящихся за пределами ЕС.

Право на охрану личных данных содержится в учредительных документах ЕС об основных правах человека, что в правотворческой деятельности ЕС легло в основу экстерриториального действия актов об охране личных данных и, как следствие, наличие экстерриториальных притязаний. При этом наличие экстерриториальных притязаний в актах ЕС, с учетом вышеизложенной проблематики, не может гарантировать применения акта за пределами ЕС. Для принятия действия такого акта требуется санкция со стороны государства, находящегося за пределами ЕС, путем инкорпорации положений данного акта в национальное законодательство.

Применение акта, содержащего положения об экстерриториальном применении, иностранными юридическими лицами в таком случае является добровольным и зависит от внутренних корпоративных правил относительно соблюдения иностранных правовых актов.

Правовые последствия применения Общего регламента ЕС 2016/679

⁴³⁸ Svantesson, Dan Jerker B. Указанное соч.

⁴³⁹ См.: Овчинников А. И., Самарин А. А. Перспективы развития современного права: экстерриториальность, трансграничность, сетевая множественность [Электронный ресурс] // Философия права, № 3 (70), 2015. С. 8-14. URL: <https://proxy.library.spbu.ru:3693/item.asp?id=24156602> (Дата обращения: 03. 05. 2021).

⁴⁴⁰ Сальвиа М. де. Прецеденты Европейского суда по правам человека [Электронный ресурс] // Ассоциация Юридический Центр., Юридический центр Пресс. СПб., 2004. С.12. URL: https://www.srji.org/upload/iblock/a63/1de_sal_via_m_precedenty_evropeyskogo_suda_po_pravam_chelove.pdf (Дата обращения: 05. 05. 2021).

В зависимости от занимаемой иностранными юридическими лицами роли⁴⁴¹ в процессе обработки личных данных для них могут наступить разные правовые последствия: это могут быть как организационно-технические меры, указанные в Части IV Общего регламента, так и правовые последствия, связанные с корректным распределением ответственности между сторонами.

Однако обозначенные выше обязанности, касающиеся обработки личных данных, с точки зрения проблематики концепции «экстерриториальности» могут вменяться иностранным юридическим лицам только в следующих случаях:

- если находящееся за пределами ЕС государство приняло должные меры по имплементации положений Общего регламента в национальное право так, чтобы юридические лица, подчиняющиеся данному национальному праву, имели исполнения этих положений. Например, принятие в Российской Федерации определенного федерального закона или изменение ныне действующего федерального закона об обработке личных данных, положения которого бы содержали идентичные положения, указанные в Общем регламенте;

- если иностранное юридическое лицо добровольно принимает на себя функции по исполнению положений Общего регламента в той части, в которой положения Общего регламента предусматривают исполнение для него, путем внесения в корпоративные правила такого юридического лица соответствующих положений.

При отсутствии данных условий правовые последствия от исполнения обязанностей, указанных в положениях Общего регламента, не будут распространяться на иностранные юридические лица, занимающиеся обработкой личных данных – контроллеров, обработчиков данных и других вышеуказанных лиц.

Если в первом случае распространение правовых последствий для иностранных юридических лиц зависит от наличия в национальном праве санкции на применение, то иностранные юридические лица, действия по обработке личных данных которых не соответствуют требованиям Общего регламента, *de jure* освобождены от ответственности. Следовательно, правовые последствия как таковые для них отсутствуют.

Во втором случае, связанном с добровольным принятием ответственности за соблюдение акта иностранным юридическим лицом, вопрос о правовых последствиях обстоит сложнее. Если иностранное юридическое лицо вносит во внутренние документы организации определенные корпоративные правила, указывающее на то, что оно принимает на себя правовые последствия, касающиеся ответственности лица и перед субъектом личных данных, и перед соответствующими органами государства-члена и ЕС, а также самого ЕС, то контроль за исполнением данных обязанностей вступает в противоречие с публичным порядком государства, где учреждено юридическое лицо.

Эту ситуацию необходимо рассмотреть с точки зрения существующих в Общем регламенте механизмов распределения ответственности в случае его нарушения.

Ответственность за нарушение Общего регламента находится в рамках административной ответственности и выражается в штрафных санкциях или других санкциях, например, предписания соответствующего органа, ответственного за охрану личных данных, по восстановлению субъекта данных в его/ее правах, наложения соответствующим органом обязанности на контроллера или обработчика данных в выплате компенсации субъекту данных⁴⁴².

Согласно ч. 8 ст. 83 Общего регламента и контроллер данных, и обработчик данных несут ответственность за нарушение Общего регламента. Учитывая их разные роли касательно степени вовлеченности в процесс обработки данных встает вопрос о том, какой именно субъект будет привлечен к ответственности. Если контроллер данных несет ответственность напрямую перед субъектом данных за нарушение его/ее законных прав и не соблюдения обязанностей, налагаемых на него Общим регламентом, то обработчик данных *inter alia* может быть привлечен к ответственности как в части обязательств, которые на него распространяются, согласно Общему регламенту, так и указанных в договоре поручения на обработку данных с контроллером данных. Это распространяется только на тех контроллеров и обработчиков данных, которые находятся в ЕС.

⁴⁴¹ Это могут быть: контроллеры, обработчики, реципиенты данных, а также третьи лица.

⁴⁴² Chapter VIII. General Data Protection Regulation. Regulation (EU) 2016/679 [Электронный ресурс] // EUR-Lex Access to European Union law. URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj> (Дата обращения: 12.01.2021).

В случае «совместных контроллеров»: при нарушении положений Общего регламента, согласно ч.3 ст. 82 Общего регламента, если более одного контроллера участвует в одной и той же обработке и, если они, согласно частям 2 и 3 указанной статьи, несут ответственность за любой ущерб, причиненный обработкой, каждый контроллер несет ответственность за весь ущерб, чтобы обеспечить эффективную компенсацию субъекту данных. Практика Суда ЕС показывает, что в таком случае необходимо рассматривать распределение ответственности между совместными контроллерами данных как солидарную. В одном из дел⁴⁴³ Суд пришел к выводу, что совместные контроллеры несут солидарную ответственность.

Согласно концепции экстерриториальности, существует обязательство у третьих лиц и реципиентов придерживаться соответствующего Общему регламенту уровня охраны личных данных при их получении. Как правило, подобные гарантии закрепляются в соглашениях о неразглашении конфиденциальной информации между отправителями данных [контроллеры и обработчики данных, включая иногда суб-обработчиков] с одной стороны и получателями данных [реципиенты и иногда отличные от суб-обработчиков третьи лица] с другой. Однако с учетом того, что, в соответствии с Общим регламентом, реципиент должен считаться контроллером данных по отношению к обработке данных, он также может быть привлечен как к административной, так и к гражданско-правовой ответственности.

Однако распределение ответственности необходимо рассматривать с учетом механизмов действия мер со стороны органов государств-членов ЕС, в случае нарушения Общего регламента.

Если иностранное юридическое лицо, будучи контроллером или обработчиком данных, добровольно принимает на себя ответственность и все вытекающие правовые последствия, указанные в Общем регламенте, то оно должно в соответствии со ст. 27 Общего регламента, назначить представителя в государстве-члене ЕС. Такое лицо (представителя) иностранное юридическое лицо должно уполномочить принимать обращения от соответствующих надзорных органов ЕС и субъектов данных по всем вопросам, связанным с обработкой личных данных, в целях обеспечения соблюдения Общего регламента. Соответственно, в данном случае проблем с административным действием акта не существует.

Однако если иностранное юридическое лицо добровольно не принимает на себя на себя ответственность и все вытекающие правовые последствия, указанные в Общем регламенте, то, такое лицо не может быть привлечено к административной ответственности. При этом важное значение заключается в роли, которую занимает такое лицо в обработке личных данных. Так, может быть два варианта.

В ситуации, когда контроллер данных находится на территории ЕС, а обработчик данных является иностранным юридическим лицом, то административное действие Общего регламента будет распространяться только на контроллера данных в силу его подчинению определенному правопорядку на территории государства-члена ЕС, а обработчик данных будет выполнять только те действия, которые предусматриваются в договоре на оказание услуг в случае привлечения к административной ответственности контроллера данных. Как правило, такие действия включают денежное или иное материальное возмещение как штрафных санкций, выплаты компенсаций субъектам личных данных, убытков и проч., а также исполнение других распоряжений контроллера данных в виде приостановки обработки, изменения данных и прочих действий, предписание о которых получил контроллер данных от соответствующего надзорного органа государства-члена ЕС. Соответственно, обязанность по исполнению Общего регламента со стороны иностранного юридического лица существует только в гражданско-правовой плоскости посредством заключения соглашения на оказание услуг.

Однако подобные соглашения могут вызывать сомнения. В Части V Общего регламента предусматривается, что трансграничная передача личных данных может происходить только если соблюдаются указанные в статье 46 обязательные условия для такой передачи, одним из которых является заключение стандартных договорных положений, одобренных Европейской Комиссией⁴⁴⁴. В части разделения ответственности в тексте стандартных договорных положений,

⁴⁴³ См.: *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein v Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH, in the presence of Facebook Ireland Ltd* [Электронный ресурс] // Opinion of Advocate General (BOT)., 24 October 2017. Case C-210/16. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62016CC0210> (Дата обращения: 14. 04. 2021).

⁴⁴⁴ Standard contractual clauses for data transfers between EU and non-EU countries (decision 2010/87/EU) [Электронный ресурс] // European Commission. URL: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-148>

<https://proxy.library.spbu.ru:2607/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1040?rskey=d53WwM&result=1&prd=MPIL>.

6. Standard contractual clauses for data transfers between EU and non-EU countries (decision 2010/87/EU) [Электронный ресурс]: European Commission: [сайт]. – Режим доступа: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/standard-contractual-clauses-scc_en.

7. Svantesson, Dan Jerker B. Extraterritoriality in the Context of Data Privacy Regulation. / Dan Jerker B. Svantesson // Masaryk University Journal of Law and Technology. – vol. 7. – no. 1. – Summer 2013. – Режим доступа: https://proxy.library.spbu.ru:4166/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/mujlt7&id=89&men_tab=srchresults.

Е. М. Скляр

ФГБОУ ВО «Российский государственный университет правосудия»,
Крымский филиал,
магистратура, образовательная программа «Юрист в сфере гражданского,
уголовного и административного судопроизводства», 1 курс

Научный руководитель: Л. В. Пастухова
к.ю.н., доцент кафедры государственно-правовых дисциплин
Российского государственного университета правосудия, Крымский филиал

ПРАКТИКА СУДА ЕАЭС В СФЕРЕ ДЕЙСТВИЯ, ПРИМЕНЕНИЯ И СООТНОШЕНИЯ ПРАВА ЕАЭС С НАЦИОНАЛЬНЫМ ПРАВОМ ГОСУДАРСТВ-ЧЛЕНОВ

Предметом исследования данной статьи является определение роли практики Суда ЕАЭС в формировании представления о ключевых свойствах интеграционного права ЕАЭС (прямое действие, непосредственное применение), а также о соотношении права ЕАЭС с правом государств-участников Союза. На основе анализа практики Суда ЕАЭС делается вывод о том, что Суд рассматриваемого интеграционного объединения играет ключевую роль в *формировании собственной доктрины приоритета права ЕАЭС*, его прямого действия и непосредственного применения по отношению к нормам национального законодательства и является источником *единообразной практики* правоприменения по вопросам экономической интеграции ЕАЭС.

Ключевые слова: Суд ЕАЭС, право ЕАЭС, прямое действие, непосредственное применение; приоритет права ЕАЭС; исполнение решения иностранного суда; обычай в практике правоприменения.

Е. М. Sklyar

PRACTICE OF THE EAEU COURT IN THE FIELD OF DETERMINING THE ACTION, APPLICATION AND CORRELATION OF THE EAEU LAW WITH THE NATIONAL LAW OF THE MEMBER STATES

The subject of this article is to determine the role of the EAEU Court practice in shaping an understanding of the key properties of the EAEU integration law (direct action, direct application), as well as the relationship between the EAEU law and the law of the Union member states. Based on the analysis of the practice of the EAEU Court, it is concluded that the Court of the considered integration association plays a key role in the formation of its own doctrine of the priority of EAEU law, its direct action and direct application in relation to the norms of national legislation and is a source of uniform practice of law enforcement on issues of economic integration of the EAEU.

Key words: EAEU Court, EAEU law, direct action, direct application; priority of the EAEU law; execution of the decision of a foreign court; custom in the practice of law enforcement.

Договор о Евразийском экономическом союзе (далее – Договор) был подписан сторонами в 2014 г., положив начало существованию обновлённого евразийского правопорядка. Экономическая интеграция стран-участников ЕАЭС позволила сформировать правовую базу для

регулирования отношений в рамках Союза. О формировании такого правопорядка по решению государств-участников свидетельствуют, прежде всего, положения ст. 6 упомянутого выше Договора, где перечисляются основные источники права ЕАЭС, а также прослеживается их иерархическая соподчинённость и правила разрешения конкуренции между нормами Договора о ЕАЭС и нормами иных источников, а также – между последними.

Вышеуказанное позволяет сделать вывод о том, что Договор закрепляет новый правопорядок, в рамках которого будет осуществляться регулирование внутри самого Союза. Однако, неразрешённым и проблемным остаётся вопрос о том, как именно должно взаимодействовать *право ЕАЭС с национальными правопорядками государств-участников*, имеют ли нормы Союза приоритет. Этим и обусловлена актуальность данной статьи.

Следует отметить, что вопросы прямого действия права Союза (возможности непосредственного применения этих норм на территории государств-участников), а также правила разрешения коллизий между нормами правовых актов, составляющих данное право, могут конкретизироваться компетентными органами самих государств-участников. Так, например, Верховный Суд РФ в своём Постановлении от 26.11.2019 № 49 в п. 2 закрепил *приоритет решений ЕЭК*, а также правила разрешения правового конфликта между нормами Договора, ТК ТС и указанными Решениями, отдавая приоритет первым. Так же, в вопросах толкования и применения права Союза в сфере таможенного регулирования национальным судам следует учитывать акты Суда Евразийского экономического союза, вынесенные по вопросам, отнесенным к его компетенции согласно гл. IV Статута Суда⁴⁴⁶. Таким образом, мы можем говорить о руководящей роли решений Суда ЕАЭС при разрешении национальными судами споров, связанных с вопросами, относящимися к компетенции Суда Союза.

Можно сделать предположение о том, что при возникновении конфликта между правом ЕАЭС и национальным законодательством, его разрешение на уровне Союза, в силу отсутствия прямого регулирования, можно отнести к компетенции именно Суда ЕАЭС.

Примечательным в данном вопросе является консультативное заключение № СЕ-2-1/2-19-БК. По заявлению Национальной палаты предпринимателей «Атамекен» (Республика Казахстан) Суд указал на приоритет права Союза, а именно положений о компетенции ЕЭК в случае нарушения хозяйствующим субъектом своими действиями одновременно права союза и норм национального законодательства. В случае, если посредством совершения одного действия нарушено законодательство государства-члена и пункт 1 статьи 76 Договора и это может негативно сказаться на состоянии конкуренции на трансграничных рынках, то подобное нарушение на трансграничном рынке подлежит пресечению ЕЭК, а не государством-членом в лице его органов, поскольку в противном случае последует нарушение требований Договора о разграничении полномочий между ЕЭК и национальными органами⁴⁴⁷.

Приоритетное значение норм права ЕАЭС по отношению к нормам национального законодательства прослеживается и в сфере установления социальных гарантий служащим Союза. В одном из консультативных заключений Суд ЕАЭС указал, что вопреки нормам национального законодательства в вопросе назначения служащим в органах Союза пенсии за выслугу лет необходимо руководствоваться правилами, установленными именно Договором в силу самостоятельности его положений, что полностью шло вразрез с позицией Министерства экономического развития Российской Федерации. Так, по мнению Суда, наличие в пункте 53 Приложения № 32 к Договору самостоятельной нормы, регулирующей данный вопрос, означает, что в отношении таких лиц должна применяться норма о стаже, установленная Договором, даже если в национальном законодательстве были введены изменения стажа для назначения соответствующей пенсии⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26.11.2019 № 49 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике в связи с вступлением в силу Таможенного кодекса Евразийского экономического союза»/ СПС «Консультант Плюс».

⁴⁴⁷ Консультативное заключение Большой коллегии суда от 18 июня 2019 года по заявлению Национальной палаты предпринимателей Республики Казах-стан «Атамекен» о разъяснении положений статей 74, 76 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г. и пунктов 2 и 5 Критериев отнесения рынка к трансграничному, утвержденных Решением Высшего Евразийского экономического совета от 19 декабря 2012 г. № 29.// URL: <http://courteurasian.org/page-26361> (дата обращения 28.01.2021).

⁴⁴⁸ Консультативное заключение от 20 декабря 2018 года по заявлению Евразийской экономической комиссии о разъяснении положений пунктов 53 и 54 Положения о социальных гарантиях, привилегиях и иммунитетах в Евразийском экономическом союзе (приложение № 32 к Договору о Евразийском

Так же, Суд указывает в своих решениях на наличие в праве ЕАЭС норм прямого действия, возможность не единообразного применения которых исключена, что ставит такие нормы в приоритет по сравнению с национальным регулированием затрагиваемых этими правилами вопросов⁴⁴⁹. Наличие таких норм, может порождать субъективные права для неограниченного круга частных лиц, что позволяет им опираться и ссылаться на эти права для отстаивания своих интересов в национальных судах, а последние обязаны эти права всемерно соблюдать и защищать⁴⁵⁰. Следует сказать, что Суд в своих решениях сформулировал критерии прямого действия и непосредственного применения норм права Союза ещё в 2017-2018 гг.

Так Суд ЕАЭС, определяя «непосредственное применение» права Союза, указал, что норма Договора или международного договора в рамках ЕАЭС обладает данным свойством, если она «имеет императивный характер, не содержит изъятий или отсылочных положений»⁴⁵¹. В дополнение к этому Суд в Консультативном заключении от 7 декабря 2018 г. указал, что норма, которая обладает прямым действием и непосредственным применением, обычно *наделяет заинтересованных лиц субъективным правом*, является четкой и ясной для восприятия и не требует в силу указанных свойств включения в национальное законодательство⁴⁵². Следует отметить, что подобная правовая позиция весьма схожа с трактовкой концепции «прямого эффекта», которой придерживается Суд ЕС. Как отмечает Исполинов А.С., в практике государств Европейского Союза в случае, если норма права ЕС обладает прямым эффектом, то «национальный суд применяет именно её, если она отвечает необходимым требованиям для прямого эффекта (безусловность и достаточная ясность)», что вполне соотносится с вышеприведённой трактовкой Суда ЕАЭС.

Исходя из всего вышесказанного, мы видим, что Суд ЕАЭС играет существенную роль в формировании и отстаивании тенденции приоритета и прямого действия права ЕАЭС. Согласно пункту 2 Статута, Суд ЕАЭС нацелен на «обеспечение в соответствии с положениями настоящего Статута единообразного применения государствами-членами и органами Союза» всех источников интеграционного права ЕАЭС. Суд ЕАЭС уполномочен создавать такие правила для единообразного толкования и применения союзной нормы в том случае, если она подразумевает альтернативу поведения участников правоотношений⁴⁵³. Следовательно, правовая позиция Суда, в силу несовершенства нормативно-правового регулирования и стремительного развития общественных отношений, *способна более точно определить* правовое содержание нормативного акта в тот момент, когда это действительно необходимо, что выражается в конкретном споре.

Таким образом, недавняя практика Суда ЕАЭС показывает, что он начал *выстраивать свою доктрину приоритета права* ЕАЭС, его прямого действия и непосредственного применения по отношению к нормам национального законодательства, хоть и прослеживается усвоение исследуемым институтом практики более развитого интеграционного объединения, как ЕС⁴⁵⁴. При этом, весьма примечательно то, что в национальных судах государств-участников Союза постепенно складывается практика, в рамках которой выявляется необходимость учёта разъяснений Суда ЕАЭС при решении вопросов о применении норм, относящихся к праву Союза. Применительно к решениям Суда ЕАЭС Верховный Суд РФ создал механизм взаимодействия

экономическом союзе от 29 мая 2014 года)// URL: <http://courteurasian.org/page-25501> (дата обращения 28.01.2021).

⁴⁴⁹ Постановлению Коллегии Суда ЕАЭС от 12 июня 2019 г. по результатам рассмотрения ходатайства ООО «Ойл Марин Групп» о принятии мер по исполнению Решения Суда ЕАЭС от 11 октября 2019 г./ URL: <http://courteurasian.org/page-26361> (дата обращения 28.01.2021).

⁴⁵⁰ Исполинов А.С. Суды региональных интеграционных объединений в международном правосудии (на примере Суда ЕС и Суда ЕАЭС). Дисс. доктор юрид. наук/ М. 2018г. 349 С.

⁴⁵¹ Решение Большой коллегии Суда Евразийского экономического союза от 21 февраля 2017 года по заявлению Российской Федерации по спору о соблюдении Республикой Беларусь Договора о Евразийском экономическом союзе, статьи 125 Таможенного кодекса таможенного союза, статей 11 и 17 Соглашения о взаимной административной помощи таможенных органов государств – членов таможенного союза. URL: <http://courteurasian.org/database> (дата обращения: 29.01.2021).

⁴⁵² Консультативное заключение от 7 декабря 2018 года по заявлению Евразийской экономической комиссии о разъяснении положений Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года.// URL: <http://courteurasian.org/page-25501>(дата обращения: 29.01.2021).

⁴⁵³ Нешатаева Т.Н. Суд Евразийского экономического союза: от правовой позиции к действующему праву. Международное правосудие. М., 2017. № 2 (22). С. 64-79.

⁴⁵⁴ Там же.

наднационального и национального правосудия через постановление Пленума Верховного Суда. Таким образом, позиции Суда ЕАЭС включаются в правоприменительную практику судов не напрямую, а именно через применение положений соответствующего постановления Пленума ВС РФ. Несмотря на всё вышесказанное, до сих пор в литературе напрямую не решён вопрос о том, в какой степени государства-члены связаны решениями Суда ЕАЭС, что вытекает из незыблемости суверенитета любого государства, а также – каким образом такие решения влияют на правопорядок государств.

Каждое государство, как суверенный участник международных отношений, вправе самостоятельно устанавливать пределы и порядок признания и приведения в исполнение на своей территории решений иностранных судов, ориентируясь на существенные для него в данный момент обстоятельства⁴⁵⁵. Ярким тому подтверждением является внесение поправки в ст. 79 Конституции РФ, на основании которой решения международных судов в истолковании, противоречащем положениям Основного закона РФ, не исполняются в РФ⁴⁵⁶.

Однако, мы не можем не озвучить тот факт, что любое государство, являющееся участником интеграционного объединения, создаваемого в его же интересах, в любом случае не может и не должно игнорировать решения международного органа данной организации, поскольку в противном случае подобные действия могут быть расценены, как непризнание компетенции и юрисдикции в отношении себя всего межгосударственного объединения, а последнее выбивается из стремления Российской Федерации к формированию ЕАЭС как эффективного и влиятельного интеграционного объединения.

Исходя из этого, можем говорить о том, что распространение действия иностранного решения на территорию государства зависит от его суверенного решения и может выражаться в различных формах (будь то специальное судопроизводство в государстве исполнения решения или иные способы, предусмотренные правовыми источниками как национального, так и наднационального уровня).

Говоря же о влиянии решений Суда ЕАЭС на национальные правопорядки, следует уточнить, что судебные решения способны оказывать подобное влияние в различных формах в рамках «судебного правотворчества». Под последним в литературе понимается, например, преюдициальное толкование права, восполнение пробелов правового регулирования, формирование судебного прецедента, формирование правового обычая, а так же - контроль суда за законностью и исполнением унифицированных норм права⁴⁵⁷. Как отмечается в научных источниках, подобные процессы реализуются в контексте вынесения рекомендательных или обязательных решений судов. При этом, первые содержат правовую позицию в области функционирования единого экономического пространства, формулируют модель поведения для участников экономического оборота, что играет немаловажную роль в применении интеграционных норм на уровне государств. Второй тип решений необходим для обеспечения стабильной работы механизма правовой защиты в рамках интеграционного объединения.

В целом необходимо отметить, что решения Суда ЕАЭС не обладают свойствами *прецедента*, привычными, например, для системы общего права, однако нельзя не заметить их значение в *формировании единообразной практики* по вопросам экономической интеграции ЕАЭС. Мы полагаем, что в таком контексте вполне можно говорить о влиянии таких решений *на зарождение обычая в практике правоприменения*. В международном праве каждый юридический факт (пусть и не прецедентного характера) привлекает внимание и становится объектом для одобрения или осуждения. Поэтому работу судов можно расценивать как констатирующую состояние права, что диктует им существенную роль в формировании обычая в практике правоприменения⁴⁵⁸.

Как отмечает Нешатаева Т. Н., «создание правила в виде правовой позиции судом – нормальный и естественный процесс в международном правотворчестве». По мере повторения в

⁴⁵⁵ Трубачева А.В. Признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений по экономическим спорам в ЕАЭС и ЕС. Дисс. канд. юрид. наук. М., 2020. С. 24.

⁴⁵⁶ Конституция Российской Федерации [Электронный ресурс]: принята всенародным голосованием 12 дек. 1993 г. // Рос. газ. 2009. 21 янв. (с учетом поправок от 1 июля 2020 г.). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴⁵⁷ Рафалюк Е.Е. Решения судов интеграционных объединений Латинской Америки как форма унификации международного частного права. Автореф. дисс. канд. юрид. наук. М., 2010. С. 11-12.

⁴⁵⁸ Шинкарецкая Г.Г. Судебные средства разрешения международных споров: тенденции развития. Автореф. дис. доктор. юрид. наук. М., 2010. С. 13-14.

судебной практике правовой позиции по тому или иному делу она становится судебным обычаем – уже обязательным для неопределенного круга лиц.

Исходя из этого, а так же из приведённых выше подтверждений существенной роли Суда ЕАЭС в формировании ключевых особенностей интеграционного права Союза, которые были рассмотрены в настоящей статье, мы можем сделать вывод о том, что на данный момент исследуемый институт продолжает осуществлять ключевую роль в формировании и совершенствовании права ЕАЭС и практики правоприменения в установленных сферах как на региональном, так и на национальном уровне правового регулирования.

Библиографический список:

1. Исполинов, А.С. Суды региональных интеграционных объединений в международном правосудии (на примере Суда ЕС и Суда ЕАЭС). Дисс. доктор юрид. наук/ Москва. – 2018. – 349 С.
2. Нешатаева, Т.Н. Суд Евразийского экономического союза: от правовой позиции к действующему праву/ Т.Н. Нешатаева// Международное правосудие. – Москва. – 2017. – № 2 (22). – С. 64-79.
3. Рафалюк, Е.Е. Решения судов интеграционных объединений Латинской Америки как форма унификации международного частного права. Автореф. дисс. канд. юрид. наук. – Москва. – 2010. – С. 23.
4. Трубачева, А.В. Признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений по экономическим спорам в ЕАЭС и ЕС. Дисс. канд. юрид. наук/ Москва. – 2020. – С. 263.
5. Шинкарецкая, Г.Г. Судебные средства разрешения международных споров: тенденции развития. Автореф. дис. доктор. юрид. наук/ Москва. – 2010. – С. 31.

С. Е. Фомина

*Сибирский федеральный университет, магистратура,
образовательная программа «Публичная власть: правовые основы
организации и деятельности», 1 курс*

РАЗВИТИЕ ПРАВА НА САМООБОРОНУ В СВЕТЕ БОРЬБЫ С ТЕРРОРИЗМОМ

Предметом исследования является право на самооборону, закрепленное в Уставе Организации Объединенных Наций, а также его изменения в свете участившихся террористических атак. В международном праве существует запрет на применение государствами силы, в то время как право на самооборону представляет собой исключение из общего правила, поэтому государства используют право на самооборону как правовое основание для применения силы против террористических группировок. Автор приходит к выводу, что право на самооборону хоть и претерпевает изменения, все же должно соответствовать принципам пропорциональности и необходимости. Также отмечается недопустимость реализации превентивной самообороны.

Ключевые слова: право на самооборону, терроризм, угроза миру и безопасности государств, террористические атаки, применение силы, jus ad bellum, Международный суд ООН.

S. E. Fomina

DEVELOPING THE RIGHT TO SELF-DEFENCE IN THE LIGHT OF THE FIGHT AGAINST TERRORISM

The subject of the article is the right to self-defence, enshrined in the Charter of the United Nations, and its changes in the light of the increasing terrorist attacks. International law prohibits the use of force by states, while the right to self-defense is an exception to the general rule. Therefore, states use the right to self-defense as a legal basis for the use of force against terrorist groups. The author concludes that, although the right to self-defense is undergoing changes, it must still comply with the principles of proportionality and necessity. The inadmissibility of the implementation of preventive self-defense is also noted.

Keywords: the right to self-defence, terrorism, a threat to the peace and security of states, terrorist attacks, the use of force, jus ad bellum, International Court of Justice.

Террористические акты уже давно рассматриваются международным сообществом в качестве угрозы миру и безопасности государств. Только за последние два года в мире было зафиксировано более 13 тыс. терактов⁴⁵⁹. Государства предпринимают различные меры по борьбе с терроризмом, в том числе, применяя силу и ссылаясь при этом на неотъемлемое право на самооборону. Как на практике, так и в науке часто поднимается вопрос о том, насколько правомерны такие отсылки и могут ли государства применять силу против негосударственных субъектов - террористов, находящихся в другом государстве.

Запрет применения силы является основополагающим принципом международного права⁴⁶⁰ и находит свое отражение в Уставе Организации Объединенных Наций (далее – Устав ООН, Устав) (ст. 2(4)), решениях Международного суда ООН⁴⁶¹ (далее – МС ООН, Суд), признается в качестве обычного международного права и нормы *jus cogens*⁴⁶². Ст. 2 (4) Устава предписывает государствам воздерживаться от угрозы силой или ее применения как против территориальной неприкосновенности или политической независимости любого государства, так и каким-либо другим образом, несовместимым с Целями Объединенных Наций. Однако в ст. 42, 43 и 51 Устава признаются два исключения из этого запрета одним из которых является реализация права на самооборону.

Для начала предлагается проанализировать традиционный подход к праву на самооборону, включая его содержание и субъектов. Фундаментальным принципом, закрепленным МС ООН в «Консультативном заключении о правовых последствиях возведения стены на оккупированной Палестинской территории» является осуществление права на самооборону в случае вооруженной атаки одного государства против другого⁴⁶³. В 1980-х годах среди ученых сформировался широкий консенсус в отношении того, что запрет на применение силы носит всеобъемлющий характер и любое применение силы в международных отношениях рассматривалось *prima facie* незаконным⁴⁶⁴. Как следствие, экстерриториальное применение силы одним государством против террористов, действующих на территории другого государства, неизбежно бы нарушало это правило⁴⁶⁵.

Относительно негосударственных субъектов МС ООН отмечал, что ст. 51 Устава также может применяться, но только в ситуациях, когда поведение таких субъектов присваивается определенному государству⁴⁶⁶. В решении «Никарагуа против США» Суд признал, что *jus ad bellum* могло быть нарушено путем отправки государством или от его имени вооруженных банд, групп, нерегулярных формирований или наемников, которые бы использовали вооруженную силу против другого государства⁴⁶⁷. Тем не менее, чтобы поведение нерегулярных сил могло быть присвоено государству, это государство должно было осуществлять «эффективный контроль над такими операциями»⁴⁶⁸, тогда как материально-техническая или другая поддержка была недостаточной. Таким образом, реализация права на самооборону зависела от множества факторов, и Суд фактически ограничил самооборону межгосударственным контекстом.

⁴⁵⁹ ТАСС [Электронный ресурс]: информационное агентство. URL: <https://tass.ru/obschestvo/11157241> (дата обращения: 15.04.2021).

⁴⁶⁰ Michael Wood, International Law And The Use Of Force: What Happens In Practice? // Indian Journal Of International Law, 2013, P. 344.

⁴⁶¹ ICJ, Corfu Channel, United Kingdom v Albania, Judgment, Merits, ICJ GL No 1, ICJ Rep 4, ICGJ 199, 9th April 1949, P. 35; ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion, ICJ GL No 95, ICJ Rep 226, ICGJ 205, 8th July 1996, para 38.

⁴⁶² Oliver Dörr, Prohibition of Use of Force // Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2002, P. 57.

⁴⁶³ ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ GL No 131, ICJ Rep 136, 43 ILM 1009, ICGJ 203, 9 July 2004, para 139.

⁴⁶⁴ Manfred Lachs, General Course on Public International Law // Recueil des Cours, Volume 169, 1980, P. 160.

⁴⁶⁵ Oscar Schachter, The Lawful Use of Force by a State against Terrorists in another Country // 19 Israel Yrbk on Human Rights, 1989, P. 213.

⁴⁶⁶ ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v. United States of America, Merits, Judgment, ICJ Rep 14, ICGJ 112, OXIO 88, 27th June 1986, para 195.

⁴⁶⁷ Ibid.

⁴⁶⁸ Ibid, paras 109, 115.

В течение 1970-х и 1980-х годов самооборона была главным основанием, на которое ссылались государства, чтобы оправдать использование силы против террористов⁴⁶⁹. Используя широкую концепцию самообороны, государства заявляли о своем праве реагировать на нападения, даже если они осуществлялись негосударственным субъектом, однако международное сообщество никогда не принимало их положительно и даже отвергало⁴⁷⁰. Так, например, Совет Безопасности ООН (далее - СБ ООН) «решительно осудил» действия Израиля в Тунисе в 1985 году и объявил их «актом вооруженной агрессии и вопиющим нарушением Устава ООН»⁴⁷¹. Аналогичным образом Генеральная Ассамблея осудила налет США в Ливии в 1986 г.⁴⁷².

Также возникает вопрос о характере нападения. В решении по делу Никарагуа Суд закрепил правило о том, что самооборона должна применяться только в ответ на серьезные нарушения запрета на применение силы. Такое требование имело решающее значение, поскольку атаки террористов могли (хотя и не обязательно) иметь меньшую интенсивность, чем атаки организованных государственных вооруженных сил, и, таким образом, могли не соответствовать требуемому порогу⁴⁷³.

При таком традиционном подходе право на самооборону ограничивалось тем, что ст. 51 и международное обычное право давали государствам право прибегать к силе только в целях защиты, при наличии вооруженного нападения и в той мере, в какой необходимо его отразить⁴⁷⁴. Хотя проблема реализации и вообще существования превентивной обороны как таковой широко обсуждалась⁴⁷⁵, но было признано, что «самооборона имеет только цель отражения вооруженных нападений»⁴⁷⁶. Подобное функциональное толкование подразумевало требования необходимости и соразмерности, ограничивающие объем права, но также означало, что должна была существовать временная связь между мерами самообороны и атакой, против которой они были направлены, иногда называемая требованием «непосредственности»⁴⁷⁷.

Относительно превентивной самообороны, т. е. самообороны в отсутствие непосредственного вооруженного нападения стоит отметить следующее. Наибольшим приверженцем данной теории являются США, которые даже включили ее в Стратегию национальной безопасности 2002 года. Многие государства, так или иначе, выражали несогласие с заявлениями Соединенных Штатов о праве на упреждающую самооборону⁴⁷⁸. Генеральный прокурор Соединенного Королевства уточнял, что «международное право разрешает применение силы в целях самообороны от неминуемого нападения, но не разрешает применение силы для предварительной атаки на отдаленную угрозу»⁴⁷⁹.

Анализируя положения доктрины международного права нельзя не упомянуть, что превентивная самооборона критиковалась такими учеными как Я. Броунли⁴⁸⁰ и Ф. Джессоп⁴⁸¹,

⁴⁶⁹ Christine Gray, *International Law and the Use of Force* // Oxford: Oxford. University Press, 2008, P. 140.

⁴⁷⁰ Pierre Klein, *Le droit international à l' épreuve du terrorisme* // 321 *Recueil des Cours*, 2006, P. 375.

⁴⁷¹ UN Security Council, Security Council resolution 573 (1985), S/RES/573 (1985), 4 October 1985 [Electronic resource]. URL: <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/504B1C4724EED94852560DF00628B87> (accessed 10.04.2021).

⁴⁷² UN General Assembly, Declaration of the Assembly of Heads of State and Government of the Organization of African Unity on the aerial and naval military attack against the Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya by the present United States Administration in April 1986, A/RES/41/3820, November 1986. [Electronic resource]. URL: <https://www.refworld.org/docid/3b00effa81.html> (accessed 10.04.2021).

⁴⁷³ Gilbert Guillaume, *Terrorisme et droit international* // *Recueil des Cours*, 1989-III, P. 406.

⁴⁷⁴ Derek Bowett, *Reprisals Involving Recourse to Armed Force* // *The American Journal of International Law* Vol. 66, 1972, P. 3.

⁴⁷⁵ Oscar Schachter, *The Right of States to Use Armed Force* // *Michigan Law Review*, 1984, P. 1634.

⁴⁷⁶ Enzo Cannizzaro, *Contextualizing Proportionality: Jus ad bellum and jus in bello in the Lebanese War* // *International Review of the Red Cross*, 2006, P. 782.

⁴⁷⁷ T. D. Gill, *The Temporal Dimension of Self-Defence: Anticipation, Pre-Emption, Prevention and Immediacy* // *Journal of Conflict and Security Law*, 2006, P. 368.

⁴⁷⁸ Security Council's debate on Operation Iraqi Freedom, 4726th Meeting (PM), SC/7705, 26 march 2003. [Electronic resource]. URL: <https://www.un.org/press/en/2003/sc7705.doc.htm> (accessed 10.04.2021).

⁴⁷⁹ HL Debs, Statement of Lord Thomas of Gresford, 21 April 2004, vol. 660, P. 370 – 371. [Electronic resource]. URL: <https://api.parliament.uk/historic-hansard/lords/2004/apr/21/international-self-defence> (accessed 10.04.2021).

⁴⁸⁰ Ian Brownlie, *International law and the use of force by states* // Oxford: Oxford. University Press, 1963, P. 456.

⁴⁸¹ Philip Jessup, *A modern law of Nations* // The Macmillan Company, 1948, p. 166.

которые утверждали, что формулировка ст. 51 не позволяет считать превентивную самооборону – правомерной и что она откроет множество возможностей для злоупотреблений. Рассматривая практику МС ООН, Суд в решении «Уганда против Демократической Республики Конго» отметил, что «ст. 51 не позволяет применение силы государством для защиты предполагаемых интересов безопасности»⁴⁸². Таким образом, доктрина превентивной самообороны была отвергнута и на сегодняшний день не находит отклика в практике государств.

Таким образом, согласно традиционному пониманию, господствовавшему в конце XX века, право на самооборону в контексте борьбы с терроризмом рассматривалось как практически невозможная для осуществления мера. При попытках реализации данного права государства сталкивались с почти непреодолимыми препятствиями.

За последние два десятилетия СБ ООН прочно закрепился в международной системе и осуществил достаточно либеральное толкование своих полномочий в соответствии с главой VII Устава ООН⁴⁸³. Начиная с 1989 года практика органа совершенно ясно показывает, что террористические акты могут составлять угрозу миру по смыслу ст. 39 Устава ООН⁴⁸⁴. Совет неоднократно заявлял об этом как в отношении конкретных случаев террористических актов⁴⁸⁵, так и в более общем ключе⁴⁸⁶. Например, в резолюции 1566 Совет Безопасности, действуя на основании главы VII, «самым решительным образом осуждает все акты терроризма как одну из самых серьезных угроз миру и безопасности»⁴⁸⁷. Таким образом, СБ ООН может принимать санкции против террористов и терроризма⁴⁸⁸.

Особый интерес представляют резолюции СБ ООН, которые были им приняты в результате террористических атак. Так, например, Резолюция 2249 - не первый случай, когда СБ ООН упоминает право государств применять силу, не санкционируя само такое применение силы. Самыми яркими примерами такой ссылки являются резолюции 1368 и 1373, которые подтверждают неотъемлемое право на индивидуальную и коллективную самооборону после терактов 11 сентября. Хотя эти резолюции не санкционировали действия США и их союзников в Афганистане, но придали им печать легитимности Совета Безопасности.

Формулировка анализируемых резолюций предполагает, что СБ ООН поддерживает применение силы против террористов. Однако некоторые ученые отмечают, что фактически резолюции не санкционируют какие-либо действия против них и не обеспечивают правовой основы для применения силы против, например, террористов в Сирии или Ираке⁴⁸⁹. Прежде всего, как резолюция 2249, так и 1368 и 1373 не были приняты в соответствии с главой VII Устава ООН. Для того, чтобы резолюция имела такие правовые последствия, СБ ООН должен фактически решить что-то сделать или разрешить что-то.

Однако в рассматриваемых резолюциях Совет лишь «призывает» государства принять определенные меры. Более того, тот факт, что резолюция призывает к принятию всех необходимых мер «в соответствии с международным правом, в частности Уставом ООН» предполагает, что принимаемые меры должны соответствовать другим нормам международного права, включая нормы *jus ad bellum*. Таким образом, резолюции следует рассматривать только как

⁴⁸² ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo, Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, para 148.

⁴⁸³ Vaughan Lowe, *The United Nations Security Council and War: The Evolution of Thought and Practice since 1945* // Oxford: Oxford University Press, 2007, P. 205.

⁴⁸⁴ Tarcisio Gazzini, *The Changing Rules on the Use of Force in International Law* // Manchester University Press, 2005, P. 33.

⁴⁸⁵ UN Security Council, Security Council resolution 1368, S/RES/1368, 12 September 2001. [Electronic resource]. URL: <https://www.refworld.org/docid/3c4e94557.html> (accessed 15.04.2021); UN Security Council, Security Council resolution 1373, S/RES/1373, 28 September 2001. [Electronic resource]. URL: <https://www.refworld.org/docid/3c4e94552a.html> (accessed 15.04.2021).

⁴⁸⁶ UN Security Council, Security Council resolution 1377, S/RES/1377, 12 November 2001. [Electronic resource]. URL: <https://www.refworld.org/docid/3c4e9456e.html> (accessed 15.04.2021).

⁴⁸⁷ UN Security Council, Security Council resolution 1456, S/RES/1456, 20 January 2003. [Electronic resource]. URL: <https://www.refworld.org/docid/3f45dbdb0.html> (accessed 15.04.2021).

⁴⁸⁸ Christian J. Tams, *The Use of Force against Terrorists* // *The European Journal of International Law* Vol. 20 no. 2, 2009, P. 376.

⁴⁸⁹ Dapo Akande and Marko Milanovic, *The Constructive Ambiguity of the Security Council's ISIS Resolution*, [Electronic resource]. URL: <https://www.ejiltalk.org/the-constructive-ambiguity-of-the-security-councils-isis-resolution/> (accessed 13.04.2021).

поощрение государств к тому, чтобы они делали то, что они уже итак могут делать в соответствии с другими нормами международного права.

Стоит отметить, что по отношению к традиционному подходу к праву на самооборону, за последние два десятилетия произошли значительные изменения: количество государств, претендующих на право применять принудительные антитеррористические меры в контексте права на самооборону, заметно увеличилось, в то время как готовность других государств осудить такие меры снизилась. Некоторые авторы считают, что Соединенные Штаты могут прибегнуть к самообороне в ответ на теракты 11 сентября⁴⁹⁰. Операция под названием «Несокрушимая свобода» реализуемая во главе с США началась в 2001 году и хотя в конце 2014 года официально завершилась, только в апреле 2021 года президент США объявил о намерении вывести войска из Афганистана. Право на самооборону служило оправданием для применения насильственных мер против «Аль-Каиды» и «Талибана». Хотя первоначальные дебаты об условиях такой «самообороны» утихли, с годами росла обеспокоенность тем, что операция «Несокрушимая свобода» выходит за ее рамки. Тем не менее, продолжает подчеркиваться важность операции как части международных усилий по стабилизации ситуации в Афганистане⁴⁹¹.

Теракты 11 сентября - не единичный инцидент⁴⁹². На сегодняшний день формируется практика государств, когда они реагируют на террористические атаки, используя военную силу, включая вторжение в государства, на территории которых действовали террористы⁴⁹³. Например, показательна практика Израиля по вторжению в Ливан⁴⁹⁴. Реакция международного сообщества была неоднозначной. Согласие было лишь в том, что применение силы Израилем было несоразмерным. Однако значительное число государств, особенно в отношении войны в июле 2006 года, в принципе признали право Израиля на применение силы против террористических организаций, таких как Хамас или Хезболла. Однако сам Израиль изо всех сил старался приписать поведение Хезболлы Ливану и Сирии, но не утверждал, что эти государства контролировали и направляли поведение Хезболлы⁴⁹⁵.

В 1998 году в ответ на нападения на посольства США в Кении и Танзании Соединенные Штаты подвергли бомбардировке фармацевтический завод в Судане (предположительно используемый террористами) и базу террористов в Афганистане⁴⁹⁶. Соединенные Штаты сослались на ст. 51 Устава, оправдывая свое поведение, но они не заявляли о каком-либо участии Афганистана и / или Судана в этой деятельности. Реакция международного сообщества была неоднозначной: от осуждения (нападений на Судан) до открытого или молчаливого одобрения.

На сегодняшний день многие государства принимают меры против ИГИЛ в Сирии и Ираке, но у всех них разные правовые основания. США ссылаются на согласие в отношении действий, предпринимаемых в Ираке, и коллективную самооборону Ирака в отношении действий, предпринимаемых в Сирии. Великобритания⁴⁹⁷, Австралия и Франция также ссылаются в своих публичных заявлениях на право на самооборону в соответствии со ст. 51 Устава в отношении ударов в Сирии⁴⁹⁸.

⁴⁹⁰ Thomas M. Franck, Terrorism and the Right of Self-Defense // *The American Journal of International Law*, 2001, P. 839; Carsten Stahn, Nicaragua is Dead, long live Nicaragua! // Walter et al. (eds.), 2004, P. 827.

⁴⁹¹ UN Security Council, Security Council resolution 1510, S/RES/1510, 13 October 2003. [Electronic resource]. URL: <https://www.refworld.org/docid/3f8d30c54.html> (accessed 15.04.2021).

⁴⁹² Gregor Wettberg, The International Legality of Self-Defence against Non-State Actors // *Europäische Hochschulschriften Recht*, 2007, P. 139.

⁴⁹³ Zeray W. Yihdego, Ethiopia's Military Action Against the Union of Islamic Courts and Others in Somalia: Some Legal Implications // Cambridge University Press, 2008, P. 666.

⁴⁹⁴ Andreas Zimmermann, The Second Lebanon War: Jus ad bellum, jus in bello and the Issue of Proportionality // 11 *Max Planck Yearbook United Nations Law*, 2007, P. 99.

⁴⁹⁵ Op. cit. Christian J. Tams, P. 379.

⁴⁹⁶ Jules Lobel, The Use of Force to Respond to Terrorist Attacks: The Bombing of Sudan and Afghanistan // *Yale Journal of International Law*, 1999, P. 537.

⁴⁹⁷ UK forces kill British Isis fighters in targeted drone strike on Syrian city, [Electronic resource]. URL: <https://www.theguardian.com/uk-news/2015/sep/07/uk-forces-airstrike-killed-isis-briton-reyaad-khan-syria> (accessed 15.04.2021).

⁴⁹⁸ France may launch strikes in Syria 'in self defence. [Electronic resource]. URL: <https://www.rfi.fr/en/americas/20150911-france-may-launch-strikes-syria-self-defence-fabius> (accessed 15.04.2021).

Таким образом, на сегодняшний день признается, что право на самооборону может осуществляться против негосударственных субъектов – террористов. В деле «Демократическая республика Конго против Уганды» судьи Бюргенталь, Коойманс и Симма прямо признали, что самооборона может осуществляться в ответ на вооруженные нападения, даже если такие нападения не могут быть присвоены государству территории⁴⁹⁹.

Сегодня международное сообщество гораздо реже будет отрицать, что государства могут ссылаться на самооборону против террористических атак. Вместо этого дебаты сместились в сторону вопросов соблюдения принципов необходимости и соразмерности, которые впервые были закреплены в *Caroline case* (1842) и имеют характер обычая. Применяя расширительное толкование права на самооборону государства допускают различные злоупотребления. Так, оправдывая свое нападение на Багдад в 1993 году или бомбардировку Судана / Афганистана, Соединенные Штаты ссылались на ст. 51 Устава, но аргументировали это целями возмездия, а не защиты⁵⁰⁰. Операции в Турции и Афганистане также повлекли за собой нарушение принципов необходимости и пропорциональности.

Очевидно, что правовое регулирование и практика по борьбе с терроризмом, находится в процессе изменения. Увеличилось количество международных норм, требующих государственного сотрудничества в борьбе с терроризмом. В течение последних двух десятилетий в рамках борьбы с терроризмом СБ ООН учредил специальный антитеррористический комитет⁵⁰¹, призвал государства блокировать банковские счета подозреваемых в терроризме⁵⁰² и экстрадировать подозреваемых в терроризме⁵⁰³. Современная практика предполагает, что территориальное государство должно принять антитеррористические меры против террористов, находящихся на его территории.

Таким образом, право на самооборону, действительно, претерпело изменения по сравнению с прошлым веком, однако, даже расширительное толкование права на самооборону должно иметь определенные ограничения, закрепленные в принципах пропорциональности и необходимости, а также недопустимости реализации превентивной обороны.

Библиографический список:

1. ТАСС [Электронный ресурс]: информационное агентство. – Режим доступа: <https://tass.ru/obschestvo/11157241>.
2. Akande, D., Milanovic, M. The Constructive Ambiguity of the Security Council's ISIS Resolution, [Electronic resource] / D. Akande, M. Milanovic // Available at: <https://www.ejiltalk.org/the-constructive-ambiguity-of-the-security-councils-isis-resolution/>
3. Bowett, D. Reprisals Involving Recourse to Armed Force / D. Bowett // *The American Journal of International Law*. – 1972. – P. 1-36.
4. Brownlie, I. *International law and the use of force by states* / I. Brownlie. – Oxford: Oxford University Press, 1963. – 986 p.
5. Cannizzaro, E. Contextualizing proportionality: Jus ad bellum and jus in bello in the Lebanese war / E. Cannizzaro // *International Review of the Red Cross*. – 2006. – P. 779-792.
6. Cannizzaro, E. Contextualizing Proportionality: Jus ad bellum and jus in bello in the Lebanese War / E. Cannizzaro // *International Review of the Red Cross*. – 2006. – P. 762-790.
7. Dörr, O. Prohibition of Use of Force / O. Dörr // *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. – 2002. – P. 50-78.
8. Franck, T. M. Terrorism and the Right of Self-Defense / T. M. Franck // *The American Journal of International Law*. – 2001. – P. 839-843.

⁴⁹⁹ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo, Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, separate opinion of Judge Simma, para. 12; the separate opinion of Judge Kooijmans, para. 30.

⁵⁰⁰ Dino Kritsiotis, *The Legality of the 1993 U.S. Missile Strike on Iraq and the Right of Self-Defence in International Law* // *International and Comparative Law Quarterly*, 45(1), 1996, P. 169.

⁵⁰¹ UN Security Council, Security Council resolution 1267, S/RES/1267, 15 October 1999. [Electronic resource]. URL: <https://www.refworld.org/docid/3b00f2298.html> (accessed 10.04.2021).

⁵⁰² UN Security Council, Security Council resolution 1735, S/RES/1735, 22 December 2006, para. 1a. [Electronic resource]. URL: available at: <https://www.refworld.org/docid/5821dd7224.html> (accessed 10.04.2021).

⁵⁰³ UN Security Council, Security Council resolution 731, S/RES/731, 21 January 1992, para. 3. [Electronic resource]. URL: <https://www.refworld.org/docid/3b00f15a2c.html> (accessed 10.04.2021).

9. Gazzini, T. *The Changing Rules on the Use of Force in International Law* / T. Gazzini // Manchester University Press. – 2005. – P. 23-45.
10. Gill, T. D. *The Temporal Dimension of Self-Defence: Anticipation, Pre-emption, Prevention and Immediacy* / T. D. Gill // *Journal of Conflict and Security Law*. – 2006. – 361-369.
11. Gray, C. *International Law and the Use of Force* / C. Gray. – Oxford: Oxford University Press, 2008. – 320 p.
12. Guillaume, G. *Terrorisme et droit international* / G. Guillaume // *Recueil des Cours*. – 1989. – P. 400-438.
13. Jessup, P. *A modern law of Nations* / P. Jessup. – The Macmillan Company, 1948, 320 p.
14. Klein, P. *Le droit international à l' épreuve du terrorisme* / P. Klein // 321 *Recueil des Cours*. – 2006. – P. 370-392.
15. Kritsiotis, D. *The Legality of the 1993 US Missile Strike on Iraq and the Right of Self-Defence in International Law* / D. Kritsiotis // *International and Comparative Law Quarterly*, 45(1). – 1996. – P. 162-177.
16. Lachs, M. *General Course on Public International Law* / M. Lachs. – *Recueil des Cours*, Volume 169, 1980. – 260 p.
17. Lobel, J. *The Use of Force to Respond to Terrorist Attacks: The Bombing of Sudan and Afghanistan* / J. Lobel // *Yale Journal of International law*. – 1999. – P. 530-573.
18. Lowe, V. *The United Nations Security Council and War: The Evolution of Thought and Practice since 1945* / V. Lowe // Oxford: Oxford University Press. – 2007. – P. 197-235.
19. Schachter, O. *The Lawful Use of Force by a State against Terrorists in another Country* / O. Schachter // 19 *Israel Yrbk on Human Rights*. – 1989. – P. 213-256.
20. Schachter, O. *The Right of States to Use Armed Force* / O. Schachter // *Michigan Law Review*. – 1984. – P. 1624-1646.
21. Stahn, C. *Nicaragua is dead, long live Nicaragua: the Right to Self-defence under Art. 51 UN Charter and international Terrorism* / C. Stahn // *Terrorism as a challenge for national and international law*. – 2004. – P. 827-877.
22. Tams, C. J. *The Use of Force against Terrorists* / C. J. Tams // *The European Journal of International Law* Vol. 20 no. 2. – 2009. – P. 359-397.
23. Wettberg, G. *The International Legality of Self-Defence against Non-State Actors* / G. Wettberg // *Europäische Hochschulschriften Recht*. – 2007. – P. 129-148.
24. Wood, M. *International Law and the Use of Force: What Happens In Practice?* / M. Wood // *Indian Journal of International Law*. – 2013. – P. 345-367.
25. Yihdego, Z. W. *Ethiopia's Military Action Against the Union of Islamic Courts and Others in Somalia: Some Legal Implications* / Z. W. Yihdego // Cambridge University Press. – 2008. – P. 640-671.
26. Zimmermann, A. *The Second Lebanon War: Jus ad bellum, jus in bello and the Issue of Proportionality* / A. Zimmermann // 11 *Max Planck Yearbook United Nations Law*. – 2007. – P. 99 – 141.

ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ, **ИНФОРМАЦИОННОЕ ПРАВО**

Е. А. Губаева

*МГУ им. М. В. Ломоносова,
бакалавриат, направление «Юриспруденция», III курс*

*Научный руководитель: А. С. Ворожевич
к.ю.н., ассистент кафедры гражданского права
МГУ им. М. В. Ломоносова*

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕЖИМА ПОКАЗА МОД

Предметом исследования данной статьи является правовой режим показа мод в соответствии с нормами части четвертой Гражданского Кодекса РФ. Автором обосновывается необходимость нормативного регулирования данного объекта интеллектуальных прав. Отмечено, что модный показ как результат интеллектуальной деятельности имеет комплексный состав, а потому должен считаться сложным объектом. Сделан вывод, что по своему содержанию показ мод можно рассматривать не только как театрально-зрелищное представление, но и в качестве мультимедийного продукта.

Ключевые слова: авторское право, смежные права, театрально-зрелищное представление, мультимедийный продукт, сложный объект интеллектуальных прав, показ мод.

Е. А. Gubaeva

FEATURES OF THE LEGAL REGULATION OF A FASHION SHOW

The subject of this article is the legal regulation of fashion shows in accordance with the norms of part four of the Russian Federation Civil Code. The author substantiates the necessity for statutory regulation of this intellectual property object. It is noted that the fashion show, being intellectual property, has a complex composition, and therefore should be considered as a complex object of intellectual rights. It is concluded that in terms of its content the fashion show can be considered not only as a theatrical production but also as a multimedia product.

Key words: copyright law, related rights, theatrical production, multimedia product, complex object of intellectual rights, fashion show.

Не секрет, что современный показ мод – не просто классическое дефиле по подиуму. Дизайнерские дома соревнуются не только в уникальности своих коллекций, но и в эффектности своих показов. Тем не менее правовой режим показа мод в России до сих пор не получил должного нормативного регулирования. Какие права существуют на этот объект интеллектуальной собственности? Кто является субъектом права? Рассмотрим эти и сопутствующие вопросы.

Что собой представляет показ мод? Кроме прохождения моделей по подиуму, показ предполагает участие визажистов, стилистов по волосам, мастеров по маникюру для создания образов манекенщиц. Подбирается музыкальное сопровождение, настраивается световое оборудование⁵⁰⁴. Для удобства гостей показа, а также лиц, непосредственно участвующих в мероприятии, организуется кейтеринг и транспортные услуги. Наконец, специально для мероприятия конструируют декорации, отражающие задумку дизайнера и идею конкретного показа. В организации дефиле принимает участие большое количество лиц: режиссер-постановщик, художники по костюмам и декорациям, фотографы, операторы звука и света и многие другие.

⁵⁰⁴ Шебанова Н. А. «Модное» право: Монография. / М. Норма: ИНФРА-М. 2018. С. 71.

Таким образом, модный показ в качестве объекта интеллектуальных прав имеет сложный состав, образуемый совокупностью охраняемых результатов интеллектуальной деятельности. Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ), однако, не причисляет его к объектам авторского права или смежных прав. Тем не менее некоторыми исследователями высказывается позиция, что по своей сути и содержанию показ мод является театрально-зрелищной постановкой. А это позволяет защищать модный показ в качестве сложного объекта, закрепленного в ст. 1240 ГК РФ⁵⁰⁵.

Не оспаривая выраженное мнение, предлагаем рассмотреть модный показ шире, чем театрально-зрелищная постановка. В условиях современного мира модное дефиле еще и мультимедийный продукт, т.е. выраженный в электронной форме «объект авторских прав, включающий в себя программу для ЭВМ, произведения изобразительного искусства, музыкальные произведения»⁵⁰⁶. Воспроизведение мультимедийного объекта возможно благодаря компьютерным устройствам и другим гаджетам. Попробуем доказать данное положение на конкретных примерах.

Действительно, признать показ мод театрально-зрелищным представлением не представляется сложным. Так, в январе 2020 года модный дом Franck Sorbier провел в Париже показ мод в мексиканском стиле: декорации напоминали конюшенный двор, зрители сидели прямо на стогах сена. Кроме демонстрации новой коллекции, на подиуме было устроено настоящее шоу с участием наездника на лошади, упряжь которой была украшена в цветах этой коллекции⁵⁰⁷.

Но стоит принять во внимание прошедший 2020 год, который стал поворотным в осознании показов мод. Из-за пандемии коронавируса все мировое сообщество было вынуждено принять меры по ограничению передвижения людей, запрету массовых мероприятий. Однако многие бренды все же решили не отказываться от запланированных модных показов. Они перенесли их в цифровую среду. Благодаря этому показ мод перестал быть эксклюзивным и уникальным событием, на которое можно было попасть лишь по ограниченному количеству приглашений. Показы самых знаменитых модных домов проводились в пустых залах, но миллионы людей получили возможность наблюдать за ними с экранов своих гаджетов. Так, показ Prada прошел в пустом спортивном зале, а модели Saint Laurent устроили дефиле в пустыне Марракеша. С помощью дронов трансляцию мероприятия посмотрели более 120 миллионов человек⁵⁰⁸! Можно признать, что «профессиональный» элемент показа мод уже утрачивает свое первоначальное значение.

Процессы компьютеризации и переноса шоу в цифровое пространство были позитивно восприняты многими дизайнерами. Например, бренд Nina Ricci для демонстрации своей новой коллекции подготовил видеопрезентацию, в которой дизайнеры продемонстрировали не только одежду и аксессуары, но и процесс их создания⁵⁰⁹. А Анифа Мвуэмба, основательница бренда Hanifa, опубликовала в своем инстаграм-аккаунте виртуальный показ новой коллекции. Интересно, что для создания ролика была использована технология 3D моделирования – показ проводился без участия настоящих моделей. Виртуальные вещи дефилировали по подиуму и повторяли все складки ткани при ходьбе, как будто были надеты на живого человека⁵¹⁰.

Таким образом, можно сделать вывод, что показ мод как объект интеллектуальных прав необходимо рассматривать гораздо шире, нежели чем только театрально-зрелищную постановку. В таком случае имеет смысл закрепления модного показа в качестве самостоятельного сложного объекта. Это позволит определить субъектный состав, обладающий правами на такой результат

⁵⁰⁵ Дорофеева А. М. Интеллектуальная собственность в шоу-бизнесе, моде и спорте: учебное пособие. / М. Проспект. 2021. С. 86.

⁵⁰⁶ Котенко Е. С. Мультимедийный продукт как объект авторских прав: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / МГЮА им. О. Е. Кутафина. М., 2012. С. 26.

⁵⁰⁷ Во время показа мод в Париже на подиум выскочила лошадь. [Электронный ресурс] // Издательство «Известия». URL: <https://iz.ru/967531/2020-01-23/vo-vremia-pokaza-mod-v-parizhe-na-podium-vyskochila-loshad> (дата обращения: 06.05.2021).

⁵⁰⁸ Весна-лето 2021 в пустыне. Cult Gaia и Saint Laurent. [Электронный ресурс] // The Blueprint. URL: <https://theblueprint.ru/fashion/industry/deja-vu-vesna-letto-2021-v-pustyne-cult-gaia-i-saint-laurent> (дата обращения: 06.05.2021).

⁵⁰⁹ NINA RICCI - Spring/Summer 2021. [Электронный ресурс] // YouTube. URL: https://www.youtube.com/watch?v=GLQNYPH2Y7A&ab_channel=NINARICCI (дата обращения: 06.05.2021).

⁵¹⁰ Instagram account hanifaofficial. [Электронный ресурс] // Instagram. URL: https://www.instagram.com/p/CAk_iQsgzVw/?igshid=qfqvethbpy3j (дата обращения: 06.05.2021).

интеллектуальной деятельности. В соответствии со ст. 1240 ГК РФ лицо-организатор сложного объекта имеет право на использования результатов на основании договоров об отчуждении исключительного права или лицензионных договоров. В то же время составные элементы показа мод – декорации, музыкальное сопровождение, фотографические произведения –должны защищаться законодательными нормами в качестве самостоятельных объектов интеллектуальной собственности и иметь самостоятельных правообладателей.

Несмотря на отсутствие в России соответствующей судебной практики по защите прав на показ мод, в мире уже случаются конфликтные ситуации, подтверждающие необходимость создания адекватного нормативного регулирования данного объекта интеллектуальных прав. Так, американский бренд Cult Gaia в феврале 2021 года заявил о нарушении модным домом Saint Laurent своих прав на модный показ⁵¹¹. Дело в том, что Cult Gaia еще в августе прошлого года сняли видеопокказ коллекции в пустыне, что удивительным образом похоже на дефиле в пустыне Марракеш, осуществленное Saint Laurent в декабре 2020 года. Представляется, что у американского бренда есть все шансы обратиться в суд и доказать копирование их шоу парижским домом высокой моды.

Подводя итог, стоит заметить, что модные показы – важная часть имиджа бренда. Благодаря им общество может отслеживать модные тенденции, а модные дома привлекать клиентов и повышать продажи. Поэтому данное произведение должно получать должную защиту, особенно в условиях дальнейшей цифровизации, использовании современных технологий по созданию цифровой одежды, моделей и декораций в 3D-пространстве⁵¹².

Библиографический список:

1. Весна-лето 2021 в пустыне. Cult Gaia и Saint Laurent. [Электронный ресурс] // The BluePrint [сайт]. – Режим доступа: <https://theblueprint.ru/fashion/industry/deja-vu-vesna-letto-2021-v-pustyne-cult-gaia-i-saint-laurent>.
2. Во время показа мод в Париже на подиум выскочила лошадь. [Электронный ресурс] // Издательство «Известия» [сайт]. – Режим доступа: <https://iz.ru/967531/2020-01-23/vo-vremia-pokaza-mod-v-parizhe-na-podium-vyskochila-loshad>.
3. Дорофеева, А. М. Интеллектуальная собственность в шоу-бизнесе, моде и спорте: учебное пособие. / А. М. Дорофеева. – М.: Проспект. 2021. – 142 с.
4. Котенко, Е. С. Мультимедийный продукт как объект авторских прав: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. МГЮА им. О.Е. Кутафина. / Е. С. Котенко. – М.: Проспект. 2012. – 230 с.
5. Шебанова, Н. А. «Модное» право: Монография. / Н. А. Шебанова. – М.: Норма: ИНФРА-М. 2018. – 191 с.
6. Fashion meets Fortnite: 3D clothes and digital catwalks [Электронный ресурс] // The Guardian. [сайт]. – Режим доступа: <https://www.theguardian.com/fashion/2020/apr/10/fashion-meets-fortnite-rise-of-3d-clothes-digital-catwalks>.
7. Instagram account @hanifaofficial [Электронный ресурс] // Instagram [сайт]. – Режим доступа: https://www.instagram.com/p/CAk_iQsgzVw/?igshid=qfqvethbpy3j.
8. NINA RICCI - Spring/Summer 2021 [Электронный ресурс] // YouTube. [сайт]. – Режим доступа: https://www.youtube.com/watch?v=GLQNYPH2Y7A&ab_channel=NINARICCI.

⁵¹¹ Весна-лето 2021 в пустыне. Cult Gaia и Saint Laurent. [Электронный ресурс] // The BluePrint. URL: <https://theblueprint.ru/fashion/industry/deja-vu-vesna-letto-2021-v-pustyne-cult-gaia-i-saint-laurent> (дата обращения: 06.05.2021).

⁵¹² Fashion meets Fortnite: 3D clothes and digital catwalks. [Электронный ресурс] // The Guardian. URL: <https://www.theguardian.com/fashion/2020/apr/10/fashion-meets-fortnite-rise-of-3d-clothes-digital-catwalks> (дата обращения: 06.05.2021).

К. А. Зырянова
Санкт-Петербургский государственный университет,
бакалавриат, направление «Юриспруденция», IV курс

Научный руководитель: В. П. Талимончик
д.ю.н., доцент кафедры международного права
Санкт-Петербургского государственного университета

ГЕОГРАФИЧЕСКИЕ УКАЗАНИЯ КАК ОБЪЕКТ МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ

Предметом исследования данной статьи являются нормы международных соглашений, которые регулируют правоотношения, связанные с географическими указаниями и наименованиями мест происхождения товара. Целью анализа норм, содержащихся в приведенных выше международных актах, является определение правовой природы географических указаний, а также их разграничение с наименованиями мест происхождения товаров. Однако, поскольку до этого времени в России существовали лишь наименования мест происхождения товаров, анализ нового правового института, неизвестного ранее российскому правопорядку, представляется весьма актуальным.

Ключевые слова: права на средства индивидуализации товаров, объекты интеллектуальной собственности, географическое указание, наименование мест происхождения товара, Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС), Парижская конвенция 1883 г., Мадридское соглашение 1981 г.

К. А. Zyryanova

GEOGRAPHICAL INDICATIONS AS SUBJECT OF INTERNATIONAL LEGAL PROTECTION

The subject of this article is the norms of international agreements that regulate legal relations related to geographical indications and names of origin of goods. The purpose of the analysis of the rules contained in the above international instruments is to determine the legal nature of geographical indications, as well as their distinction with the names of the places of origin of goods. However, until that time there were only names of places of origin of goods in Russia, the analysis of a new legal institution, previously unknown to the Russian legal order, seems very relevant.

Key words: rights to means of individualization of goods, intellectual property objects, geographical indication, name of origin of goods, Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), Paris Convention of 1883, Madrid Agreement of 1981, Lisbon Agreement of 1958, Geneva Act of the Lisbon Agreement.

Относительно недавно в Гражданский кодекс Российской Федерации были внесены изменения, благодаря которым в российском законодательстве появился новый объект интеллектуальной собственности – географическое указание. Правовая защита географическим указаниям и использование их юридическими лицами для защиты своих товаров и услуг уже достаточно давно и обширно применялись в западных правопорядках. Несмотря на то, что Российская Федерация является участницей Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) от 15 апреля 1994 г. (далее – Соглашение ТРИПС), в котором содержится регулирование географических указаний, очень долго соответствующее регулирование отсутствовало в национальном законодательстве. Поскольку в российском правопорядке этот объект интеллектуальной собственности появился не так давно, и не успел полноценно вжиться в правовую действительность, в контексте наиболее обширного анализа соответствующего способа защиты интеллектуальных прав, представляется разумным обратиться к международному регулированию.

Согласно п.1 статьи 22 ТРИПС, под географическими указаниями понимаются «обозначения, которые идентифицируют товар как происходящий с территории члена или региона или местности на этой территории, где определенное качество, репутация или другие

характеристики товара в значительной степени связываются с его географическим происхождением».

Таким образом, ориентируясь на легальное определение, можно выделить следующие основные характеристики географического указания. Во-первых, товар, на который может быть защищен с помощью географического указания, должен происходить с той местности, с которой связано обозначение. Во-вторых, необходимо наличие значительной связи репутации или других характеристик товара с его географическим происхождением. Зачастую речь о географических указаниях идет в случаях, когда товар традиционно производился полностью или частично на этой территории, в связи с чем его характеристики ассоциируются у потребителя с определенной местностью. При этом, в отличие от наименования места происхождения, для географического указания необязательно, чтобы все стадии производства находились на территории, к которой отсылает обозначение, достаточно лишь того, чтобы какая-то часть производства осуществлялась на этой территории. Таким образом, необязательно, чтобы существовала четкая причинно-следственная связь между качеством производимого товара и местом его происхождения. Однако, основные свойства, присущие товару, являются следствием связи товара с местом его происхождения.

Еще одной характерной чертой географического указания, позволяющей говорить о более лояльном регулировании, является то, что не всегда обозначение должно являться названием географического объекта. Это может быть любое другое название, которое вызывает ассоциацию с определенной местностью⁵¹³. Существует множество таких примеров: швейцарские часы, Chateau Lafite (сорт вина).

Наличие ассоциации товара с настоящим местом его происхождения является важным и необходимым условием предоставления защиты обозначению посредством географического указания. На это указывает, в том числе, запрет на «использование любых средств при обозначении или презентации товара, которые указывают или вызывают ассоциацию, что этот товар происходит из географического района отличного от настоящего места происхождения, таким образом, что это вводит общественность в заблуждение в отношении географического происхождения этого товара», который установлен пп. а) п. 2 статьи 22 Соглашения ТРИПС. По смыслу приведенной нормы, существует запрет не только на использование официальных названий географических объектов, но и любые другие обозначения, так или иначе связанных с ним. Из этого вытекает, что не всегда в качестве географического указания могут выступать лишь официальные названия географических объектов, но также слова и словосочетания, имеющие тесную связь с определенной местностью и ассоциирующиеся с ним у потребителя.

Многие исследования показывают, что использование географического указания в качестве средства индивидуализации является важным маркетинговым инструментом, позволяющим не нарушить и еще больше закрепить репутацию за определенным регионом, в котором производится тот или иной товар. На это обращает внимание и Всемирная организация интеллектуальной собственности: «в некоторых случаях информация о «месте происхождения» товара позволяет потребителю понять, что продукт обладает конкретным качеством или какими-то свойствами, представляющими для него особую ценность»⁵¹⁴.

В международном праве, а также многих западных правовых системах, отношение к такому понятию как репутация достаточно серьезно. В частности, такое понятие как *good will*, известное в западных правовых системах, в то же время не имеет аналога в Российской Федерации.

Еще одной важная задача, которая также отчасти разрешается с помощью географического указания, – это сохранение традиционных знаний и традиционных выражений культуры. Это проистекает из того, что производство товара является воплощением традиций, существовавшим в регионе на протяжении многих лет или веков. Следовательно, для производителя является необходимым сохранение этих традиций в процессе производства (способы производства, художественные орнаменты, использование местных природных ресурсов), поскольку именно они сформировали репутацию товара. Из этого вытекает следующая характеристика географического указания: «они имеют характер коллективных прав, не создают никаких прав на их уступку или

⁵¹³ Шахназарова Е. А. Особенности международно-правовой охраны наименований мест происхождения товаров и географических указаний в свете принятия Женевского акта Лиссабонского соглашения 20 мая 2015 г. // Журнал российского права. 2016. № 11. С.175.

⁵¹⁴ Сайт ВОИС [Электронный ресурс] URL: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/ru/wipo_pub_952.pdf (дата обращения: 15.06.2021)

передачу по лицензии, а связь между продуктом, его свойствами и географическим местом, лежащая в основе идеи охраны географических указаний, не допускает передачи указаний производителям, находящимся вне обозначаемых ими регионов»⁵¹⁵.

Вместе с тем, необходимо отметить, что более широкий перечень обозначений, которым может предоставляться защита в качестве географических указаний, а вместе с тем запрет на использование таких обозначений, которые вводят потребителя в заблуждение, является важным новшеством законодательной техники. Сформулированный в ст. 22 Соглашения ТРИПС запрет предотвращает размытие представлений потребителя о конкретной территории и товарах, которые производятся в ее пределах. Подобное неправомерное поведение производителей является достаточно серьезной проблемой в условиях глобализации, когда товары начинают производиться повсеместно, тем самым разрушая репутацию одного конкретного региона. Зачастую, желая получить высокую прибыль, производители, обладающие большим количеством ресурсов, используют известность товаров или услуг, происходящих с определенной местности, при этом их продукт вовсе не связан с этой местностью. При этом, такие производители создают непомерную конкуренцию местным маленьким компаниям, чья деятельность завязана на традициях и тесной связи с местной культурой. Подобная деятельность также размывает известность и узнаваемость товаров и услуг для потребителя, что в свою очередь, может наносить вред местной культуре и традициям.

В контексте разговора про географические указания, необходимо также сказать и об истории развития запрета ложных указаний в международном праве. Если в Парижской конвенции 1883 г. и Мадридском соглашении 1981 г. запрет включает в себя прямое или косвенное ложное указание о происхождении продукта, то в Лиссабонском соглашении 1958 г. и Соглашении ТРИПС используются более абстрактные формулировки.

Ложные указания, запрет на которые установлен Парижской конвенцией 1883 г. и Мадридским соглашением 1981 г., не решают проблему введения общественности в заблуждение в тех случаях, когда производители, стараясь обойти данную норму, тем не менее, используют в обозначении слова, указывающие на известную местность, где производятся товары, при этом, искомый товар де-факто производится в другом месте⁵¹⁶. В то же время Лиссабонское соглашение, которым регулируются наименования мест происхождения товара, используется следующая формулировка: «охрана предоставляется против всякого присвоения или имитации, даже если приводится подлинное указание происхождения изделия или если указание используется в переводе либо в сочетании с такими выражениями, как "род", "тип", "фасон", "имитация" или тому подобными» (ст. 3 Лиссабонского соглашения). Такая формулировка позволяет более широко применять правило о запрете ложных указаний и определять больший спектр случаев, когда указание является недостоверным и должно быть запрещено.

Что касается Соглашения ТРИПС, то в нем содержится еще более широкое определение случаев, когда не допускается использование указания, которое не является названием места происхождения товара. Такой запрет распространяется на широкий перечень обозначений, что также позволяет избежать проблемы введения потребителя в заблуждение посредством использования более широкого числа обозначений, не являющихся официальным названием географического объекта. В пп. а) п.2 ст. 22 Соглашения ТРИПС содержится следующий определение того, когда использование географического указания недопустимо: «использование любых средств при обозначении или презентации товара, которые указывают или вызывают ассоциацию, что этот товар происходит из географического района отличного от настоящего места происхождения, таким образом, что это вводит общественность в заблуждение в отношении географического происхождения этого товара». В данном определении не перечислены конкретные виды обозначений, которые могут подпадать под данный запрет, а говорится о средствах, вызывающих ассоциацию, что позволяет достаточно широко толковать норму. Эта формулировка позволяет охватить все случаи, когда производитель, хотя и не использует прямое указание на географический объект, однако использует слова, которые способны вызвать с ним

⁵¹⁵ Там же.

⁵¹⁶ Тахиров Г.И. Совершенствование правовой охраны географических указаний в Республике Таджикистан: дисс. [Электронный ресурс] // Г.И. Тахиров // elibrary.ru – URL: <https://elibrary.ru/item.asp?id=15808129> (дата обращения: 15.06.2021).

ассоциацию. Например, хохлома обладает прочной ассоциативной связью в сознании потребителя с такими регионами России, как Костромская, Нижегородская области. В том случае, если производитель использует слово «хохлома» в обозначении или презентации товара, при этом не производя его в этих регионах, по смыслу ст.22 Соглашения ТРИПС, такое использование должно пресекаться.

Полноценный анализ регулирования географических указаний невозможен без анализа правового регулирования наименований места происхождения товара (НМПТ) и без его отграничения от географического указания. Определение НМПТ содержится в п.1 статьи 2 Лиссабонского соглашения о защите указаний места происхождения изделий и их международной регистрации от 31 октября 1958 года (пересмотренное в Стокгольме 14 июля 1967 года): «под указанием места происхождения понимается географическое название страны, района или местности, используемое для обозначения происхождения отсюда изделия, качество и свойство которого определяются исключительно или в существенной мере географической средой, включая сюда природные и этнографические факторы».

При первом же взгляде на это определение можно сразу выделить основное различие между наименованием места происхождения товара и географическим указанием, а именно – степень связи названия и местности, в которой производится товар. Для того, чтобы обозначение могло признаваться НМПТ, качество и свойства товара, к которому оно относится, должны «исключительно или в существенной мере» быть связаны с местом его происхождения. Что касается географических указаний, то Соглашение ТРИПС использует формулировку «значительная степень» связанности товара и территории. Исходя из этого различия, можно сделать следующий вывод: для предоставления обозначению защиты посредством НМПТ требуется, чтобы товар практически полностью происходил с обозначаемой территории, характеристики которой должны обуславливать характеристики самого товара. Данный признак НМПТ приводит к тому, что оно используется для достаточно уникальных товаров, которые, в большинстве случаев, могут производиться только лишь в определенной местности. При этом, существует достаточно большой пласт продукции, которая не обладает такой степенью связанности с местом ее происхождения, чтобы она могла быть защищена с помощью НМПТ. Тем не менее, она нуждается в защите.

Еще одним немаловажным признаком, отличающим НМПТ от географических указаний, является то, что в случае с НМПТ выделяются определенные факторы, которые могут повлиять на качество и свойства товара. В определении, приведенном в ст. 2 Лиссабонского соглашения, к таким факторам относят природные и этнографические факторы. Именно влияние этих факторов обуславливает некую уникальность товара, производимого на определенной территории.

В отличие от этого, хотя для защиты объекта в качестве географического указания и требуется, чтобы подобная связь с территорией имелась, однако качество товара не должно полностью зависеть от условий среды, территории. Это в свою очередь приводит к следующему выводу: в случае с НМПТ все производство товара осуществляется на обозначаемой территории, чего нельзя сказать о географических указаниях, поскольку, как видно из предшествующего повествования, нет необходимости в воздействии географических и иных условий среды на производимый товар.

Здесь же стоит отметить, что в международных соглашениях, в отличие от российского законодательства, существует понятие указания происхождения, которое закреплено в Мадридском соглашении о пресечении ложных или вводящих в заблуждение указаний о происхождении на товарах 1981 г., в котором не участвует Российская Федерация. Используется этот термин в контексте обозначения случаев ложного использования обозначения товаров. Также, запрет на ложные указания о происхождении продукта содержится в Парижской конвенции 1883 г. Таким образом, главной целью указания происхождения является предоставление правдивой информации о том, где был произведен товар⁵¹⁷. При этом, к нему нет никаких требований о наличии тесной связи товара с местностью, где он производится. Требования минимальны и состоят в указании правдивой информации. Ввиду этого, он не предоставляет столь большую охрану продавцу, как НМПТ и географические указания, поскольку служит другой цели: донесение до потребителя правдивой информации о месте производства

⁵¹⁷ Шахназарова Е. А. Особенности международно-правовой охраны наименований мест происхождения товаров и географических указаний в свете принятия Женевского акта Лиссабонского соглашения 20 мая 2015 г. // Журнал российского права. 2016. № 11.

товара. В сравнении с этим, для географического указания не безразлично, присутствовало ли влияние той самой территории на конечный продукт.

Однако, для географического указания не требуется такая же степень уникальности товара, обусловленная факторами окружающей среды. Можно заключить, что географическое указание – это нечто среднее между указанием происхождения и НМПТ.

Тем не менее, полноценное разграничение этих двух объектов в законодательстве отсутствует в то время, как они очень близки по своей правовой природе. Нельзя также говорить о наличии какой-либо четкой структурированности регулирования правовых режимов географического указания и наименования места происхождения товара. Как следствие, на практике нередко возникают проблемы определения того, какой способ являлся бы наиболее подходящим защиты того или иного обозначения.

Данная проблема до недавнего времени была решена только на региональном уровне, на уровне Европейского союза. 21 ноября 2012 г. был принят Регламент Европейского парламента и Совета ЕС №1151/2012, в котором проведено разграничение между НМПТ и географическими указаниями. Стоит отметить, что в этом регламенте появляется дополнительный признак разграничения НМПТ и географических указаний: количество этапов производства, происходящих в определенной местности. Так, применительно к наименованиям мест происхождения товаров, в п. 1с ст. 5 Регламента указано, что все производственные этапы происходят в определенной географической местности. Что касается географических указаний, то, как следует из п. 2с ст.5, по крайней мере, один из этапов производства должен происходить в определенной географической зоне. Подобный критерий разграничения используется и в российском законодательстве (ст. 1516 ГК РФ).

Несмотря на то, что речь идет о региональном и национальном регулировании, можно отметить существование общей тенденции определения того, в какой мере должны быть привязка товара к месту его производства, чтобы его обозначению придавалась правовая охрана либо с помощью НМПТ, либо географического указания.

На международном уровне был принят Женевский акт Лиссабонского соглашения о наименованиях мест происхождения и географических указаниях от 20 мая 2015 г. (далее – Женевский акт). Уже исходя из названия можно заметить, что главной целью является унификация правовых режимов охраны НМПТ и географических указаний. Значимость этого акта состоит в том, что его составителям удалось проложить границу между географическим указанием и наименованием места происхождения товара, подчеркнуть их сходства и различия.

Некоторые авторы, анализируя Женевский акт Лиссабонского соглашения, приходят к выводу, что географические указания представляют собой более обширную категорию, включающую в качестве разновидности НМПТ. Например, Э.А. Шахназарова пишет: «наименования мест происхождения товаров – это особый вид географического указания, используемого для обозначения товара, особые свойства которого исключительно или главным образом определяются характерными для данного географического объекта природными условиями, в которых производятся такие товары. Концепция географического указания включает в себя наименования мест происхождения»⁵¹⁸. Подобный вывод поддерживает Л.А. Новоселова, указывая на то, что «НМПТ выступает в качестве частного случая географических указаний»⁵¹⁹. Пожалуй, с этим выводом действительно можно согласиться. Несмотря на то, что у НМПТ есть особые характеристики, они являются скорее более специальными по отношению к характеристикам географического указания.

Подводя итоги, можно выделить ряд ключевых особенностей, характерных для географического указания: происхождение товара с определенной территории, значительная связь качеств и репутации товара с этой территорией. По сути, географическое указание применимо в тех случаях, когда наличествует связь товара с местностью присутствует, однако качества и характеристики этого товара зависят от многих факторов, и местность, в которой он произведен не является главным из этих факторов.

⁵¹⁸ Шахназарова Е. А. Особенности международно-правовой охраны наименований мест происхождения товаров и географических указаний в свете принятия Женевского акта Лиссабонского соглашения

20 мая 2015 г. //Журнал российского права. 2016. № 11. С.178

⁵¹⁹ Новоселова Л. А. Право интеллектуальной собственности: учеб. для вузов /Л.А. Новоселова [и др.]; под ред. Л.А. Новоселовой. М., 2021. – С.232.

В то же время, наименования мест происхождения требуют большей уникальности товара, и большей связи с территорией, на которой он производится. Исходя из того, что для НМПТ предусмотрены более строгие требования, его регистрация не всегда возможна и удобна. В отличие от этого, регистрация географического указания – это более простой процесс, который помогает охранять и защитить права на те объекты, которые не подлежат защите в качестве НМПТ. Тем самым, географические указания способны защитить тех производителей, которые не могли бы получить эту защиту посредством НМПТ.

Библиографический список:

1. Новоселова Л.А. Право интеллектуальной собственности: учеб. для вузов / Л.А. Новоселова [и др.]; под ред. Л.А. Новоселовой 2-е изд., – перераб. и доп. – М.:Юрайт, – 2021.343 с.
2. Шахназарова, Е.А. Особенности международно-правовой охраны наименований мест происхождения товаров и географических указаний в свете принятия Женевского акта Лиссабонского соглашения 20 мая 2015 г. /Е.А. Шахназарова – Журнал российского права, 2016. – С. 171-180.
3. Steven A. Bowers, Location, Location, Location: The Case against Extending Geographical Indication Protection under the TRIPS Agreement, 31 AIPLA Q. J. 129. – 2003.
4. Географические указания. Публикация ВОИС №952R. 2017 г.// Всемирная организация интеллектуальной собственности [сайт] – Режим доступа: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/ru/wipo_pub_952.pdf.
5. Тахиров, Г.И. Совершенствование правовой охраны географических указаний в Республике Таджикистан: дисс. [Электронный ресурс]/Г.И. Тахиров // elibrary.ru – Режим доступа: <https://elibrary.ru/item.asp?id=15808129>.

М. А. Иманалиева

*Московский Государственный Университет им. М. В. Ломоносова,
бакалавриат, юридический факультет, IV курс*

Научный руководитель: К.Н. Шемякин

*Соискатель ученой степени к.ю.н. кафедры гражданского права
Московского Государственного Университета им. М. В. Ломоносова*

ПРАКТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ РЕАЛИЗАЦИИ И ОБОРОТА ОБЪЕКТОВ ВИРТУАЛЬНОЙ РЕАЛЬНОСТИ

Предметом исследования является всестороннее рассмотрение основных подходов к правовой квалификации объектов виртуальной реальности. Отдельно отмечается целесообразность распространения режима цифровых прав на данные объекты несмотря на то, что изначально указанный режим был создан для регулирования криптовалюты. В соответствии с данным подходом решается вопрос с предоставлением судебной защиты прав пользователей игровых сервисов.

Ключевые слова: цифровые права, интеллектуальные права, интеллектуальная собственность, объекты виртуальной реальности, лицензионный договор, купля-продажа, договор об оказании услуг.

М. А. Imanaliev

PRACTICAL ASPECTS OF THE IMPLEMENTATION AND TURNOVER OF OBJECTS OF VIRTUAL REALITY

The subject of the research is a comprehensive consideration of the main approaches to the legal qualification of virtual reality objects. Separately, the expediency of extending the regime of digital rights to these objects is noted, despite the fact that initially the specified regime was created to regulate the

cryptocurrency. In accordance with this approach, the issue of providing judicial protection of the rights of users of gaming services is being resolved.

Key words: digital rights, intellectual rights, intellectual property, virtual reality objects, license agreement, purchase and sale, service agreement.

Виртуальная реальность (далее – VR) всегда была вдохновением для писателей-фантастов, однако уже на протяжении десяти лет VR стремится стать частью повседневной жизни человека. Прежде чем давать правовую характеристику объектам VR стоит сделать краткий экскурс в технологию VR, AR (augmented reality/ дополненная реальность) и MR (mixed reality/ смешанная реальность), а также определить способы закрепления права собственности за разработчиками. Далее стоит обратить внимание на способы закрепления прав пользователей указанных технологий, а после перейти непосредственно к практическим аспектам реализации и оборота различных объектов виртуальной реальности

Виртуальная реальность (VR) относится к компьютерному моделированию, в котором человек может взаимодействовать в искусственной трехмерной среде с помощью электронных устройств, таких как специальные очки с экраном, перчатки с датчиками, шлемы и так далее⁵²⁰. Особенность VR в том, что в этой смоделированной искусственной среде пользователь может ощущать реалистичность. Подвидом VR является NR (neuro reality) – такой способ моделирования затрагивает нервную систему пользователя посредством подключения датчиков непосредственно к мозгу. Таким образом создается больший эффект погружения. На данный момент NR развит слабо. Дополненная реальность (AR) отличается от VR тем, что AR улучшает реальный мир в том виде, в котором он существует, с графическими наложениями и не создает полностью иммерсивного опыта, ощущения «полного погружения»⁵²¹. Смешанная реальность (MR) – является видом AR с одной характерной особенностью – наложением трехмерного голографического изображения на существующую реальность.

VR, AR и их разновидности имеют одну характерную особенность – они позволяют изменять восприятие реального мира. Надевая очки VR, человек становится слеп по отношению к реальному миру, однако испытывает полный спектр эмоций от погружения в виртуальный. Дополненная реальность добавляет лишь элементы в существующую реальность. Так, посредством технологий виртуальной реальности человек может путешествовать по Африке, находясь на Северном полюсе, а с помощью дополненной реальности – видеть слонов и носорогов на том же Северном полюсе.

Ключевые составляющие AR и VR:

1) Комплектующие;

Необходимыми элементам технологии AR являются процессор, дисплей, входные устройства (к примеру, карта памяти), а также сенсоры⁵²². На данном этапе развития смартфоны имеют все необходимые для функционирования AR комплектующие. Такие ведущие корпорации, как Microsoft и Google, разрабатывают свои автономные девайсы для AR. К примеру, “holo lens” и “Google Glass 2.0”.

2) Программное обеспечение;

Некоторые специальные программы для MR строятся на базовых для AR. Виртуальные изображения могут заменять собой реальные объекты посредством использования технологии смешанной реальности⁵²³. Для того, чтобы испытать опыт использования технологии AR, пользователю необходимо загрузить соответствующее программное обеспечение.

⁵²⁰ Moses O., Udoka E. Understanding Virtual Reality Technology: Advances and Applications, Advances in Computer Science and Engineering ; Dr. Matthias Schmidt (Ed.). [Электронный ресурс] // InTech. 2011. URL: <http://www.intechopen.com/books/advances-in-computerscience-and-engineering/understanding-virtual-reality-technology-advances-and-applications> (дата обращения: 10.05.2021).

⁵²¹Carmigniani J., Furht B. Augmented Reality: An Overview. In: Furht B. (eds) / Handbook of Augmented Reality. Springer, New York, 2011.

⁵²²Carmigniani, J., Furht, B., Anisetti, M., Ceravolo, P., Damiani, E., & Ivkovic, M. (2011). Augmented reality technologies, systems and applications. Multimedia Tools and Applications, 51, 341–377.

⁵²³Lee, L., Meyer, T., & Smith, J. S. (2012). Reinventing the customer experience: Technology and the service marketing mix. In J. Kandampully (Ed.), Service management: The new paradigm in retailing (pp. 143–160). New York: Springer.

Сразу стоит отметить, что согласно ст. 1261 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ)⁵²⁴ Программой для ЭВМ является представленная в объективной форме совокупность данных и команд, предназначенных для функционирования ЭВМ и других компьютерных устройств в целях получения определенного результата, включая подготовительные материалы, полученные в ходе разработки программы для ЭВМ, и порождаемые ею аудиовизуальные отображения. Зарегистрировать авторские права на программу для ЭВМ можно, подав заявку в Роспатент или Минкомсвязи, либо посредством депонирования в специальных цифровых сервисах.

Авторские права делятся на личные неимущественные и имущественные (исключительные) права, которыми собственник может свободно распоряжаться⁵²⁵. Так, в контексте программного обеспечения у собственника есть право передать право пользования третьим лицам. Передача данного правомочия должна быть оформлена лицензионным договором. Очень часто на практике лицензионный договор самостоятельно стал выступать «продуктом», который является фикцией реализуемого программного обеспечения⁵²⁶.

3) Удаленный сервер;

Помимо комплектующих и программного обеспечения, большую и важную роль играет удаленный или «облачный» сервер. Его функционал заключается в хранении большого количества изображений и иных данных, а также их релевантного отбора посредством технологий машинного обучения для использования данных в AR/VR программах.

4) Девайсы.

Их необходимость объясняется постоянно совершенствующимися технологиями, для правильного функционирования которых необходимо наличие более прогрессивных устройств, чем смартфон.

AR и VR технологии поднимают ряд важных вопросов, связанных с юридическим оформлением прав и обязанностей пользователя и разработчика, а также их объемом и оформлением. Виртуальное взаимодействие осуществляется между лицами частного права и их устройствами. Таким образом, такое взаимодействие может регулироваться договорными условиями, которые пользователи, скорее всего, никогда не увидят и не рассмотрят, но которые значительно ограничивают права этих пользователей на конфиденциальность, собственность и свободу⁵²⁷. Согласно проведенным исследованиям, менее 1% пользователей читают пользовательские соглашения⁵²⁸.

Взаимодействия зачастую имеют транснациональный характер. Поэтому трудно эффективно осуществлять их регулирование. Этот переход – от ведения большей части нашего бизнеса в общественных местах с общедоступными правилами, в основном расположенными в одной юрисдикции, к частным пространствам с частными правилами, в которых стороны кажутся рядом друг с другом, но на самом деле физически находятся далеко друг от друга в разных юрисдикциях. Также связанные с этим изменения в характере бизнеса должны заставлять задумываться о том, каким образом регулировать динамично развивающиеся новые технологии. Должно ли регулирование носить публичный характер или можно ограничиться частным? Если же должно, то в каком объеме?

С некоторой долей условности правовые проблемы, возникающие из технологий VR и AR можно разделить на две группы:

- 1) Те, которые касаются прав интеллектуальной собственности в реальном мире и их роли в виртуальном мире;
- 2) Те, которые относятся к интеллектуальной собственности в виртуальном мире и их роли в реальном мире.

⁵²⁴Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) [Электронный ресурс] : федер. закон от 30 ноя. 1994 № 51-ФЗ // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵²⁵Котенко Е.С. Авторские права на мультимедийный продукт: монография. М., 2013.

⁵²⁶Roxanne E. Christ and Curtis A. Peele, Virtual Worlds: Personal Jurisdiction and Click-Wrap Licenses, 20 INTELLECTUAL PROP. & L. J. 1, 2 (2008) <https://www.lw.com/thoughtLeadership/personal-jurisdiction-and-click-wrap-licenses>.

⁵²⁷ Jones, S. From e-commerce to v-commerce. In Virtual worlds and e-commerce: Technologies and applications for building customer relationships / IGI Global. Hershey, New York. P. 42.

⁵²⁸ 22,000 people accidentally signed up to clean toilets because people don't read Wi-Fi terms [Электронный ресурс]: URL: <https://mashable.com/2017/07/13/wifi-terms-conditions-toilets/#9ZDct0ZOZiqb> (дата обращения: 15.03.2021).

В начале внимание будет отдано правам интеллектуальной собственности реального мира в виртуальном мире. Рассмотрим, к примеру, кто может владеть правами интеллектуальной собственности на виртуальную футболку с логотипом любимого бренда. С учетом того, что пользователь создает такую футболку для своего «аватара» в Интернете? Владелец логотипа будет считать, что ему принадлежат авторские права и права на логотип на виртуальной футболке. Ожидается, что в мире виртуальной реальности будут применяться обычные законы о защите интеллектуальной собственности. В этом случае разработчики систем VR будут действовать в качестве посредников, позволяющих пользователям виртуально импортировать или включать музыку, фотографии, товарные знаки или логотипы в свой виртуальный опыт. И в таком случае на платформе VR ее пользователям потребуется разрешение владельца бренда на виртуальное использование логотипа. Однако юридические вопросы интеллектуальной собственности усложняются, если такое разрешение не было получено.

В этом случае законный владелец прав интеллектуальной собственности захочет защитить свои права. Практическая проблема заключается в том, что пользователи VR входят в систему со всего мира. Их сложно идентифицировать и преследовать поскольку они используют «ники» и «аватары» препятствующие идентификации личности. Другая юридическая проблема также возникает из-за неотъемлемой разницы между товарами виртуального мира и товарами реального мира. Товары виртуального мира нематериальны. Товары реального мира материальны. Владелец товарного знака вполне может обнаружить, что его права на товарный знак распространяются только на реальные товары. Может ли владелец товарного знака обращаться в суд за восстановлением нарушенных прав на виртуальную футболку с его логотипом, несмотря на то, что настоящие футболки не производятся, а его права касаются только материальных (реальных) футболок?

Проблема для правообладателя логотипа в получении компенсации возникает в невозможности доказать ущерб. Сложно утверждать, что продажи виртуальных футболок повлияют на продажи реальных. Возможно, будет проще полагаться на факт введения потребителя в заблуждение относительно свойств товара. На практике же вряд ли этот довод окажется хоть немного убедительным, поскольку практическое сравнение свойств материальных и нематериальных товаров невозможно.

Далее будут освещены проблемы виртуальные права интеллектуальной собственности в реальном мире.

В соответствии с законами об интеллектуальной собственности создатель контента является владельцем интеллектуальной собственности. Правовая проблема, возникающая в связи с дополненной реальностью, связана с тем, кому принадлежат права на изменение или удаление реальных объектов из VR. В данном примере будет рассмотрена ситуация, где создатель платформы VR использовал реальную карту города с обозначением и переносом всех объектов и строений, однако с внесением некоторых изменений. Так, владелец известного ориентира, к примеру музея или кафе, вполне может захотеть защитить свое право на то, как этот ориентир должен быть идентифицирован, или подать жалобу, если о нем будет предоставлена ложная информация.

Однако, нет сомнений в том, что VR, а не AR, вызвала больше комментариев по поводу сложных проблем интеллектуальной собственности, поскольку VR дает пользователям больше возможностей для создания изображений, виртуальной собственности или другого контента с помощью системы VR.

Большинство платформ VR используют лицензионные соглашения, в которых пользователи соглашаются передавать свои права на созданную ими интеллектуальную собственность платформе VR. В некоторых случаях платформа VR соглашается с тем, что пользователи будут владеть своими творениями VR, но даёт платформе VR открытую лицензию на использование интеллектуальной собственности пользователя, созданной с помощью платформы VR. Однако следует иметь в виду, что пользователи входят на платформы VR со всего мира, и в их местной юрисдикции могут быть законы, которые отменяют соглашение между платформой VR и пользователем и регулируют владение и использование интеллектуальной собственности иным образом.

Поскольку виртуальная реальность способствует созданию очень личных виртуальных миров пользователями их творения с разными новинками и изменениями и альтернативный мир могут быть действительно новыми. Ясность в отношении прав собственности на виртуальные активы с точки зрения соглашений об использовании с пользователями имеет решающее значение. Из-за

глубоко личного характера виртуального опыта и способности пользователей отождествлять себя со своими виртуальными мирами в будущем может возникнуть давление со стороны законов об интеллектуальной собственности, которые изменят стандартное распределение прав интеллектуальной собственности соответствующих платформ VR и их пользователями⁵²⁹. Популярность игровой сферы и рост ее капитализации до 100 трлн долларов США⁵³⁰ привели к призывам к налогообложению транзакций AR и VR, хотя некоторые сложные юридические вопросы еще предстоит решить:

1. Как контент и транзакции AR / VR следует характеризовать для целей налогообложения - как программное обеспечение, цифровой продукт, услугу, нематериальный объект или что-то еще?

2. Что именно покупается в виртуальном мире, например, программное обеспечение, виртуальная валюта, цифровые активы или что-то еще?

3. Где именно совершаются транзакции для целей налогообложения, если личность или местонахождение пользователя, правообладателя интеллектуальной собственности не понятно или где пользователь может скачивать в одной юрисдикции, а совершать сделки виртуально в другой?

Российские суды попытались дать правовую оценку сделкам по продаже виртуальных игровых артефактов. Так, в деле Федеральная налоговая служба (далее – ФНС) и ООО «Мэйл.ру Геймс» налоговый орган по результатам проверок решил начислить налог на добавленную стоимость от сделок по продаже игровых артефактов. ООО «Мэйл.ру Геймс» не платило налоги с поступлений по таким сделкам, применяя льготу пп. 26 п.2 ст.149 Налогового кодекса РФ (далее – НК РФ)⁵³¹. Данная льгота распространяется на использование программ по лицензионным договорам. ФНС посчитала, что продажа игровых артефактов – это услуга по предоставлению дополнительных преимуществ в игре. Суд встал на сторону ФНС⁵³².

Данное решение не является абсолютно логичным и верным. С точки зрения правоотношений, складывающихся между игровой платформой и пользователем признать игровые артефакты услугой, в целом, возможно. Однако, распространяя данную логику на отношения между пользователями, может появиться проблема.

Для понимания процесса продажи объектов виртуальной реальности видится разумным привести пример. Так компания Blizzard Entertainment (правообладатель игр StarCraft, World of Warcraft, Diablo) продает «цифровой контент»/услугу (при этом цифровой контент и услуга тождественны). Пользователь размещает заказ на покупку цифрового контента (услуги), договор считается заключенным с момента открытия доступа к контенту (услуги) или с момента отправления компанией электронного подтверждения⁵³³. Пользователю также доступна функция «Кошелек Balance», на который можно положить деньги и покупать цифровые объекты. Однако игровой сервис подчеркивает, что средства в «Кошельке» не имеют денежной стоимости. Использование цифрового контента (услуги) также регулируется лицензионным соглашением. Таким образом, продажа осуществляется на основе смешанного договора с элементами договоров оказания услуг и купли-продажи, однако использование дополнительного цифрового контента регулируется лицензионным соглашением, которое действует в отношении всей игры в целом.

Одним из разработчиков виртуального права – Бенджамином Дюранске – была предложена идея отделения реального мира от виртуального, суть которой заключалась в защите организаторов онлайн игр. Так называемая идея «Магического круга» заключается в следующем: действия, имеющие место в виртуальном мире, должны влечь последствия в реальном мире, только если пользователь во время совершения этих действий осознавал или должен был осознавать, что они будут иметь последствия в реальном мире. Примером последствий в реальном

⁵²⁹No Doubt v. Activision Publishing, Inc., 192 Cal.App.4th 2011.

⁵³⁰General Forecast for VR/AR: What Industries Can Gain Profits Using These Technologies by 2025 (in Russian) [Электронный ресурс]: URL: <https://www.cossa.ru/trends/232319/> (дата обращения: 15.03.2021).

⁵³¹Налоговый кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс] : федер. закон от 31 июля 1998 года № 146-ФЗ // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵³²Карточка спора ООО «Мэйл.ру Геймс» против ФНС [Электронный ресурс]: URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/277fdd53-f30b-4de4-a282-732bc448297e> (дата обращения: 15.03.2021).

⁵³³Лицензионное соглашение blizzard с конечным пользователем [Электронный ресурс]: URL: <https://www.blizzard.com/ru-ru/legal/08b946df-660a-40e4-a072-1fbde65173b1/licenzionnoe-soglashenie-blizzard-s-konechnym-polzovatelem> (дата обращения: 15.03.2021).

мире действий в виртуальном мире может быть, например, получение или сбережение реальных денежных средств.

Согласно Дюранске, правило магического круга должно защищать организатора многопользовательской ролевой онлайн-игры даже если отдельные пользователи утрачивают право на защиту от организатора из-за своих действий, влияющих на реальный мир (например, при покупке за реальные деньги игровых ценностей)⁵³⁴. Эту же идею можно распространить на иные сервисы и платформы, а не только на игровую индустрию. Важно понимать границу, которая проходит между объемом ответственности владельца сервиса и пользователя.

Исследователями представлены следующие способы квалификации:

- 1) Не считать виртуальные объекты объектом прав (1062 Трудового кодекса РФ (далее – ТК РФ)⁵³⁵);
- 2) Приравнивать виртуальные объекты к вещам⁵³⁶;
- 3) Рассматривать в качестве иного имущества;
- 4) Считать предметом лицензионного договора⁵³⁷;
- 5) Рассматривать в качестве иного имущества и относить к объектам цифровых правоотношений.

Первые четыре способа квалификации достаточно подробно расписаны в литературе. Видится правильным рассмотреть лишь последний. Так, согласно ст. 141.1 ГК РФ «Цифровые права», под цифровыми правами «признаются названные в таком качестве в законе обязательственные и иные права, содержание и условия осуществления которых определяются в соответствии с правилами информационной системы, отвечающей установленным законом признакам». Ст. 141.1 ГК РФ также указывает, что «осуществление, распоряжение, в том числе передача, залог, обременение цифрового права другими способами или ограничение распоряжения цифровым правом возможны только в информационной системе без обращения к третьему лицу». П. 2 ст. 141.1 ГК РФ устанавливает: «Если иное не предусмотрено законом, обладателем цифрового права признается лицо, которое в соответствии с правилами информационной системы имеет возможность распоряжаться этим правом. В случаях и по основаниям, которые предусмотрены законом, обладателем цифрового права признается иное лицо».

Выделим характерные признаки цифрового права:

- 1) Названные в таком качестве в законе;
- 2) Представляют собой обязательственные или вещные права;
- 3) Условия их осуществления определяются правилами информационной системы;
- 4) Система отвечает установленным в законе признакам.

Изменения, которые были внесены в ГК РФ, безусловно, были направлены на регулирование криптовалюты. Тем не менее, видится возможным использование таких изменений для регулирования объектов виртуальной реальности.

Переход цифрового права на основании сделки не требует согласия лица, обязанного по такому цифровому праву. Таким образом, признавая объекты виртуальной реальности цифровыми правами, решается сразу несколько проблем.

Во-первых, предоставление платформой игровых артефактов пользователю будет оформлено по правилам купли-продажи, согласно постановлению Пленума Верховного Суда №54⁵³⁸. Таким образом, решится вопрос реализации и оборота объектов виртуальной реальности.

Во-вторых, решится вопрос с предоставлением судебной защиты. На данный момент судебная практика применяет ст. 1062 ГК РФ и отказывает в защите прав пользователей игровых сервисов.

⁵³⁴Duranske B. T. *Virtual Law. Navigating the Legal Landscape of Virtual Worlds*. Chicago (Illinois), 2008. P. 2.

⁵³⁵ Трудовой кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. закон от 30.12.2001 № 197-ФЗ // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵³⁶Савельев А. И. Правовая природа виртуальных объектов, приобретаемых за реальные деньги в многопользовательских играх // Вестник гражданского права. 2014. № 1. С. 129.

⁵³⁷ Архипов В. В. Виртуальная собственность: системные правовые проблемы в контексте развития индустрии компьютерных игр/ В.В. Архипов // Закон. 2014. № 9. С. 69

⁵³⁸ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 № 54 «О некоторых вопросах применения положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации о перемене лиц в обязательстве на основании сделки» [Электронный ресурс]: // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

С признанием цифровых прав на игровые артефакты пользователи будут иметь возможность защищать свои права в судебном порядке.

В-третьих, признавая цифровое право за рядом объектов виртуальной реальности стоит приводить в соответствие с этим пользовательские соглашения. Так, чтобы, к примеру, проект дома, созданный на платформе VR, принадлежал пользователю, который его создал, а не платформе. Иными словами, лицензионное соглашение необходимо создавать по модели узуфрукта, чтобы пользователь мог стать обладателем цифрового права на результаты его деятельности внутри игры или платформы.

В-четвертых, признавая цифровое право на объекты VR и AR игровая индустрия может выйти из серой зоны налогообложения, поскольку больше не будет необходимости запрещать продажу таких объектов и отдавать на откуп услуги по перепродаже «гарантам» на площадках вторичного рынка.

Библиографический список:

15. Архипов В. В. Виртуальная собственность: системные правовые проблемы в контексте развития индустрии компьютерных игр/ В.В. Архипов // Закон. 2014. № 9.

16. Котенко, Е. С. Авторские права на мультимедийный продукт: монография / Е. С. Котенко. – Москва : , 2013. – 233 с.

17. Савельев А.И. Правовая природа виртуальных объектов, приобретаемых за реальные деньги в многопользовательских играх // Вестник гражданского права. 2014. N 1.

18. Augmented reality technologies, systems and applications. Multimedia Tools and Applications / Carmigniani, J., Furht [и др.]. – : , 2011. – 517 с.

19. Carmigniani Augmented Reality: An Overview. / Carmigniani, Furht Julie, Borko. – : , 2011. – 215 с.

20. Duranske, B Virtual Law. Navigating the Legal Landscape of Virtual Worlds. / Duranske, B 11. – Chicago (Illinois) : , 2008. – с. 313.

21. General Forecast for VR/AR: What Industries Can Gain Profits Using These Technologies by 2025. – Текст : электронный // cossa : [сайт]. – Режим доступа : <https://www.cossa.ru/trends/232319/> (дата обращения: 14.05.2021).

22. Jones From e-commerce to v-commerce. In Virtual worlds and e-commerce: Technologies and applications for building customer relationships. / Jones, S., 2013. – с.112.

23. Onyesolu Virtual reality laboratories: An ideal solution to the problems facing laboratory setup and management, Proceedings of world congress on engineering and computer science 2009 / Onyesolu, O. M. // . – Hong Kong : Newswood Limited, 2009. – С. 291-295.

24. Onyesolu Virtual reality: An emerging computer technology of the 21st century / Onyesolu, O. M. – // International Journal of Electrical and Telecommunication Systems Research. – Hong Kong : , 2006. – С. 36-40.

25. Reinventing the customer experience: Technology and the service marketing mix / Lee, L., Meyer [и др.]. // New York: Springer. – 2012. – № . – С. 143–160.

26. Roxanne, E, Christ, and, Curtis, A Virtual Worlds: Personal Jurisdiction and Click-Wrap Licenses / Roxanne, E, Christ, and, Curtis, A 8. – Текст : непосредственный // INTELLECTUAL PROP. & L. J. – 2008. – № 1.

27. Virtual reality simulations in computer engineering education / Onyesolu, O. M, Akpado, A. K. – // International Journal of Electrical and Telecommunication Systems Research. – Hong Kong : , 2009. – С. 56-61.

28. Moses O., Udoka E. Understanding Virtual Reality Technology: Advances and Applications, Advances in Computer Science and Engineering ; Dr. Matthias Schmidt (Ed.). [Электронный ресурс] // InTech. 2011. Режим доступа: <http://www.intechopen.com/books/advances-in-computerscience-and-engineering/understanding-virtual-reality-technology-advances-and-applications> (дата обращения: 10.05.2021).

А. И. Косенко

*Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
бакалавриат, образовательная программа
«Юриспруденция», IV курс;*

А. А. Петрова

*Санкт-Петербургский государственный университет
бакалавриат, образовательная программа
«Юриспруденция», III курс;*

А. Л. Фролова

*Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина
бакалавриат, образовательная программа
«Юриспруденция», IV курс;*

Научный руководитель: Е. Г. Авакян

Главный Эксперт НИУ ВШЭ, Советник АБ ЕПАМ

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОБЪЕКТОВ, СОЗДАНЫХ НЕЙРОННОЙ СЕТЬЮ

Развитие научно-технического прогресса способствует формированию новых субъектов подотрасли интеллектуальной собственности – искусственный интеллект –, правовой статус которых не определен, а следовательно, не определен и статус объектов, создаваемых ими. На сегодняшний день существует три основных подхода: это регулирование в рамках института авторских прав, смежных прав, а также отказ от признания данных объектов – объектами исключительных прав. В статье подробно разобран каждый из представленных подходов, авторами выбрана и аргументирована позиция, согласно которой, объекты, созданные нейронной сетью, подлежат правовому регулированию с использованием института смежных прав.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, правовая охрана, нейросеть, авторские права, смежные права, искусственный интеллект, разработчики, база данных.

A. I. Kosenko

A. A. Petrova

A. L. Frolova

LEGAL REGULATION OF OBJECTS CREATET BY A NEURAL NETWORK

The development of scientific and technological progress contributes to the formation of new subjects of the sub-branch of intellectual property - artificial intelligence, the legal status of which is not defined, and therefore, the status of the objects created by them is not defined either. Today, there are three main approaches, these are regulation within the framework of the institution of copyright, related rights, as well as refusal to recognize these objects as objects of exclusive rights. The article examines in detail each of the approaches presented, the authors have chosen and reasoned the position according to which the objects created by the neural network are subject to legal regulation using the institution of related rights.

Keywords: intellectual property, legal protection, neural network, copyrights, related rights, artificial intelligence, developers, database.

Правовая охрана объектов, созданных нейронной сетью, одна из самых сложных и дискуссионных тем в праве интеллектуальной собственности. Само право интеллектуальной собственности преследует в том числе цель развития науки, а нейронная сеть или искусственный интеллект неоспоримо являются прорывом в сфере технологий. Несмотря на то, что искусственный интеллект был изобретен достаточно давно⁵³⁹, и известны примеры, когда

⁵³⁹ Поспелов Д. А., Осипов Г. С. Прикладная семиотика // Новости искусственного интеллекта. - 1999. - №1. - С. 9-35.

искусственный интеллект «рисовал» картины, подобные произведениям великих художников⁵⁴⁰ или «писал и воспроизводил» песни в стиле легендарных музыкантов⁵⁴¹, вопрос правового регулирования объектов, создаваемых искусственным интеллектом, до сих пор не решен.

Традиционно выделяются три вида защиты рассматриваемых объектов:

1. Защита авторским правом;
2. Защита смежным правом;
3. Отсутствие защиты.

Каждая из точек зрения имеет своих сторонников и оппонентов, и каждая из них заслуживает отдельного внимания, поэтому в данной работе мы рассмотрим каждый из вариантов, проанализируем их достоинства и недостатки, а также представим свою позицию, которая представляется нам наиболее правильной. Стоит отдельно отметить, что анализ, представленный в данной статье, приведен с точки зрения российского законодательства.

Вопрос об авторско-правовой защите объектов, создаваемых искусственным интеллектом (далее – ИИ) – наиболее освещенный в литературе, поэтому предлагаем начать анализ с него.

Для осуществления авторско-правовой защиты по Гражданскому кодексу (далее – ГК) необходимо соблюдение двух условий:

1. Субъектом авторского права, то есть автором произведения, согласно п. 1 ст. 1228 ГК⁵⁴², может быть только человек;
2. Объект должен быть создан творческим трудом;

При этом оба условия должны работать в совокупности, отсутствие одного из них означает отсутствие авторско-правовой защиты.

Сторонники авторско-правовой охраны придерживаются того мнения, что субъектами в таком случае будут выступать разработчики, поскольку не имеет значения с помощью чего был создан объект авторского права – с помощью листа бумаги и красок или с помощью искусственного интеллекта⁵⁴³. Творческий вклад разработчиков оценивается на стадии «обучения» ИИ, когда разработчики придумывают уникальную подборку информации, которая внедряется в нейронную сеть, а последняя уже в последующем генерирует определенные результаты. Незнание конечного результата, вопреки определению авторитетному мнению В.И. Серебровского о том, что «творчество – это сознательный и в большинстве случаев весьма трудоемкий процесс, имеющий своей целью достижение определенного результата»⁵⁴⁴, не умаляет творческую составляющую, поскольку существует множество примеров, когда шедевры искусства были созданы случайно. Вспомним, например, Уильяма Морриса, который случайно создал дизайн в современном его понимании, примерив понятие красивого с понятием практичного в интерьере.

Тем не менее, авторам статьи авторско-правовая защита не представляется возможной в условиях российского законодательства по следующим причинам. Во-первых, сам искусственный интеллект автором быть не способен ввиду прямого указания закона (ст. 1228 ГК⁵⁴⁵) и по причине того, что ИИ не способен обладать творческой энергией, во-вторых, разработчики также не могут выступать в качестве субъектов – данный аргумент рассмотрим более подробно, разложив его на несколько действий.

Первым действием является обучение искусственного интеллекта. Обучение – это деятельность разработчиков, направленная на построение некой базы, на основе которой искусственный интеллект в будущем будет функционировать. Вторым действием представляется непосредственно создание искусственным интеллектом объекта.

540 Андрей Васильков. - ИИ как цифровой Рембрандт, 2016г. // Компьютерра. - URL: <https://www.computerra.ru/180213/ai-as-digital-rembrandt/> (дата обращения: 26.03.2021).

541 Вячеслав Голованов. - Нейронная оборона: запись альбома-посвящения Егору Летову при помощи нейросетей, 2016 г. // Habr.com. - URL: <https://habr.com/ru/post/395503/> (дата обращения: 26.03.2021).

⁵⁴² Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть четвертая: Федеральный закон от 18.12.2006 № 230-ФЗ // Собр. законодательства РФ. 2006. № 52 (Часть 1). Ст. 5496

543 Ролинсон П., Ариевич Е.А., Ермолина Д.Е. Объекты интеллектуальной собственности, создаваемые с помощью искусственного интеллекта: особенности правового режима в России и за рубежом // Закон. – 2018. - №5. - С. 63 - 71.

544 Серебровский В.И. Вопросы советского авторского права. - М.: Издательство Академии наук СССР, 1956. – 283 с.

⁵⁴⁵ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть четвертая: Федеральный закон от 18.12.2006 № 230-ФЗ // Собр. законодательства РФ. 2006. № 52 (Часть 1). Ст. 5496

Упомянутые действия идут в совокупности, поскольку создание объектов происходит лишь благодаря тому, что ИИ «обучен», не имея заложенной разработчиками базы знаний, ИИ был бы не способен воспроизвести объект. Следовательно, можно прийти к выводу, что творческий труд разработчиков присутствует лишь на этапе обучения ИИ, когда разработчики собирают уникальную подборку информации. Если при подборе такой информации разработчики прикладывают свои креативные усилия, то на действие первое авторско-правовая охрана распространяется.

Однако охрана не может быть распространена на само создание ИИ объектов, в данном действии разработчики уже не участвуют, машина самостоятельно воспроизводит заданную команду и получает соответствующий результат. Если бы мы распространили охрану на само создание, граница между обычной программой, которая выдает результаты по заданной команде, и искусственным интеллектом оказалось бы стертой.

Таким образом, авторско-правовая защита в рамках российского законодательства не представляется возможной.

Указанные ранее доводы подтверждают, что идея о защите авторским правом объектов, созданных нейросетями на данном этапе их технического развития не может быть осуществлена аналогично защите созданного человеком. На основании этого высказываются идеи о том, что правовая защита таким объектам не должна предоставляться в принципе.

Как было указано ранее, сама программа не способна на осуществление творческого вклада в некое произведение, а творческий вклад разработчиков направлен на программу. Если же функционирование программы предполагает для достижения результата осуществление некоего творческого вклада (например, если речь идет о программе для создания неких изобразительных произведений – программа графического редактора), то такой творческий вклад будет осуществляться пользователем программы, и ему же будут принадлежать авторские права на результат. Но в случае, когда речь идет о создаваемых искусственным интеллектом объектах, предполагается, что вклад иного лица (пользователя) сведен к минимуму и заключается, условно, в нажатии кнопки «сгенерировать». Таким образом, подобные действия также не могут быть признаны творческим вкладом.

Такая позиция, однако, представляется несостоятельной ввиду ряда причин.

Во-первых, подобное правовое регулирование данного вопроса является неблагоприятным для научного прогресса, поскольку компании, занимающиеся разработкой соответствующих программ, заинтересованы в наличии правовой защиты не только непосредственно у программ, обеспечивающих работу искусственного интеллекта, но и у получаемых с ее помощью результатов. Таким образом, существует экономический запрос на правовую защиту указанных объектов.

Во-вторых, в данном случае речь идет о явном пробеле в законодательстве, возникшем в связи с опережающим правовое регулирование техническим прогрессом. И разрешать подобный пробел отказом от правовой защиты объектов, во многом, как было рассмотрено ранее, схожих с объектами авторского права, является нерациональным выходом при наличии иных возможностей его заполнения.

Таким образом, наиболее соответствующей действующему законодательству, актуальному уровню технического прогресса и экономическим запросам представляется позиция относительно защиты объектов, созданных нейросетями, смежными правами. При этом, среди всего множества охраняемых смежными правами объектов, для защиты создаваемых нейросетями «произведений», по мнению авторов, в наибольшей степени подходят базы данных.

Итак, согласно пп. 4 ч. 1 ст. 1304 ГК⁵⁴⁶, объектами смежных прав являются в том числе и базы данных. При этом, согласно ч. 2 данной статьи, для возникновения, осуществления и защиты смежных прав не требуется регистрация их объекта или соблюдение каких-либо иных формальностей.

Смежное право, как следует из анализа соответствующих норм ГК, охраняет результаты деятельности, похожие на объекты авторского права формой, но созданные не столь значительным творческим вкладом либо в целом без его приложения. Однако прилагаются определенные технические, интеллектуальные, организационные и др. усилия, в совокупности достаточные для осуществления правовой защиты результатов таких усилий.

⁵⁴⁶ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть четвертая: Федеральный закон от 18.12.2006 № 230-ФЗ // Собр. законодательства РФ. 2006. № 52 (Часть 1). Ст. 5496

Рассмотрим пример, в котором производится создание нейросетью изображений на основе анализа и компиляции огромного количества предоставленных ей изображений-основ. По подобному принципу работают, помимо упомянутых ранее, например, предполагающие генерацию изображений несуществующих людей⁵⁴⁷ или животных⁵⁴⁸ программы.

В подобных примерах предполагается выделение следующих особенностей принципов функционирования нейросети:

Разработчиками была собрана некая база данных, включавшая крайне большое количество соответствующих заданным критериям изображений, и создан алгоритм для работы с данной базой. Таким образом, учитывая невозможность для нейросети как самостоятельно пополнить данную базу, так и «придумать» какой-то новый элемент, итогом конкретного запроса для данного алгоритма являлась созданная по определенным, заложенным разработчиками, принципам компиляция элементов этой базы данных.

При этом можно сказать, что подобная база данных, поскольку нейросеть составляет в результате новые изображения-компиляции из неких изначальных, имеет в качестве единицы своего наполнения некие элементы загруженных изображений. Не имеет значения, какую часть от одного условного изображения эти элементы составляют, однако представляется, что речь идет об элементах достаточно больших, чтобы иметь целью программы их соединение и повторение (например, в случае с изображениями людей такими элементами будут какие-то конкретные черты, особенности расположения элементов лица друг относительно друга и т. д.).

Представленному в ч. 2 ст. 1260 ГК РФ⁵⁴⁹ определению (базой данных является представленная в объективной форме совокупность самостоятельных материалов, систематизированных таким образом, чтобы эти материалы могли быть найдены и обработаны с помощью электронной вычислительной машины (ЭВМ)) подобная база данных также соответствует.

Соответственно, разработчиками была произведена работа по составлению базы данных и созданию определенного алгоритма поиска в ней и компиляции результатов такого поиска в изображение, соединяющее предложенные нейросети элементы.

Конкретное же полученное в результате изображение является результатом определенным образом (с помощью алгоритма) сформулированного запроса к этой базе данных, упорядоченным, так же с помощью алгоритма, набором ее элементов. Соответственно, получаемые изображения являются неким набором содержащихся в указанной базе данных элементов.

Таким образом, представляется, что созданный нейросетью объект является объектом смежных прав.

Важно также отметить, что в ст. 1303 ГК⁵⁵⁰ содержится указание, что смежные права осуществляются с соблюдением авторских прав на произведения, использованные при создании объектов смежных прав, но при этом признаются и действуют независимо от наличия и действия авторских прав на такие произведения.

Соответственно, в случае создания нейросетями неких объектов на основе созданных ранее людьми изображений, например фотографий, картин, музыкальных произведений и т. д., авторские права соответствующих лиц на данные произведения остаются незатронутыми, что позволяет, тем не менее, использовать их в соответствии с требованиями закона для обучения и последующего функционирования нейросетей.

Как было указано ранее, результат деятельности нейросети в данном случае представляет определенную компиляцию элементов базы данных.

Таким образом, не оспаривая наличие и действие авторских прав на отдельные изображения, загружаемые в базу данных, следует сделать вывод о принадлежности смежных прав на конкретное получаемое в процессе деятельности нейросети изображение лицам, которым принадлежат смежные права на соответствующую базу данных.

⁵⁴⁷ Эти люди не существуют [Электронный ресурс] // URL: <https://thispersondoesnotexist.com/> (дата обращения 13.06.2021)

⁵⁴⁸ Эти кошки не существуют [Электронный ресурс] // URL: <https://thiscatdoesnotexist.com/> (дата обращения 13.06.2021)

⁵⁴⁹ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть четвертая: Федеральный закон от 18.12.2006 № 230-ФЗ // Собр. законодательства РФ. 2006. № 52 (Часть 1). Ст. 5496

⁵⁵⁰ Там же.

Библиографический список:

1. Андрей Васильков. ИИ как цифровой Рембрандт [Электронный ресурс] / Васильков А. // Computerra.ru – Режим доступа: <https://www.computerra.ru/180213/ai-as-digital-rembrandt>.
2. Вячеслав Голованов. Нейронная оборона: запись альбома-посвящения Егору Летову при помощи нейросетей [Электронный ресурс] / Голованов В. // Habr.com – Режим доступа: <https://habr.com/ru/post/395503>.
3. Поспелов, Д. А. Прикладная семиотика / Д. А. Поспелов, Г. С. Осипов // Новости искусственного интеллекта. – 1999–№1. – С. 9–35.
4. Ролинсон П. Объекты интеллектуальной собственности, создаваемые с помощью искусственного интеллекта: особенности правового режима в России и за рубежом / П. Ролинсон, Е. А. Ариевич, Д. Е. Ермолина // Закон. – 2018–№5. – С. 63–71.
5. Серебровский, В.И. Вопросы советского авторского права / В. И. Серебровский. – М.: Издательство Академии наук СССР. 1956. – 283, [1] с.

M. Langer

*Силезский университет в Катовице,
Юридический факультет, аспирантура*

J. Wyczik

*Силезский университет в Катовице,
Юридический факультет, аспирантура*

*Научный руководитель: Rafał Blicharz
доктор юридических наук, доцент
Силезского университета в Катовице*

ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ РЕГУЛИРОВАНИЯ СИНТЕТИЧЕСКИХ МЕДИА В ЕВРОПЕ И МИРЕ: ФЕНОМЕН ДИПФЕЙКА

Основная цель исследования данной статьи заключается в рассмотрении глубинных проблем дипфейков, связанных непосредственно с правовым регулированием синтетических медиа в 21 веке. Авторы рассматривают данный феномен, а также нормативные акты, принятые в Европе и мире для борьбы с вытекающими из него угрозами. В статье критикуется последнее предложение Европейской комиссии в рамках проекта Закона «Об искусственном интеллекте», который должен разрешить проблемы, связанные с правовым регулированием дипфейков. Кроме того, были высказаны постулаты *de lege ferenda*, касающиеся правовой базы, которая должна быть принята для эффективной борьбы с дезинформацией в данной сфере.

Ключевые слова: дипфейк, проблемы правового регулирования, искусственный интеллект, угрозы, дезинформация.

M. Langer

J. Wyczik

CHALLENGES OF SYNTHETIC MEDIA FOR REGULATION IN EUROPE AND WORLDWIDE: DEEPFAKE PHENOMENON

The purpose of this article is to present deepfake issues related to the challenges of synthetic media in the 21st century. The authors present the studied phenomenon as well as the regulations adopted in Europe and in the world to tackle the threats resulting from it. The article presents, *inter alia*, an insightful critique of the latest proposal of the European Commission within the Artificial Intelligence Act project, which is supposed to address the problem of deepfake. Also, *de lege ferenda* postulates were expressed referring to the legal framework that should be adopted in order to effectively combat disinformation in the discussed scope.

Key words: deepfake, challenges, regulation, artificial intelligence, threats, disinformation.

Концепция дипфейка. Дипфейки – это синтетические носители, в которых элементы фото, видео или звуковой дорожки меняются, человек в существующем изображении или видео заменяется на чье-то изображение с помощью систем искусственного интеллекта⁵⁵¹. Используемые системы искусственного интеллекта в основном основаны на методах машинного обучения, включая глубокое обучение, и полагаются на обучение генеративных архитектур нейронных сетей, таких как автокодеры или генеративные состязательные сети (GAN)⁵⁵². Термин возник в 2017 году, когда пользователь Reddit по прозвищу deepfakes опубликовал первый дипфейк, который представлял собой порнографическое видео с «искусственно измененным» лицом знаменитости. Прорывом также стал проект Video Rewrite, выпущенный в 1997 году, который модифицировал существующие видеозаписи говорящего человека таким образом, что казалось, будто он произносит слова, добавленные с другой звуковой дорожки. В то время это была первая система, которая автоматически распознавала лица и связывала их с воспроизведенным звуком, основываясь на методах машинного обучения.

Феномен дипфейка широко наблюдается во многих странах в последние годы. Нельзя не упомянуть знаменитое видео, на котором Барак Обама якобы оскорбляет Дональда Трампа. Одним из самых последних, наиболее громких дипфейков также стало «Альтернативное Рождественское Обращение» британской королевы, в котором, среди прочего, королева демонстрирует свои танцевальные движения для TikTok. Приведенные выше примеры иллюстрируют одну из многочисленных правовых проблем, связанных с этой технологией, которая сопряжена с множеством рисков.

Возможные угрозы и преимущества технологии дипфейка. С точки зрения рисков, возникающих при использовании технологий, мы можем рассматривать их в трех областях - угрозы обществу, угрозы политическим системам и угрозы бизнесу⁵⁵³. Главная угроза обществу заключается в том, что жертвой дипфейка может стать любой гражданин. Эта технология легкодоступная и доступная по цене, поэтому любой желающий может взять чье-то лицо и поместить его на фото или видео, с целью шантажа или издевательства. Некоторые из таких программ даже доступны в облаке через веб-сайты, поиск которых занимает несколько минут. Такое использование технологии дипфейк - это так называемая “порнография без согласия”, которая состоит в создании порнографии с заменой лица. Целями такой практики являются как знаменитости, так и частные лица, во второй группе это в основном учителя или бывшие партнеры авторов дипфейков⁵⁵⁴. Еще одна угроза для общества - это возможность подорвать доверие граждан к информации со стороны властей и СМИ, поскольку эта технология позволяет генерировать фейковые новости, хорошим примером является вышеупомянутое видео, в котором бывший президент Барак Обама оскорбляет президента Трампа. Угрозой для политической системы является возможность повлиять на результаты выборов путем создания ложной информации о кандидате. В случае угрозы бизнесу дипфейк позволяет «мошенничество генерального директора», когда все более успешные аудио-злоумышленники выдают себя за голос генерального директора, запрашивающий срочный денежный перевод через старшего финансового директора.⁵⁵⁵

Несмотря на опасность технологии дипфейк, она имеет положительные применение в таких областях, как фильмы, игры и конфиденциальность. Кинематографисты способны воссоздавать классические сцены в кино, создавать новые фильмы с участием давно умерших актеров. Дипфейк также позволяет автоматически и реалистично озвучивать фильмы на любом языке. Игроки могут перенести свой голос и внешний вид в цифровой мир.⁵⁵⁶ Используя технологию дипфейк, вы

⁵⁵¹ J. Kietzmann, L. W. Lee, I. P. McCarthy, T. C. Kietzmann, Deepfakes: Trick or treat? // Business Horizons. 2020. № 63 (2). P. 135–146.

⁵⁵² Ibid.

⁵⁵³ M. Westerlund, The Emergence of Deepfake Technology (a review) // Technology Innovation Management Review. 2019. Volume 9. Issue 11. P. 42.

⁵⁵⁴ R. A. Delfino, Pornographic Deepfakes: The Case for Federal Criminalization of Revenge Porn’s Next Tragic Act // Fordham L. 2019. № 88. Rev. 887. P. 892-894.

⁵⁵⁵ K. Giles, K. Hartmann, M. Mustaffa, The Role of Deepfakes in Malign Influence Campaigns // Riga. 2019. P. 14-17; Более детально с рисками можно ознакомиться по следующей ссылке: EUROPOL’s report Malicious Uses and Abuses of Artificial Intelligence, <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/malicious-uses-and-abuses-of-artificial-intelligence> (дата обращения: 09.06.2021).

⁵⁵⁶ M. Westerlund. Op. cit. P. 41.

можете точно обезличить изображения разных людей, объединив тысячи изображений лиц людей в одно. Это позволяет лучше защитить конфиденциальность.⁵⁵⁷

Правовые проблемы. Изученный феномен поднимает множество правовых проблем в контексте использования такой технологии. Например, мы могли бы задаться вопросом, как эффективно отслеживать использование такой технологии. Может быть, стоит запретить разработку таких ИТ-решений? Как можно защитить права тех, чьи изображения или голоса используются? Как мы можем обеспечить единообразное применение закона в этой области, учитывая природу Интернета как распределенного носителя информации? Существует много вопросов о феномене дипфейк, но по сути, всегда есть три фундаментальные проблемы:

1. защита личных прав лиц, изображение которых было незаконно использовано;
2. защита произведений, использованных для создания дипфейка;
3. и, наконец, защита самого дипфейка.

Подробное обсуждение вышеизложенного потребовало бы дальнейших разъяснений, что выходит за рамки данной статьи. Однако большинство этих проблем можно решить на уровне действующих нормативных актов⁵⁵⁸.

Например, режимы большинства стран обеспечивают защиту произведения, основанные на авторском праве. Впрочем, стоит отметить сомнительное исключение для текста и интеллектуального анализа данных (TDM) введенное в европейское законодательство на основании Директивы 2019/790559. Исключение для TDM в статьях 3 и 4 Директивы 2019/790, направлено на устранение ненужных барьеров на пути развития технологий искусственного интеллекта с точки зрения необходимости использования данных для обучения моделей машинного обучения. Эти положения вводят исключения, допускающие воспроизведение и загрузку товаров, на которые распространяются права интеллектуальной собственности, таких как базы данных, произведения, в том числе программы для ЭВМ, а также публикации в прессе. Однако Директива не содержит конкретных указаний на этот счет. Более того, статья 4 допускает использование охраняемых товаров в области TDM независимо от цели их использования. Однако использование этих товаров не в научных целях основано на механизме отказа. В соответствии со статьей 7(1) Директивы 2019/790 любое договорное положение, противоречащее исключениям, предусмотренным в статье 3 (которая предусматривает исключение для целей научных исследований), не имеет законной силы.

Кроме того, защита личных прав регулируется подробными нормативными актами, а также в большинстве стран существуют специальные акты, касающиеся защиты персональных данных⁵⁶⁰, однако некоторые правовые системы предусматривают исключение противоправности нарушения, когда изображение лица распространяется в обмен на вознаграждение позирующему или когда это изображение известного лица, взятое в связи с выполнением публичных функций.⁵⁶¹ Однако такое использование не дает права в последнем случае изменять фотографии и использовать их для нарушения личных прав изображенного лица. Также в случае оплаты позирующему, позирующий должен знать, в какой степени будет использоваться его изображение⁵⁶².

⁵⁵⁷ Подробнее: <https://www.extremetech.com/extreme/298831-deepfake-tech-can-now-anonymize-your-face-to-protect-privacy> (дата обращения: 09.06.2021).

⁵⁵⁸ Compare T. E. Kadri, *The Legal Implications of Synthetic and Manipulated Media // Popular Media*. № 316. 2019.

⁵⁵⁹ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC (Text with EEA relevance) (OJ L 130, 17.05.2019, p. 92-125).

⁵⁶⁰ In the European Union uniform regime is provided by Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (Text with EEA relevance) (OJ L 119, 04.05.2016, p. 1).

⁵⁶¹ This type of exclusion was introduced into Article 81 of the Polish Copyright Act. More information about right to protection of one's image in European Law you can find in European Court of Human Rights' factsheet at https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Own_image_ENG.pdf (дата обращения: 09.06.2021).

⁵⁶² Restrictions on the use of the image are important because even the slightest difference from the contract can lead to a violation of the posers' rights. For recent case see S. Cole, *40 Girls Do Porn Victims Are Suing Pornhub for \$1 Million Each*, <https://www.vice.com/en/article/3anvw8/40-girls-do-porn-victims-suing-pornhub-mindgeek> (дата обращения: 09.06.2021).

Гораздо более важной проблемой является общая борьба с дезинформацией и злонамеренным использованием, которая будет рассмотрена в следующих разделах нормативных актов для Европы и мира.

Правовое регулирование в Европе. Европейская комиссия в апреле 2018 года уже озвучила план борьбы с онлайн дезинформацией. Она также включала принятие Кодекса Практики по Дезинформации⁵⁶³, который представляет собой рекомендательный документ, который был подписан крупными технологическими компаниями, такими как Facebook, Google или Microsoft. Однако, этот Кодекс основывается исключительно на добровольном саморегулировании, поэтому нет возможности ввести санкции в отношении поставщиков услуг, именно поэтому эти решения подвергаются критике как недостаточные и неподходящие⁵⁶⁴.

Таким образом, Европейский парламент в своей резолюции от 20 января 2021 года (2020/2013(INI)) справедливо выразил свою обеспокоенность по поводу технологий дипфейк и призвал к обязательству для создателей всех дипфейк-материалов включать отказ от ответственности за то, что они не являются оригинальными, и к строгим ограничениям на использование таких материалов в избирательных целях⁵⁶⁵.

Проблема дипфейков наконец нашла свое отражение в предложении о постановлении Европейского парламента и Совета, устанавливающем согласованные правила в отношении искусственного интеллекта (Закон об искусственном интеллекте) и внесении поправок в некоторые законодательные акты союза. В предложении изложены согласованные правила разработки, маркетинга и использования систем искусственного интеллекта в Европейском союзе на основе пропорционального подхода, основанного на оценке рисков. Предсказуемые, соразмерные и четкие обязательства также возлагаются на поставщиков и пользователей этих систем для обеспечения безопасности и соблюдения применимого законодательства, защищающего основные права на протяжении всего жизненного цикла систем искусственного интеллекта. Для некоторых конкретных систем искусственного интеллекта предлагаются только минимальные обязательства по прозрачности, в частности, для использования чат-ботов или дипфейков.

Раздел IV предлагаемого документа касается обязательств по обеспечению прозрачности для определенных систем искусственного интеллекта. В статье 52 (3) предусматривается, что «Пользователи системы искусственного интеллекта, которая генерирует или манипулирует изображением, аудио или видео контентом, которые заметно напоминают существующих людей, объекты, места или другие объекты, или события, которые могут ложно показаться человеку подлинными или правдивыми ('deep fake'), должны раскрывать, что контент был искусственно создан или изменен». Это решение следует рассматривать как разумное, но имеющее существенные пробелы и недостатки. Во-первых, обязанность в этом отношении возлагается только на пользователей систем ИИ, под которыми понимается любое физическое или юридическое лицо, государственный орган, учреждение или иной орган, использующий систему ИИ под своим руководством, за исключением случаев, когда система ИИ используется в личной непрофессиональной деятельности⁵⁶⁶. Таким образом, невозможно оставить такое определение без критики, поскольку это обязательство не будет применяться к пользователям ИИ, которые создают подавляющее большинство дипфейков, чья деятельность не является профессиональной и, следовательно, подпадает под действие исключения. Тот факт, что это обязательство не было сохранено также и на вторичных пользователях такого генерируемого контента, которые также должны быть обязаны маркировать его правдиво и иметь запрет на фальсификацию, заслуживает дополнительной критики.

Следовательно, необходимо ввести регламент, учитывающий эти обстоятельства и обязывающий поставщика и дистрибьютора такой системы, независимо от ее предполагаемого использования, применять технические меры таким образом, чтобы весь контент создавался с

⁵⁶³ URL: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation> (дата обращения: 09.06.2021).

⁵⁶⁴ URL: <https://www.euractiv.com/section/digital/news/eu-code-of-practice-on-disinformation-insufficient-and-unsuitable-member-states-say/> (дата обращения: 09.06.2021).

⁵⁶⁵ European Parliament resolution of 20 January 2021 on artificial intelligence: questions of interpretation and application of international law in so far as the EU is affected in the areas of civil and military uses and of state authority outside the scope of criminal justice (2020/2013(INI)).

⁵⁶⁶ Article 3(4) of the Draft Regulation.

соответствующей этикеткой, позволяющей определить, что он был изменён и представляет собой дипфейк.

Правовое регулирование в мире. Некоторые правовые системы за пределами Европы уже начали применять соответствующие правовые меры для регулирования дипфейка. Эти правовые нормы в основном решают две проблемы: дипфейк-порнографии без согласия, и использование дипфейка для влияния на избирательный процесс. В США 2019 год стал прорывным годом для регулирования технологии дипфейк. 1 июля 2019 года Вирджиния стала первым штатом США, который ввел уголовное наказание за распространение дипфейк-порнографии без согласия⁵⁶⁷. После Виргиния этот вопрос урегулировали Техас, Калифорния и Нью-Йорк⁵⁶⁸. 1 сентября 2019, Техас стал первым штатом в США, запрещающим создание и распространение дипфейк-видео предназначенных для нанесения вреда кандидатам на государственные должности или оказания влияния на результаты выборов⁵⁶⁹. Затем Калифорния сделала то же самое. 20 декабря 2019 года вступил в силу первый федеральный закон, связанный с дипфейк. Законодательство, регулирующее дипфейк является частью The National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2020⁵⁷⁰, который налагает на директора национальной разведки (National Intelligence, DNI) обязательство подготовить отчет о применении этой технологии, ее потенциальном воздействии и возможностях. Следующим шагом федерального законодательства стало принятие 23 декабря 2020 года законопроекта под названием "The Identifying Outputs of Generative Adversarial Networks Act"⁵⁷¹, который предписывает Национальному научному фонду (NSF) и Национальному институту стандартов и технологий (NIST) поддерживать исследования по генеративным связанным сетям. Генеративная связанная сеть - это программная система, предназначенная для обучения с использованием аутентичных данных (например, фотографий) для создания похожих, но искусственных результатов (например, дипфейков).

Китай также принял меры по регулированию дипфейков, что привело к принятию постановления, вступившего в силу 1 января 2020 г. – Политика Администрации киберпространства Китая (CAC) в отношении дипфейков⁵⁷². Целью этого постановления является запрет на использование технологии дипфейк для распространения сплетен и ложной информации. Регулирование CAC требует, чтобы издатели контента с дипфейк раскрывали, что часть контента, на самом деле, является дипфейком. Оно также требует, чтобы контент-провайдеры сами обнаруживали в контенте дипфейк.

Заключение. Подводя итог, дипфейк представляет собой новый вызов для законодателей и юриспруденции. Существующая правовая база, похоже, не решает всех проблем, связанных с этой технологией. Поэтому, необходимо рассмотреть вопрос о том, чтобы создать новые правила или, может быть, технология должна стать новым законом для себя?

Несомненно, однако, что решения, предлагаемые на данный момент в Европе, среди прочих, недостаточны для регулирования проблемы дипфейков. Мы должны четко призвать к принятию мер не только на региональном, но и на международном уровне для обеспечения надлежащего уровня защиты, а также сотрудничества между соответствующими службами в области судебного преследования нарушений. Наилучшим решением было бы принятие правового регулирования в этой области в формате международной конвенции, хотя любое действие даже на региональном уровне заслуживает одобрения при условии, что оно подготовлено, продуманно и адаптировано к проблеме дипфейков.

⁵⁶⁷ Virginia, Va. Code Ann. § 18.2-386.2, URL: <https://law.lis.virginia.gov/vacode/title18.2/chapter8/section18.2-386.2/> (дата обращения 09.06.2021).

⁵⁶⁸ M. F. Ferraro, Deepfake Legislation: A Nationwide Survey-State and Federal Lawmakers Consider Legislation to Regulate Manipulated Media // Berlin. 2019.

⁵⁶⁹ Texas Senate Bill 751, amending section 255.004 of Election Code, URL: <https://legiscan.com/TX/text/SB751/id/1902830> (дата обращения: 09.06.2021).

⁵⁷⁰ S.1790 - National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2020, Public Law No: 116-92 (20.12.2019), URL: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/1790/text> (дата обращения: 09.06.2021).

⁵⁷¹ S.2904 - IOGAN Act, Public Law No: 116-258 (23.12.2020), URL: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/2904> (дата обращения: 09.06.2021).

⁵⁷² URL:http://english.www.gov.cn/statecouncil/ministries/201912/21/content_WS5dfd8ecac6d0bcf8c4c1934a.html (дата обращения: 09.06.2021).

Библиографический список:

1. Compare, T. E. Kadri. The Legal Implications of Synthetic and Manipulated Media / Compare, T. E. Kadri // Popular Media. – 2019.
2. Bregler, Ch., Covell, M., Slaney. Video Rewrite: Driving Visual Speech with Audio. / Bregler, Ch., Covell, M., Slaney // Conference: Proceedings of the 24th annual conference on Computer graphics and interactive techniques. – New York. – 1997.
3. Delfino, R. A. Pornographic Deepfakes: The Case for Federal Criminalization of Revenge Porn’s Next Tragic Act 892-894. Fordham L. 2019, Rev., v. 88, Rev. 887.
4. Ferraro, M. F. Deepfake Legislation: A Nationwide Survey—State and Federal Lawmakers Consider Legislation to Regulate Manipulated Media. Berlin 2019.
5. Giles, K., Hartmann, K., Mustaffa, M. The Role of Deepfakes in Malign Influence Campaigns, Riga 2019.
6. Kietzmann, J., Lee, L. W., McCarthy, I. P., Kietzmann, T. C. Deepfakes: Trick or treat? Business Horizons. 2020, 63 (2).
7. Westerlund, M. The Emergence of Deepfake Technology A Review November 2019. Technology Innovation Management Review, 2019, Volume 9, Issue 11.
8. Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC
9. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)
10. European Parliament resolution of 20 January 2021 on artificial intelligence: questions of interpretation and application of international law in so far as the EU is affected in the areas of civil and military uses and of state authority outside the scope of criminal justice (2020/2013(INI))
11. National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2020, Public Law No: 116-92
12. Identifying Outputs of Generative Adversarial Networks Act, Public Law No: 116-258

Я. М. Салихов

*Санкт-Петербургский государственный университет,
бакалавриат, образовательная программа
«Юриспруденция с углубленным изучением
китайского языка и права КНР», IV курс*

*Научный руководитель: В. В. Архипов
д.ю.н., доцент кафедры теории и истории государства и права
Санкт-Петербургского государственного университета*

ЗАЩИТА ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ В КОНТЕКСТЕ СОЗДАНИЯ ВИРТУАЛЬНОЙ КОПИИ ПРЕДМЕТА ИЛИ ЛИЧНОСТИ В ИНФОРМАЦИОННО- ТЕЛЕКОММУНИКАЦИОННОЙ СЕТИ «ИНТЕРНЕТ»

Предметом исследования являются нормы Гражданского Кодекса РФ, а также связанные нормы, регулирующие отношения в сети «Интернет», анализируемые с целью выявления отличительных особенностей защиты персональных данных у виртуальной копии образа пользователя сети «Интернет» как владельца неимущественного права на изображение. В контексте работы в сети «Интернет» право гражданина на образ опосредуется через интеллектуальную собственность, в связи с чем и возникают неоднозначные интерпретации, которые ведут к отказу в защите права гражданина на изображение. Также уделено внимание различным способам отображения виртуальных копий предметов, как результатов интеллектуальной переработки физических предметов в общем контексте работы. В результате формулируется авторская системная концепция, согласно которой для отношений по поводу виртуальной личности характерны проблемы в области правового регулирования персональных

данных, а для отношений по поводу виртуальных копий предметов – в области правового режима результатов интеллектуальной деятельности.

Ключевые слова: персональные данные, интеллектуальная собственность, виртуальная копия личности, виртуальная собственность, нематериальные блага, право на изображение, правовое регулирование сети Интернет.

I.M. Salikhov

PROTECTION OF PERSONAL DATA IN THE CONTEXT OF CREATING A VIRTUAL COPY OF AN OBJECT OR A PERSON ON THE «INTERNET»

The subject of the article is the rules of law of the Civil Code of the Russian Federation, as well as related rules of law governing relations in the network "Internet", analyzed in order to identify the distinctive features of personal data protection in the virtual copy of person of a user of the Internet, as the owner of image right. In the context of work on the Internet, the citizen's right to an image is mediated through intellectual property, which gives rise to ambiguous interpretations that lead to the denial of protection of the citizen's image right. In the general context of the work attention is also paid to different ways of displaying virtual copies as the results of intellectual processing of physical objects. The work reveals the author's systematic conception that in relation to the virtual copy of a person there are problems in the field of legal regulation of personal data, and in relation to virtual property - the legal status of the results of intellectual activity.

Key words: personal data, intellectual property, virtual copy of a person, virtual property, intangible goods, right to image, legal regulation of the Internet.

Когда создавался проект части 1 Гражданского Кодекса (далее – ГК РФ)⁵⁷³, мало кто мог представить, насколько сильно технологии изменятся через двадцать лет и что значительно изменится практика защиты нематериальных благ, и как следствие – подходы к толкованию положений главы 8 ГК РФ. Например, М. Л. Нохрина в начале XXI века предвидела назревающую проблему в области гражданско-правового регулирования личных неимущественных отношений, чему посвятила свою работу⁵⁷⁴. Нам представляется актуальным, что при настоящем уровне развития технологий, личные неимущественные права человека находятся под угрозой. «Объект общественных отношений» – довольно широкое понятие, а перечень указанных в ст. 2 и ст. 150 ГК РФ нематериальных благ является открытым, поэтому в настоящей работе нам необходимо ещё раз указать на существование пробела в праве, либо же на необходимость интерпретации имеющихся норм права к новым обстоятельствам общественной жизни по поводу защиты личных неимущественных прав. Возможно, есть необходимость ввести в законодательство понятие цифрового образа, как родового объекта, чтобы удобно разделять виды нематериальных виртуальных объектов на виртуальную личность и виртуальный предмет, поскольку каждый из предметов имеет свою область применения и подразумевает свой круг проблем. В настоящей работе мы рассмотрим право человека на изображение в контексте развития информационных технологий и сети «Интернет». Более того, мы хотим поставить под сомнение положение о том, что право на изображение следует рассматривать только как право на изображение внешности человека. Возможно, окажется целесообразным трактовать изображение как совокупность характерных физических качеств человека, в том числе его характерный тип фигуры, голос, манеру речи, тембр, часто употребляемые слова. Таким образом, мы попытаемся продемонстрировать несостоятельность буквального толкования соответствующих норм в современных технологических условиях.

Право на изображение. Статья 152.1 ГК РФ предусматривает охрану изображения гражданина (и человека), указывает, что, по общему правилу, «использовать изображение гражданина

⁵⁷³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) [Электронный ресурс] : федер. закон от 30 ноя. 1994 № 51-ФЗ // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵⁷⁴ Нохрина М. Л., Гражданско-правовое регулирование личных неимущественных отношений, не связанных с имущественными, Спб.: Изд-во. Асланова «Юридический центр пресс», 2004. – 370 с.;

допускается только с согласия этого гражданина»⁵⁷⁵. Но что подразумевается под словом «изображение»? Конечно, гражданское право является той отраслью права, где важна диспозитивность и самостоятельные действия участников общественных отношений, но при этом должны и существовать границы толкования правовых норм. Это не означает, что существует необходимость в конструировании законодательных определений «изображения», вовсе нет, излишняя юридическая регламентация лишь усугубит проблемы гражданского оборота. Поскольку прямого определения слова «изображение» отсутствует применительно к контексту ст. 152.1 ГК РФ, то нам следует в каждом отдельном случае самостоятельно установить круг тех социально-значимых обстоятельств, а также общественных отношений, которые могут быть защищены ст. 152.1 ГК РФ, поскольку то, что будет пониматься под «изображением» гражданина, будет тем нематериальным благом, по поводу которого участники гражданского оборота совершают свои действия.

Предмет общественных отношений, который возможно рассматривать как «изображение». Для определения содержания неимущественного права человека на изображение возможно опираться на понятие «персональные данные», определенное в п. 1 ст. 3 ФЗ № 152-ФЗ «О персональных данных» (далее – «ФЗ № 152»)⁵⁷⁶. Такой подход хоть и не является общепризнанным, но при этом позволяет создать логическую систему, которой мы придерживаемся, подразумевающую, что проблема защиты виртуальной личности сущностно пересекается с проблемой защиты персональных данных. Персональные данные, буквально по п. 1 ст. 3 указанного закона являются любой информацией, которая относится прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу – субъекту персональных данных. При этом, согласно разъяснению Роскомнадзора «О вопросах отнесения фото- и видеоизображения, дактилоскопических данных и иной информации к биометрическим персональным данным и особенности их обработки»⁵⁷⁷ от 30 августа 2013 года, персональные данные могут быть выражены в таких объектах права, которые с точки зрения гражданского права, рассматриваются как нематериальные блага. Поэтому, изображение гражданина необходимо одновременно рассматривать как персональные данные. Разъяснение Роскомнадзора выглядит логично. Поскольку персональные данные относятся конкретному лицу, то определенная совокупность персональных данных будет представлять собой некую копию субъекта персональных данных в сети Интернет. Следовательно, по персональным данным можно восстановить внешний вид индивида. Именно поэтому индивид должен иметь контроль над своими персональными данными, исключая лишь государственный контроль над персональными данными, который можно признать необходимым условием сохранения безопасности социума.⁵⁷⁸

Полнота обезличивания информации. Несмотря на то, что одним из способов защиты персональных данных является обезличивание, которое в теории предназначено для защиты индивида от неправомерных посягательств третьих лиц на сведения об индивиде, также отдельные виды обезличивания могут быть направлены на устранение режима персональных данных по отношению к информации, а следовательно, к информации об индивидах. Поэтому после «необратимого» обезличивания, оператор персональных данных может снять с себя обязанности, возлагаемые на него ФЗ № 152, чтобы затем использовать персональные данные в своих коммерческих интересах. Однако в российском законодательстве и правоприменительной практике до сих пор остаются неясности относительно того, какой конкретно вид обезличивания является условием для того, чтобы информация могла перестать считаться персональными данными.

⁵⁷⁵ Ст. 152.1 Гражданского кодекса Российской Федерации // Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 09.03.2021) [Электронный ресурс]. – Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». – Дата обращения 25.03.2021.

⁵⁷⁶ Ст. 3 Федеральный закон от 27.07.2006 № 152-ФЗ (ред. от 30.12.2020) «О персональных данных» [Электронный ресурс]. – Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». – Дата обращения 25.03.2021.

⁵⁷⁷ Разъяснения Федеральной службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций от 30 августа 2013 г. «Разъяснения по вопросам отнесения фото-, видеоизображений, дактилоскопических данных и иной информации к биометрическим персональным данным и особенностей их обработки» [Электронный ресурс]: СПС «Гарант». URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/70342932/>

⁵⁷⁸ Исходя из концепции «государство – ночной сторож» в соответствии с идеями Джона Локка.

Есть и иные неясности. Например, на основании п. 9 ст. 6 ФЗ № 152, обработка персональных данных может производиться «в статистических или иных исследовательских целях», но не разъясняются иные исследовательские цели. Абстрактный характер формулировки основания для обработки персональных данных «в статистических или иных исследовательских целях» создает под собой почву для злоупотребления правом со стороны операторов персональных данных. Поэтому на практике, нередко контроль над персональными данными практически утрачивается у тех лиц, кто их хотя бы раз предоставил третьему лицу.

Если же речь идет о тех видах персональных данных, совокупность которых отражает качества личности в информационном пространстве, то более того, однажды передав персональные данные третьему лицу индивид как бы записывает ту часть своей личности, которую желает передать на обработку третьему лицу, притом передача сведений о личности индивида «в исследовательских целях» может происходить довольно часто, а обрабатываться достаточно долго и, возможно, в неизвестных исследовательских целях, в том числе предполагающих последующую передачу персональных данных другим лицам. Поскольку люди уникальны, то и обезличивание данных не является полным без удаления информации об уникальных способностях или привычках субъекта персональных данных, а также иных «идентификаторов» – например, ИНН, СНИЛС, года рождения, псевдонима, паспортных данных, которые бы отличали индивида от остальных людей.

Верно будет утверждение, что если информация позволяет нам получить изображение человека, то она будет относиться к вполне определенному физическому лицу. Тогда логичны и следующие утверждения, что 1) изображение человека является персональными данными, а также и обратное, что 2) персональные данные могут выражаться в изображении человека. Метафорически выражаясь (однако подразумевая, что в такой метафоре может быть скрыта вполне определенная идея в контексте данной работы), при обезличивании персональных данных оператор получает часть личности человека, а человек теряет свою индивидуальность.

Законодатель предусмотрел различные виды ответственности, в том числе административную, за нарушение законодательства о персональных данных и определил порядок защиты персональных данных, но если рассматривать персональные данные по нашему предложению как «изображение», то у субъектов персональных данных есть возможность обратиться за защитой своего права и с помощью гражданского иска. Само по себе это утверждение является тавтологией, однако ключевая идея здесь заключается не в утверждении о смысловом пересечении нескольких правовых институтов, а в гипотезе о необходимости рассматривать понятие «изображение», как оно используется в ГК РФ, более широко. С помощью современных технологий, используя знания о человеке, его привычках, записи его голоса, данные о внешности человека, вполне возможно воссоздать виртуальный образ индивида. Поэтому вопрос о защите персональных данных как раз и должен разрешаться, в том числе, с помощью методов публичного права, т.е. с помощью запретов и дозволений. В таком случае мы приходим к выводу, что для действенной защиты персональных данных требуется комплексный подход – он необходим для защиты информации как базового «фундамента», из которого состоит изображение индивида. Здесь будет уместно также обозначить возможность такого подхода, при котором законодательство о персональных данных будет рассматриваться как совокупность императивных норм гражданского права.

Персональные данные как часть личности? Чуть ранее мы говорили о том, что персональные данные могут быть рассмотрены как часть личности человека. Конечно, индивид не в прямом смысле записывает свою ДНК на жесткий диск в удаленном сервере, хотя это и может оказаться вопросом развития технологий в ближайшем будущем. Медиафилософия, которая исследует философские вопросы отношения человека и мира в эпоху медиального поворота, предлагает интересную концепцию объяснения положения личности в медиасреде. Так, К.А. Очеретяный в своей диссертации «Тело как медиа: опыт реконструкции»⁵⁷⁹ приводит концепцию, согласно которой тело человека может быть уподоблено машине. Утверждение логично, поскольку, например, человек, как это случалось в период торжества классического типа научной рациональности, действительно, может быть представлен механистично. Например, он может быть представлен в виде расшифрованной цепочки ДНК для биологии, либо человека вовсе можно представить в виде смеси водорода, углерода, кислорода и других химических элементов для химии. В эпоху развития телекоммуникационных технологий человек проводит много времени за

⁵⁷⁹ Очеретяный Константин Алексеевич. Тело как медиа: опыт реконструкции: диссертация кандидата философских наук: 09.00.01 / Очеретяный Константин Алексеевич; - Санкт-Петербург, 2015 - 198 с.

своими устройствами, в результате устройство начинает более точно отвечать на запросы владельца, а действия по обезличиванию сведений о человеке уже не выполняют своей задачи обезличивания де-факто. Человек, который каждый день заходит в один и тот же магазин, посещает одни и те же сайты, смотрит одни и те же сериалы, играет в одни и те же игры, покупает одну и ту же продуктовую корзину, отправляет в чаты одни и те же фразы – все эти сведения, которые имеются у оператора персональных данных, позволят с высокой вероятностью определить и даже реконструировать личность пользователя, несмотря на обезличенность персональных данных де-юре. Именно по этой причине мы утверждаем, что передача персональных данных – это передача части личности индивида.

Виртуальные изображения на основе персональных данных. Дж. Уотсон, один из наиболее влиятельных психологов-бихевиористов XX века считал, что личность – это производное систем привычек⁵⁸⁰. По его мнению, психолог должен изучать не личность человека, а его поведение. Соответственно, каждая личность может быть представлена набором определенных знаний, которыми пользуется, привычек, эмоций, и поэтому она может быть выражена в виде программного кода (где, например, 0 – это грусть, а 1 – это радость). Ранее именно подобный набор данных мы и назвали виртуальным образом. Тактикоскопические датчики смартфона или «умной» двери не могут «читать» текстуру кожи саму по себе, лишь с помощью программного обеспечения данные о текстуре кожи переводятся в читаемый для компьютера, поэтому с помощью обработки уникальной текстуры кожи (аналоговой информации) компьютер получает уникальный двоичный код, который, таким образом, уникален для каждого человека. Исходя из этого, мы можем сделать вывод, что такой двоичный код будет персональными данными, поскольку будет соответствовать изображению лишь одного индивида. Значит, возможность подделки «личности» – наиболее легкая задача для больших компаний, которые агрегируют персональные данные в «иных исследовательских целях», как Google, Apple или Яндекс. Возможно, именно поэтому перечисленные компании так успешно развивают концепцию искусственного интеллекта (далее – «ИИ»), Алиса у Яндекс⁵⁸¹, Siri у Apple⁵⁸², Ассистент Google⁵⁸³, Кортана у Microsoft⁵⁸⁴. Вероятно и то, что компьютерная виртуальная копия человека не должна являться результатом интеллектуальной деятельности, поскольку в значительной мере отличается от воспроизведения портрета художником, имеет в основании машинные алгоритмы.

Н.А. Дмитрик, один из признанных юристов-исследователей проблематики информационно-коммуникационных технологий, в своей работе «О правовой природе согласия на обработку персональных данных» выразил мнение, что объектом исключительного права в наборе данных, соотносимом с понятием персональных данных, т.е. своего рода неотчуждаемым элементом, следует считать только данные об индивиде, интерес к обработке которых обуславливается тем, что данные относятся к этому индивиду⁵⁸⁵. Это может порождать любопытные последующие выводы в контексте различных футурологических концепций, связанных с наукой о данных. Например, в таком случае вопрос с «цифровым бессмертием», о котором мы будем рассуждать далее, разрешается достаточно просто, поскольку виртуальная копия будет принадлежать самой себе. Компания-создатель копии сможет претендовать на вознаграждение за проведение работ по

⁵⁸⁰ Watson, J. B. (1913). Psychology as the behaviorist views it. *Psychological Review*, 20(2), 158–177.

⁵⁸¹ Алиса. Как Яндекс учит искусственный интеллект разговаривать с людьми [Электронный ресурс]: URL: <https://habr.com/ru/company/yandex/blog/339638/>; Условия использования голосового помощника «Алиса» [Электронный ресурс]: URL: https://yandex.ru/legal/alice_termsfuse/ (дата обращения: 15.03.2021).

⁵⁸² Примечательно то, что политику конфиденциальности Siri нельзя найти в одном документе, это инкорпорация различных соглашений компании Apple. Standard Privacy Report for Apple Siri [Электронный ресурс]: URL: <https://privacy.commonsense.org/privacy-report/Apple-Siri>

⁵⁸³ Privacy Evaluation for Google Assistant [Электронный ресурс]: URL: <https://privacy.commonsense.org/evaluation/Google-Assistant> (дата обращения: 15.03.2021).

⁵⁸⁴ Кортана и конфиденциальность [Электронный ресурс]: URL: <https://support.microsoft.com/ru-ru/topic/кортана-и-конфиденциальность-47e5856e-3680-d930-22e1-71ec6cdde231> (дата обращения: 15.03.2021).

⁵⁸⁵ Дмитрик Н. А. «О правовой природе согласия на обработку персональных данных» // URL: <https://istina.msu.ru/download/140816005/11a4Nw:hdo3G-j9Xh66sTWYqxZNFpy75OM/> (дата обращения: 15.03.2021).

Дмитрик, Н. А. О правовой природе согласия на обработку персональных данных / Н. А. Дмитрик // Законодательство. – М., 2018. – С. 41-47.

копированию, но не право владения виртуальной копией индивида. Возвращаясь от «цифрового бессмертия» как такового к более прозаичным и актуальным аспектам, следует отметить, что компании такого масштаба имеют много информации о виртуальной копии человека, поэтому существует угроза возникновения «цифрового клона», если данные о виртуальной копии попадут в руки злоумышленников. Хотя и обработка персональных данных известным оператором персональных данных не лишена риска для человека. Цифровой клон будет похож на человека, с которого скопирован, а возможно и будет действовать в сети Интернет вместо субъекта персональных данных, как один из «ботов-собеседников»⁵⁸⁶. В свете этого представляется, что уязвимость персональных данных одной из приоритетных угроз XXI века, которая в будущем станет источником формирования одних из самых распространенных видов дел для юристов.

Массовая культура уже поднимает тему персональных данных и цифровой безопасности, цифровой этики в таких известных сериалах как «Черное зеркало»⁵⁸⁷. В контексте этой отсылки уже сейчас можно отследить интерес операторов к персональным данным в том направлении, которое обозначено в настоящей работе. Например, увидеть ваш примерный портрет можно у Google⁵⁸⁸. Возможно, Вы удивитесь тому, как много о вас знает Google и его рекламодатели. В теории, Google использует только обезличенные персональные данные, но Вы видите настоящую информацию о себе и, более того, эта информация используется для того, чтобы направить рекламный контент именно Вам, следовательно, степень обезличенности персональных данных не так высока, как это необходимо, чтобы убедительно обосновать, что такие данные не являются персональными.

Уже в момент подготовки настоящей работы был зарегистрирован патент компании Microsoft⁵⁸⁹, по информации из которого можно сделать вывод, что наши опасения о создании цифровых копий личности небезосновательны. Операторы персональных данных потенциально получают в свои руки возможности по манипулированию субъектами персональных данных⁵⁹⁰. Очевидно, на данный момент патент еще может не существовать в полноценном функционирующем прототипе, что Microsoft еще только закладывает фундамент для будущей программы. Тем не менее, тенденция на сохранение цифрового облика субъектов персональных данных через персональные данные уже ясна, поскольку имеет коммерческий потенциал. Вероятно, многие люди захотят пообщаться или получить совет в трудной жизненной ситуации от своего погибшего родителя или супруга. Поиск ответа на вопрос о том, в чьих интересах будет отвечать человекоподобный чат-бот, который имеет психологическое влияние на заказчика, потенциально станет основой для множества работ по психологии.

Приведем пример, когда право на имя и изображение бесспорно подлежит защите. Так, В. В. Архипов в своей статье «Виртуальное право: основные проблемы нового направления юридических исследований»⁵⁹¹ предполагает, что виртуальные миры могут использоваться для тестирования правил реального мира, поскольку виртуальные миры могут моделировать элементы социальной, экономической и правовой реальности. Использование нематериальных благ в таком контексте нуждается в защите.

Разумеется, изучая проблему виртуальных копий, будет уместно говорить и о видеоиграх, которые и предполагают создание виртуальных копий индивидов. Профессиональные игроки, главы известных внутриигровых гильдий в вымышленных мирах, обладают правом на имя, поэтому в спортивных правилах запрещается использовать сходные имена именам других игроков, официальных лиц соревнований⁵⁹². Образ, псевдоним, отличают профессиональных игроков от игроков-любителей. Статус позволяет профессиональным игрокам иметь право на

⁵⁸⁶ Wikimedia Foundation толковый словарь, 2010 г.

⁵⁸⁷ Черное зеркало (сериал 2011 – 2019) [Электронный ресурс]: URL: <https://www.kinopoisk.ru/series/655800/> (дата обращения: 15.03.2021).

⁵⁸⁸ Персонализация рекламы [Электронный ресурс]: URL: <https://adssettings.google.com/u/0/authenticated> (дата обращения: 15.03.2021).

⁵⁸⁹ United States Patent and Trademark Office [Электронный ресурс]: URL: uspto.gov (дата обращения: 15.03.2021).

⁵⁹⁰ Michelle, D. Identity Theft: Feature on Criminal Law / D. Michelle / LawNow. – 2005. – Vol. 29, Issue 6. p. 19-23. URL : <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/lanow29&i=465> (дата обращения: 15.03.2021).

⁵⁹¹ Архипов, В. В. Виртуальное право: основные проблемы нового направления юридических исследований / В. В. Архипов // Известия высших учебных заведений. Правоведение. – 2013. – № 2(307). – С. 93-114.

⁵⁹² Правила компьютерного спорта пп. 3 п.5.9.3

защиту своего уникального имени пользователя, своего внешнего вида персонажа, поскольку имя и образ могут иметь коммерческую ценность, являются нематериальным благом.

Стоит учитывать, что потенциально, объект общественных отношений «изображение», который является нематериальным благом, включает в себя большое количество информации, которая может быть признана изображением, а потому может подлежать защите в большем числе случаев в гражданско-правовом порядке. Обозначим несколько дискуссионных (и, подчеркнем, совершенно не бесспорных, но при этом важных) примеров в развитие работы. Так, музыкальное произведение, как предмет авторского права (личное неимущественное право), может быть представлено спектрограммой, т.е. в виде наглядного графика. Следовательно, спектрограмма произведения, как производное от уникального музыкального произведения отображение, является по сути этим же самым музыкальным произведением, но в ином виде⁵⁹³, как это видно на примере музыкального произведения «Cyberdemon» из компьютерной игры, либо же «звучание» COVID-19⁵⁹⁴. Должна ли спектрограмма музыкального произведения защищаться наравне с самой музыкой? Конечно, ведь мы же не будем разделять единое целое или утверждать, что «Звездная ночь» Ван Гога в черно-белом фильтре не является «Звездной ночью». Тот факт, что она может рассматриваться как производное произведение, на наш взгляд, не лишает приводимые нами аналогии методологической ценности; кроме того, сама концепция производного произведения основана на неизбежной юридической зависимости производного произведения от основного.

Информация может быть записана различным способом, посредством двоичного кода, музыкального произведения или выражена в изображении. Запись определенного предмета реального мира в виртуальном мире, является отражением этого предмета, и сама собой должна рассматриваться как предмет гражданских прав и обязанностей, принадлежащих владельцу предмета. В то же время сохраняется тот аспект, что виртуальная копия является и результатом трудов автора «нового» предмета, из чего следует необходимость баланса интересов и юридической защиты способа создания копии в иной форме. Такое рассуждение пересекается по смыслу с позицией Л. Мановича, теоретика цифровой культуры и «новых медиа», относительно принципов новых медиа. Принцип цифровой репрезентации гласит, что «все объекты новых медиа, вне зависимости от того, были ли они созданы при помощи компьютера изначально или оказались оцифрованы из аналоговых источников, состоят из цифрового кода, то есть являются цифровыми репрезентациями объектов, результатом представления информации в числовой форме»⁵⁹⁵. Новый (но здесь «новый» - уже в привычном смысле) медиа объект является лишь копией оригинального медиа объекта, притом создается с использованием алгоритма. Можно усомниться в том, что сама копия создана творческим трудом, но создатель алгоритма творчески работал над созданием самого алгоритма, поэтому справедливо полагать, что автор алгоритма для переработки может в целом иметь право на результат своей деятельности, хотя данный вопрос относится уже к другой проблеме.

Практика в области защиты виртуальной личности. В области защиты виртуальной копии личности, т. е. изображения человека, в других странах в настоящий момент уже имеется некоторая юридическая практика. Более того, в ней даже уделяется внимание уголовным деяниям, осуществляемым посредством кражи личности, т. н. «identity theft». В США законодательство о защите «celebrity rights» разнится от штата к штату, но отметим, что в штате Калифорния есть закон «О правах знаменитостей», а некоторые нормы инкорпорированы в гражданский процессуальный кодекс. Подобное регулирование позволяет артистам использовать способы гражданского права для устранения неправомерного использования изображения, понимаемого именно в широком смысле как «образ», при этом для упрощения защиты права конкретизируются способы посягательства – использование лица, имени, голоса, фотографии, либо иного изображения, которое имеет коммерческую ценность. В России, конечно, тоже есть возможность защитить своё «изображение» в широком смысле слова, но из-за ограничения в интерпретации норм права ст. 152.1 ГК РФ, правовая эффективность защиты изображения низка.

⁵⁹³ DOOM OST Easter Egg - "Cyberdemon" Spectrograph Pentagon and "666" [Электронный ресурс]: URL: <https://www.youtube.com/watch?v=yzFit0nldf4> (дата обращения: 15.03.2021).

⁵⁹⁴ Artist comes up with 'sound of coronavirus' that's based on the DNA of the virus [Электронный ресурс]: URL: <https://indianexpress.com/article/trending/trending-globally/sound-of-coronavirus-shardcore-6298754/> (дата обращения: 15.03.2021).

⁵⁹⁵ Язык новых медиа [Текст] / Лев Манович ; [перевод Дианы Кульчицкой]. – М.: Ад Маргинем Пресс, 2018. – С. 61

Наиболее известным делом является, пожалуй, «Lindsay Lohan v. Take-Two Interactive Software Inc.»⁵⁹⁶, в котором актриса пыталась защитить право на свое изображение в компьютерной игре, с чем и пришлось разбираться судьям. Судьи разобрали два наиболее важных вопроса для разрешения дела – это вопросы об «аватаре» и «изображении». Хотя слово «аватар» использовалось применительно к цифровым образам в виртуальной среде к тому моменту уже несколько десятилетий, после известного фильма Джеймса Кэмерона «Аватар», понимание того, как люди взаимодействуют, друг с другом в виртуальном мире расширилось, поскольку взаимодействие в сети Интернет построено на общении опосредованном, собственно, аватаром пользователя – его цифровой репрезентацией. Поэтому судьи рассматривали вопрос об изображении аватара, что абсолютно правильно – «принимая во внимание, что информационные технологии и цифровые коммуникации расширяются, мы считаем, что графическое изображение в видеоиграх или подобных средствах массовой информации может составлять «портрет» в значении Закона о гражданских правах»⁵⁹⁷. В иске актрисе было отказано, потому персонаж был похож на неё, но не полностью копировал образ. К тому же, ответчиком были приведены убедительные доводы относительно аватара – в суд явилась модель, которая послужила прообразом персонажа.

Более распространена практика распоряжением виртуальными образами у знаменитых спортсменов, поскольку в спортивных симуляторах, как «FIFA», «NBA» скопирована не только внешность спортсмена, но и указывается на имя и фамилию игрока, его спортивный клуб. С этим связано известное дело на 27 миллионов долларов «Geoffrey Pecover and others, vs. Electronic Arts Inc.»⁵⁹⁸, в рамках которого группа разработчиков пожаловалась на монополию компании-ответчика в области спортивных симуляторов. Поскольку компания регулярно выплачивала гонорар спортсменам, которые согласились передать свою виртуальную копию для использования в игре, то у других компаний нет возможности использовать образы знаменитых футболистов, что в свою очередь, не позволяет привлечь широкую аудиторию к своему продукту.

Как мы видим, в странах общего права уже сформировался прецедент по поводу виртуального образа и права на изображение соответственно. Напомним, что виртуальную копию может иметь любой предмет авторского права, а потому и стать предметом правоотношений в смысле настоящей работы. При этом отметим, что защите интеллектуальных прав посвящено больше материала, чем праву на защиту изображения⁵⁹⁹. Компания Microsoft является правообладателем серии игр «Forza», «Gran Turismo», компания Electronic Arts является правообладателем серии игр «Need for Speed». Перечисленные серии игр являются гоночными спортивными симуляторами, в них необходимо управлять машинами. Соответственно, чтобы повысить интерес пользователей, компании приобретают право на виртуальную копию автомобилей различных концернов – Toyota, Mercedes, Hyundai, Kia, Jaguar и т.д. Разумеется, что детали соглашения между компаниями не разглашаются, но ясно, что автоконцерны передают исключительное право на воспроизведение виртуальной копии автомобилей в спортивном симуляторе, т.е. никто другой не имеет права использовать автомобили концерна, который подписал договор о передаче права на воспроизведение виртуальной копии. С этим связан недавний конфликт, возникший у компании Toyota с Electronic Arts, когда игроки были удивлены отсутствию автомобилей автоконцерна в видеоигре, что производитель объяснил тем, что «не поддерживает нелегальные уличные гонки» (что является частью сюжета серии «Need for Speed») ⁶⁰⁰. Ранее мы говорили о судебной тяжбе разработчиков «Grand Theft Auto V» с Линдси Лохан по поводу копирования образа актрисы в виде игрового аватара, но это не единственная интересная деталь виртуального мира «GTA». Компания Take-Two, чтобы избежать судебных тяжб с автоконцернами придумала свои марки машин, которые и указала в игре⁶⁰¹. Конечно, некоторые автомобили похожи на те, которые

⁵⁹⁶Lindsay Lohan v. Take-Two Interactive Software Inc. [Электронный ресурс]: URL: <https://www.nycourts.gov/ctapps/Decisions/2018/Mar18/24opn18-Decision.pdf> (дата обращения: 15.03.2021).

⁵⁹⁷No. 24 Lindsay Lohan, Appellant, v. Take-Two Interactive Software, Inc., page 9

⁵⁹⁸Pecover v. Electronics Arts Inc., 633 F. Supp. 2d 976 (N.D. Cal. 2009) [Электронный ресурс]: URL: <https://www.courtlistener.com/opinion/1677815/pecover-v-electronics-arts-inc/> (дата обращения: 15.03.2021).

⁵⁹⁹Сравнительно примерному количеству дел, рассмотренных судами по ст. 152.1 ГК РФ и 1270 ГК РФ.

⁶⁰⁰Toyota Says Its Cars Aren't In Need For Speed Heat Because Game Promotes «Illegal Street Racing» [Электронный ресурс]: URL: <https://www.carscoops.com/2019/08/toyota-says-its-cars-arent-in-need-for-speed-heat-because-game-promotes-illegal-street-racing/> (дата обращения: 15.03.2021).

⁶⁰¹Check Out 50 GTA V Cars And Their Real Life Counterparts [Электронный ресурс]: URL: <https://www.carscoops.com/2014/02/check-out-50-gta-v-cars-and-their-real/> (дата обращения: 15.03.2021).

существуют и в реальном мире, но представленные в игре автомобили были изменены, имели другое название, а значит и не являются копиями действительно существующих автомобилей. Наиболее простой способ избежать воспроизведения виртуальной копии предмета – создать новый предмет, на распоряжение которым автор будет иметь право. Именно так появились фантазийные игры-спортивные симуляторы, как «Blood Bowl», «Rocket League». Игра «Blood Bowl» представляет собой такой же спортивный симулятор американского футбола как «NFL», но с полностью вымышленными персонажами. Так, разработчик смог уклониться от уплаты роялти на использование образа знаменитым спортсменам, но при этом он не получил и ту аудиторию, которая заинтересована использовать виртуальную копию своего избранного футболиста, как Дион Сандерс или Кэм Ньютон. В «Rocket League» вместо использования настоящих моделей машин и их виртуальных копий, разработчик создал свои автомобили и соответственно, получил право на воспроизведение этих автомобилей в реальном мире, как на результаты интеллектуальной деятельности. Поскольку стоимость получения лицензии от знаменитых автоконцернов не позволяет всем использовать виртуальные копии автомобилей, небольшим компаниям с ограниченным бюджетом приходится идти на различные уловки, которые позволяют сохранить игру и заработать деньги. Подчеркнем, что для цели данной работы важна не конкретная правовая квалификация объекта как определенного результата интеллектуальной деятельности, а то общее обстоятельство, что речь идет о виртуальной копии в отношении которой в целом есть определенное право.

Заключение. В настоящее время мы наблюдаем, что виртуальная копия фактически выступает объектом экономического оборота, что дает основания признать виртуальные копии оборотоспособными объектами гражданских прав. При этом, такой подход не лишен проблем, поскольку потребуются решить типичные проблемы, которые связаны с объектами права – правоспособность владеющего субъекта, определение владения виртуальной копией, момент перехода права, способ регистрации сделок и т.д. Действительно, существуют заинтересованные субъекты гражданского права, которые готовы платить за виртуальную копию предмета или человека. Существует возможность избежать копирования предмета реального мира, для лиц, которые не обладают правом на воспроизведение виртуальной копии предмета с помощью использования предусмотренных законом способов. Для этого субъекты права изменяют концепцию своего виртуального мира на фантазийный или создают похожие, но не копирующие прямо предметы реального мира, чтобы идентичность у предметов реального и виртуального мира отсутствовала. Объектом же гражданского права выступает интеллектуальное право, а также право на изображение. В настоящий момент ГК РФ действительно не защищает право на изображение в той мере, в которой соответствует нуждам гражданского оборота, поскольку не позволяет компенсировать в полной мере вред, нанесенный персональным данным субъектов права, поскольку персональные данные могут включать в себя и изображение субъекта права, причем рассмотренное в широком смысле слова и понимаемое, скорее, как «образ». Для того чтобы защита личных неимущественных гражданских прав человека соответствовала нуждам гражданского оборота, предлагаем, во-первых, расширить концепцию изображения как объекта личных неимущественных прав до концепции образа, а во-вторых, учитывать возможность защиты образа физического лица на основе тех средств, которые предусматривает законодательство о персональных данных.

Библиографический список:

1. Нохрина М. Л., Гражданско-правовое регулирование личных неимущественных отношений, не связанных с имущественными, Спб.: Изд-во. Асланова "Юридический центр пресс", 2004. – 370 с.;
2. Архипов, В. В. Виртуальное право: основные проблемы нового направления юридических исследований / В. В. Архипов // Известия высших учебных заведений. Правоведение. – 2013. – № 2(307). – С. 93-114.
3. Архипов В. В., Наумов В.Б. Понятие персональных данных: интерпретация в условиях развития информационно-телекоммуникационных технологий // Российский юридический журнал. Екатеринбург, 2016. № 2. С. 186-196.
4. Дмитрик, Н. А. О правовой природе согласия на обработку персональных данных / Н. А. Дмитрик // Законодательство. – М., 2018. – С. 41-47.

5. Разъяснения Федеральной службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций от 30 августа 2013 г. «Разъяснения по вопросам отнесения фото-, видеоизображений, дактилоскопических данных и иной информации к биометрическим персональным данным и особенностей их обработки», СПС «Гарант», URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/70342932/> [Электронный ресурс];

6. Очеретяный Константин Алексеевич. Тело как медиа: опыт реконструкции: диссертация ... кандидата философских наук: 09.00.01 / Очеретяный Константин Алексеевич; - Санкт-Петербург, 2015 - 198 с.;

7. Язык новых медиа [Текст] / Лев Манович ; [перевод Дианы Кульчицкой]. – М.: Ад Маргинем Пресс, 2018. - 399 с.

8. Michelle, D. Identity Theft: Feature on Criminal Law / D. Michelle / LawNow – 2005. – Vol. 29, Issue 6. pp. 19-23. Режим доступа: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/lanow29&i=465>

9. Sullivan, C. International Review of Law, Computers & Technology Routledge – 2009. - Vol. 23, Nos. 1-2, pp. 77-87. Режим доступа: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/irlct23&i=77>

А. С. Соколова

*Самарский университет имени академика С. П. Королева,
магистратура, образовательная программа
«Правовое обеспечение государственной и муниципальной службы», I курс*

*Научный руководитель: В. Э. Волков
к.ю.н., доцент кафедры государственного и административного права
Самарского университета имени академика С. П. Королева*

ИНСТИТУТ ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ И ЕГО ТРАНСФОРМАЦИЯ В СВЯЗИ С ИСПОЛЬЗОВАНИЕМ ТЕХНОЛОГИЙ BIG DATA

Предметом исследования статьи является исследование феномена Big Data и правовые вопросы регулирования персональных данных. В работе были рассмотрены принципы обработки персональных данных и их совместимость с использованием технологий Больших данных. Также было исследовано соотношение права на неприкосновенность частной жизни и права на защиту персональных данных, исходя из существующей судебной практики и международного законодательства.

Ключевые слова: Big Data, персональные данные, цифровизация, неприкосновенность частной жизни, Интернет вещей

A. S. Sokolova

THE INSTITUTION OF PERSONAL DATA AND ITS TRANSFORMATION IN CONNECTION WITH THE USE OF BIG DATA TECHNOLOGIES

The article explores the phenomenon of Big Data and the legal issues of regulation of personal data. The paper examined the principles of personal data processing and its compatibility with the use of Big Data technologies

Key words: Big Data, personal data, digitalization, privacy, Internet of Things.

Существуя в эпоху повсеместного распространения современных технологий, необходимо понимать, что устоявшиеся правовые институты будут требовать качественно нового подхода к регулированию. Все процессы, происходящие в сети Интернет формируют огромные объемы данных. Большие данные представляют собой совокупность объемов информации, а также методов и инструментов для их обработки. Big Data на сегодняшний день является одним из самых коммерчески привлекательных продуктов на рынке. Большие данные в некоторых источниках определяются также через технологии, которые способны обрабатывать большие объемы данных и структурировать поступающую информацию. В 2011 году компанией Meta Group были сформулированы признаки Big Data, среди которых: volume – большой объем, variety

– разнообразие, velocity – скорость обновления и обработки, veracity – точность⁶⁰². Однако, стоит оговориться, что большие данные возникают не только при генерации их внутри сети Интернет, но и при обработке информации в офлайн-среде, например, при оцифровке архивных данных.

Основным регулятором отношений в сфере защиты персональных данных выступает Федеральный закон «О персональных данных»⁶⁰³. Согласно статье 3 данного Закона персональными данными обозначается любая информация, которая прямо или косвенно относится к физическому лицу – субъекту персональных данных. Данная формулировка является новеллой законодательства о персональных данных, поскольку была имплементирована из Конвенции 1981 года защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных⁶⁰⁴. Именно с ратификацией данной Конвенции связывается и имплементация пяти основополагающих принципов обработки персональных данных:

1. Законность и обоснованность оснований обработки персональных данных. Данный принцип предполагает наличие согласия субъекта персональных данных как легитимирующего основания для последующей обработки персональной информации.

2. Ограниченность обработки информации заранее установленными целями.

3. Недопустимость обработки обобщения нескольких баз данных, содержащих персональные данные.

4. Точность и актуальность обрабатываемой информации.

5. Возможность идентификации субъекта персональных данных только в течение срока обработки персональных данных.

Однако, в существующих реалиях указанные принципы теряют свою актуальность. Технологии Больших Данных имеют своей целью повторную обработку персональных данных, в том числе и для анализа поведенческих привычек. Одним из примеров является использование специальных mash-up-сервисов, которые объединяют несколько источников данных.

Одним из актуальных вопросов остается правовая регламентация обезличенных данных о конкретном лице. На практике данный феномен именуется анонимизацией субъекта персональных данных. Данное требование устанавливается Федеральным законом «О персональных данных». Однако, неясно, можно ли считать деперсонализированные данные персональными и будут ли они подпадать под законодательную защиту. Представляется возможным использование подхода, при котором анонимизированные данные будут подпадать под категорию персональных при их обратимости.

Особое внимание в научной литературе обращается на биометрические персональные данные, которые используются оператором для идентификации личности. К биометрическим персональным данным относятся физиологические и биологические характеристики человека, включающие в себя дактилоскопические данные, анализы ДНК, рост, вес, изображение человека, позволяющее установить личность субъекта⁶⁰⁵. Данный перечень является открытым. Рассмотренный вид данных приобретает особую актуальность в последнее время, когда у банков появилась возможность осуществлять сбор и обработку биометрических данных для оказания некоторых видов услуг. Центральный Банк обращает внимание на необходимость разъяснения субъектам персональных данных информации о том, какая именно система используется для обработки таких данных.

На сегодняшний день технологии Big Data применяются практически во всех сферах: от законодательного процесса до банковского сектора и медицины. Появляются новые субъекты предпринимательской деятельности, именуемые брокерами данных. Data brokers – компании, занимающиеся сбором и продажей персональных данных. Такая информация становится доступной посредством ее размещения самими пользователями в социальных сетях и

⁶⁰² Laney, D., 2001. 3-D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety, 2001. META Group.

⁶⁰³ О персональных данных [Электронный ресурс]: федер. закон от 27.07.2006 г. №152-ФЗ// Собр. законодательства Рос. Федерации. 2006. № 31 (ч.1). Ст. 3451. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶⁰⁴ Конвенция о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных (Заключена в г. Страсбурге 28.01.1981). // [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶⁰⁵ Блинов, Н., 2014. Банки и большие данные — знать о клиенте больше, чем он знает о себе сам. Future Banking. 21.05.2014. [Электронный ресурс] // URL: <http://futurebanking.ru/post/2511> (дата обращения: 01.07.2021).

общедоступных сервисах. Одним из ярких примеров использования Big Data в банковском секторе является прецедент, созданный CitiBank. Главный офис, получая информацию о транзакциях клиентов и времени их совершения, рассылал кастомизированные предложения компаний-партнеров, ежедневно обрабатывая персональные данные субъектов.

Ключевые вопросы защиты персональных данных коррелируют с понятием неприкосновенности частной жизни. Однако, большинство ученых сходятся во мнении, что данные понятия не соотносятся как часть и целое, являясь самостоятельными правовыми конструктами. Практика Европейского суда по правам человека богата хрестоматийными примерами. Двумя ключевыми решениями в данной области являются: постановление по делу «Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom» и «Centrum For Rattvis v. Sweeden». Дело «Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom» касалось массового перехвата сообщений со стороны британских служб и обмена разведывательными данными с иностранными правительствами⁶⁰⁶. При детальном анализе режима передачи данных суд пришел к выводу об отсутствии существенных недостатков в данной коммуникативной цепочке. Таким образом, суд легализовал программы перехвата данных, отмечая, что они не нарушают режим, установленный Конвенцией. Большие данные подрывают право неприкосновенности частной жизни, так как при их использовании игнорируется собственный выбор субъектов персональных данных относительно их последующего использования. Профессор института права Университета Виктории Н. Морэм обращает внимание и на этическую сторону «слепой» обработки персональных данных операторами. Так, он убежден в том, что подобные действия подрывают и понятие человеческого достоинства, позиционируя отдельного гражданина как объекта для анализа с целью прогнозирования его действий в будущем⁶⁰⁷. Применяясь в основном в сфере электронной коммерции технологии Больших Данных способны нанести урон отдельным индивидам. Так, Big Data позволяет манипулировать пользовательским поведением и собранными в отношении субъектов персональными данными. Известными примерами, иллюстрирующими данную ситуацию являются обвинения в использовании аналитических данных для влияния на исход «Брекзита» и политических выборов в 2016 году в США. Такие прецеденты получили название «ассиметричной информации». В российской практике данный риск связывается с обработкой неполных или неточных данных, который может наносить вред правам граждан. Нередко обработка устаревших данных приводит к отказу в трудоустройстве или в выдаче кредита.

Новеллой законодательного регулирования является Федеральный закон «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации»⁶⁰⁸ от 18 марта 2019 года, где законодательно закрепляется возможность обязать сторону по договору не раскрывать информацию, являющуюся предметом договора. Однако, здесь возникает правовая проблема в части отсутствия персональных данных в перечне объектов гражданских прав, как следствие и невозможности наделения их коммерческими свойствами.

Стоит отметить, что одним из наиболее прогрессивных законодательных актов является Акт Калифорнии о защите неприкосновенности частной жизни потребителей – California Consumer Privacy Act. Одним из явных преимуществ указанного акта является наличие закрытого перечня данных, являющихся персональной информацией. Закон относит к такой категории данных помимо привычной информации об имени, IP-адреса, личного идентификатора, страхового номера, расе, национальности, генетической информации, еще и коммерческую информацию, включая записи о частной собственности, информации о продуктах и услугах, а также информацию об активности в Интернете. Данный подход может быть имплементирован и в

⁶⁰⁶ Big Brother Watch и другие против Великобритании (Big Brother Watch and Others v. The United Kingdom), жалобы №58170/13, 62322/14 и 24960/15. [Электронный ресурс]: Обращения в ЕСПЧ. Обзор решений ЕСПЧ за сентябрь 2018 года. URL: <https://european-court-help.ru/obzor-reshenii-espch-za-sentjabr-2018-goda/> (дата обращения: 01.07.2021).

⁶⁰⁷ Moreham, N.A., 2008. 'Why is Privacy Important? Privacy, Dignity and Development of the New Zealand. Breach of Privacy Tort' in Jeremy Finn and Stephen Todd (eds), Law, Liberty, Legislation. Essays in Honour of John Burrows QC. [Электронный ресурс]: Protection of privacy in Malaysia: a law for the future by Zuryati Mohamed Yusoff. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/41338677.pdf> (дата обращения: 01.07.2021).

⁶⁰⁸ О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. закон от 18.03.2019 г. №34-ФЗ// Собр. законодательства Рос. Федерации. 2019. № 12. Ст. 1224. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

российское законодательство. Это позволит повысить определенность правового регулирования и облегчит нагрузку на судебную систему.

Таким образом, на сегодняшний день необходимо переосмысление базовых понятий, которые составляют понятийно-категориальный аппарат ФЗ «О персональных данных», среди таких категорий: «персональные данные», «оператор персональных данных». Существующее законодательство не различает лиц, агрегирующих персональные данные и лиц, которые осуществляют их первичный сбор, что является очевидным правовым пробелом, так как действия подобных субъектов влекут разные юридические последствия. Исходя из существующих реалий требуется пересмотр Федерального закона «О персональных данных» и его адаптация к современным условиям обработки социальной информации.

Библиографический список:

1. Конвенция о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных [Электронный ресурс]: международный договор от 28.01.1981 СЕД №108 // Российская Газета. 2005. №3957. Доступ из справочно-правовой системы «КонсультантПлюс».
2. Разъяснения Роскомнадзора «Разъяснения по вопросам отнесения фото-, видеоизображений, дактилоскопических данных и иной информации к биометрическим персональным данным и особенностей их обработки [Электронный ресурс] /. – Электрон. текстовые дан. – 2013. – Режим доступа: свободный. — Электрон. версия.
3. Банки и большие данные – знать о клиенте больше, чем он знает о себе сам [Электронный ресурс] / Блинов Н.. – Электрон. журн. – 21.05.2014. – Режим доступа: <http://futurebanking.ru/post/2511>, свободный.
4. Laney D. 3-D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety // Application Delivery Strategies. META Group. February 6, 2001
5. N.A Moreham, 'Why is Privacy Important? Privacy, Dignity and Development of the New Zealand. Breach of Privacy Tort' in Jeremy Finn and Stephen Todd (eds), Law, Liberty, Legislation: Essays in Honour of John Burrows QC (LexisNexis, 2008) 231, 236.
6. О персональных данных [Электронный ресурс]: федеральный закон от 27 июля 2006 года №152-ФЗ // Российская Газета. 2006. 29 июля №4131. Доступ из справочно-правовой системы «КонсультантПлюс».

Е. В. Сотникова

*Университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА)
«История государства и права России», II курс*

*Научный руководитель: Л. В. Чхутияшвили
д.э.н., профессор кафедры управления и экономики
Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА)*

СТАТИСТИКА КИБЕРПРЕСТУПЛЕНИЙ В РОССИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ: ИСТОРИЯ И СОВРЕМЕННОСТЬ

Предметом исследования являются статистические данные разных стран мира, отражающие динамику киберпреступности. Развитие информационных технологий дает простор для преступной фантазии мошенников, именно поэтому преступления в сфере компьютерной информации достигли такого высокого уровня. История развития интернет-преступности дает возможность посмотреть, как изменилась политика государств в данном вопросе, какие методы используют для борьбы с преступлением такого рода. В статье описывается ситуация киберпреступности в России и борьбы с ней.

Ключевые слова: компьютерная преступность, кибербезопасность, Интернет, латентность, информационная безопасность, кибератака, хакеры, государственная защита.

Е. В. Сотникова

CYBERCRIME STATISTICS IN RUSSIA AND ABROAD: HISTORY AND MODERNITY

The subject of the study is statistical data from different countries of the world, reflecting the dynamics of cybercrime. The development of information technology gives scope for the criminal imagination of fraudsters, which is why crimes in the field of computer information have reached such a high level. The history of the development of Internet crime provides an opportunity to see how the policy of states has changed in this matter, what methods are used to combat this kind of crime. The article describes the situation of cybercrime in Russia and the fight against it.

Key words: computer crime, cybersecurity, Internet, latency, information security, cyberattack, hackers, state protection.

XXI век – век информационных технологий. Происходит сближение стран, границы между государствами стираются. Развивается сеть Интернета, которая стала неотъемлемой частью жизни большинства населения. Образовалось, так называемое киберпространство, в котором люди общаются, работают, учатся, совершают покупки.

«Тот, кто владеет информацией – владеет миром» - в своё время сказал Натан Майер Ротшильд. В 21 веке доступ к информации имеют все, но не каждый может правильно её применить, найти. Эти знания используют не только в социально значимых целях, но также и для совершения общественно опасных деяний. Поэтому правоохранительные органы должны взять под контроль интернет-пространство.

Создателями «всемирной паутины» являются США. Там же и появились первые законодательные акты, предусматривающие уголовную ответственность за преступления в данной сфере. В 1969 году было совершено киберпреступление А. Конфессором из США путем незаконного получения доступа к компьютерной информации. Годом позже консультант по компьютерной безопасности банка Security Pacific National Bank С. Рифкином расшифровал код управления системой банка в Лос-Анджелесе и перевел на свой счет 10 млн долларов США.

В нашей стране первое преступление в сфере высоких технологий совершили в 1983 году: на АвтоВАЗе⁶⁰⁹ взломали программное оборудование. В результате конвейер автоконцерна встал на 3 дня. Возник прецедент: совершено преступление, за которое не предусмотрено наказание.

Благодаря интернету в современном мире можно безнаказанно совершать «традиционные» преступления, а также новые совершенно незнакомые виды деяний. Высокая латентность, а также трансграничный характер (преступник может находиться в другом государстве, под другой юрисдикцией) затрудняет поиск виновных.

Для того, чтобы лучше бороться с данным видом преступления необходимо проводить полный анализ ситуации. Применение статистических методов повышает оперативность реагирования на происходящие конъюнктурные изменения, позволяет принимать своевременные решения. Конечно же, точных ответов данные методы не дают, они лишь выявляют вероятную природу всех изменений, их закономерность и факторы, на них влияющие. Однако при помощи них можно получить обоснованные выводы, которые помогут нам в дальнейшем объяснить различные процессы и явления. На современном этапе никто не сможет уполномочить значение статистики и недооценить её роль в жизни человечества.

Количество Интернет-пользователей в России за последние 10 лет увеличилось в 5 раз, это охватило около половины населения. А в скором времени во всемирной сети будет 80 млн пользователей⁶¹⁰.

Отметим, что ведется статистический учёт данного вида преступления во всех странах мира. В разных странах национальная статистика имеет различия, которые связаны с особенностями выявления такого рода преступлений и уголовного законодательства, а также от экономического развития данного государства. Именно поэтому она не может адекватно отражать проблему в мировом масштабе. По этим же причинам национальная статистика в России не может являться достаточно прочной основой для сравнительных исследований.

Конечно, статистика той или иной страны отражает данные по борьбе с преступностью лишь тех преступлений, которые были зарегистрированы. Но она необходима для разработки политики

⁶⁰⁹ Сычев Ю. Н. Основы информационной безопасности Учебно-практическое пособие. – М.: Изд. центр ЕАОИ, 2007. – 300 с.

⁶¹⁰ Minaev V.A., Sablin V.N. The main problems of the fight against computer crimes in Russia // Economy and Production. 1999. № 4 (44). – С. 25–40.

борьбы с киберпреступлениями на национальном уровне, повышению эффективности работы полиции, развития правопорядка в стране в целом. Ведь по данным ООН, две трети стран считают работу их полиции недостаточно развитой, чтобы бороться с киберпреступностью⁶¹¹.

Если анализировать данный вид преступлений по разным странам, то, например, в Японии развитие компьютерных технологий началось в середине 1970-х. В связи с быстрым развитием науки и техники, стали появляться первые преступления. Нужно понимать, что борьба с ними на первоначальном этапе была недейственной. Подтверждением того является динамика киберпреступлений, зафиксированных в период с 1970 – 1980-х г. Так в 1977 было зарегистрировано 61 преступление; к 1981 их количество возросло до 288; к концу 1994 – 492 преступления, 447 из которых были связаны с уничтожением или изменением программной информации. Такие показатели связаны со многими факторами⁶¹². Во-первых, новизна данного вида преступлений, во-вторых, отсутствие нормативной базы, а также опыта борьбы у сотрудников правоохранительных органов с такой преступностью.

Несмотря на быстроту развития киберпреступлений, в 2001 г. Япония подписала и ратифицировала международную конвенцию Совета Европы по киберпреступлениям (Будапештская конвенция). С того момента в стране проводится эффективная разработка законодательства по борьбе с данным видом преступности. После крупномасштабного взлома в 2013 г., госорганы Японии приняли решение о расширении безопасности в сети. Национальный Институт Информационных Технологий (NICT) взламывал пользователей в социальных сетях, у которых пароль безопасности - «easy». Пользователям после взлома приходило уведомление о захвате их личных данных, но, конечно же, с дополнением, что данные не будут раскрыты. Тем самым, по мнению учёных, это поможет гражданам Японии задуматься о своей безопасности и тщательнее подходить к вопросу их засекречивания.

Если анализировать индексные показатели, под которыми понимаются относительные величины, характеризующие соотношение величин социально-экономических явлений, то можно прийти к выводу: в период с января по июнь 2018 года Главное полицейское управление⁶¹³ Японии раскрыло около 3800 правонарушений, совершенных при помощи компьютера. Это почти на 77% больше чем за аналогичный период прошлого года. Данные показатели объясняются с эффективной работой правоохранительных органов, созданием прочной законодательной базы, оперативной работой служб безопасности и аналитики.

Мировая практика показывает, что в развитых странах наиболее опасен данный вид преступлений. Так в США, независимо от того, что там очень хорошо развито уголовное законодательство, предусматривающее наказание различного рода за киберпреступления, довольно часто происходят взломы систем.

Так в 2020 году федеральное бюро расследований, Агентство по кибербезопасности и безопасности инфраструктуры и Управление директора национальной разведки, опубликовали отчёт, в котором сообщили о «продолжающейся последние несколько дней» масштабной кибератаке на правительственные структуры США. Отметим, что при этом наибольшее число компьютерных атак осуществляется с использованием информационных технологий, расположенных на территории США, Американцы лидируют по вредоносной активности с большим отрывом от других стран: за период с 2016 по 2019 г. было выявлено от 40 до 75 % различного типа вредоносных воздействий.

В современной России на просторах Интернета встречаются не менее 2,5 тыс. сайтов с вредоносными программами и неправомерным контентом. Это объясняется малой эффективностью мер применяемых для профилактики и противодействия данного вида правонарушений.

Доля атак в IV квартале 2020 года в сравнении с предыдущим кварталом увеличилась на 3,1%. По сравнению с аналогичным периодом 2019 года прирост составил 41,2%. По статистике чаще всего страдают персональные данные, на втором месте - коммерческая тайна. Однако, стоит

⁶¹¹ Преступления, связанные с использованием компьютерной сети // Десятый конгресс ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями //A/CONF.187/10.

⁶¹² Морозов Н.А. Преступность в Японии и борьба с ней. СПб, 2003. – С. 107-113.

⁶¹³ Национальное полицейское агентство [Электронный ресурс]. – URL: <https://www.npa.go.jp/english/> (дата обращения: 05.05.2021).

обратить внимание на то, что российские ученые все же смогли научиться прогнозированию киберпреступлений.

Исследователи Санкт-Петербургского политехнического университета Петра Великого (СПбПУ) разработали методику оценки киберрисков в интеллектуальных системах «умного города». Уже прошли первые исследования, но пока точных результатов данной деятельности нет. Возможно, в ближайшем будущем российское интернет пространство будет более защищенным.

Таким образом, статистика позволяет отследить, на каком уровне находится компьютерная безопасность в России и других странах. При её помощи статистических методов мы видим, как достигаются и открываются новые просторы для создания программ, способных выявить киберпреступность, дать возможность развиваться науке, совершенствовать работу правоохранительных служб, в каком направлении повышать уровень образования людей, работа которых непосредственно связана с данным видом преступности.

Библиографический список:

1. Морозов Н.А. Преступность в Японии и борьба с ней. СПб, 2003. – С. 107-113.
2. Преступления, связанные с использованием компьютерной сети // Десятый конгресс ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями //A/CONF.187/10.
3. Сычев Ю.Н. Основы информационной безопасности Учебно-практическое пособие. – М.: Изд. центр ЕАОИ, 2007. – 300 с.
4. Minaev V.A., Sablin V.N. The main problems of the fight against computer crimes in Russia // Economy and Production. 1999. № 4 (44). – С. 25–40.
5. Национальное полицейское агентство [Электронный ресурс]. – URL: <https://www.npa.go.jp/english/> (дата обращения: 05.05.2021).

Е. А. Ходкевич

*Новосибирский государственный университет,
бакалавриат, направление «Юриспруденция», IV курс*

ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВ ДИЗАЙНЕРОВ НА ОБЪЕКТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Данная статья посвящена объектам интеллектуальных прав дизайнеров, а также анализу проблем, возникающих при их защите. Дизайнеру принадлежат интеллектуальные права на разработанный им дизайн. Дизайн может подлежать охране в рамках авторского права в качестве произведения дизайна, но в этом случае возникают проблемы, связанные с определением охраноспособности конкретного дизайна, с установлением авторства на дизайн. Также дизайн может получить охрану в качестве промышленного образца. Кроме этого, дизайнеру могут принадлежать исключительные права на товарные знаки. Однако возникают проблемы, связанные с определением ситуаций, когда действия других лиц нарушают права на товарный знак.

Ключевые слова: дизайнер, дизайн, индустрия моды, интеллектуальная собственность, объект авторского права, промышленный образец, товарный знак.

Е. А. Khodkevich

PROBLEMS OF IMPLEMENTING THE RIGHTS OF DESIGNERS TO INTELLECTUAL PROPERTY

This article is devoted to the objects of designers' intellectual rights, as well as the analysis of the problems that arise during their protection. The designer owns the intellectual rights to the design he has developed. A design may be subject to copyright protection as a design work, but in this case, problems arise when determining the protectability of a particular design, with the establishment of authorship for the design. A design can also be protected as an industrial design. In addition, the designer may own exclusive trademark rights. However, problems arise in identifying situations when the actions of others violate trademark rights.

Key words: designer, design, fashion industry, intellectual property, copyright object, industrial design, trademark.

Интеллектуальная собственность является главным нематериальным активом любого дизайнера. Модные бренды одежды тратят годы и миллионы рублей, чтобы сформировать вокруг себя образ репрезентативности, статусности и уникальности. Но в действительности иногда успехом дизайнера хотят воспользоваться другие люди, тем самым «паразитируя» на репутации определенного дизайнера или бренда, что ведет к нарушению интеллектуальных прав.

Индустрия моды представляет собой динамичную и быстроразвивающуюся отрасль экономики с большой долей конкуренции на рынке. В. Н. Синельникова отметила, что правовое регулирование индустрии моды становится особенно актуально из-за высокой вероятности недобросовестного копирования оригинальной продукции, которое может привести к финансовым и репутационным потерям⁶¹⁴. Поэтому в Российской Федерации созданы специальные правовые механизмы для защиты прав дизайнеров от неправомерного использования их интеллектуальной собственности. При этом на практике могут встречаться проблемы, которые не позволяют дизайнеру отстаивать свои интересы.

Дизайнеру могут принадлежать интеллектуальные права как на результаты интеллектуальной деятельности (например, авторские права на произведения дизайна, права на промышленные образцы), так и на средства индивидуализации (исключительные права на товарные знаки).

Согласно п. 1 ст. 1259 Гражданского кодекса Российской Федерации произведения дизайна охраняются как объекты авторских прав⁶¹⁵. Дизайн представляет собой внешний вид изделия (фасон, узоры, цветовую гамму, расположение элементов и т. д.). Одна из проблем защиты прав дизайнеров заключается в определении, является ли изделие произведением дизайна или же в нем нет творческой составляющей. Поэтому не все дизайны изделий могут быть признаны охраноспособными. Применительно к объектам авторского права выделяют два критерия охраноспособности: творческий характер произведения и его объективная форма выражения. В деле № А40-60319/18 суд пришел к выводу, что дизайн самых распространенных и простых моделей не является охраноспособным, поскольку отсутствует творческий вклад в его создание⁶¹⁶. В данном деле речь шла о защите прав на дизайн юбки-карандаша, юбки-солнца, рукава-реглана. Можно сказать, что не охраняется авторским правом дизайн уже известных моделей, которые широко используются среди других дизайнеров без каких-либо изменений. Поэтому при защите своих прав дизайнеру придется доказать, что он внес творческий вклад в создание дизайна изделия. Например, когда он не просто произвел стандартную футболку, а добавил некоторые элементы от себя (рисунок, узор, разрезы и т. д.). Необходимо также иметь в виду, что само по себе отсутствие новизны, уникальности и (или) оригинальности результата интеллектуальной деятельности не может свидетельствовать о том, что такой результат создан не творческим трудом и, следовательно, не является объектом авторского права⁶¹⁷.

При этом права дизайнера в рамках авторского права подлежат защите без государственной регистрации, а в силу факта создания произведения дизайна. Из этого возникает проблема, связанная с доказыванием авторства дизайнера на свой результат интеллектуальной деятельности. Решить данную проблему предлагали путем регистрации (депонирования) объектов авторских прав. Поскольку на практике нередко возникает необходимость доказывания авторства (опровержения авторства другого лица) и наличия иных авторских прав в отношении произведения, а иногда и просто информирования об обладателе прав на произведение⁶¹⁸. Однако данная точка зрения противоречит судебной практике. Как отметил Второй арбитражный апелляционный суд в деле № А82-8291/2019 от 12 мая 2020 года, факт депонирования внешнего

⁶¹⁴ Синельникова В. Н. Дизайн в индустрии моды как объект интеллектуальной собственности // Вестник Института законодательства и правовой информации Республики Казахстан. 2020. № 5. С. 83-89.

⁶¹⁵ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) [Электронный ресурс]: федер. закон 18 дек. 2006 г. № 230-ФЗ // Собр. Законодательства Рос. Федерации. 2006. № 52. Ст. 5496. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶¹⁶ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 24 июня 2019 г. по делу № А40-60319/18 [Электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 11.06.2021).

⁶¹⁷ Решение Арбитражного суда города Москвы от 3 февраля 2015 г. по делу № А40-5706/2014 [Электронный ресурс]. URL: <https://sudact.ru/arbitral/doc/deIP8H7XoJra/> (дата обращения: 10.06.2021).

⁶¹⁸ Новоселова Л. А., Рузакова О. А. Значение и функции регистрации авторских прав в Российской Федерации и за рубежом // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2017. № 37. С. 334-349.

вида спорных изделий как произведений не подтверждает право авторства на такие объекты, а свидетельствует лишь о существовании таких объектов авторского права на момент депонирования⁶¹⁹. Таким образом, депонирование дизайна изделия на сегодняшний день не является гарантией подтверждения авторства дизайнера на него. Доказать авторство на конкретный дизайн действительно является сложной задачей, однако, если обратиться к судебной практике, то можно сказать, что чертежи, наброски, эскизы изделий могут являться доказательствами авторства дизайнера. Например, в деле № А71-6193/2019 судом первой инстанции было подтверждено авторство на дизайн купальника для художественной гимнастики посредством предоставленных истцом доказательств, которыми являлись приказ о создании каталога эскизов, а также сам каталог эскизов⁶²⁰. Таким образом, дизайнеру необходимо будет предоставить суду материалы, свидетельствующие о наличии творческого процесса, который привел к созданию произведения дизайна.

Права дизайнера на произведения дизайна могут быть нарушены посредством копирования или переработки. Проблема заключается в том, что не всегда можно отличить переработку дизайна от параллельного творчества, когда результаты интеллектуальной деятельности создаются разными дизайнерами независимо друг от друга. Данная проблема обуславливается тем, что, пытаясь сделать что-то «свое» многие дизайнеры ориентируются на определенные тренды, на предпочтения потребителей в определенный период времени. Например, в одном сезоне тренд может быть задан на платья-комбинации, укороченные пиджаки и т. д., но это не означает, что какой-то один дизайнер будет осуществлять монополию в производстве данной продукции. Поскольку сама по себе идея какого-либо изделия не является объектом охраны интеллектуального права. Поэтому, если два дизайнера, которые работают независимо друг от друга, ориентируясь на тренд, создадут похожие вещи, это не будет однозначно считаться копированием или переработкой.

Е.С. Гринь справедливо отметила, что применительно к сфере легкой промышленности заимствование общей концепции дизайна с изменением несущественных деталей делает применение механизмов авторско-правовой охраны затруднительным⁶²¹. В подобных делах недостаточно установления факта схожести дизайна изделий до степени смешения, поскольку по своей сути данное понятие неизвестно авторскому праву. Такого же мнения придерживается Девятый арбитражный апелляционный суд, который в своем постановлении по делу № А40-5706/2014 указал, что сходность стиля не указывает на отсутствие творческого характера спорных дизайнов⁶²². Поэтому в предмет доказывания по спорам, касающихся нарушения прав дизайнеров, должны входить вопросы о наличии либо отсутствии сходных элементов в дизайне, об их расположении относительно друг друга. А также судом должны быть исследованы вопросы об оригинальности сходных элементов, являются ли они фантазийными и уникальными, либо в данных элементах отсутствует творческий характер. Только исходя из всей совокупности фактов можно делать вывод о наличии нарушения прав дизайнеров.

Стоит отметить, что охрана дизайна изделия возможна не только в рамках авторского права, но и патентного права. Дизайн изделий может получить патентно-правовую охрану в качестве промышленных образцов, которые представляют собой решение внешнего вида изделия. В таком случае дизайн изделия должен соответствовать двум требованиям: быть новым и оригинальным. Промышленный образец обладает новизной, если совокупность его существенных признаков, нашедших отражение на изображениях внешнего вида изделия, неизвестна из сведений, ставших общедоступными в мире до даты приоритета промышленного образца. Оригинальность промышленного образца означает, что он должен отличаться от ранее известных промышленных образцов.

⁶¹⁹ Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 12 мая 2020 г. по делу № А82-8291/2019 [Электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 10.06.2021).

⁶²⁰ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 8 июля 2020 г. по делу № А71-6193/2019 [Электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 10.06.2021).

⁶²¹ Гринь Е.С. Отдельные вопросы использования результатов творческого труда в составе сложных объектов интеллектуальных прав // Lex Russica. 2018. № 10. С. 50-57.

⁶²² Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда 3 сентября 2015 г. по делу № А40-5706/2014 [Электронный ресурс]. URL: <https://sudact.ru/arbitral/doc/11Busq6xu0Zx/> (дата обращения: 10.06.2021).

В. Н. Синельникова отметила, что поскольку в дизайне практически всегда присутствуют одинаковые элементы, которые могут быть легко использованы конкурентами с самыми незначительными изменениями, то станет очевидной неэффективность защиты прав на такие изделия только посредством норм авторского права и понятен интерес к более надежной фиксации (регистрации) своих прав на созданные изделия⁶²³. С данным мнением можно согласиться, поскольку в отличие от авторского права, в рамках патентного права охране подлежит именно содержание объекта интеллектуальных прав, а не его форма. Однако стоит отметить, что мода постоянно изменяется. Поэтому главный минус данного подхода состоит в том, что получение патента является довольно длительным процессом. Поэтому, возможно, когда патент будет получен, вещь уже выйдет из моды. А также для получения патента и поддержания его в силе потребуются значительные денежные затраты. М. А. Рожкова отметила, что в «сфере модного дизайна особое значение приобретает то, что является своеобразной визитной карточкой дома моды или дизайнера и повторяется из коллекции в коллекцию. Несколько иное отношение к сезонным коллекциям: как правило, дизайнеры и не пытаются получать патент на фасон, сочетание цветов, новый узор и т. д., которые создаются на один сезон, поскольку это дорого, трудозатратно и нецелесообразно»⁶²⁴. Для решения проблемы регистрации дизайна сезонных коллекций можно было бы обратиться к опыту Европейского Союза, который решил данную проблему посредством принятия Регламента Совета Европейского Союза № 6/2002 от 12 декабря 2001 г. «О промышленных образцах Европейского Сообщества»⁶²⁵. Данный Регламент установил охрану дизайна в качестве незарегистрированного промышленного образца сроком на три года с даты, когда промышленный образец впервые был обнародован в Европейском Сообществе. Однако минус защиты дизайна в качестве незарегистрированного промышленного образца проявляется в ограничении юридической монополии на дизайн. Поскольку, если будет доказано, что похожий дизайн был создан в результате независимой работы, когда один дизайнер не знал о промышленном образце другого дизайнера, то подобные действия не будут являться нарушением патентных прав.

В своей деятельности дизайнер может использовать не только результаты интеллектуальной деятельности, но также и средства индивидуализации – товарные знаки. Товарные знаки представляют собой обозначения, которые позволяют выделить товар одного лица от товаров других лиц. Дизайнер вправе зарегистрировать словесный товарный знак (обозначения Kenzo, Zara), изобразительный (у бренда Chanel товарным знаком является две переплетенные буквы С, товарным знаком бренда Lacoste является крокодил), цветовые (красная подошва туфель Christian Louboutin), объёмные (фасон сумки Hermes), а также комбинированные товарные знаки.

Зачастую потребители покупают тот или иной товар дизайнера именно из-за наличия товарного знака на нём. Поэтому другие лица в своей продукции используют товарные знаки дизайнера без его согласия для увеличения продаж и получения большей прибыли. Однако такие действия являются нарушением исключительного права на товарные знаки. А товары, на которых незаконно размещен товарный знак или сходное с ним до степени смешения обозначение, являются контрафактными. Под незаконным размещением принято понимать воспроизведение товарного знака без согласия правообладателя.

Однако не всегда использование чужого товарного знака будет нарушать права дизайнера. Чтобы установить наличие нарушения, необходимо понять, в отношении каких классов товаров и услуг зарегистрирован товарный знак, а также является ли зарегистрированный товарный знак общеизвестным. Если товарный знак является общеизвестным, то не имеет значения наличие однородности товаров или услуг, предлагаемых дизайнером и другим лицом. Если товарный знак не является общеизвестным, значение для дела будут иметь классы товаров и услуг, для которых зарегистрировано обозначение. Например, если товарный знак одного дизайнера был зарегистрирован в отношении 25 класса Международной классификации товаров и услуг (далее –

⁶²³ Синельникова В.Н. Дизайн в индустрии моды как объект интеллектуальной собственности // Вестник Института законодательства и правовой информации Республики Казахстан. 2020. № 5. С. 83-89.

⁶²⁴ Рожкова М. А. Это модное нынче «модное право», или Правда ли, что при защите прав модных дизайнеров защищается интеллектуальная собственность? [Электронный ресурс] // Zakon.ru. URL: https://zakon.ru/blog/2017/12/23/eto_modnoe_nynche_modnoe_pravo_ili_pravda_li_chno_pri_zaschite_p (дата обращения: 10.06.2021).

⁶²⁵ Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs [Электронный ресурс]. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32002R0006> (дата обращения: 10.06.2021).

МКТУ), и другой дизайнер использовал данный товарный знак в своей коллекции одежды или обуви, то данные действия можно признать правонарушением, поскольку товары являются однородными. Другая ситуация, когда товарный знак дизайнера зарегистрирован для 25 класса МКТУ (одежда, обувь, головные уборы), а другой человек использует сходное обозначение в отношении другого класса МКТУ, например, в отношении 41 класса (развлечения и организация спортивных и культурно-просветительских мероприятий). В этом случае вероятность привлечения к ответственности является минимальной, поскольку отсутствует однородность товаров и услуг, у потребителей может не складываться ложного впечатления о производителе продукции.

Еще одним вариантом незаконного использования товарного знака является его использование в кино или рекламе без согласия правообладателя. В деле № А41-5137/08 компания «Louis Vuitton Malletier» предъявила требования к открытому акционерному обществу «Нидан Соки» о взыскании денежной компенсации за использование их товарных знаков в рекламе сока⁶²⁶. Суд первой инстанции решил, что акционерное общество не нарушило исключительных прав истца на товарный знак, поскольку использование при съемках товаров (реквизитов), содержащих товарный знак, не является ненадлежащим использованием этого товарного знака. Однако кассационный суд указал, что исключительные права компании «Louis Vuitton Malletier» на товарный знак нарушены. Поскольку использование в рекламе товарных знаков или изображений, сходных до степени смешения и принадлежащих другим правообладателям, которые не имеют никакого отношения к рекламируемому товару, должно производиться только с их согласия.

Таким образом, можно сделать вывод, что дизайнер самостоятельно определяет, в каком статусе разработанный им дизайн будет подлежать охране. При этом в каждом варианте охраны есть свои достоинства и недостатки. Для авторского права не требуется регистрация дизайна. Однако в этом случае возникают проблемы, связанные с определением охраноспособности дизайна, с установлением авторства на дизайн. В рамках патентного права охране подлежит содержание объекта интеллектуальных прав. Поэтому в этом случае будет вероятнее доказать нарушение прав дизайнера в случае переработки и изменения его дизайна другим лицом. Данный подход также имеет свои недостатки в виде длительного срока получения патента на промышленный образец. Кроме этого, дизайнеру могут принадлежать исключительные права на товарные знаки. Однако для определения нарушения прав на товарный знак, необходимо будет доказать, что обозначение, которое использует другое лицо, является сходным до степени смешения с товарным знаком дизайнера, а также, что оно незаконно используется для индивидуализации тех товаров, в отношении которых товарный знак дизайнера зарегистрирован.

Библиографический список

1. Гринь, Е. С. Отдельные вопросы использования результатов творческого труда в составе сложных объектов интеллектуальных прав / Е. С. Гринь // Lex Russica. – 2018. – № 10. – С. 50-57.
2. Новоселова, Л. А., Рузакова, О. А. Значение и функции регистрации авторских прав в Российской Федерации и за рубежом / Л. А. Новоселова, О. А. Рузакова // Вестник Пермского университета. Юридические науки. – 2017. – № 37. – С. 334-349.
3. Рожкова, М. А. Это модное нынче «модное право», или Правда ли, что при защите прав модных дизайнеров защищается интеллектуальная собственность? [Электронный ресурс] / М. А. Рожкова // [Zakon.ru](https://zakon.ru). – Режим доступа: https://zakon.ru/blog/2017/12/23/eto_modnoe_nynche_modnoe_pravo_ili_pravda_li_chno_pri_zaschite_p
4. Синельникова, В. Н. Дизайн в индустрии моды как объект интеллектуальной собственности / В. Н. Синельникова // Вестник Института законодательства и правовой информации Республики Казахстан. – 2020. – № 5. – С. 83-89.

⁶²⁶ Постановление ФАС Московского округа от 5 августа 2009 г. по делу № А41-5137/08 [Электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 11.06.2021).

В. А. Чумаченко
Санкт-Петербургский государственный университет,
бакалавриат, IV курс

Р. Э. Бауэр
Санкт-Петербургский государственный университет,
магистратура, образовательная программа
«Юрист в сфере финансового рынка (финансовый юрист)», I курс

Научный руководитель: В. В. Архипов
д.ю.н., заведующий кафедрой теории и истории государства и права
Санкт-Петербургского государственного университета

ПЕРСПЕКТИВЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ КИБЕРБУЛЛИНГА В РФ

Предметом исследования статьи является исследование форм кибербуллинга, ответственность за которые на сегодняшний день не установлена в полной мере в Российской Федерации. Наиболее распространенными видами кибербуллинга на сегодняшний день являются киберсталкинг и домогательства в цифровой среде. В случае с киберсталкингом, ответственность за данное поведение в РФ наступает только за отдельные действия, каждое из которых расценивается как отдельное преступное деяние. В качестве перспективной меры ответственности предлагается рассмотреть институт судебного запрета, который уже относительно давно существует на западе.

Ключевые слова: кибербуллинг, травля, киберсталкинг, сексуальное домогательство, цифровая среда, интернет, общественная опасность, уголовная ответственность, административная ответственность.

V. A. Chumachenko
R. E. Bauer

PROSPECTS FOR THE LEGAL REGULATION OF CYBERBULLYING IN THE RUSSIAN FEDERATION

The subject of this article is the study of cyberbullying forms, the responsibility for which has not been fully established in the Russian Federation. The most common types of cyberbullying today are cyberstalking and harassment in the digital environment. In the case of cyberstalking, responsibility for this behavior in the Russian Federation arises only for individual actions, each of which is regarded as a separate criminal action. As a promising measure of responsibility, it is proposed to consider the institution of injunction, which has existed for a relatively long time in foreign jurisprudence.

Key words: cyberbullying, bullying, cyberstalking, sexual harassment, digital environment, the Internet, public danger, criminal liability, administrative liability.

На данный момент, наукой не выработано единое определение понятию «кибербуллинг». Билл Белси, американский политик, которого можно назвать основоположником данного понятия, определяет кибербуллинг как «использование информационных и коммуникационных технологий для поддержки умышленного, повторяющегося и враждебного поведения отдельного лица или группы лиц для причинения вреда другим»⁶²⁷. В юридической науке К.А. Барышева определяет кибербуллинг как использование информационных технологий коммуникации с целью негативного воздействия на личность человека⁶²⁸. Основной понятийной проблемой является различение данного понятия с другими «кибер-деяниями», например, с порнографией в цифровой среде или киберсталкингом. В соответствии с классификацией видов кибербуллинга Нэнси Вилард, можно выделить следующие его виды: оскорбление (или флейминг, от англ. flaming); домогательство (или харассмент, от англ. harassment); клевету (англ. denigration); кража личности (англ. impersonation); публичное разглашение личной информации (англ. outing and trickery);

⁶²⁷ Cyberbullying: An Emerging Threat To The «Always On» Generation [электронный ресурс]: Официальный сайт политика Б. Белси. URL: www.billbelsey.com/?cat=13 (дата обращения: 02.06.2021).

⁶²⁸ Барышева К.А. Определение понятия и общественно опасной природы киберсталкинга // Адвокат. 2016. №10. С. 61

социальная изоляция (англ. Exclusion); киберпреследование (или киберсталкинг, от англ. Cyberstalking); киберзапугивание (англ. Cyberthreats)⁶²⁹. Следовательно, можно сказать, что кибербуллинг является общим и объединяющим понятием для других видов травли. Стоит отметить, что все данные понятия имеют общее начало или способ осуществления деятельности – все, как правило, начинается с обыденного общения в виртуальной или реальной среде, которое впоследствии может приводить к некоторым девиациям. Наиболее опасными видами кибербуллинга можно назвать те, при которых создается прямая угроза здоровью личности в реальном мире, а не в виртуальной среде, а именно киберсталкинг, харассмент, а также иные открытые угрозы причинения насилия. В большинстве случаев каждая из форм кибербуллинга не существует самостоятельно, а осуществляется в совокупности с другими. Например, угроза причинения насилия может сопровождаться киберсталкингом, а домогательства оскорблениями или угрозой разглашения личной информации. Кроме того, эти формы также могут сопровождаться вымогательством под предлогами распространения информации о жертве или с угрозой физической расправы.

На данный момент, в Российской Федерации (далее – РФ) отсутствуют надлежащие правовые основы для регулирования всех аспектов кибербуллинга. В законодательстве не определено четкое понятие травли в цифровой среде, а также отсутствует ответственность за некоторые виды травли, в связи с чем кибербуллинг становится серьезной проблемой для государства и граждан, чьи права безнаказанно нарушаются в виртуальной среде. Стоит отметить, что за некоторые виды кибербуллинга ответственность в РФ все же установлена. Например, существует состав части 2 статьи 5.61 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (далее – КоАП РФ), который предусматривает специальное условие - оскорбление, совершенное в сети «Интернет», или, рассматривая уголовную ответственность, состав из статьи 282 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее - УК РФ) и состав, предусмотренный в части 2 статьи 128.1 УК РФ. Ввиду того, что за некоторые действия, осуществляемые в ходе кибербуллинга, уже предусмотрена ответственность, необходимо разобраться с тем, какие иные виды должны быть также наказуемы и почему.

Киберсталкинг

Киберсталкинг – это широко распространенное явление, которое заключается в навязчивом и угрожающем поведении, которое приводит к возникновению у жертвы чувства, что ее преследуют. Стоит отметить, что разграничить сталкинг и киберсталкинг на сегодняшний день крайне тяжело, так как почти во всех случаях с жертвой связываются в социальных сетях, через электронную почту и другие способы связи в цифровой среде. Можно сказать, что преследование в виртуальной среде, как и некоторые другие виды кибербуллинга, направлено на унижение, контроль, запугивание, манипулирование, смущение, месть или иное причинение вреда по отношению к жертве.

Киберсталкинг является нарушением основополагающих прав человека, например, права на частную жизнь, и может представлять из себя очень серьезное вмешательство в личное пространство и семью. Несмотря на то, что киберпреследование, как правило, не предполагает вступления в физический контакт с жертвой, тем не менее, покушается на ее психическое и моральное здоровье. Исходя из сложившейся практики, жертвам преследования часто наносится серьезный психологический вред, который впоследствии часто приводит к посттравматическому стрессу и психическим расстройствам, которые сопровождаются бессонницей и паническим настроением. Кроме того, в некоторых случаях психологические проблемы приводят жертву к суицидальным мыслям, а иногда и вовсе к совершению самоубийства⁶³⁰.

Жертвой киберсталкинга может стать совершенно любой человек⁶³¹, но в большинстве случаев киберпреследования преступник и жертва являются знакомыми и уже встречались ранее в интернете или реальной жизни, однако на практике известны и такие случаи, когда

⁶²⁹ Cyberbullying and Cyberthreats: Responding to the Challenge of Online Social Aggression, Threats and Distress. Nancy E. Wilard. Champaign, Illinois: Research Press. 2007. P. 5-14

⁶³⁰ Pollock Pines family turns tragic suicide into hope (Источник: Mountain Democrat URL: <https://www.mtdemocrat.com/news/pollock-pines-family-looses-12-year-old-daughter-to-suicide/>) (дата обращения 25.03.2021).

⁶³¹ «Я твою макушку вижу». Что такое сталкинг и почему в России никого за это не наказывают (Источник: Медиазона; URL: <https://zona.media/article/2019/03/21/wonderzona>) (дата обращения 22.03.2021).

злоумышленник находит случайного человека и начинает его дожимать⁶³². Преступниками в подобных преступлениях за рубежом называют киберсталкерами. Они стремятся к установлению контроля над жертвой с помощью различных форм преследования, для этого запугивая своих жертв, и, помимо этого, киберсталкер может публиковать унижительную информацию о жертве в социальных сетях, рассылать очерняющую информацию близким и родным жертвы. Также, киберсталкер может фотографировать жертву или ее семью, в некоторых случаях ее собственность, для последующего запугивания и создания максимального эффекта присутствия рядом с жертвой. В некоторых случаях, киберсталкеры могут преследовать своих жертв десятки лет⁶³³.

Мотивация киберсталкеров является очень дифференцированной. В некоторых случаях мотивом выступает месть или ненависть, а в некоторых – желание получить внимание от человека таким неординарным способом. Также стоит отметить тот факт, что наиболее часто киберсталкерами выступают мужчины или женщины, которые лишились своего партнера и затем пытаются испортить жизнь ему и его семье.

Зарубежный ученый Моханди К. разделил киберсталкинг на четыре основные категории⁶³⁴:

1. Преследование на почве мести.
2. Преследование на почве ревности или, иначе, навязчивое любовное преследование.
3. Преследование на почве эротомании.
4. Простое навязчивое преследование.

Наиболее опасной формой можно назвать преследование на почве мести или ревности, так как в таких случаях злоумышленники теряют над собой контроль и переходят к опасным действиям в реальном мире.

В соответствии с законодательством РФ, действия, называемые киберсталкингом, не всегда можно квалифицировать верно. Связано это с тем, что в России отсутствует специальное регулирование данного явления, однако некоторые действия, осуществляемые в ходе киберсталкинга, можно квалифицировать исходя из действующего законодательства. Например, административная ответственность может наступить за оскорбление (статья 5.61 КоАП РФ), а уголовная - за доведение до самоубийства (статья 110 УК РФ), клевету (статья 128.1 УК РФ), нарушение неприкосновенности частной жизни (статья 137 УК РФ), угрозу убийством (статья 119 УК РФ) и неправомерный доступ к компьютерной информации (статья 272 УК РФ).

Основываясь на приведенном перечне, можно отметить, что за многие действия, совершаемые в ходе киберсталкинга, наступает административная или уголовная ответственность, однако все данные нормы в совокупности не покрывают весь перечень действий, осуществляемых злоумышленником. Например, в некоторых случаях киберсталкер может просто постоянно писать своей жертве письма с тем, что бы он мог сделать с ней или что он в мыслях с ней делает, сопровождая это ее фотографиями, сделанными с различных ракурсов, пока жертва его не видит. Данное деяние, в соответствии с действующим законодательством, не квалифицируется как правонарушение, так как за мысли нельзя кого-то привлечь к ответственности, так же как и за излишнюю назойливость в общении. В таком случае, человеку, который подвергся сталкингу, не поможет техническая блокировка злоумышленника, или даже смена номера, так как киберсталкер все равно сможет вновь вычислить жертву благодаря современным технологиям. Когда злоумышленник угрожает жертве расправой, его не всегда можно привлечь к ответственности, так как киберсталкеры также стараются выражать угрозы завуалированно.

Касательно распространенности такого преступного феномена как киберсталкинг на территории РФ на данном этапе тяжело дать развернутый количественный анализ, но можно точно сказать, что у нас в стране он существует. Законодательные органы России все активнее

⁶³²Vasiu L.Vasiu L.: A Roentgenogram of Cyberstalking Cases; American Journal of Trial Advocacy, Vol. 40, Issue 1, p.47 (Summer 2016), (URL: https://proxy.library.spbu.ru:4166/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/amjtrad40&id=55&men_tab=srchresults) (дата обращения 25.03.2021).

⁶³³ United States v. Shrader, 675 F.3d 300 (4th Cir. 2012) (URL: <https://casetext.com/case/united-states-v-shrader-2>) (дата обращения 22.03.2021).

⁶³⁴ Mohandie K., The RECON Typology of Stalking: Reliability and Validity Based upon a Large Sample of North American Stalkers; Journal of Forensic Sciences 51. № 1 (2014)

обсуждают вопросы возможности регулирования ответственности за данное кибер-деяние^{635, 636}, что может свидетельствовать о его опасности и массовости. Также законодатель рассматривает возможности внедрения института судебного запрета⁶³⁷, который уже давно эффективно используется за рубежом для защиты жертв преследований как в интернете, так и в реальной жизни. Основываясь на замысле разработчиков данного законопроекта, жертва должна будет собрать «достаточную доказательную базу о том, что абонент в лице того-то физического лица систематически и продолжительное время докучает самыми разными способами», из-за чего и создастся возможность наложения различного вида санкций. Возникает только вопрос о бремени доказывания, так как не совсем ясно, почему именно жертва должна собрать всю совокупность доказательств, а не правоохранительные органы.

Домогательства в виртуальной среде

Можно сказать, что сексуальное домогательство – это неоднократно совершенные лицом с целью удовлетворения своих половых потребностей действия, нарушающие половую свободу другого лица, для которого такие действия являются нежелательными⁶³⁸. Домогательство в виртуальной среде – это запугивание, издевательство или принуждения сексуального характера, которые происходят с использованием Интернет-среды. Данное явление является распространенным на территории РФ уже давно, однако в законодательстве отсутствует как определение сексуального домогательства, так и ответственность за подобные действия. Исходя из этого можно сказать, что основная проблема регулирования данного явления состоит в том, что в нашей стране сексуальные домогательства противоправным и общественно опасным деянием в принципе не признаются на законодательном уровне. В отличие от многих стран мира (например, Израиля, Франции, Японии и др.) правовая защита от наиболее распространенных форм сексуальных домогательств законодательством не предусмотрена, в связи с чем в РФ до сих пор не выработано конструктивного подхода к решению проблемы об ответственности за совершение сексуального домогательства. Основным объектом посягательства при сексуальном домогательстве можно назвать свободу личности, которая относится к категории прав и свобод, защищаемых в Российской Федерации прежде всего Конституцией Российской Федерации.

В соответствии с исследованием, проведенным Online Market Intelligence (ОМІ) по запросу «Ведомостей», по результатам опроса более двадцати тысяч работников, каждая шестая женщина и каждый тринадцатый мужчина в России пострадали от сексуального домогательства в той или иной форме⁶³⁹. Кроме того, 47,2% опрошенных не предприняло никаких действий по противодействию, а другие 16,8% респондентов попытались урегулировать инцидент сами. Данная пугающая статистика может свидетельствовать о том, что сексуальное домогательство является распространенным явлением, однако пострадавшие, понимая беззащитность своего положения, предпочитают умалчивать или игнорировать происходящее.

Стоит сказать, что сексуальное домогательство в виртуальной среде, как правило, осуществляется параллельно с другими кибер-деяниями, например, с киберзапугиванием или киберсталкингом. Типичной является ситуация, когда жертва начинает общаться с субъектом домогательства изначально на добровольной основе, однако затем субъект домогательства переступает черту и начинает всячески навязываться и проявлять свою агрессию по отношению к жертве.

⁶³⁵ В России могут ввести уголовное наказание за киберсталкинг (Источник: Парламентская газета; URL: <https://www.pnp.ru/social/v-rossii-mogut-vvesti-ugolovnoe-nakazanie-za-kiberstalking.html>) (дата обращения 25.03.2021).

⁶³⁶ За кибербуллинг предлагают ввести уголовное наказание (Источник: Парламентская газета; URL: <https://www.pnp.ru/social/za-kiberbulling-predlagayut-vvesti-ugolovnoe-nakazanie.html>) (дата обращения 25.03.2021).

⁶³⁷ В Госдуме предлагают ввести судебные запреты для защиты жертв преследований в интернете (Источник: ТАСС; URL: <https://tass.ru/obschestvo/11039695>) (дата обращения 31.03.2021).

⁶³⁸ Векленко С.В., Стулов А.В. Необходимо ли уголовное наказание за сексуальные домогательства; Вестник Калининградского филиала Санкт-Петербургского университета МВД России №1 (55), 2019, с.15 (URL: <https://xn--80aaifradibgfb7br.xn--b1agajc0ayikbb.xn--b1aew.xn--p1ai/document/3590381>) (дата обращения 31.03.2021).

⁶³⁹ Сексуальные домогательства на работе: российская специфика (Источник: Ведомости; URL: <https://www.vedomosti.ru/career/articles/2020/01/22/821257-rabotodатели-pomogayut>) (дата обращения 31.03.2021).

Очевидно, что сексуальное домогательство является деянием, которое характеризуется значительной общественной опасностью. Общественная опасность сексуальных домогательств в интернете заключается в опасном психологическом и психическом воздействии на жертву для удовлетворения сексуальных потребностей субъекта домогательств. Также, в том случае, если сексуальные домогательства осуществляются совместно с киберсталкингом, то в ход может пойти и давление, обусловленное физическим превосходством. Однако вступление в сексуальный контакт, в случае с сексуальным домогательством в Интернете, вовсе не является основной целью злоумышленника. Как правило, домогательство в Интернете осуществляется с целью полового унижения жертвы, а также полового удовлетворения и возбуждения субъекта домогательства. Удовлетворение в таком случае происходит в связи определенными сексуальными отклонениями, из-за которых субъект домогательства получает удовлетворение от того, например, что жертва находится во власти субъекта и должна ему подчиняться, либо в связи с тем, что субъект домогательства чувствует свою безнаказанность в общении с жертвой.

Безусловно, существуют ситуации, возникающие в ходе сексуальных домогательств, которые можно квалифицировать как преступные деяния. Например, в некоторых случаях субъект домогательства может шантажировать жертву, угрожая распространить фотографии либо иные сведения частной жизни (ст. 137 УК РФ), либо требовать передачи какого-либо имущества с угрозой распространения этих сведений (ст. 163 УК РФ). Также, можно предположить, что совершение развратных действий в интернете при эксгибиционизме в переписке должна наступать ответственность по ст. 20.1 КоАП РФ, а в случае с несовершеннолетними – по ст. 134 УК РФ. Однако весь объем совершаемых действий не охватывается перечисленными нормами.

Исходя из этого, формируется очередная конкретная проблема, из-за которой страдают граждане, которая могла бы решаться государством, но законодатель почему-то старательно избегает регулирования данных деяний. Например, Россия также не входит в число подписантов Стамбульской Конвенции⁶⁴⁰, хотя основные аспекты регулирования сексуальных домогательств закреплены именно в ней. Вместе с тем необходимо учитывать, что с развитием общества изменяются также и общественные отношения, меняется восприятие многих деяний, которые когда-то считались нормальными - данные процессы прямо и косвенно отражаются в публичном праве. Можно сказать, что уже сейчас есть основания считать, что общество в России готово к рассмотрению возможности установления регулирования, которое бы обеспечивало защиту права личности на половую свободу, устанавливая ответственность за сексуальные домогательства как в реальной жизни, так и в Интернете.

Подводя итог, можно сказать, что в настоящее время отсутствуют какие-то действующие правовые механизмы защиты жертв некоторых опасных форм кибербуллинга, что выливается в серьезную проблему на практике, когда чья-то жизнь ломается, а лицо остается безнаказанным. Для регулирования негативных отношений, возникающих в Интернете, необходима тщательная проработка законодательства в этой сфере с учетом всех видов кибербуллинга. Законодателю следует начать серьезнее относиться к явлениям, происходящим в цифровой среде, так как уже сейчас некоторые люди большую часть своей жизни проводят именно в ней. При законодательном регулировании кибер-деяний стоит выдерживать грань между шуткой и буллингом для того, чтобы регулирование не было излишне жестким. В качестве перспективного направления в области ответственности стоит рассмотреть распространенный за рубежом институт судебного запрета, который может помочь предостеречь злоумышленников и защитить жертв кибербуллинга.

Библиографический список:

1. Барышева, К.А. Определение понятия и общественно опасной природы киберсталкинга / К.А. Барышева // Адвокат. – 2016. – №10. – С. 60-66.
2. Векленко С.В., Стулов А.В. Необходимо ли уголовное наказание за сексуальные домогательства / С.В. Векленко; А.В. Стулов // Вестник Калининградского филиала Санкт-Петербургского университета МВД России №1 (55). – 2019. – С.11-17 (URL: <https://xn--80aaiifradibgfbz7br.xn--b1agajc0ayikbb.xn--b1aew.xn--p1ai/document/3590381>) (дата обращения 31.03.2021).

⁶⁴⁰ Конвенция Совета Европы о предотвращении и борьбе с насилием в отношении женщин и домашним насилием 11.05.2011 г. // СПС «Консультант Плюс»

3. В Госдуме предлагают ввести судебные запреты для защиты жертв преследований в интернете [Электронный ресурс] // ТАСС – Режим доступа: <https://tass.ru/obschestvo/11039695> (дата обращения 31.03.2021).

4. В России могут ввести уголовное наказание за киберсталкинг [Электронный ресурс] // Парламентская газета – Режим доступа: <https://www.pnp.ru/social/v-rossii-mogut-vvesti-ugolovnoe-nakazanie-za-kiberstalking.html> (дата обращения 25.03.2021).

5. За кибербуллинг предлагают ввести уголовное наказание [Электронный ресурс] // Парламентская газета – Режим доступа: <https://www.pnp.ru/social/za-kiberbulling-predlagayut-vvesti-ugolovnoe-nakazanie.html> (дата обращения 25.03.2021).

6. Сексуальные домогательства на работе: российская специфика [Электронный ресурс] // Ведомости – Режим доступа: <https://www.vedomosti.ru/career/articles/2020/01/22/821257-rabotodateli-pomogayut> (дата обращения 31.03.2021).

7. «Я твою макушку вижу». Что такое сталкинг и почему в России никого за это не наказывают [Электронный ресурс] // Медиазона – Режим доступа: <https://zona.media/article/2019/03/21/wonderzona>;

8. Cyberbullying: An Emerging Threat To The «Always On» Generation [Электронный ресурс]: официальный сайт политика Б. Белси. – Режим доступа: www.billbelsey.com/?cat=13;

9. Mohandie K., The RECON Typology of Stalking: Reliability and Validity Based upon a Large Sample of North American Stalkers; Journal of Forensic Sciences 51. № 1 (2014).

10. United States v. Shrader, 675 F.3d 300 (4th Cir. 2012) [Электронный ресурс] // Casetext – Режим доступа: <https://casetext.com/case/united-states-v-shrader-2> (дата обращения 22.03.2021).

11. Vasiu L. Vasiu L. A Roentgenogram of Cyberstalking Cases / Vasiu L., Vasiu L. // American Journal of Trial Advocacy. – Vol. 40. – Issue 1. – P.41-69 (Summer 2016), (URL: https://proxy.library.spbu.ru:4166/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/amjtrad40&id=55&men_tab=srchresults) (дата обращения 25.03.2021).

А. Юринова

*Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина,
магистратура, образовательная программа
«Магистр права в сфере интеллектуальной собственности
и права новых технологий», II курс*

Т. Е. Шаповалова

*Московский государственный юридический университет имени О. Е. Кутафина,
бакалавриат, направление «Юриспруденция», IV курс*

В. С. Королева

*Финансовый университет при Правительстве РФ,
бакалавриат, направление «Юриспруденция», IV курс*

Я. А. Мавлютова

*Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
бакалавриат, направление «Юриспруденция», III курс*

Научный руководитель: Е.С. Гринь

*к.ю.н., доцент кафедры интеллектуального права
Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина*

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕЖИМА ТЕХНОЛОГИЙ ВИРТУАЛЬНОЙ И ДОПОЛНЕННОЙ РЕАЛЬНОСТИ

Авторами проведен анализ правовой природы технологий и объектов виртуальной и дополненной реальности, а также существующие режимы их охраны. Основной проблемой, подлежащей анализу, признано отсутствие законодательно закрепленного порядка охраны указанных технологий в Российской Федерации. В целях решения данной проблемы авторы приводят зарубежную практику в сфере защиты прав на технологии виртуальной и дополненной реальности. Авторы приходят к выводу, что развитие технологий погружения, несмотря на

возможность применения существующих институтов права интеллектуальной собственности, влечет необходимость решения вопроса о правовом регулировании возникающих новых правоотношений.

Ключевые слова: виртуальная реальность, дополненная реальность, авторское право, патентное право, товарные знаки, технологии, пользователь, компьютерные игры, виртуальная собственность.

*A. Yurina
T.E. Shapovalova
V.S. Koroleva
Y.A. Mavlyutova*

FEATURES OF VIRTUAL AND AUGMENTED REALITY TECHNOLOGIES LEGAL REGIME

The authors analyzed the legal nature of virtual and augmented reality technologies and objects, as well as the existing regimes for its protection. The main problem to be analyzed is the lack of a legally established procedure for the protection of these technologies in the Russian Federation. In order to solve this problem, the authors cite foreign practice in the realm of virtual and augmented reality technologies rights protection. The authors come to conclusion that despite the possibility of applying existing intellectual property institutions the development of the immersion technologies entails the need to address the issue of legal settlement of emerging new legal relation.

Key words: virtual reality, augmented reality, copyright, patent law, trademarks, technologies, user, computer games, virtual property.

Виртуальная реальность (VR) – это цифровая форма системных процессов с добавлением компьютерной графики⁶⁴¹.

История виртуальной реальности берет начало в 1962 году, когда был получен патент на первую систему имитации настоящего мира⁶⁴². Агрегат не получил дальнейшего развития, однако после создания шлема виртуальной реальности Айвенгом Сазерлендом и Бобом Спроулом в 1968 году изобретатели всего мира принялись совершенствовать систему виртуальной реальности⁶⁴³.

VR отображает физическое присутствие пользователя в трехмерной среде с помощью интерактивного программного и аппаратного обеспечения, которое контролируется и воспринимается движением человеческого тела, головы или глаз.

От виртуальной реальности необходимо отличать дополненную реальность.

Дополненная реальность (AR) накладывает цифровой контент и информацию на физический мир, позволяет пользователю видеть реальный мир с добавлением сгенерированных компьютером изображений. С помощью данной технологии можно быстро передавать информацию, демонстрировать работу механизмов, создавать оригинальные онлайн-игры.

Развитие технологий виртуальной и дополненной реальности актуализировало проблему охраны интеллектуальных прав. Данная проблема связана со спецификой природы данной технологии, которая заключается в предоставлении пользователям свободы для изменения и расширения объектов, созданных с помощью технологии виртуальной и дополненной реальности. Анализ отечественной и зарубежной практики показывает, что основными моделями охраны технологий виртуальной и дополненной реальности являются: авторско-правовая, патентно-правовая, а также модель с применением норм о средствах индивидуализации⁶⁴⁴.

В целом в настоящее время для охраны объектов авторских прав используются механизмы авторско-правовой охраны. При этом следует учитывать, что объекты VR/AR являются сложными

⁶⁴¹ Мытников А. Н., Мытникова Е. А. История развития дополненной реальности [Электронный ресурс]. URL: <https://novaum.ru/public/p148> (дата обращения: 05.06.2021).

⁶⁴² Первые шаги в освоении VR-технологии: ранние опыты и устройства 1930-1960 годов [Электронный ресурс]. URL: <http://integral-russia.ru/2020/08/31/pervye-shagi-v-osvoenii-vr-tehnologii-rannie-opyty-i-ustrojstva-1930-1960-godov/> (дата обращения: 09.06.2021).

⁶⁴³ Осипов, М. П. Системы виртуальной реальности: учебно-методическое пособие. Нижний Новгород: Нижегородский госуниверситет, 2012. 48 с.

⁶⁴⁴ Гринь Е. С., Королева А. Г. Формирование базовых моделей охраны технологий виртуальной и дополненной реальности в сфере права интеллектуальной собственности // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 6. С. 90—97.

мультимедийными продуктами, включающим в себя несколько охраняемых результатов интеллектуальной деятельности и с помощью технических устройств функционирующим в процессе взаимодействия с пользователем⁶⁴⁵. С технической точки зрения состав виртуальной среды как правило включает в себя: компьютерный код, который создает виртуальную среду; аудиовизуальное произведение (компьютерная графика, аудиовизуальные эффекты, различные тексты, видео) и др.

Аналогично виртуальной собственности, приобретаемой игроком в компьютерной игре, пользователь технологии VR/AR может создавать собственные объекты, существующие только в ирреальности. При этом, если говорить о единоличном восприятии определенной виртуальной среды, то вопрос о предоставлении правовой охраны объектам, созданным в «параллельном» мире, не нуждается в обсуждении. Такие объекты фактически существуют только в воображении пользователя до тех пор, пока они не будут переработаны и воспроизведены в действительности таким образом, чтобы стали доступны для восприятия иными лицами. Лишь в таком случае созданные при помощи технологии объекты будут нуждаться в правовой охране.

В свете достигнутого уровня техники наиболее распространенными объектами виртуальной реальности, создаваемыми пользователями, являются произведения искусства. Так, например, используя приложение Tilt Brush в совокупности с кистями-джойстиком, создаются полноценные картины в объемной форме. Наблюдение такого произведения возможно либо при ношении специального оборудования, позволяющего находиться в одном цифровом пространстве с автором картины, либо в ходе отслеживания произведения в реальном мире через монитор компьютера или иного устройства, отражающего облик виртуальной среды.

Виртуальные произведения, подобные вышеуказанным, на наш взгляд, полностью соответствуют критериям охраноспособности, свойственным объектам авторского права, в связи с чем подлежат правовой охране. Созданию таких объектов сопутствуют творческие потуги художника, результат отображает внутренний мир автора, уровень его творческих навыков. При этом не имеет значения, создается ли пользователем абсолютно оригинальный объект или воспроизводится существующий в действительности предмет. Принципами авторского права установлена охрана любых произведений вне зависимости от их достоинства, ценности и назначения.

Представляется, что нарушение прав пользователей-авторов на произведения, созданные в VR/AR, возможно как в реальности посредством наделения их иной объективной формой (переработка произведения), так и в другой виртуальности путем их воспроизведения.

Помимо объектов авторского права, технологии виртуальной и дополненной реальности невозможно представить без изобретений и полезных моделей, являющих собой техническое решение (п. 1 ст. 1350, п. 1 ст. 1351 ГК РФ). Для наглядности приведем в пример один из последних известных миру изобретений в области VR/AR – 3D-дисплей с динамической фокусировкой, запатентованный компанией Apple. Новизна данного объекта обусловлена прямым проецированием цифрового мира на сетчатку глаза и демонстрацией улучшенного качества контента виртуальной или дополненной реальности, что приводит к избавлению от эффекта качивания во время нахождения в «параллельном» пространстве⁶⁴⁶.

Следует отметить, что, как и для моделей авторско-правовой охраны, при реализации патентно-правовой охраны результатов творческого труда, созданных в виртуальной и дополненной реальности, в настоящий момент применяются классические механизмы, характерные для объектов патентных прав.

Очередным объектом интеллектуальных прав в области технологий VR/AR, упомянутым в отечественной доктрине, является товарный знак (знак обслуживания). Вместе с тем, на наш взгляд, иные средства индивидуализации, освещенные в ГК РФ и выполняющие схожую с товарным знаком функцию, потенциально могут быть воплощены в виртуальной реальности.

Очевидно, что средство индивидуализации, прямо или косвенно идентифицирующее товары, работы, услуги лиц, осуществляющих коммерческую деятельность, используется в VR/AR в целях рекламы продукции и деятельности производителя. Неоднократное наблюдение пользователями в

⁶⁴⁵ Котенко Е.С. Мультимедийный продукт как объект авторских прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. С. 9.

⁶⁴⁶ Лисовицкий А. Apple получила патент на очки с проецированием на сетчатку и динамическим фокусом [Электронный ресурс]. URL: <https://holographica.space/news/apple-patent-10-681-328-24272> (дата обращения: 08.06.2021).

процессе нахождения в виртуальной среде определенных средств индивидуализации способствует их узнаваемости и ассоциации товаров, работ, услуг с создателем технологии VR/AR.

Не исключено незаконное использование средств индивидуализации не только на самой гарнитуре, упаковке оборудования, но противоправное воплощение в цифровой среде без согласия на то правообладателя, не принимавшего участия в создании новой технологии.

Тема незаконного использования средств индивидуализации в мультимедийных продуктах не нова. Нарушения исключительных прав на товарные знаки в виртуальной среде широко распространены в сфере компьютерных игр. Так, в соответствии со сложившейся зарубежной практикой, незаконное использование чужих товарных знаков зачастую обусловлено стремлением разработчиков к созданию более реалистичных объектов виртуального мира (если товарный знак зарегистрирован в объемной форме) либо возбуждением ложного впечатления пользователей относительно участия правообладателя товарного знака в создании мультимедийного продукта (в случае, если правообладатель является авторитетным производителем продукции)⁶⁴⁷.

Широкое многообразие создания и исполнения результатов интеллектуальной деятельности в сфере технологий виртуальной и дополненной реальности выявляет проблемы обеспечения их правовой охраны. Вместе с тем следует отметить, что рассмотренные выше примеры свидетельствуют о том, что в настоящее время благодаря действующим механизмам правовой охраны интеллектуальных прав можно обеспечить охрану результатов интеллектуальной деятельности, создаваемых в виртуальной и дополненной реальности, но требуется дополнительное изучение и выработка новых моделей по охране результатов творческого труда в рассматриваемой сфере.

Развитие информационных технологий, технологий погружения определяет необходимость решения вопроса о правовом урегулировании возникающих новых правоотношений. Именно поэтому в сфере правового регулирования виртуальной и дополненной реальностей как технологий погружения особое место занимает международный законодательный опыт.

Первые судебные споры в рамках технологий погружения возникли в ряде европейских государств, затем – в США. При этом правовое регулирование VR/AR в США выходит на передовой уровень в связи со стремительным развитием информационных технологий на территории государства. Так, согласно национальному законодательству США в спорах, касающихся технологий виртуальной и дополненной реальностей, объектами права могут быть программное обеспечение или устройства для создания виртуальной реальности. При этом, например, в 2014 году в Техасе был подан иск со стороны Zenimax Media Inc. против Oculus VR. Согласно позиции Zenimax Media Inc. Oculus VR. незаконно присвоили объекты коммерческой тайны (защищенный авторским правом компьютерный код, технические ноу-хау), которые были связаны с технологией очков виртуальной реальности Oculus Rift⁶⁴⁸.

При защите интеллектуальных прав в рамках виртуальной и дополненной реальности в зарубежных государствах также возникают проблемы.

В соответствии с законодательством США об интеллектуальной собственности использование товарных знаков, а также объектов, защищенных авторским правом, требует разрешения правообладателя в отношении применимых прав. При этом, чтобы предъявить требования о незаконном использовании объектов интеллектуальной собственности, правообладатель должен установить, что лицо использовало данный объект именно в сфере торговли в связи с продажей или рекламой товаров или услуг без согласия правообладателя.

Таким образом, пользователь реального товарного знака в среде виртуальной и дополненной реальностей может избежать деликтной ответственности за нарушение прав правообладателя⁶⁴⁹. Так, например, в ноябре 2004 года Marvel подал иск в суд на NCsoft, создателей популярной многопользовательской онлайн-игры «Город героев». Marvel заявила о необходимости применения мер ответственности за нарушение прав на товарные знаки, заявив, что имя персонажа NCsoft, «Государственный деятель», вероятно, вызовет путаницу с собственным

⁶⁴⁷ Чурилов А. Ю. Правовое регулирование интеллектуальной собственности и новых технологий: вызовы XXI века: монография. М.: Юстицинформ, 2020. 224 с.

⁶⁴⁸ Zenimax Media Inc. v. Oculus VR LLC, Civil Action No. 3:14-CV-1849-K (N.D. Tex. Jun. 27, 2018) [Электронный ресурс]. URL: <https://casetext.com/pdf-email?slug=zenimax-media-inc-v-oculus-vr-llc-2> (дата обращения: 08.06.2021).

⁶⁴⁹ Lemley M. A., Volokh E. Law, Virtual Reality, and Augmented Reality / M.A. Lemley, E. Volokh // University of Pennsylvania Law Review. 2018. Vol. 166. P. 1051–1138.

«Капитаном Америкой» Marvel. Окружной суд Центрального округа Калифорнии отклонил исковые требования истца, указав, что не было доказано нарушение прав и гарантий для коммерческой деятельности (торговли), как это требуется для удовлетворения иска о нарушении прав на товарные знаки.

Аналогичные проблемы возникают у пострадавшей стороны, столкнувшейся с защитой добросовестного использования в соответствии с законодательством США об авторском праве. Так, согласно Закону об авторском праве автор имеет исключительное право воспроизводить, распространять, исполнять и готовить производные произведения на основе произведения, защищенного авторским правом. Однако в соответствии с доктриной добросовестного использования пользователь реального авторского права в среде AR или VR потенциально может избежать ответственности, если будут соблюдены условия добросовестного использования. Согласно законодательству США к условиям добросовестного использования относятся:

- 1) невозможность идентифицировать продукт правообладателя потребителями без использования товарного знака;
- 2) в рамках добросовестного использования должна использоваться только та часть товарного знака, которая необходима для непосредственной идентификации;
- 3) сторона не должна подразумевать одобрение со стороны владельца товарного знака, если такового не существует⁶⁵⁰.

Таким образом, правообладатель должен доказать недобросовестность стороны в рамках использования товарных знаков в сфере виртуальной и дополненной реальностей, поскольку согласно позиции законодателя США использование товарного знака в виртуальной среде не может нанести вреда его правообладателю.

Кроме того, в зарубежной практике окончательно не решен вопрос о том, может ли патент на промышленный образец для физического изделия быть нарушен в рамках VR/AR? Например, в видеоигре, где используется оружие, аналогичное зарегистрированным в качестве промышленного образца.

Можно сказать, что проблема защиты патента в технологиях погружения заключается в отсутствии единого подхода в правоприменительной практике. Данная тенденция замечена не только в США, но и в Европейском Союзе.

Решением проблемы непоследовательного разрешения споров в области технологий погружения может стать международная унификация режима правовой охраны технологий VR/AR. В декабре 2016 г. организации из многих государств мира объединились в Глобальную ассоциацию виртуальной реальности (GVRA), целью которой признано развитие и внедрение стандартов VR во всем мире.

В рамках создания GVRA возможна разработка единой политики в области охраны программного обеспечения или устройства для создания виртуальной реальности, используемых товарных знаков и патентов в VR. На сегодняшний день объединение VR и AR-сообщества на международном уровне – это новая ступень в урегулировании правовых отношений в сфере технологий погружения.

Библиографический список:

1. Гринь, Е. С. Ты – автор! Что такое авторские и смежные права: научно-методическое пособие / под ред. Л. А. Новоселовой. – М.: Проспект, 2019. – 96 с.
2. Гринь, Е. С. Формирование базовых моделей охраны технологий виртуальной и дополненной реальности в сфере права интеллектуальной собственности / Е. С. Гринь, А.Г. Королева // Актуальные проблемы российского права. – 2019. – № 6. – С. 90–97.
3. Котенко, Е. С. Мультимедийный продукт как объект авторских прав: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Е. С. Котенко. – М., 2012. – 26 с.
4. Лисовицкий, А. Apple получила патент на очки с проецированием на сетчатку и динамическим фокусом [Электронный ресурс] / А. Лисовицкий // Holographica.space – Режим доступа: <https://holographica.space/news/apple-patent-10-681-328-24272>.
5. Мытников, А. Н. История развития дополненной реальности [Электронный ресурс] / А. Н. Мытников, Е. А. Мытникова // NovaUm. ru. – Режим доступа: <https://novaum.ru/public/p148>.

⁶⁵⁰ Kasparie A.J. Freedom of Trademark: Trademark Fair Use and the First Amendment / A. J. Kasparie // University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law. 2016. Vol. 18. P. 1547–1549.

6. Новейший философский словарь / под общ. ред. А. А. Грицанова. – 3-е изд., исправл. – Мн.: Книжный Дом, 2003. – 1280 с.
7. Осипов, М. П. Системы виртуальной реальности: учебно-методическое пособие / М. П. Осипов. – Нижний Новгород: Нижегородский госуниверситет. 2012. – 48 с.
8. Первые шаги в освоении VR-технологии: ранние опыты и устройства 1930-1960 годов [Электронный ресурс] // Integral-russia.ru. – Режим доступа: <http://integral-russia.ru/2020/08/31/pervye-shagi-v-osvoenii-vr-tehnologii-rannie-opyty-i-ustrojstva-1930-1960-godov/>.
9. Право интеллектуальной собственности: учебник. Т. 4: Патентное право / О. Л. Алексеева, А. С. Ворожечич, Е. С. Гринь [и др.] ; под общ. ред. Л. А. Новоселовой. – М.: Статут. 2019. – 659 с.
10. Рузакова, О. А. Вопросы защиты интеллектуальной собственности в области технологий виртуальной и дополненной реальности (VR, AR) / О. А. Рузакова, Е. С. Гринь // Вестник Пермского университета. Юридические науки. – 2020. – № 3. – С. 502– 523.
11. Чурилов, А. Ю. Правовое регулирование интеллектуальной собственности и новых технологий: вызовы XXI века: монография / А. Ю. Чурилов. – М.: Юстицинформ. 2020. – 224 с.
12. Шебанова Н.А. Технологии погружения: вопросы своевременности правового регулирования // Журнал Суда по интеллектуальным правам. – 2019. – № 26. – С. 6– 19.
13. Kasparie A.J. Freedom of Trademark: Trademark Fair Use and the First Amendment / A. J. Kasparie // University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law. – 2016. – Vol. 18. – P. 1547–1549.
14. Lemley, M. A. Law, Virtual Reality, and Augmented Reality / M.A. Lemley, E. Volokh // University of Pennsylvania Law Review. –2018. – Vol. 166. – P. 1051–1138.

КОММЕРЧЕСКОЕ И АНТИМОНОПОЛЬНОЕ ПРАВО

В. Э. Дюмина

*Санкт-Петербургский государственный университет,
бакалавриат, образовательная программа
«Юриспруденция», IV курс*

*Научный руководитель: О. А. Городов
д.ю.н., профессор кафедры коммерческого права
Санкт-Петербургского государственного университета*

ЗАПРЕТ НА НЕДОБРОСОВЕСТНУЮ КОНКУРЕНЦИЮ, СВЯЗАННУЮ С ПРИБРЕТЕНИЕМ И ИСПОЛЬЗОВАНИЕМ НЕТРАДИЦИОННЫХ ТОВАРНЫХ ЗНАКОВ

Нетрадиционные товарные знаки в настоящий момент – наиболее уязвимый объект интеллектуальной собственности. Непроработанность процедуры регистрации, проблемы с выявлением идентичных заявок и отсутствие способов охраны и защиты от копирования таких объектов породили ряд прецедентов в этой области.

В тоже время нестандартные обозначения, как хороший способ выделения своего товара среди других, стали одним из популярных механизмов игры на конкурентном рынке, что говорит о необходимости разработки дополнительных подходов и правовых моделей обеспечения гарантий защиты нетрадиционных товарных знаков.

Ключевые слова: антимонопольное законодательство, нетрадиционные товарные знаки, правовая охрана, коммерсанты, недобросовестная конкуренция, защита, различительная способность.

V.E. Dyumina

PROHIBITION OF UNFAIR COMPETITION RELATED TO THE PURCHASE AND USE OF UNCONVENTIONAL TRADEMARKS

Non-traditional trademarks are currently the most vulnerable intellectual property. The lack of elaboration of the registration procedure, problems with identifying identical applications and the lack of methods for protecting and protecting such objects from copying gave rise to a number of precedents in this area.

At the same time, non-standard designations, as a good way to distinguish your product from others, have become one of the popular game mechanisms in a competitive market, which indicates the need to develop additional approaches and legal models to ensure guarantees for the protection of non-traditional trademarks.

Key words: antitrust laws, non-traditional trademarks, legal protection, merchants, unfair competition, protection, distinctiveness.

По мнению лауреата Нобелевской премии по экономике Кеннета Эрроу, стимулы монополиста к нововведениям, при прочих равных условиях, слабее, чем у компании в условиях конкуренции. Конкуренция, действительно, лучший рычаг прогресса. Например, в 2020 году все страны мира были заинтересованы в разработке вакцины от новой коронавирусной инфекцией COVID-19. Результат был стремительно достигнут в условиях не только экономической, но и политической конкуренции уже к началу 2021 года. Помимо продвижения новаций, конкуренция способствует улучшению продукции и получению конечным потребителем более качественного товара. Именно поэтому законодатель должен актуализировать механизмы защиты рыночной конкуренции в том числе и в праве интеллектуальной собственности.

Самостоятельным актом недобросовестной конкуренции следует считать «конкретное действие, проявляющееся в нарушении конкуренции на том либо ином сегменте рынка и имеющее негативные последствия для последнего, вызванные преодолением установленных границ допустимого поведения хозяйствующего субъекта»⁶⁵¹. Согласно российскому законодательству,

⁶⁵¹ Городов О.А. Недобросовестная конкуренция: учебно-практическое пособие // М.: Юстицинформ, 2020. С.29.

такие действия должны быть направлены на приобретение и использование исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации товаров, работ или услуг (ч.1 ст. 14.4 ФЗ «О защите конкуренции» от 26.07.2006 г. №135-ФЗ, далее – Закон о защите конкуренции). Негативные последствия и преимущества проявляются только тогда, когда товар с незаконным использованием интеллектуальной собственности поступает в гражданский оборот, формой вреда в данном случае являются убытки (п.9.5 Письма ФАС)⁶⁵².

Статья 10.bis Парижской конвенции, являющаяся в силу ч. 4 ст.15 Конституции РФ составной частью правовой системы Российской Федерации, предусматривает, что всякий акт, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах, считается актом недобросовестной конкуренции. Исходя из этого, к актам могут быть отнесены любые действия, оказывающие негативное влияние на конкуренцию, конкурента, его товары, результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации путем нерыночного и иного информационного, нечестного, незаконного воздействия⁶⁵³.

Таким образом, недобросовестная конкуренция возникает не только, когда один субъект занимает господствующее положение на рынке в противовес другим, возможностей получения внеконкурентных преимуществ очень много и значительная часть связана непосредственно с незаконным использованием нетрадиционных товарных знаков, например, продажа, обмен или иное введение в оборот товара с используемыми в нем охраняемыми результатами интеллектуальной деятельности, смешение с товарами, индивидуализированными особым образом, введение в заблуждение посредством формирования ложного представления о чем-либо.

Возможность регистрации нетрадиционных товарных знаков – объемных, цветовых, вкусовых, обонятельных, позиционных, изменяющихся и др. обозначений в большей степени зависит от уровня их известности потребителям. К регистрации таких товарных знаков предъявляются особые требования как на этапе оформления документов заявки, так и в процессе регистрации. Как правило, нетрадиционные обозначения сами по себе признаются Федеральной службой по интеллектуальной собственности (далее – Роспатент) не обладающими различительной способностью и не подлежащими регистрации, если они не приобрели широкую известность среди потребителей в результате их интенсивного использования (приобретенную различительную способность).

При этом, использование третьими лицами обозначения, тождественного или сходного до степени смешения с заявленным на регистрацию в качестве товарного знака обозначением, в период между датой подачи заявки (датой приоритета) и датой регистрации этого товарного знака не может считаться нарушением исключительного права на товарный знак. Дата подачи заявки служит лишь моментом отсчета срока действия исключительного права и определяет согласно пункту 1 статьи 1494 ГК РФ дату приоритета (в частности, в целях применения пункта 6 статьи 1483 ГК РФ). Использование запахов, которые характерны для товаров или услуг известных брендов также не будет считаться недобросовестной конкуренцией, до тех пор, пока такие запахи не станут должным образом защищаться, что представляет даже большую угрозу, чем использование схожих изобразительных элементов, поскольку запах, также как и цвет является ярким маркером, различающим товарные знаки и создающим образ, впечатление, которое и должно охраняться. Так, схожий запах может усугубить возможность различения брендов подобно аналогичному буквенному элементу, добавленному к похожему изобразительному обозначению как, например, товарные знаки Microsoft Corporation и ПАО «Газпром нефть» (см. Рисунок 1).

⁶⁵² См. Письмо ФАС России от 24.12.2015 №ИА/74666/15 «О применении «четвертого антимонопольного пакета». Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶⁵³ См. п.2.2 Определения КС РФ от 21 ноября 2013 г. №1841-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы закрытого акционерного общества «Региональный Сетевой Информационный Центр» на нарушение конституционных прав и свобод положениями пункта 9 статьи 4, пункта 5 части 1 статьи 11 и абзаца первого части 1 Федерального закона «О защите конкуренции». Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».



Рисунок 1.

В действительности недостаточная разработанность нормативной базы по регулированию прав на нестандартные обозначения, даже несмотря на отсутствие законодательных препятствий, существенно ограничивает предоставление правовой охраны таким объектам. В тоже время, согласно вышесказанному, необходимо исследовать известность товарного знака и возможность отнесения потребителями товаров, маркированных сходными знаками, к одному месту происхождения и/ или изготовителю. В определенных случаях правовая защита известности товарного знака, его коммерческой ценности в силу приобретения таковой хозяйствующим субъектом – их обладателем может осуществляться вне зависимости от его государственной регистрации.

На практике довольно распространено незаконное использование товарного знака более известной фирмы, незаконная маркировка чужим товарным знаком или ссылка на товарный знак конкурента, что ставит нарушителей в более выгодное положение по отношению к коммерсантам, которые действуют честно и соблюдают конкурентное законодательство⁶⁵⁴. Борьба с такой «паразитической» конкуренцией является одной из ключевых задач антимонопольного органа, поскольку использование средств индивидуализации крупных компаний является популярным способом привлечения клиентов.

Также следует отметить, что конкурентное право находится в конфликте с общими началами права интеллектуальной собственности несмотря на то, что они преследуют, фактически, одну и ту же цель – продвижение инноваций, улучшение качества продукции и защиту конечного потребителя. Это связано с антимонопольными иммунитетами в сфере интеллектуальной собственности. Правило, содержащееся в ч.4 ст.10 Закона о защите конкуренции препятствует возникновению дисбаланса между различными по природе правовыми инструментами и практикой их применения. При этом, как указывает О.А. Городов, легальная монополия является необходимым юридическим инструментом, служащим техническому и технологическому развитию⁶⁵⁵. Именно стремясь обойти установленные правообладателем запреты на использование классических средств индивидуализации товаров, конкуренты вынуждены предлагать что-то новое, обладающее большей привлекательностью для потребителя. Таким новшеством и стали нетрадиционные товарные знаки.

Однако «тенденции либерализации правовых ограничений, подкрепляемые причинами экономического (коммерческого) характера, переориентировали российскую правоприменительную модель в отношении правила об антимонопольном иммунитете интеллектуальной собственности на зарубежные правовые конструкции»⁶⁵⁶, в соответствии с которыми интерес правообладателей товарных знаков рассматривается под призмой конституционно значимых ценностей, что означает недопущение злоупотребления исключительным правом на товарный знак, «выходящего за разумные пределы защиты правообладателем своего экономического интереса, которое не должно поощряться, поскольку осуществление субъективных прав в противоречии с их назначением или с публичными целями,

⁶⁵⁴ Ст. 14.4 Федерального закона «О защите конкуренции» от 26.07.2006г. №135-ФЗ, п.6 ч.2 ст.1512 ГК РФ, п.169 ПП ВС от 23.04.2019 №10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации», Письмо ФАС России от 26.08.2019г. №АК/74286/19 «Об особенностях рассмотрения дел о нарушении запрета, установленного статьей 14.4 Закона «О защите конкуренции». Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶⁵⁵ Городов О.А. О значении легальной монополии для экономической и технологической конкуренции // Интеллектуальные права: вызовы 21 века: сборник докладов II Международной конференции. Томск. 2020. С. 109–113.

⁶⁵⁶ Городов О.А. Недобросовестная конкуренция: учебно-практическое пособие // М.: Юстицинформ, 2020. С.39–41.

охраняемыми гражданским правом, влечет отказ в правовой защите»⁶⁵⁷ (исчерпание права (ст. 1487 ГК РФ), случаи свободного использования охраняемых результатов интеллектуальной деятельности (ст.ст. 1273 – 1280, 1359 ГК РФ)).

На рынке нетрадиционных товарных знаков нарушение антимонопольного законодательства может проявляться завуалированно, в виде копирования идей. Введение в заблуждение указанным образом представляет собой действие хозяйствующего субъекта (группы лиц), направленное на формирование у участников рынка товаров, работ и услуг представлений, которые не соответствуют действительному положению дел. Подобные действия могут не воздействовать прямо на ситуацию с потребительским спросом, однако косвенно порождают у участников рынка некие ожидания, которые в определенных ситуациях могут отвлечь клиентуру на том либо ином сегменте рынка и канализировать ее интересы в нужном для недобросовестного участника направлении. Такое небуквальное копирование общего концепта и впечатлений (*total concept and filat*) иногда бывает довольно сложно выявить даже в случае традиционных объектов интеллектуальной собственности, особенно в тех случаях, когда ни один художественный образ не дублируется. Проблема защиты от имитации усугубляется отсутствием защиты идей в российской правовой системе. Вопросы могут возникнуть по поводу обонятельных и вкусовых товарных знаков, когда ни один элемент химической формулы не скопирован, но запах/вкус получился идентичным. Для определения сходства важно, ассоциируется ли обозначение товара в целом, несмотря на их отдельные отличия и вывод о сходстве до степени смешения обозначений делается на основе восприятия общего впечатления, которое производит обозначение в целом на среднего потребителя соответствующих товаров или услуг, в этом контексте можно говорить и о том, что идея создателя товарного знака защищается, но пока что не ясно как определить достаточность воспроизведения идеи, насколько она должна быть воплощена, чтобы считаться нарушающей права правообладателя?

При этом, в большинстве случаев суды требуют предоставления доказательств факта смешения товаров потребителями, которые, руководствуясь общим впечатлением спутали товары, и рассматривают только те дела, по которым есть факт обращения потребителей к производителю товаров или услуг. Это происходит в связи с тем, что буквальное толкование нормы ст. 14.2 Закона о защите конкуренции приводит нас к выводу о том, что недобросовестной конкуренцией могут признаваться действия, которые уже ввели участников рынка в заблуждение. Согласно п. 9.2 вышеупомянутого письма Федеральной антимонопольной службы о применении «четвертого антимонопольного пакета» под качеством товара следует понимать совокупность потребительских свойств товара, а под потребительским свойством товара, в свою очередь, – свойство товара, проявляющееся при его использовании потребителем в процессе удовлетворения потребностей.

Таким образом, необходимость представления доказательств фактического сходства сравниваемых товарных знаков является неотъемлемым средством доказывания, и не всегда достаточно только потенциальной угрозы смешения.

Для того, чтобы привлечь лицо к ответственности за незаконное использование товарного знака в российской правовой системе необходимо сначала доказать, что такое использование в действительности имело место быть. С учетом пункта 1 статьи 1477 и статьи 1484 ГК РФ использованием товарного знака признается его использование для целей индивидуализации товаров юридических лиц или индивидуальных предпринимателей. Стандарт доказывания включает: «факт использования спорного обозначения иными лицами до даты подачи ответчиком заявки на регистрацию этого обозначения; известность ответчику этого факта; наличие на момент подачи ответчиком заявки на регистрацию этого обозначения в качестве товарного знака конкурентных отношений между ответчиком и истцом; наличие у ответчика намерения (цели) посредством приобретения исключительного права причинить вред истцу или вытеснить его с рынка; причинение либо вероятность причинения истцу вреда путем предъявления требований о прекращении использования спорного обозначения»⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ См. Постановление КС РФ по делу о проверке конституционности положений пункта 4 статьи 1252, статьи 1487 и пунктов 1, 2 и 4 статьи 1515 ГК РФ в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «ПАГ» от 13 февраля 2018г. №8-П. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶⁵⁸ См., напр.: Решение Суда по интеллектуальным правам от 21 февраля 2018 г. по делу №СИП-522/2017, а также дела №№ СИП-131/2017, СИП-501/2017, СИП-754/2018. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

В случае с нетрадиционными товарными знаками это сделать более проблематично, что связано со сложностями подтверждения факта использования. При этом интересно, что изготовление товара в форме товарного знака (в том числе трехмерного товара, воплощающего двухмерный товарный знак) также является способом использования товарного знака. Однако можно ли по этой же логике на основании обонятельного товарного знака создать духи, и будет ли это способом использования нетрадиционного товарного знака? Если обратиться к зарубежной практике, то, например, в Патентном суде Германии для подтверждения использования применяется аффидевит. Это делается также с целью выявления формально не конфликтующих, но на практике нарушающих права правообладателей обозначений. Например, может быть схожий товарный знак для товаров разных категорий и в таком случае это не будет нарушением. Но если разные товарные знаки размещаются на товаре таким образом и с таким цветовым решением, что товары становятся идентичными, то это является нарушением, но не интеллектуальной собственности, а антимонопольного законодательства.

Таким образом, нетрадиционные товарные знаки – это новый способ привлечения клиентов и получения преимуществ в конкурентной борьбе на рынке. Правильное и грамотное применение нетрадиционных товарных знаков может способствовать удорожанию бренда, повышению его привлекательности и увеличению клиентской базы. Однако для этого необходим механизм защиты таких объектов от неправомерного использования. Исходя из сказанного следует, что недобросовестная конкуренция не всегда связана с нарушением исключительных прав и, соответственно, нарушение исключительных прав может быть не связано с нарушением конкурентного законодательства. Именно поэтому и важна комплексная защита объектов интеллектуальной собственности.

Библиографический список:

1. Городов, О.А. Недобросовестная конкуренция: учебно-практическое пособие / О. А. Городов, А. В. Петров, Н.А. Шмигельская. – М.: Юстицинформ, 2020. – 324 с.
2. Городов, О. А. О значении легальной монополии для экономической и технологической конкуренции / О. А. Городов // Интеллектуальные права: вызовы 21 века: сборник докладов II Международной конференции. – Томск, 2020. – С. 109–113.

А. М. Молодкин

*Санкт-Петербургский государственный университет,
бакалавриат, образовательная программа «Юриспруденция», II курс*

*Научный руководитель: О. А Макарова
д.ю.н., доцент кафедры коммерческого права
Санкт-Петербургского государственного университета.*

АНАЛИЗ ПРОЦЕДУРЫ Внесудебного Банкротства Физических Лиц: СПУСТЯ ПОЛГОДА

Предметом исследования данной статьи является анализ введённой с 1 сентября 2020 года процедуры внесудебного банкротства физических лиц с целью поиска проблем, с которыми столкнётся правоприменительная практика. В ходе работы были сопоставлены причины внесения данных поправок и достигнутые результаты. Были выявлены несовершенства, оказывающие существенное влияние на введение в отношении граждан процедуры банкротства во внесудебном порядке.

Ключевые слова: банкротство физических лиц, внесудебное банкротство, исполнительное производство, судебный пристав, МФЦ.

А. М. Molodkin.

ANALYSIS OF THE PROCEDURE FOR OUT-OF-COURT BANKRUPTCY OF CITIZENS

The subject of the study of this article is an analysis of the procedure introduced from September 1, 2020, of extrajudicial bankruptcy of citizens to find problems faced by law enforcement practice. In the course of the work, the reasons for these amendments and the results achieved were compared. Improvements have been identified that have a significant impact on out-of-court bankruptcy proceedings against citizens.

Key words: bankruptcy of citizens, out-of-court bankruptcy, enforcement proceedings, bailiff, Multifunctional Center.

2020 год оказал существенное влияние на государства, их социально-экономическую политику. Российская Федерация не стала исключением: с января наша страна пережила множество кризисов, которые негативно сказались на благосостоянии граждан. Всеобщий карантин, фактически введённый в марте, стал причиной банкротства различных уровней бизнеса: малого, среднего, большого, и индивидуальных предпринимателей, которые не смогли адаптироваться в условиях неблагоприятной санитарно-эпидемиологической обстановки. Согласно данным Единого федерального реестра юридически значимых сведений о фактах деятельности юридических лиц, ИП и иных субъектов экономической деятельности в июне 2020 годы суды признали несостоятельными 11483 гражданина, что в 2,18 раз больше, чем в таком же месяце прошлого года (5 279 шт.), и 1 257 компаний (+30,5%, 963 шт.)⁶⁵⁹.

Подобная статистика явно свидетельствуют о снижении доходов граждан, что и стало причиной активной деятельности законодателя в данной области права.

Ещё в сентябре 2019 года, на фоне нарастающей популярности банкротства, группа депутатов Государственной Думы выступила с законодательной инициативой о внесении изменений в ФЗ от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»⁶⁶⁰ (далее – ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»), создававших новую и полностью бесплатную для граждан внесудебную процедуру банкротства. Была подготовлена пояснительная записка, разъясняющая цели новеллы. Совершенно ясным становится социальная направленность данной инициативы, так как большей частью изменения направлены на малоимущих граждан, пенсионеров, граждан, чей доход на человека не превышает прожиточного минимума региона проживания, то есть на те категории населения, для которых процедура банкротства физических лиц в судебном порядке является слишком затратной. На практике это жители небольших населённых пунктов, которые обращаются за финансовой помощью в тяжёлых жизненных ситуациях в банки и различные организации для предоставления им займов и кредитов под высокую процентную ставку. При этом по данным Единого федерального реестра сведений о банкротстве более 70–80% физических лиц-банкротов не обладают имуществом, которое можно использовать для погашения долгов, а 65–70% кредиторов по итогам судебного заседания ничего не получают⁶⁶¹. Данный факт влиял на судебное заседание по вопросу неплатёжеспособности гражданина, делая его совершенно безрезультативным, лишь увеличивая загруженность арбитражных судов подобными спорами.

Пояснительная записка к предлагаемому законопроекту также содержит общее описание будущей процедуры⁶⁶². Проект предполагал создание фонда поддержки внесудебного банкротства, формирование которого становилось обязанностью национального объединения саморегулируемых организаций. Впоследствии арбитражный управляющий, взявшийся за ведение внесудебной процедуры банкротства гражданина, получал вознаграждение из данного фонда. После введения процедуры предполагалось введение моратория на начисление штрафных санкций. Далее в течение одного года кредиторы имели бы право подать заявление в суд о признании гражданина банкротом в общем порядке. Также указанный срок предоставлялся в целях улучшения жизненной ситуации гражданина, поиска более высокооплачиваемой работы,

⁶⁵⁹ Единый федеральный реестр юридически значимых сведений о фактах деятельности юридических лиц, ИП и иных субъектов экономической деятельности [Электронный ресурс]: федер. портал. URL : <https://fedresurs.ru/news/cbddb756-c433-460c-b323-5747aa908dd5?attempt=1> (дата обращения – 01.04.2021).

⁶⁶⁰ О несостоятельности (банкротстве) [Электронный ресурс]: федер. закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. №43. Ст. 4190. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶⁶¹ Единый федеральный реестр сведений о банкротстве [Электронный ресурс]: федер. портал. URL : <https://bankrot.fedresurs.ru/?attempt=1> (дата обращения 01.04.2021).

⁶⁶² Законопроект № 792949-7 [Электронный ресурс]: система обеспечения законодательной деятельности. URL : <https://sozd.duma.gov.ru/bill/792949-7> (дата обращения 01.04.2021).

вступления в наследство, о чём должник обязан был сообщить кредиторам и что влекло окончание внесудебной процедуры банкротства. В противном случае, после истечения года, наступало бы банкротство гражданина в силу закона.

Рассматривая вариант процедуры, изложенный в пояснительной записке, нельзя не заметить влияние на него зарубежного корпоративного (банкротного) права. Фактически новелла предполагала введение реабилитационного срока должника, была ориентирована на восстановление его платёжеспособности и возвращение его в экономический оборот. Подобная же цель преследуется, например, Германским законодательством, которое настаивает на досудебном урегулировании конфликта между должником и кредитором, а над гражданином устанавливается контроль благосостояния длительностью 6 лет, и если по окончании этого срока платёжеспособность лица не восстановится, то только тогда оно объявляется банкротом. Во Франции суды также оказались перегружены делами о «потребительском» банкротстве, что повлекло принятие схожего решения: законодатель расширил полномочия административных органов, работающих при содействии Банка Франции, придав им значение фильтра⁶⁶³, что во многом схоже с предлагаемыми арбитражному управляющему полномочиями в законопроекте. Общее стремление законодателя к доступности списания долгов через процедуру несостоятельности является закономерным следствием связи банкротства с экономикой, о чём ни раз отмечалось в доктрине⁶⁶⁴, а положительный эффект, ощутимый даже на макроэкономическом уровне, возможен лишь при достижении максимально возможного соотношения доступности процедуры и добросовестности граждан⁶⁶⁵.

Таким образом, при рассмотрении проекта новеллы пред нами предстаёт итог закономерного процесса развития отечественной правовой системы. Теперь обратимся к варианту поправок в ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»⁶⁶⁶, вступивших в силу 1 сентября 2020 года. Итоговая процедура начинается с подачи гражданином-должником в Многофункциональный центр (далее - МФЦ) заявления о признании его банкротом. При этом физическое лицо должно соответствовать нескольким требованиям, а именно:

общий размер денежных обязательств и обязанностей по уплате обязательных платежей, в том числе обязательств, срок исполнения которых не наступил, обязательств по уплате алиментов и обязательств по договору поручительства независимо от просрочки основного должника, составляет не менее пятидесяти тысяч рублей и не более пятисот тысяч рублей;

1) на дату подачи заявления в отношении гражданина окончено исполнительное производство в связи с возвращением исполнительного документа взыскателю на основании п. 4 ч. 1 ст. 46 ФЗ от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»⁶⁶⁷ (далее – ФЗ «Об исполнительном производстве»), независимо от объема и состава требований взыскателя, и не возбуждено иное исполнительное производство после возвращения исполнительного документа взыскателю

Изложенные таким образом критерии оказываются ориентированными на индивидуальных предпринимателей, но не на малоимущих граждан, так как исполнительное производство не может быть окончено на основании п. 4 ч. 1 ст. 46 ФЗ «Об исполнительном производстве» до тех пор, пока у должника есть заработная плата, пособие по безработице, пенсия или другой регулярный доход, на пятьдесят, а в указанных законом случаях на семьдесят процентов которых пристав может обращать взыскание. В итоге, социальная проблема, являющаяся причиной введения данных поправок, остаётся. Более того, 13 октября 2020 года во втором чтении был отклонён законопроект №303743-7⁶⁶⁸, гарантирующий неприкосновенность прожиточного

⁶⁶³ McDermott M. Layering, conversion, and drifting: A comparative analysis of path dependent change in consumer insolvency systems // Chicago-Kent law review. Chicago. 2018. Vol. 93. № 3. P. 765–800.

⁶⁶⁴ Абдуллаев А.З., Магомедова М.А. Анализ зарубежного регулирования несостоятельности (банкротства) физических лиц // Закон и право. 2011. № 9. С.71-76.

⁶⁶⁵ Kilborn J.J. The personal side of harmonizing European insolvency law // Norton J. bankruptcy law and policy. Chicago. 2016. № 5. P. 581–622.

⁶⁶⁶ Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» от 26.10.2002 № 127-ФЗ [Электронный ресурс]: Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶⁶⁷ Об исполнительном производстве [Электронный ресурс]: федер. закон от 02.10.2007 № 229-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2007. №41. Ст. 4849. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶⁶⁸ Законопроект № 303743–7 [Электронный ресурс]: система обеспечения законодательной деятельности. URL : <https://sozd.duma.gov.ru/bill/303743-7> (дата обращения 01.04.2021).

минимума граждан – должников в порядке исполнительного производства, то есть запрещающий приставам накладывать взыскание на регулярные доходы граждан в случае, если после взыскания размер дохода должника становился меньше прожиточного минимума.

Интересным является и то, что закон не предполагает внесение в Национальное Бюро кредитных историй информации о банкротстве гражданина.

Однако кроме теоретических проблем данная процедура очень сложна на практике, при чём не только для должника, но и для его кредиторов:

Во-первых, обратимся к одному из критериев, при соблюдении которого должник может воспользоваться внесудебным банкротством – оконченное исполнительное производство. Для введения процедуры кредитор должен обратиться в службу судебных приставов с исполнительным листом или судебным приказом в отношении гражданина, а для этого должен пройти судебный процесс по взысканию долга. В действительности кредиторы и до вступления в силу данных поправок не стремились, а после 1 сентября окончательно прекратят инициировать судебный процесс по взысканию долга, так как будут понимать, что своими действиями приблизят банкротство гражданина и, скорее всего, ничего не получают. Кроме того, даже в случае, если исполнительное производство будет начато, оно по общему правилу должно длиться два месяца, в которые должник, подпадающий под все условия внесудебного банкротства, не может его пройти.

Во-вторых, кредитор, не указанному в перечне кредиторов, подаваемом в МФЦ, не будет выгодно заявлять о себе, так как долг гражданина данному лицу в результате процедуры не спишется. В случае же, если такой кредитор захочет обратиться в арбитражный суд, то будет обязан провести процедуру полностью за свой счёт, однако не сможет взыскать даже эти расходы с должника, так как у гражданина будет отсутствовать имущество, подлежащее реализации.

Совершенно ясно, что вся процедура внесудебного банкротства требует доработок, однако уже сейчас, спустя полгода, законодатель пытается решить перечисленные выше проблемы. В Государственную Думу был внесён на рассмотрение законопроект №956530-7⁶⁶⁹, который предлагает регламентировать порядок исполнения исполнительных документов, содержащих требования об имущественных взысканиях, предусматривающий обеспечение должнику-гражданину минимального размера дохода в размере величины прожиточного минимума (ссылка на заключение правового комитета). В целом, законопроект практически полностью идентичен обсуждаемому выше №303743-7, отклонённому депутатами во втором чтении. Однако Правовой комитет в своём заключении подчеркнул, что сохранение у должников прожиточного минимума в период исполнительного производства может «привести к нарушению конституционного принципа исполнимости судебных решений». Более того, 12 апреля 2021 года законопроект был снят с рассмотрения в связи с его отзывом субъектом инициативы.

Процедура внесудебного банкротства имеет не только минусы, но и плюсы. Например, вся процедура проходит в МФЦ, что существенно увеличивает круг лиц, имеющих возможность узнать о данной процедуре при посещении многофункционального центра. Так, в интервью Российской газете заместитель министра экономического развития Илья Торосов заявил, что за сентябрь 2020 года «механизмом списания безнадежных долгов попробовали воспользоваться около двух тысяч человек»⁶⁷⁰.

Следует также обратить внимание на название процедуры. ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" определяет данный механизм как «внесудебное банкротство гражданина», однако при ближайшем рассмотрении становится ясным некорректность подобного термина. Анализируемая в статье процедура проводится полностью в административном порядке, но, если опять обратиться к опыту западноевропейских стран можно заметить, что само признание гражданина несостоятельным происходит только через суд. Так, например, в Германии актом, регламентирующим банкротство, является Положение о несостоятельности от 05.10.1994 (Insolvenzordnung)⁶⁷¹, ч. 1 ст. 2 которого устанавливает исключительную компетенцию Участковых судов при разрешении дел о несостоятельности. Таким образом, применительно

⁶⁶⁹ Законопроект № 956530-7 [Электронный ресурс]: система обеспечения законодательной деятельности. URL : <https://sozd.duma.gov.ru/bill/956530-7> (дата обращения 01.04.2021).

⁶⁷⁰ Большинство первых заявителей получили отказ в упрощенном банкротстве [Электронный ресурс]: Rg.ru. URL: <https://rg.ru/2020/10/01/bolshinstvo-pervyh-zaiavitelej-poluchili-otkaz-v-uproshchennom-bankrotstve.html> (Дата обращения 01.04.2021).

⁶⁷¹ Insolvenzordnung [Электронный ресурс]: vom 5. Oktober 1994 // BGBl. I S. 2866. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/insol/> (Дата обращения 01.04.2021).

нововведенному механизму точнее будет применить термин «внесудебный механизм списания безнадежных долгов». И хотя с точки зрения практического применения такое разграничение имеет мало пользы, в теоретическом аспекте оно показывает нам иную грань такого «банкротства»: это фактически административно-правовой инструмент, созданный государством для поддержки малоимущих граждан. И если рассматривать эту новеллу как административный институт, то получится, что она - одна из сложнейших для граждан во всём российском праве. При её анализе можно увидеть, что законодатель попытался вставить в данную процедуру сроки «судебного банкротства», не сохранив однако тех гарантий, что предоставляются в судебном механизме и кредиторам, и гражданам, заменить фигуру арбитражного управляющего судебным приставом, не предоставив ему аналогичных полномочий, и лишить должника возможности обратиться за квалифицированной юридической помощью при сопровождении «внесудебного банкротства», так как судебным приставом у него будет доказано отсутствие любых средств, на которое может быть обращено взыскание.

Подводя итог, можно сделать следующие выводы: изначально предложенная процедура, хоть и имела недостатки и требовала доработки, во многом следовала западноевропейским тенденциям развития института несостоятельности граждан, имела своей целью восстановление платёжеспособности физического лица, возвращение его в оборот. Действующая на данный момент не имеет с замыслом ничего общего, превратившись в сложнейший административный инструмент, которым из-за правовой коллизии фактически не могут воспользоваться наиболее нуждающиеся в ней социальные группы. Законодатель пытался устранить данное несоответствие между предъявляемыми требованиями и федеральным законодательством, однако на данный момент никаких положительных результатов нет.

Библиографический список:

1. Абдуллаев А. З., Магомедова М. А. Анализ зарубежного регулирования несостоятельности (банкротства) физических лиц / А.З. Абдуллаев, М.А. Магомедова // Закон и право. – 2011. – № 9. – С. 71 – 76.
2. Единый федеральный реестр сведений о банкротстве [Электронный ресурс]: федер. портал. Режим доступа: <https://bankrot.fedresurs.ru/?attempt=1>.
3. Единый федеральный реестр юридически значимых сведений о фактах деятельности юридических лиц, ИП и иных субъектов экономической деятельности [Электронный ресурс]: федер. портал. – Режим доступа: <https://fedresurs.ru/news/cbddd756-c433-460c-b3235747aa908dd5?attempt=1>.
4. Законопроект № 303743–7 [Электронный ресурс]: система обеспечения законодательной деятельности. – Режим доступа: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/303743-7>.
5. Законопроект № 792949–7 [Электронный ресурс]: система обеспечения законодательной деятельности. – Режим доступа: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/792949-7>.
6. Законопроект № 956530–7 [Электронный ресурс]: система обеспечения законодательной деятельности. – Режим доступа: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/956530-7>.
7. Большинство первых заявителей получили отказ в упрощенном банкротстве [Электронный ресурс] / И. Зубков // Rg.ru. – Режим доступа: <https://rg.ru/2020/10/01/bolshinstvo-pervyh-zaiavitelej-poluchili-otkaz-v-uproshchennom-bankrotstve.html>.
8. Insolvenzordnung [Электронный ресурс]: vom 5. Oktober 1994 // BGBl. I – S. 2866. – Режим доступа: <https://www.gesetze-im-internet.de/insol/>.
9. Kilborn J.J. The personal side of harmonizing European insolvency law // Norton J. bankruptcy law and policy. – Chicago, 2016. – № 5. – P. 581–622.
10. McDermott M. Layering, conversion, and drifting: A comparative analysis of path dependent change in consumer insolvency systems/ M. McDermott // Chicago-Kent law review. – Chicago, 2018. – Vol. 93, № 3. – P. 765– 800.

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

М. А. Белов

*НИУ ВШЭ - Санкт-Петербург, юридический факультет,
ОП «Юриспруденция», бакалавриат, III курс*

Н. И. Панченко

*НИУ ВШЭ - Санкт-Петербург, юридический факультет,
ОП «Юриспруденция», бакалавриат, II курс*

Научный руководитель: И.И. Осветимская

к.ю.н., доцент кафедры теории и истории права и государства НИУ ВШЭ - Санкт-Петербург, доцент кафедры теории и истории государства и права СПбГУ

СПРАВЕДЛИВОСТЬ: ФОРМИРОВАНИЕ ПРЕДСТАВЛЕНИЙ В ЭПОХУ ПОСТКЛАССИКИ

Предметом исследования статьи является концепт справедливости и формирование представлений о ней в современном мире, как о наиболее важной моральной и философско-правовой категории. Авторами используется методология социального конструкционизма, позволяющая обосновать утверждение о том, что справедливость как категория не имеет изначально заданного содержания, но приобретает свое значение в каждую конкретную эпоху за счет формирования общественных представлений и столкновения дискурсивных практик.

Ключевые слова: справедливость, социальный конструкционизм, постклассика, социальные представления, дискурс-анализ, символическое насилие.

М. А. Belov

N. I. Panchenko

JUSTICE: FORMING REPRESENTATIONS IN THE POST-CLASSICAL ERA

The subject of the article is the concept of justice and how representations of it, as the most important moral and philosophical legal category, are formed in the modern world. The authors use the methodology of social constructionism, which allows to substantiate the claim that justice as a category has no initially given content, but acquires its meaning in each particular era through the formation of public perceptions and the clash of discursive practices.

Key words: justice, social constructionism, postclassics, social representations, discourse analysis, symbolic violence.

Дискурс о праве неразрывно связан с дискурсом о справедливости. Какими бы ни были обоснования правопорядка отдельной общности или эпохи (будь то божественная воля, разум, природное устройство и т. д.), все они имеют своим основанием понятие справедливости. И хотя наличие взаимосвязи между правом и справедливостью кажется вполне очевидным, тип отношений между ними установить значительно сложнее. Данный разговор неверно было бы вести исключительно в плоскости философии или теории права – в первую очередь это разговор об общественных представлениях, о чем, помимо прочего, дают понять многочисленные неудачи в попытках вести данное рассуждение на уровне сущностей.

В своем исследовании мы исходим из методологии социального конструкционизма – направления в социальных науках, признающего первостепенную роль дискурса и отношений между людьми в конструировании ими мира и собственного «я», необходимость отказа от представления о всеобщих абсолютных истинах, эталонах поведения и психологических процессах, рассматривающее последние в привязке к культуре и истории конкретных сообществ, призывающее к многоголосию и взаимообогащению различных дискурсов (языков и способов интерпретации мира), демократизации и социальному преобразованию сознания

людей⁶⁷². Согласно И. Л. Честнову: «... конструктивизм в юриспруденции – это критика объективирующих правовую реальность концепций классической юриспруденции, с позиций которых право выступает миром идеальных сущностей, «парящих» над эмпирической социальной реальностью, созданных гением римских юристов (или глоссаторов) или «мировым духом»⁶⁷³. Учитывая данный факт, изучение справедливости как основной категории права в современной науке должно вестись в плоскости повседневных смыслов и индивидуальных интерпретаций.

Социально-правовая реальность в отличие от природной неустойчива и подвержена изменениям, поэтому знание о ней не трансцендентно истории⁶⁷⁴. Правовая наука должна объяснять положение дел здесь и сейчас, а не пытаться строить универсальные теории, экстраполируя выводы на весь социальный мир в пределах единого символического универсума. Последний представляет собой завершающий уровень легитимации складывающейся социальной реальности. Символический универсум, в определении П. Бергера и Т. Лукмана, понимается как «матрица всех социально объективированных и субъективно реальных значений»⁶⁷⁵. Однако построение такого универсума происходит исключительно на основе «теоретического опыта»⁶⁷⁶, оторванного от нашей повседневной жизни и протекающих в ней процессов. Его существование напрямую зависит от непротиворечивости значений и смыслов, которыми он оперирует. Конечно, это не означает, что в обществе существует тоталитарный диктат на единственно правильное понимание социальной реальности, но все девиации и альтернативные универсумы, способные нарушить или поставить под сомнение существующий порядок замалчиваются или исключаются путем интервенции гегемонии, символического и/или физического насилия. Когда же речь идет о научном изучении социальной реальности, исключение противоречий (не в ущерб полноте и точности исследуемого опыта) представляется невозможным. В связи с этим, психолог К. Джерджен ставит вопрос о том, как в такой ситуации исследователь, решивший пренебречь принятыми границами понимания, может оставаться в «пределах смысла»⁶⁷⁷? Признавая релятивный характер права и справедливости, таким образом, мы выходим за пределы устоявшегося правового смысла.

В своих отношениях с реальностью, предметами и концептами, ее наполняющими мы исходим из значений, которые они для нас имеют, природа этих значений социальна, основана на символических взаимодействиях между людьми, возникает и преобразовывается посредством социальных интеракций⁶⁷⁸. Так как право является феноменом социальным, юриспруденция также должна обращаться к инструментам социологического анализа. Юридическое знание – с точки зрения постклассической эпистемологии – обладает лишь относительной автономностью в среде социогуманитарного знания и обусловлено господствующими типами правопонимания, господствующей картиной мира и мировоззрением⁶⁷⁹. О восприятии права и его отношений со справедливостью на протяжении истории в рамках западноевропейского общества можно говорить на трех уровнях: уровне повседневной жизни обывателя, профессионального восприятия законодателем и юристами практиками, а также критики «философа-теоретика». Любые же представления основываются на словоупотреблении, социальном контексте и значении, закрепленном за некоторым словом. Язык в конструкционизме является одним из главных инструментов объективации и легитимации изменений и преобразований, происходящих в структуре социального мира. На языке построены все схемы, объясняющие социальные институты. Язык всегда противостоит ребенку как нечто объективное, существующее наравне с

⁶⁷² Улановский А.М. Конструктивизм, радикальный конструктивизм, социальный конструкционизм: мир как интерпретация // Вопросы психологии. 2009. №2. С. 38.

⁶⁷³ Честнов И.Л. Конструктивистская парадигма в юриспруденции // Правоведение. 2016. №2. (325). С. 68.

⁶⁷⁴ Якимова Е. В. Теоретические предпосылки социального конструкционизма в психологии. (обзор) // Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Сер. 11, Социология: Реферативный журнал. 1998. №3. С. 149.

⁶⁷⁵ Бергер П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности: Трактат по социологии знания. М., 1995. С. 158.

⁶⁷⁶ Там же. С. 157.

⁶⁷⁷ Джерджен К.Дж. Движение социального конструкционизма в современной психологии // Социальная психология саморефлексия маргинальности. М., 1995. С. 56.

⁶⁷⁸ Блумер Г. Символический интеракционизм: перспектива и метод. М., 2017. С. 38.

⁶⁷⁹ Честнов И.Л. Указ. соч. С. 71.

природой, как то, что существовало до и останется после его смерти⁶⁸⁰. Таким образом, термины, в которых мыслится правовая реальность являются артефактами, составляющимися в определенном социокультурном процессе⁶⁸¹.

Долгое время формирование представлений о справедливости, которые неизбежно отражались в праве (посредством которого фактически интегрировались в социальный порядок), происходило на третьем уровне. Речь идет об интеллектуальной элите, черпающей свой авторитет из того же обоснования, что и сам социальный порядок. Так, изменение социальных представлений на протяжении западноевропейской истории можно связать со сменой авторитетов, к которым обращались при производстве, легитимации и трансформации уже имевшегося и приобретаемого знания и опыта. От древнегреческих философов, искавших законы бытия в Логосе, римских жрецов, облакавших в слова волю богов, а позже – христианской церкви, возложившей на себя выражение и интерпретацию Божественной Мудрости. Представления о праве, справедливости и их отношении претерпевали определенные изменения, но все же опирались на те или иные метафизические основания, включались в конкретный универсум смыслов и исходили из него. Например, стоики признавали, что Логос являлся не только словом, но также законом и судьбой, необходимостью и справедливостью⁶⁸². Фома Аквинский, развивший и сильно усложнивший теологию Святого Августина, сводит «процесс познания справедливости к правильному истолкованию Святого Писания и учения церкви»⁶⁸³, сохраняя, таким образом, прерогативу толкования права за теологами. Так, христианские ценности, долгое время формировавшие представления о политике и праве, после периода религиозных войн сменились идеями освобожденного от бремени моральных убеждений Разума – в теории права теперь также преобладало рациональное начало. Позднее, когда государство, как творение эпохи Нового времени⁶⁸⁴, достаточно окрепло, оно (вместе с правом, которое уже нельзя было помыслить отдельно) более не нуждалось в ином – отличном от себя самого – основании. Помимо авторитета в руки правителей, а точнее юристов (деятельность которых не только во многом привела к образованию государства, а теперь и поддерживала его – воспроизводила правом), перешла и власть производить представления⁶⁸⁵. Теперь отношения между справедливостью и правом устанавливал «законодатель».

Во второй половине XX века академико-философский дискурс продолжал активно развиваться, но было ли ощутимо его влияние на непосредственное формирование социально-правовой реальности? Теперь формируемые на этом уровне концепции зачастую оставались лишь в академическом поле, а их теоретики стремились выработать универсальные схемы и «тесты», устанавливая отношения между правом и справедливостью. Так, теория справедливости Дж. Ролза критиковалась как универсалистская и не берущая в расчет сложные взаимоотношения между индивидом и обществом⁶⁸⁶. Р. Дворкин, попытавшийся релятивизировать момент принятия судебного решения, путем его оценки с точки зрения морали, тем не менее, не подвергал сомнению саму судебную мораль. Складывалось ощущение, что по-прежнему остается некоторое метафизическое мышление, направляющее поведение правоведов к единственно истинному благу. Попытку его преодоления предпринимали представители постметафизического мышления. В процессе развития глобализации, взаимного проникновения культур, ускорения событий авторитеты теряют свое признание, истощаются обязывающие смыслы, которые могли бы служить легитимации права⁶⁸⁷. Так, Ю. Хабермас, сторонник коммуникативной теории философии, «исходит из того, что современное общество больше не располагает содержательно понимаемой моралью, которая может быть привлечена с целью легитимации, и потребность в

⁶⁸⁰ Бергер П., Лукман Т. Указ. соч. С. 100.

⁶⁸¹ Джерджен К. Дж. Указ. соч. С. 55.

⁶⁸² Черных С. Н. Понятие «Справедливость» в средневековой философии // Вестник ВГТУ. 2011. №4. С. 2. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/ponyatie-spravedlivost-v-srednevekovoy-filosofii> (дата обращения: 09.12.2020).

⁶⁸³ Там же. С. 4.

⁶⁸⁴ Скиннер К. The State // Понятие государства в четырех языках. СПб.; М., 2002. С. 12-74.

⁶⁸⁵ Бурдые П. Социальное пространство и символическая власть // Социология социального пространства. СПб., 2017. С. 66-67.

⁶⁸⁶ Сен А. Идея справедливости. М., 2016 – 520 с.

⁶⁸⁷ Цит. по: Шульце К. Постметафизическое мышление и переосмысление права разума (справедливость в восприятии Лумана, Хабермаса и Деррида) // Lex Russica. 2015. №2. С. 17.

легитимации права при современных условиях может быть удовлетворена только при помощи постметафизических аргументов»⁶⁸⁸.

Однако подобное обращение к обществу без учета символического насилия, осуществляемого во всех его институтах, выглядит довольно наивным. Как правильно подмечают критики коммуникативной теории, в ней не берется в расчет роль власти и идеологии при выработке, столкновении и борьбе аргументов⁶⁸⁹. Эта борьба – борьба дискурсов, производящих социальную реальность. Согласно критическому дискурс-анализу все производство артикуляции контролируется символическими элитами (экспертами), реализующими власть через свое преимущество в доступе к различным жанрам и стилям дискурса, а доступ в свою очередь обретается с помощью символического капитала⁶⁹⁰, позволяющего его владельцам занимать определенное положение в поле. Э. Лаклау и Ш. Муфф в своей теории дискурс-анализа рассматривают социальное пространство как место политической борьбы за установление гегемонии конструировать и производить смыслы. Таким образом, опираясь на свой символический капитал и стремясь удержать власть над пространством текстов и языка, с целью сохранить в своей власти механизмы воспроизводства социальной реальности, различные социальные силы будут стремиться к переопределению в свою пользу, в первую очередь моральных категорий, включая, возможно, самую ключевую из них – справедливость. Содержание справедливости в такой ситуации — это не универсальные процедуры дискурса, а социальные представления о справедливом⁶⁹¹. В идеальном коммуникативном обществе все участвуют в процедурах формирования норм и процессе наполнения понятия справедливости содержанием, однако в реальности обыватели имеют лишь представление о справедливом, находясь под воздействием символических элит и безликих экспертов.

Так, справедливость как универсальная категория в борьбе дискурсов, не теряет свою ценность даже при изменении содержания понятия, при смене представлений о нем, обладая значительной символической ценностью для построения и трансформации любого социального порядка. Эта ее способность определяется сохранением базового и фундаментального восприятие права, которое открывает его этимология: «право – это мировой порядок, озвучиваемый, провозглашаемый и прочерчиваемый здесь, в нашем социуме, тем, кто идет вперед(и) (тем, кто ведет, вождем, сильным, знающим). Такое значение с необходимостью предполагает, что право – это хорошо, это справедливо, это так, как надо, как должно быть»⁶⁹². Об этой фундаментальной связи говорит в своей теории и Ж. Деррида, французский философ, который путем деконструкции устанавливает неразрывные отношения между правом и справедливостью: утверждает справедливость как основание права, отказывая праву в деконструкции вне ее⁶⁹³.

Оставаясь одним из важнейших принципов права, справедливость в ее декларативно-нормативном значении все больше расходится со справедливостью реальной. Реальная справедливость, если возможно так выразиться, образуется не в плоскости высоких ценностей и конституционного блеска, но на уровне обыденных практик людей. Такая справедливость выходит за рамки «правового смысла», а ее осуществление зависит не от жрецов в мантиях, но от действий соседей по лестничной площадке или участников общественной инициативы. Преодоление этого стремительно увеличивающегося разрыва возможно за счет обращения к изучению подобных практик.

Библиографический список:

1. Бергер П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности: Трактат по социологии знания / Пер. Е. Руткевич. – М.: Издательство «Медиум», 1995. – 323 с.

⁶⁸⁸ Там же. С. 21.

⁶⁸⁹ Честнов И.Л. Концепт справедливости в постклассическом правопонимании // Известия ВУЗов. Правоведение. 2013. №2. (307). С. 45.

⁶⁹⁰ Ван Дейк Т.А. Дискурс и власть: Репрезентация доминирования в языке и коммуникации. М., 2013. С. 51.

⁶⁹¹ Честнов И.Л. Указ. соч. С. 45.

⁶⁹² Шевцов С.П. Архаичное понимание права: Этимологический подход // Scholae, СХОЛЭ. 2013. №2. С. 339.

⁶⁹³ Derrida J. Force of Law: The "Mystical Foundation of Authority" // Deconstruction and the possibility of justice. NY, 1992. P. 15.

2. Блумер, Г. Символический интеракционизм: перспектива и метод / Герберт Блумер; пер. с англ. А.М. Корбута. – М.: элементарные формы, 2017. – 346 с.
3. Бурдые, П. Социальное пространство и символическая власть / П. Бурдые // Социология социального пространства. СПб., 2017. – 288 с.
4. Джерджен, К. Дж. Движение социального конструкционизма в современной психологии / К. Дж. Джерджен // Социальная психология саморефлексия маргинальности. М., 1995. – С. 51–73.
5. Шульце, К. Постметафизическое мышление и переосмысление права разума (справедливость в восприятии Лумана, Хабермаса и Деррида) / К. Шульце // Lex Russica. – 2015. – №2. – С. 16–25.
6. Сен, А. Идея справедливости. – М.: Изд-во Института Гайдара; Фонд «Либеральная Миссия», 2016. – 520 с.
7. Скиннер, К. The State // Понятие государства в четырех языках: Сб. статей / Под ред. О. Хархордина. СПб.; М.: Европейский университет в Санкт-Петербурге: Летний сад, 2002. – С. 12–74.
8. Тён А. ван Дейк Дискурс и власть: Репрезентация доминирования в языке и коммуникации / Пер. с англ. – М.: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2013. – 344 с.
9. Улановский, А.М. Конструктивизм, радикальный конструктивизм, социальный конструкционизм: мир как интерпретация/ А. М. Улановский // Вопросы психологии. – 2009. – №2. – С. 35–45.
10. Черных, С. Н. Понятие «Справедливость» в средневековой философии/ С. Н. Черных // Вестник ВГТУ. – 2011. – №4. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/ponyatie-spravedlivost-v-srednevekovoy-filosofii> (дата обращения: 09.12.2020).
11. Честнов, И. Л. Концепт справедливости в постклассическом правопонимании/ И. Л. Честнов // Известия ВУЗов. Правоведение. – 2013. – №2 (307). – С. 35–50.
12. Честнов, И. Л. Конструктивистская парадигма в юриспруденции/ И. Л. Честнов // Правоведение. – 2016. – №2 (325). – С. 62–93.
13. Шюц А. Структура повседневного мышления / А. Шюц // Социологические исследования. 1988. №2. URL: <https://ktpu.kpi.ua/wp-content/uploads/2014/02/A-SHyuts-struktura.pdf> (Дата обращения 08.12.2020). – 14 с.
14. Шевцов, С. П. Архаичное понимание права: Этимологический подход / С. П. Шевцов // Schole, СХОЛЭ. – 2013. – №2. – С. 340–354.
15. Якимова, Е. В. Теоретические предпосылки социального конструкционизма в психологии. (обзор) / Е. В. Якимова // Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Сер. 11, Социология: Реферативный журнал. – 1998. – №3. – С. 144–164.
16. Derrida, J. Force of Law: The "Mystical Foundation of Authority" // Cornell, D., Rosenfeld, M., Carlson. Deconstruction and the Possibility of Justice. – New York: Routledge, 1993. P. 36–37.

Л. М. Волокитина

*Санкт-Петербургский государственный университет,
магистратура, образовательная программа
«Юрист в сфере нормотворческой деятельности», II курс*

*Научный руководитель: В. В. Архипов
д.ю.н., доцент, заведующий кафедрой теории и истории государства и права
Санкт-Петербургского государственного университета*

ОБЪЕКТЫ КУЛЬТУРНОГО НАСЛЕДИЯ КАК ОБЪЕКТ ПРАВООТНОШЕНИЙ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ

Предметом исследования являются теоретико-правовые аспекты ценности объектов культурного наследия как объектов правоотношений, с целью выявления самостоятельности объектов культурного наследия и определение универсального признака объектов культурного наследия именно как объектов правоотношений. Анализ объектов культурного наследия, представленных как «внешние референты ценности» социологической концепции «обобщенных символических посредников», как объекта правоотношений в варианте коммуникативной интерпретации общей теории права – позволил переосмыслить самостоятельность объектов

культурного наследия как объекта правоотношений в силу «ценностных» характеристик, которые заключаются, в частности, в воспроизводстве социальных коммуникаций, связанных с юридически значимым признаком функциональности, относящимся к эстетическому пласту социальной реальности.

Ключевые слова: объекты культурного наследия, объект правоотношений, теория права, ценность, внешние референты ценности, обобщенные символические посредники, коммуникация, социология.

L. M. Volokitina

CULTURAL HERITAGE AS AN OBJECT OF LEGAL RELATIONS: THEORY OF LAW ASPECT

The subject matter of the article is theory of law aspects of the value of cultural heritage as an object of legal relations, in order to identify the autonomy of cultural heritage as an object of legal relations, and to determine the universal attribute of cultural heritage as an object of legal relations. The analysis of cultural heritage objects represented as «external referents of value» of the sociological concept of «generalized symbolic media» as the object of legal relations in the variant of communicative interpretation of the general theory of law - allowed to rethink the independence of cultural heritage as an object of legal relations due to «value» characteristics, which consist in particular, reproduction of social communications related to the legally significant sign of functionality, relating to the aesthetic plan.

Keywords: cultural heritage, object of legal relations, theory of law, value, external referents of value, generalized symbolic media, communication, sociology.

Объекты культурного наследия – крайне примечательный предмет правоотношений с точки зрения его актуальности и особенностей⁶⁹⁴.

Так, например, анализ правоприменительной практики показывает отсутствие системного подхода к оценке его правовой природы⁶⁹⁵. Также особенности заключаются в том, насколько тесно представление об объектах культурного наследия (и, следовательно, их правовой квалификации) связано с природой социальной реальности, как она раскрывается с точки зрения методологии социального конструкционизма⁶⁹⁶. Наконец, отдельно следует отметить, что изучение объектов культурного наследия имеет и методологическую ценность для теории и философии права как таковых, поскольку позволяет выявить отдельные общие свойства объектов правоотношений.

Можно назвать немало имен как отечественных, так и зарубежных исследователей, которые посвятили свои работы изучению проблематики объектов культурного наследия в праве: Александрова М. А., Богуславский М. М., Клебанов Л. Р., Мартыненко И. Э., Нешатаева В. О., Мэрримэн Дж., Фелан М. и другие⁶⁹⁷. Однако несмотря на столь пристальный интерес

⁶⁹⁴ Статья написана на основе текста выпускной квалификационной работы (магистратура) автора на тему «Культурное наследие как объект правового регулирования: теоретико-правовое исследование».

⁶⁹⁵ Об этом, например, см: Постановление Верховного Суда Российской Федерации от 14.03.2019 №26-АД19-1. Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс»; Постановление Верховного Суда Российской Федерации от 29.11.2018 №1-АД18-4. Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс»; Постановление Верховного Суда Российской Федерации от 06.11.2018 №18-АД18-46. Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс»; Постановление Верховного Суда Российской Федерации от 23.05.2017 №1-АД17-4. Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс»; Апелляционное постановление Московского городского суда от 25.10.2016 по делу №10-15206/2016. Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс»; Апелляционное определение Московского городского суда от 18.07.2019. Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс».

⁶⁹⁶ Бергер П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности: Трактат по социологии знания. М., 1995. 322 с.

⁶⁹⁷ Александрова М.А. Гражданско-правовой режим культурных ценностей в Российской Федерации: автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук. СПб., 2007. 25 с; Богуславский М.М. Культурные ценности в международном обороте: правовые аспекты. М., 2005. 427 с; Клебанов Л.Р. Уголовно-правовая охрана культурных ценностей: автореф. дис. на соиск. учен. степ. д. ю. н. М., 2012. 47 с; Мартыненко И.Э. Правовая охрана историко-культурного наследия в государствах Таможенного союза в рамках Евразийского экономического сообщества: монография. М., 2014. 285 с; Нешатаева В.О. Международно-правовое регулирование экономического оборота культурных ценностей: автореферат диссертации на соискание

юридической науке к изучению проблематики объектов культурного наследия в праве, отраженный авторами в специальной научной литературе, приходится констатировать тот факт, что большинство работ имеют скорее отраслевую, чем теоретико-правовую направленность.

Таким образом, в данной работе предпринимается попытка осмыслить объекты культурного наследия как объект правоотношений с точки зрения современных методологических подходов общей теории права.

Следовательно, объектом данного исследования являются общественные отношения, предметом которых являются объекты культурного наследия; предметом данного исследования являются теоретико-правовые аспекты ценности объектов культурного наследия как объекта правоотношений.

Краткое обобщение истории правового регулирования объектов культурного наследия показывает, что современная система нормативно-правовых актов по вопросам объектов культурного наследия складывалась постепенно, на протяжении столетий, на основе преемственности соответствующего нормативно-правового материала; окончательно она оформилась во второй половине XX – начале XXI века и на данный момент представляет собой сочетание соответствующих нормативно-правовых актов из международного, национального и зарубежного права⁶⁹⁸.

Обзор определений объектов культурного наследия, данных в основных современных международных и отечественных нормативно-правовых актах, позволяет увидеть, что они являются сутью весьма объемными перечислениями предметов и групп предметов, из которых весьма трудно ухватить саму идею «культурного наследия»; вместе с тем крайне важным в этих определениях является тот момент, в соответствии с которым тот или иной предмет, претендующий на статус «объекта культурного наследия» – должен отвечать критерию «ценности»⁶⁹⁹.

Исследование понятия «ценность» как социально-философской концепции в контексте анализа соответствующих аспектов объектов культурного наследия в свете их правовой природы позволяет прийти к выводу о том, что, в соответствии с философской точкой зрения, «ценность» – это некое свойство объекта (например, положительное или отрицательное качество); в соответствии же с социологическим вариантом интерпретации феномена, «ценность» – это некий элемент социальной системы, явление социальной реальности⁷⁰⁰.

В соответствии с актуальными теоретико-правовыми воззрениями, существующими в юридической науке, право есть явление, в частности, коммуникативное⁷⁰¹, т. е. – суть социальное; отсюда появляется возможность исходя как из правовых характеристик объектов культурного

ученой степени к. ю. н. М., 2010. 34 с; Merryman J.H. Thinking about the Elgin Marbles: critical essays on cultural property, art and law. Kluwer Law International, 2009. 604 p; Phelan M.E. The Law of Cultural Property and Natural Heritage: protection, transfer and access. Kalos Kapp, 1998. 400 p.

⁶⁹⁸ Кулемзин А.М. Историко-культурное наследие и общество: теория и методика охраны памятников: учебное пособие. Кемерово, 2018. С. 12–15; Боголюбова Н.М, Николаева Ю.В., Рязанцева Н.Б. Всемирное культурное наследие: учебник. СПб., 2015. С.53, 54.

⁶⁹⁹ Об этом, например, см: Гаагская конвенция о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта (1954 г.) // ЮНЕСКО – правовые материалы: [портал]. URL: http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (дата обращения: 29.03.2021); Федеральный Закон от 25.06.2002 №72-ФЗ (ред. от 29.12.2020) «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации». Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс».

⁷⁰⁰ Палей Е.В. Проблема ценности (социально-онтологический аспект): автореф. дис. на соиск. уч. степ. канд. филос. наук. Иваново, 2007. С.3, 4; Вильданов Х.С. Ценность как предмет философского познания: автореф. дис. на соиск. учен. степ. д-ра филос. наук. Магнитогорск, 2009. С. 4-6, 15, 16; Елишев С.О. Теоретико-методологические подходы к изучению понятий ценность, ценностные ориентации // Вестник Московского Университета. Серия 18. Социология и политология. 2010. № 3. С. 74-90; Фомичева Т.В. К определению понятия «ценности»: социолого-исторический аспект // Ученые записки Российского государственного социального университета. 2012. №7. С. 63-71; Йоас Х. Возникновение ценностей. СПб., 2013. С. 35-54, 82-103, 125-153; Спиридонова В.А. Проблема ценностей в социологии (историко-теоретический аспект): автореф. дис. на соиск. учен. степ. к. социол. н. СПб., 2004. С. 11-17.

⁷⁰¹ Поляков А.В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: [Курс лекций]: Учеб. для студентов, обучающихся по направлению (специальности) «Юриспруденция». СПб., 2004. 863 с.

наследия, равно как и из собственно культурных и социальных (ценностных)⁷⁰² – представить объекты культурного наследия как «внешние референты ценностей» «обобщенных символических посредников».

Но что это значит? Представляется, что на этом моменте необходимо остановиться чуть подробнее. Концепция «обобщенных символических посредников» изначально была разработана в социологии – американский социолог-теоретик второй половины XX века Т. Парсонс считается одним из её основных зачинателей⁷⁰³.

В отечественной юридической науке В. В. Архипов в своей докторской диссертации⁷⁰⁴ не только осуществляет масштабный анализ этой концепции в социологическом контексте, но и одним из первых предлагает теоретико-правовой вариант её интерпретации для дальнейшего применения в юриспруденции⁷⁰⁵. Как отмечает сам В. В. Архипов: «Истоки концепции обобщенных символических посредников (англ. «generalized symbolic media») могут быть усмотрены в ранних социологических и экономических исследованиях, однако в юриспруденции данная концепция еще не применялась, несмотря на её методологические перспективы <...>»⁷⁰⁶.

Так, в изложении В.В. Архипова концепция «обобщенных символических посредников» выглядит следующим образом: «Говоря современным языком, обобщенный (генерализованный) символический посредник – это «токен» какой-либо социальной (т.е. общезначимой) ценности, соответствующих одной из подсистем социальной системы. Например, деньги – это обобщенный символический посредник материальных ресурсов, соответствующий экономической подсистеме, а власть – легитимной монополии на физическое насилие, соответствующей политической подсистеме. <...> Обобщенные символические посредники представляют собой коммуникативные средства социального конструирования реальности. Согласно Т. Парсонсу они характерны для каждой социальной подсистемы. <...> ...С. Абрютин предлагает дополнить концепцию представлением о «внешнем референте ценности» – конкретном объекте, который сообщает ценность обобщенного символического посредника, например, определенная денежная купюра, атрибут власти, религиозная принадлежность и т.п. Всего он выделяет десять институциональных областей, каждой из которых соответствует обобщенный символический посредник и внешние референты ценностей, между которыми возможен обмен на институциональном и индивидуальном уровнях»⁷⁰⁷.

Это представление позволяет провести необходимую линию связи объектов культурного наследия с общей теорией права в аспекте «объекта правоотношения».

Из множества существующих и представленных концептуальных построений науки теории права как прошлого, так и настоящего⁷⁰⁸ – наиболее подходящей видится коммуникативная интерпретация права, в соответствии с подходом которой объект правоотношения должен быть в первую очередь «ценным» объектом самим по себе, чтобы подвергнуться воздействию правового регулирования, стать частью правоотношения⁷⁰⁹. Как об этом писал А. В. Поляков: «...плюралистическая теория объекта правоотношения не сводит последний только к поведению обязанного лица, а понимает под объектом различные социальные блага (социальные ценности).

⁷⁰² Копсергенова А.А. Культурное наследие: философские аспекты анализа: автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. филос. наук. Ставрополь, 2008. С. 7, 8, 11.

⁷⁰³ Abrutyn S. Money, Love and Sacredness: Generalised Symbolic Media and the Production of Instrumental, Affectual and Moral Reality // Czech Sociological Review. 2015. Vol. 51. No. 3. PP. 445-471; Шацкий Е. История социологической мысли. Т. 2. М., 2018. С. 438-453; Йоас Х., Кнёбль В. Социальная теория: двадцать вводных лекций. СПб., 2011. С. 37-141; Парсонс Т. О социальных системах. М., 2002. 832 с.

⁷⁰⁴ Архипов В.В. Семантические пределы права в условиях медиального поворота: теоретико-правовая интерпретация: дис. на соиск. учен. степ. доктора юридических наук. СПб., 2019. 403 с.

⁷⁰⁵ Там же. С. 264-280.

⁷⁰⁶ Там же. С. 56.

⁷⁰⁷ Архипов В.В. Семантические пределы права в условиях медиального поворота: теоретико-правовая интерпретация: дис. на соиск. учен. степ. доктора юридических наук. СПб., 2019. С. 26, 27, 56, 57.

⁷⁰⁸ Царев Д.Н., Чугунов Ю.О. Норма права, правоотношение и его объект (вопросы теории). СПб., 2004. 224 с; Сырых В.М. Теория права о понятии и составе правоотношений // Право и образование. 2002. №5. С. 27-36; Ермолаева Е.В. Объект правоотношения: историко-теоретическое исследование: автореф. дис. на соиск. учен. степ. к.ю.н. Казань, 2004. С. 3, 9 – 21.

⁷⁰⁹ Поляков А.В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: [Курс лекций]: Учеб. для студентов, обучающихся по направлению (специальности) «Юриспруденция». СПб., 2004. С. 773, 774.

Это могут быть материальные блага – вещи, а также продукты духовного творчества, личные нематериальные блага (жизнь, здоровье, честь, достоинство человека), само поведение участников правоотношения и результаты поведения (доставка груза к месту назначения по договору перевозки, возврат долга. Такую теорию объекта точнее было бы назвать не «плюралистической», а ценностной. Действительно, поскольку правовое отношение представляет собой телеологическое (целенаправленное) отношение, то объектом такого отношения будет то, на что направлены действия участников отношения по реализации своих прав и обязанностей и, соответственно, на что интенционально направлено их правовое сознание. Поскольку действия правообязанного направлены на удовлетворение интересов управомоченного, а реализация правомочных интересов есть эйдетическая ценность, то и общим объектом правовых отношений являются самые разнообразные ценности. Специальным объектом правоотношений можно считать конкретные материальные и нематериальные, одушевленные и неодушевленные объекты – носители ценностных свойств»⁷¹⁰.

Таким образом, исходя из того, что объекты культурного наследия, как представляется, определенно имеют ценность для всего общества – не менее определенно присутствует столь необходимый для устойчивости всех данных теоретико-правовых построений коммуникативный контекст, который позволяет говорить о том, что объекты культурного наследия как объект правоотношений обладают «социально-валютной ценностью»⁷¹¹, т.е. – любой артефакт культурного наследия⁷¹², признанный с точки зрения действующего права как «объект культурного наследия» – это суть конкретный «внешний референт ценности» объекта культурного наследия как «обобщенного символического посредника» вообще⁷¹³.

Это важно в свете того, что, как было замечено В.В. Архиповым: «...в случае если предмет...отношений выражает «социально-валютную ценность» обобщенного символического посредника, то такой предмет следует квалифицировать как «серьезный»... <...> ...предмет должен представлять собой не какую-либо частную ценность (в том числе, материальную), а представлять собой выражение некой обобщенной ценности <...> ...т.е. он должен быть внешним референтом ценности...»⁷¹⁴.

Свидетельством «серьезности», подтверждением той основной общей теоретической идеи, что объекты культурного наследия, как обобщенные символические посредники, обладающие «социально-валютной ценностью» и выраженные через «внешние референты ценности», являются самостоятельным объектом правоотношения – служит наличие не только специальных правовых норм, образующих определенный режим, положение, правовое регулирование объектов культурного наследия, но и судебная практика применения этих специальных правовых норм, через которую именно и высвечиваются, в частности, «ценностные» особенности объектов культурного наследия как объекта правоотношений⁷¹⁵.

Таким образом, исходя из этого, а также на основе анализа материалов отечественной судебной практики, объекты культурного наследия как объект правоотношений представляют собой самостоятельное, самоценное правовое явление, ценность которого определяется посредством воспроизводства соответствующих социальных коммуникаций, а одним из ключевых юридически значимых признаков которого является функциональность, относящаяся к культурно-эстетическому пласту (институциональной области) социальной реальности.

Итак, было проведено исследование, в котором на основе изучения соответствующих источников представлена «ценностная» концептуализация объектов культурного наследия как объекта правоотношений.

Конкретизируем основные результаты, которые были получены в ходе данного исследования.

⁷¹⁰ Там же.

⁷¹¹ Архипов В.В. Указ. соч. С. 280.

⁷¹² Артефакт культурный – любой объект (вещь, поведенческий акт и т.д.) в котором воплощены ценности культуры, ценностные смыслы // Теория культуры: учебное пособие для студентов высших учебных заведений, обучающихся по специальности «Культурология» / под ред. С.Н. Иконниковой, В.П. Большакова. СПб., 2008. С. 571.

⁷¹³ Архипов В.В. Указ соч. Там же.

⁷¹⁴ Архипов В. В. Семантические пределы права в условиях медиального поворота: теоретико-правовая интерпретация: дис. на соиск. учен. степ. доктора юридических наук. СПб., 2019. С. 287.

⁷¹⁵ Перечень проанализированных в рамках исследования актов правоприменительной практики см. ранее.

Во-первых, ретроспективный взгляд на историю нормативно-правового закрепления и регулирования объектов культурного наследия через обобщенный обзор соответствующих зарубежных, отечественных и международных актов показал значимость существования соответствующего нормативно-правового массива для данного явления, поскольку, таким образом, формируется современный сложный законодательный механизм сохранения наиболее значимых памятников прошлого, сочетающий в себе актуальное международное, национальное и зарубежное право.

Во-вторых, сравнительно-правовое исследование определений объектов культурного наследия, данных в основных современных международных и отечественных нормативно-правовых актах, показало отсутствие идентичности в понимании единого критерия для отнесения предметов к «объектам культурного наследия», поскольку соответствующие определения сформулированы как длинные перечисления предметов и абстрактных качественных характеристик, которые могут быть присущи предмету, претендующему на статус «объекта культурного наследия», за исключением присутствующего в этих актах указания на то, что будущий объект культурного наследия должен быть «ценностью».

В-третьих, опыт интерпретации феномена «ценности» в исторической ретроспективе с точки зрения философского и социологического понимания данного явления показал, что, в соответствии с социологическим вариантом интерпретации феномена «ценности», – объекты культурного наследия, исходя из их правовых, культурных и социальных характеристик, – можно представить как разновидность ценности, соответствующей интерпретации с точки зрения социологической концепции «обобщенных символических посредников» в виде «внешних референтов ценности».

Наконец, в-четвертых, анализ объектов культурного наследия, представленных как «внешние референты ценностей» концепции «обобщенных символических посредников», через теоретико-правовую категорию «объект правоотношения» (в варианте коммуникативной интерпретации общей теории права, в которой объект правоотношения характеризуется как объект «ценный»), – позволил переосмыслить самостоятельность объектов культурного наследия как объекта правоотношений в силу «ценностных» характеристик, которые заключаются, в частности, в воспроизводстве социальных коммуникаций, связанных с юридически значимым признаком функциональности, относящимся к эстетическому пласту социальной реальности; выявление данного универсального признака объектов культурного наследия как объекта правоотношений, как представляется, позволяет разрешить существующую правовую неопределенность и может выступить системообразующим принципом для дальнейшего правотворчества и правоприменения в рассматриваемой области.

Таким образом, представляется, что такой взгляд на объекты культурного наследия может быть полезен уже сейчас, причем не только в процессе научного изучения проблематики объектов культурного наследия в праве, но и в процессе нормотворческой и правоприменительной деятельности, поскольку, как видится, он отражает системный принцип правового регулирования отношений в рассматриваемой области.

Этим открывается путь для более емкого и эффективного построения правового регулирования соответствующей сферы.

Библиографический список:

1. Александрова М. А. Гражданско-правовой режим культурных ценностей в Российской Федерации: автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук./ М. А. Александрова – СПб., 2007. – 25 с.
2. Архипов В. В. Семантические пределы права в условиях медиального поворота: теоретико-правовая интерпретация: дис. на соиск. учен. степ. доктора юридических наук. – СПб., 2019. – 403 с.
3. Бергер П. Л., Лукман Т. Социальное конструирование реальности: Трактат по социологии знания: [Перевод]. – М.: Моск. филос. Фонд и др., 1995. – 322 с.
4. Боголюбова Н. М., Николаева Ю. В., Рязанцева Н.Б. Всемирное культурное наследие: учебник / Н.М. Боголюбова, Ю. В. Николаева, Н.Б. Рязанцева; под ред. Н. М. Боголюбовой, В. И. Фокина. – СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского ун-та, 2015. – 367 с.
5. Богуславский М. М. Культурные ценности в международном обороте: правовые аспекты / М. М. Богуславский. – М.: Юрист, 2005. – 427 с.

6. Вильданов Х. С. Ценность как предмет философского познания: автореф. дис. на соиск. учен. степ. д-ра филос. наук. – Магнитогорск, 2009. – 35 с.
7. Елишев С. О. Теоретико-методологические подходы к изучению понятий ценность, ценностные ориентации // Вестник Московского Университета. Серия 18. Социология и политология. – 2010. – № 3. – С. 74–90.
8. Ермолаева Е. В. Объект правоотношения: историко-теоретическое исследование: автореф. дис. на соиск. учен. степ. к.ю.н./ Е. В. Ермолаева – Казань, 2004. – 25 с.
9. Йоас Х. Возникновение ценностей / Ханс Йоас; пер. с нем. К. Г. Тимофеевой. – СПб.: Алетейя: Историческая книга, 2013. – 310 с.
10. Йоас Х., Кнебль В. Социальная теория: двадцать вводных лекций / Ханс Йоас, Вольфганг Кнебль; пер. с нем. К. Г. Тимофеевой. – СПб.: Алетейя, 2011. – 838 с.
11. Клебанов Л.Р. Уголовно-правовая охрана культурных ценностей: автореф. дис. на соиск. учен. степ. д.ю.н. – М., 2012. – 47 с.
12. Копсергенова А. А. Культурное наследие: философские аспекты анализа: автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. филос. наук. – Ставрополь, 2008. – 22 с.
13. Кулемзин А. М. Историко-культурное наследие и общество: теория и методика охраны памятников: учебное пособие / А. М. Кулемзин. – Кемерово, 2018. – 145 с.
14. Мартыненко И. Э. Правовая охрана историко-культурного наследия в государствах Таможенного союза в рамках Евразийского экономического сообщества: монография / И. Э. Мартыненко. – М.: РИОР, 2014. – 285с.
15. Нешатаева В. О. Международно-правовое регулирование экономического оборота культурных ценностей: автореферат диссертации на соискание ученой степени к.ю.н. – М., 2010. – 34 с.
16. Палей Е. В. Проблема ценности (социально-онтологический аспект): автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. филос. наук. – Иваново, 2007. – 22 с.
17. Парсонс Т. О социальных системах: [пер. с англ.] / Талкотт Парсонс; под общ. ред. В. Ф. Чесноковой и С. А. Белановского. – М.: Акад. проект, 2002. – 831 с.
18. Поляков А. В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: [Курс лекций]: Учеб. для студентов, обучающихся по направлению (специальности) «Юриспруденция» / А. В. Поляков; С.-Петербург. гос. ун-т. – СПб.: Изд-во СПбГУ, 2004. – 863 с.
19. Спиридонова В. А. Проблема ценностей в социологии (историко-теоретический аспект): автореф. дис. на соиск. учен. степ. к. социол. н. – СПб., 2004. – 22 с.
20. Сырых В. М. Теория права о понятии и составе правоотношений // Право и образование. – 2002. – №5. – С. 27–36.
21. Теория культуры: учебное пособие для студентов высших учебных заведений, обучающихся по специальности «Культурология» / под. ред. С.Н. Иконниковой, В.П. Большакова. – СПб.: Питер, 2008. – 592 с.
22. Фомичева Т. В. К определению понятия «ценности»: социолого-исторический аспект // Ученые записки Российского государственного социального университета. – 2012. – №7. – С. 63–71.
23. Царев Д. Н., Чугунов Ю.О. Норма права, правоотношение и его объект (вопросы теории) / Д. Н. Царев, Ю. О. Чугунов. – СПб.: Изд-во Юрид. ин-та, 2004. – 224 с.
24. Шацкий Е. История социологической мысли / Ежи Шацкий; перевод с польского Е. Барзова и др. – Т.2. – М.: Новое литературное обозрение, 2018. – 720 с.
25. Abrutyn S. Money, Love and Sacredness: Generalised Symbolic Media and the Production of Instrumental, Affectual and Moral Reality // Czech Sociological Review. – 2015. – Vol. 51. – No. 3. – PP. 445–471.
26. Merryman J. H. Thinking about the Elgin Marbles: critical essays on cultural property, art and law. – Kluwer Law International, 2009. – 604 p.
27. Phelan M. E. The Law of Cultural Property and Natural Heritage: protection, transfer and access. – Kalos Kapp, 1998. – 400 p.

Д. А. Новиков
Санкт–Петербургский государственный университет,
магистратура, образовательная программа
«Юрист в нормотворческой деятельности», I курс

Научный руководитель: В. В. Архипов
д.ю.н., доцент кафедры теории и истории государства и права
Санкт–Петербургского государственного университета

ИНФОРМАЦИОННАЯ БЕЗОПАСНОСТЬ КАК УСЛОВИЕ ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ: ПОСТАНОВКА ГИПОТЕЗЫ

Автором выдвигается гипотеза о том, что в случае применения коммуникативного (интегрального) подхода к праву, на сегодняшний день, кроме того, что в правоотношениях необходимы такие элементы как субъект и его способность понимать (воспринимать) правовые тексты, именно информационная безопасность становится одним из обязательных условий действия права, которое обеспечивает ту самую коммуникацию, которая должна быть легитимной, достоверной и целостной. Теоретически обосновывается объективная значимость информационной безопасности в современных условиях исходя из основных концептуальных положений коммуникативного правопонимания.

Ключевые слова: право, действие права, коммуникация, коммуникативная теория, правосубъектность, субъект, текст, информационная безопасность.

D. A. Novikov

INFORMATION SECURITY AS A CONDITION FOR THE FUNCTIONING OF THE LEGAL SYSTEM: SETTING A HYPOTHESIS

The author puts forward the hypothesis that if we proceed from the communicative (integral) approach to law, today, in addition to the fact that such elements as the subject and his ability to understand (perceive) legal texts are necessary elements in legal relations, it is information security that becomes one of the mandatory conditions for the operation of law, which provides the same communication which must be legitimate, reliable and complete. Theoretically justified objective significance of information security in modern conditions based on the main conceptual provisions of the communicative legal understanding.

Key words: law, the operation of law, communication, communication theory, legal personality, subject, text, information security.

Новизна гипотезы, предлагаемой в данной работе, обусловлена тем, что на сегодняшний день, общественные отношения в значительной степени опосредованы инструментами автоматизации и цифровизации. В связи с этим, «новой нефтью» для нашего общества стала информация. Ведь не зря появилась знаменитая фраза Натана Ротшильда: «Кто владеет информацией, владеет миром». Нельзя не согласиться с тем, что многие процессы современного общества становятся электронными. Указанная тема актуальна, так как ни одно государство, ни один человек не могут обойтись без механизмов обеспечения минимально необходимого уровня доверия в социально–значимой коммуникации.

В рамках рассматриваемой гипотезы предлагается обратить внимание на возможную связь между коммуникативной концепцией права (А. В. Поляков) и проблемами информационной безопасности в широком смысле слова. Гипотеза состоит в том, что если право – это коммуникация, то к числу условий действия права должны быть отнесены некоторые качественные признаки такой коммуникации. В частности, она должна быть достоверной и предполагать взаимное доверие субъектов. Однако, достоверность коммуникации и взаимное доверие могут подрываться угрозами информационной безопасности, а значит информационная безопасность может рассматриваться как одно из необходимых условий действия права с точки зрения теории права.

Собственно поэтому, предлагаемая гипотеза строится исходя из основных положений именно коммуникативного подхода к праву и коммуникативного (интегрального) правопонимания.

Основы субъектного или как ещё называют коммуникативного подхода к праву и правопонимания в целом заложены в России Петербургской школой философии права. Согласно коммуникативному подходу право – субъектно, интенционально и коммуникативно по своей природе. Именно коммуникативную теорию можно относить к постнеклассической науке⁷¹⁶.

В отечественной научной литературе коммуникативное правопонимание связывают (отождествляют) с интегральным правопониманием. Очень важно понимать, что представляет собой правопонимание в данном контексте. Так, в теории права возникли различные образы (концепции) непосредственно самого права. Однако, несмотря на их разнообразие и многоликость, можно определить наиболее общее теоретическое представление о том, что представляет собой право. Тип правопонимания – определенный образ права, характеризуемый совокупностью наиболее общих теоретических признаков права и наиболее общих признаков практического к нему отношения⁷¹⁷.

Исходя из современной российской концепции постнеклассической науки, представляется, что право не может быть сведено к исключительно лишь системе норм. Несмотря на то, что некоторые ученые–юристы и могут усматривать в этом проблему, что право может существовать как конструкт, который может «работать» и без субъектов, следует отметить, что ни нормы, ни их производные уже не могут рассматриваться как самостоятельные элементы такого явления как право. В этой связи, согласно коммуникативному подходу к праву, первостепенным элементом такой системы следует считать субъекта и его отношения с другими субъектами. В силу самой коммуникации, субъект является основным элементом и своего рода «фундаментом» понятия права. Причем следует выделить слово «коммуникация», так как оно многозначно и может употребляться в различных смыслах в зависимости от коннотации. Перечислять каждую интерпретацию этого термина представляется нецелесообразным. Однако, все они, так или иначе, «завязаны» на то, что коммуникация представляет собой явление социальное и возникает между людьми. В таком случае, право, предстаёт перед нами не просто как иерархия норм или бессубъектный конструкт, а представляет собой взаимосвязь и иерархию именно субъектов права. Однако, не всех субъектов, а лишь связанных коррелятивными правами и обязанностями⁷¹⁸.

Следует не забывать, что правовая коммуникация также непосредственно «вбирает» в себя коррелятивную связь между правами и обязанностями. Нельзя не согласиться с данным положением, поскольку именно права и обязанности связывают субъектов и определяют их правовое поведение. Причем, правовая коммуникация – связующее звено между субъективным восприятием права и его объективным смыслом. Подтверждается это тем, что субъективного какого–либо восприятия своих прав и обязанностей, или прав и обязанностей других субъектов – недостаточно для возникновения права.

Таким образом, характеризуя смысл правовой коммуникации с выше приведенных сторон, он не является ни субъективным, ни объективным – такой смысл имеет интересубъективную природу.

Данный теоретико–правовой довод можно найти в работах российского правоведа, одного из разработчиков постклассической юридической науки и интегрального правопонимания А.В. Полякова. Так, интересубъективная природа коммуникации основана на том, что так называемые «императивно–атрибутивные переживания и сопутствующие им суждения в этом случае имеют интересубъективный характер, так как они нормативно представлены в сознании любого правосубъектного члена общества, поскольку определяются общеобязательными и общезначимыми текстами»⁷¹⁹.

Вместе с тем, следует упомянуть о таком важном положении в коммуникативном подходе к праву как принципе правосубъектности. Представляется, что это один из центральных принципов, который лежит не только в основе коммуникативного правопонимания, но и является предпосылкой к поставленной автором гипотезе.

⁷¹⁶ Киященко Л. П., Степин В. С. Предисловие к коллективной монографии «Постнеклассика : философия, наука, культура». СПб. 2009. С. 9–10.

⁷¹⁷ Поляков А. В. Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход : курс лекций. СПб., 2003. С. 62.

⁷¹⁸ Поляков А. В. Права человека и суверенитет государства. Постклассическая онтология права : монография / Под. ред. И. Л. Честнова. редактор / Илья Честнов. Санкт-Петербург : Издательство «Алетейя». 2016. С. 299.

⁷¹⁹ Поляков А. В. Права человека в контексте «петражицкианской» перспективы // Правоведение. 2016. №1. С. 54.

Объясняется подобное суждение следующим: право создается субъектами и регулирует отношения между ними, и в этой связи, субъект права – не любой субъект. Только способность порождать и понимать правовые тексты, включая тексты, характеризующие правопритязания, может свидетельствовать о наличии субъекта права и возможности права как такового⁷²⁰. Если прибегать к таким философско–правовым положениям, то признание прав за неодушевленным существом, предметом материального мира или животным – представляется невозможным. Однако, данная философско–правовая проблематика может быть решена на основании такой гипотезы, что право регулирует отношения только между людьми, а то, что не имеет отношение к человеку и его поведению, не может называться правом. Следовательно, теоретические дискурсы о том, что эмбрионы и животные, например, могут быть правосубъектными – некорректны в силу субъектно–личностного начала права. Похожую позицию рассматривает российский правовед Е. В. Тимошина в своих научных трудах⁷²¹. Следует сделать акцент, что вопрос правосубъектности имеет своё отдельное значение при рассмотрении указанных вопросов и данная проблематика постоянно поднимается учеными–юристами. Однако, на основании ряда аргументов можно сказать, что ни эмбрион, ни животное субъективных прав не имеют, хотя эти права могут приписываться им другими субъектами. Таким образом, право создается субъектами, и в таком случае, субъект права – не любой субъект. Им может быть лишь тот, который обладает необходимыми коммуникативными качествами или способностями понимать (осознавать) смысл правовых текстов (законы, распоряжения, указы) и способностью оценивать эти тексты, а в дальнейшем и действовать на этой основе.

Таким образом, связывая основные положения коммуникативной теории права о субъекте и его способности воспринимать текст, основные гипотезы и тезисы коммуникативного правопонимания состоят в следующем: надлежащее правовое установление (например, законы, указы, договоры) – это информация, представленная в символически–знаковой форме. Исходя из этого, подобный способ восприятия информации является текст. Вследствие чего, в структуре коммуникации отводится важное место именно тексту. В науке под текстом в широком смысле слова понимают систему знаков, созданных культурой. Таким образом, в коммуникативном, деятельном аспекте текст рассматривается не как языковая единица (любой отрезок линейно организованного потока речи), а как единица общения, т. е. как «функциональная иерархически организованная содержательно–смысловая целостность, соотносимая с коммуникативно–познавательным намерением субъекта общения»⁷²². Поэтому, всё, что может воздействовать на поведение субъектов права, существует в виде текста. В этой связи, следует отметить, что именно правовой, так называемый прескриптивный текст воспринимается через некую интерпретацию, которая в свою очередь, выражается в определенном понимании, оценки и готовности действовать в соответствии с тем или иным предписанием. И здесь правовой текст должен превратиться в реализующиеся права и обязанности. Таким образом, каждый из этих элементов является коммуникативной «мозаикой» права, отсутствие которого хотя бы одного – разрушает выше приведенную коммуникацию.

Однако, исходя из современных цифровых условий, представляется, что этих элементов недостаточно, чтобы сложилась «полная картина» той коммуникации, которая должна быть легитимной, достоверной и целостной. Ведь согласно одному из заключений концепции коммуникативной теории права, правовые тексты, опосредующие правовую коммуникацию, должны быть легитимированы, то есть быть признаны сознанием субъектов в границах их жизненного мира. В свою очередь, такие правовые тексты, безусловно, состоят из информации. Однако какой именно? В этом и состоит проблематика настоящего исследования.

В этой связи, следует согласиться с российским правоведом Е. В. Устюжаниной, которая утверждает, что достоверность информации – неотъемлемый элемент общественных отношений⁷²³. Поэтому, достоверность информации предполагает достоверность коммуникации.

⁷²⁰ Хабермас Ю. Концепт человеческого достоинства и реалистическая утопия прав человека // Вопросы философии. 2012. №2. С. 70.

⁷²¹ Тимошина Е. В. Субъект права в философско–правовом дискурсе Л. И. Петражицкого. Проблема правосубъектности : современные интерпретации. Самарская гуманитарная академия. 2011. С. 9–16.

⁷²² Поляков А. В. Общая теория права : Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода : Курс лекций. СПб. : Издательский дом С.-Петербур. гос. ун-та. 2004. С. 58.

⁷²³ Устюжанина Е. В. Принцип достоверности информации : постановка проблемы [Электронный ресурс] // Электронное приложение к Российскому юридическому журналу. 2017. №4. URL: 238

Однако, достоверная информация может достигаться не только благодаря следованию общим принципам права, например, принципу добросовестности, но и за счет информационной безопасности. Подтвердить данный тезис можно указанием на то, что информационная безопасность является по своей сути гарантом достоверной информации, когда её целью и стоит защитить непосредственно саму информацию от искажения, удаления, изменения, неправомерного доступа и т. д.

Согласно такому подходу информационная безопасность, защищая достоверность и целостность информации, является предпосылкой коммуникации, а значит необходимым условием действия права в целом.

Следовательно, выдвинутая авторам гипотеза может рассматриваться в следующей схеме: субъект – основа права, без субъекта право – невозможно, правоотношения между субъектами возникают только на основе способности субъектов понимать (воспринимать) правовые тексты, текст выступает в данной цепочке как способ коммуникации, однако с учётом того, что тексты могут быть изменены, искажены, удалены злоумышленниками, недобросовестными лицами, её достоверность и целостность обеспечивается информационной безопасностью. Исходя из подобных объективных теоретически обоснованных суждений, информационная безопасность представляет собой на сегодняшний день ничто иное, как обязательное условие функционирования правовой системы.

Библиографический список:

29. Киященко Л. П., Степин В. С. Предисловие к коллективной монографии «Постнеклассика: философия, наука, культура». – СПб., 2009. – 13 с.

30. Поляков А. В. Общая теория права: феноменолого–коммуникативный подход: курс лекций. – СПб., 2003. – 843 с.

31. Поляков А. В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций. – СПб.: Издательский дом С.–Петербург. гос. ун–та, 2004. – 863 с.

32. Поляков А. В. Права человека в контексте «петражицкианской» перспективы // Правоведение. – 2016. – №1. – С. 46–61.

33. Поляков А. В. Права человека и суверенитет государства. Постклассическая онтология права: монография / Под. ред. И. Л. Честнова. редактор / Илья Честнов. – Санкт–Петербург: Издательство «Алетейя», 2016. – С. 295–324.

34. Тимошина Е. В. Субъект права в философско–правовом дискурсе Л. И. Петражицкого. Проблема правосубъектности: современные интерпретации. Самарская гуманитарная академия. – 2011. – С. 9–16.

35. Устюжанина Е. В. Принцип достоверности информации: постановка проблемы [Электронный ресурс] // Электронное приложение к Российскому юридическому журналу. – 2017. – №4. – Режим доступа: <https://cyberleninka.ru/article/n/printsip-dostovernosti-informatsii-postanovka-problemy>.

36. Хабермас Ю. Концепт человеческого достоинства и реалистическая утопия прав человека // Вопросы философии. – 2012. – №2. – С. 66–80.

В. Б. Фролов
*Санкт-Петербургский государственный университет,
бакалавриат, образовательная программа «Юриспруденция», IV курс*

*Научный руководитель: Д. И. Луковская,
д.ю.н., профессор, профессор кафедры теории
и истории государства и права
Санкт-Петербургского государственного университета*

О СОЗДАНИИ СОВЕТА ПО ЦИФРОВИЗАЦИИ ОТДЕЛЬНЫХ НОРМАТИВНЫХ АКТОВ КАК УСЛОВИИ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Предметом настоящей статьи является анализ текущего состояния законодательства в сфере цифровизации в Российской Федерации в XXI столетии. В целях упреждения негативных тенденций и возможной интервенции в личное пространство граждан в этой сфере со стороны государства автор предлагает компромиссный вариант – создание Совета по цифровизации отдельных нормативных актов, который будет обладать консультативными полномочиями в целях нахождения разумного баланса между интересами законодателя и рациональной необходимостью в интересах общества.

Ключевые слова: цифровизация, Государственная Дума Российской Федерации, частная жизнь, права и свободы человека и гражданина, общественное благо, закон, справедливость.

V. B. Frolov

ON THE CREATION OF THE COUNCIL FOR THE DIGITALIZATION OF CERTAIN REGULATIONS AS A CONDITION FOR IMPROVING THE LEGISLATION OF THE RUSSIAN FEDERATION

The subject of this article is the analysis of the current state of legislation in the field of digitalization in the Russian Federation in the XXI century. In order to prevent negative trends and possible intervention in the personal space of citizens in this area by the state, the author suggests a compromise option – the creation of a Council for the Digitalization of Individual Regulations, which will have advisory powers in order to find a reasonable balance between the interests of the legislator and rational necessity in the interests of society.

Key words: digitalization, the State Duma of the Russian Federation, private life, human and civil rights and freedoms, public good, law, justice.

Необходимым элементом демократической архитектуры большинства государств XXI столетия является общественный договор между обществом и властью, чьи основы были впервые заложены в трудах английских и французских деятелей эпохи Просвещения. Наиболее ярким образом идея общественного соглашения нашла свое отражение в народовластии, чью основу составляет институт представительной власти. Ее полномочия реализуются посредством избрания соответствующих представителей в различных государственно-политических структурах – представительных (законодательных) органах государственной власти, а фундаментом настоящей конструкции выступает Конституция, учреждающая государство, поскольку его «следует рассматривать как новую конституционную организацию власти, учрежденную российским многонациональным народом»⁷²⁴. Именно поэтому, являясь путеводной звездой для народных избранников, Конституция задает нормотворческий вектор, нацеленный на уважение прав и свобод человека и гражданина, однако, как верно подмечено самой Государственной Думой, «причина низкого качества законов кроется в скорости их разработки и принятия. Ведомства в спешке готовят законопроекты, чтобы отчитаться о выполнении поручений президента. Процедуры оценки регулирующего воздействия не работают, потому что экспертам дают очень маленький срок для оценки законопроектов:

⁷²⁴ Конституция Российской Федерации. Проблемный комментарий / Отв. ред.: Четвернин В.А. - М., 1997. С. 47.

нередко заключение предлагается подготовить буквально за один день, даже если речь идет о весьма объемном проекте»⁷²⁵. Все это является данностью наших дней.

Общественное благо, невзирая на всю его кажущуюся декларативность, не является абстрактной категорией. Основоположник идеи утилитаризма И. Бентам в своей работе «Введение в основание нравственности и законодательства» писал, что «напрасно толковать об интересе общества, не понимая, что такое интерес отдельного лица. Известная вещь может содействовать интересу или быть в интересах отдельного лица тогда, когда он стремится увеличить целую сумму его удовольствий или, что одно и то же, уменьшить целую сумму его страданий»⁷²⁶. Перманентные взломы и кражи персональных данных вряд ли способствуют поддержанию уровня доверия к государству. Но законодатель не стоит на месте. Защита персональных данных в РФ в условиях новой реальности начала осуществляться с 2006 г. с момента вступления в силу соответствующего закона, чьей целью является «обеспечение защиты прав и свобод человека и гражданина при обработке его персональных данных, в том числе защиты прав на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну»⁷²⁷.

Невзирая на наличие законодательства, взлом данных и «утекание» в сеть личных данных становится обыденностью. Чтобы нивелировать подобные явления, возможно прийти к радикальному на первый взгляд предложению – ввести правило о входе в Интернет с помощью паспортных данных в отношении несовершеннолетних⁷²⁸. Но как это возможно разработать? Для этого необходима общая координация Министерства цифровизации, отечественных Интернет-провайдеров,

и, возможно, нового независимого консультативного органа, которые совместными усилиями могли бы создать новую основу для доступа в Интернет благодаря обращению к технологии блокчейн.

В архитектуре системы блокчейн присутствует система шифрования, позволяющая сохранять данные пользователей и предоставлять доступ именно авторизованным пользователям. Именно «документарный» блокчейн, по мнению А.В. Варнавского, А.О. Буряковой и Е.В. Себеченко, должен стать новым словом в системе реестровой информации данных в РФ. Центральной задачей этой системы данных является та самая безопасность, ставящая своей целью предоставление доступа к персональным данным лишь непосредственно контрагентам какого-либо правоотношения, а также уполномоченным государственным органам как третьей стороне в случае, если она подразумевается. На данный момент платформа блокчейн уже обретает свою форму в налоговой системе, благодаря чему можно утверждать, что технологический прорыв в сфере реконструкции органов государственной власти уже близок.

Важно признать, что «удалить запись из блокчейна невозможно. Блок-совокупность транзакций, объединённых в одну запись. Включение ключа предыдущего блока в текущий приводит к тому, что изменение в предыдущем блоке повлечет за собой изменение ключей и последующих блоков. Откуда вытекает главное свойство блокчейна – невозможность подмены или удаления данных. В целях изменения информации может быть использована так называемая сторнированная транзакция, по аналогии с бухгалтерским учетом – дополнительная запись, предназначенная для исправления ранее ошибочно произведенной записи»⁷²⁹. Исходя из этого, оставление цифрового следа в Интернете будет более заметным, что не сможет не побуждать граждан к добропорядочности их намерений на просторе Всемирной паутины.

Не следует оставлять без внимания и то обстоятельство, что верифицированный пользователь полностью защищен от незаконного вторжения в частную жизнь, однако на данный момент в сети нередкими являются различные посягательства и взломы баз

⁷²⁵ Статистический анализ федерального законодательства [Электронный ресурс] // https://www.garant.ru/files/8/0/1090708/issledovanie_tssr_statistika_po_zakonoproektam.pdf (дата обращения: 07.06.2021).

⁷²⁶ И. Бентам Введение в основание нравственности и законодательства. М. Росспэн, 1998. С. 11.

⁷²⁷ Статья 2 Федерального закона «О персональных данных» [Электронный ресурс]: федер. закон от 27 июля 2006 года № 152-ФЗ // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷²⁸ Госдуме и СФ предложили обсудить вопрос введения доступа в интернет по паспорту [Электронный ресурс] // <https://tass.ru/obschestvo/7103323> (дата обращения: 07.06.2021 г.).

⁷²⁹ Блокчейн на службе государства: монография / А.В. Варнавский, А.О. Бурякова, Е.В. Себеченко; Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации. – Москва: Кнорус, 2020. С. 22-23.

персональных данных. Недавним ярким примером нельзя не назвать взлом системы электронного голосования по поправкам в Конституцию РФ в 2020 г., когда в даркнет попали паспортные данные более миллиона российских избирателей⁷³⁰. Разрозненно они не представляют какого-либо интереса, однако злоумышленники, соединив необходимую цепь данных, могут причинить финансовый ущерб случайной жертве, например, путем оформления микрозайма под огромный процент. Именно поэтому в поисках решения проблем все чаще стало звучать слово блокчейн, чье «преимущество перед [традиционными системами] будет заключаться в скорости реагирования за счет получения всей необходимой информации в режиме реального времени»⁷³¹.

За образец для системы блокчейн можно взять пример зарубежных специалистов. Корпорация Apple еще в 2013 г. создала технологию Touch ID, которая позволяла разблокировать устройства (мобильный телефон или планшетный компьютер) с помощью отпечатка пальца, который предварительно вносился в память телефона путем нажатия пальца руки на кнопку, находящуюся внизу дисплея. Позднее Apple в 2017 г. представила новую технологию Face ID, которая позволяла разблокировать устройство с помощью поднесения камеры телефона владельцем устройства. На первый взгляд за этой технологией может скрываться кража персональных данных, например, изображение лица подпадает под регулирование статьи 152.1 Гражданского кодекса Российской Федерации, и абсолютно точно не все лица являются публичными и их изображение в случае взлома устройства может использоваться против них в незаконных целях, например, при входе в «Сбербанк-онлайн», который также ввел функцию открытия приложения и совершения определенных действий путем изображения владельца телефона, которая осталась в памяти системы, например, оплаты проезда в метрополитене⁷³².

Однако, рассчитывая на законность, граждане должны быть уверены в справедливом правовом регулировании, когда государство не просто в состоянии обеспечить безопасность персональных данных, но и поручиться, что не произойдет неправомерного завладения ею неуполномоченными лицами. «С одной стороны, Интернет и связанные с ним технологии имеют «безграничный» потенциал для развития новых форм индивидуализма, самоопределения и социального прогресса; с другой – он может стимулировать появление новых технологий контроля, цензуры и надзора, при использовании которых свобода и конфиденциальность окажутся под угрозой. Интернет несет в себе как великую свободу, так и большую угрозу для нее»⁷³³. Невзирая на гипотетическое недовольство государственной властью в развитых и развивающихся странах, говорить о массовых протестных акциях, носящих перманентный характер, не приходится ввиду чрезвычайной эффективности определенных правоохранительных органов, а именно силовых структур, поддерживающих основы защиты и законности общественного порядка. Однако и им следует задуматься над гибкостью и продуманностью своих действий, чтобы правовая реальность не напоминала собой известные утопии авторов XX века.

Таким образом, охрана персональных данных в условиях перманентной цифровизации является основной задачей, которую законодатель должен разрешить. В первую очередь, ему необходимо найти соответствующий баланс, чтобы не допустить нарушения прав отдельных личностей, благодаря чему изменение правового ландшафта в сфере высоких технологий неминуемо будет способствовать установлению справедливого правопорядка, перефразируя французского мыслителя Вольтера «в этом лучшем [новом] мире из миров»⁷³⁴.

Отставание от практики современного российского нормотворчества не единожды вызывало обоснованную критику специалистов в области права. «Залог успешной работы по формированию

⁷³⁰ В даркнет утекла база данных проголосовавших по поправкам в Конституцию [Электронный ресурс] // https://www.rbc.ru/technology_and_media/04/08/2020/5f28ce729a7947056524fb49 (дата обращения: 07.06.2021).

⁷³¹ Блокчейн на службе государства: монография / А.В. Варнавский, А.О. Бурякова, Е.В. Себеченко; Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации. – Москва: Кнорус, 2020. С. 106.

⁷³² В московском метро внедрят оплату с помощью Face Pay. Насколько необходима и будет ли безопасна такая система? [Электронный ресурс] // https://www.bfm.ru/news/466288?utm_source=yxnews&utm_medium=desktop&utm_referrer=https%3A%2F%2Fyandex.ru%2Fnews%2Fsearch%3Ftext%3D (дата обращения: 07.06.2021).

⁷³³ Варламова Н.В. Цифровые права – новое поколение прав человека? // Институт государства и права Российской академии наук. 2019. № 4. С. 38.

⁷³⁴ Вольтер Ф. М. Философские повести / СПб.: Азбука-классика, 2013. С. 222.

качественной нормативной базы – это, прежде всего, заинтересованность всех участников нормотворческого процесса»⁷³⁵. Но народные избранники ежегодно исправляют и дополняют тексты на десятки страниц, уподобляясь своего рода «бешеному принтеру» и, конечно, такие тенденции отнюдь гарантируют не качество и эффективность деятельности, а лишь заставляют окунуться с головой в омут проблем отечественного законодателя. «Необходимость прямого законодательного регулирования области отношений, которая полностью или в значительной степени ограничена определенным числом людей, у которых есть объединяющий признак (например, в виде предрасположенности), явно способствующий саморегулированию в данной области, может быть поставлена под сомнение»⁷³⁶.

Как известно, Федеральное Собрание или региональный парламент в своей структуре имеют различные комитеты по законодательству или по государственному строительству, а в структуре Государственной Думы, например, находится Комитет по информационной политике, информационным технологиям и связи. Однако при подобном количестве депутатов (450) в Государственной Думе и сенаторов в Совете Федерации (170) количество не перерастает в качество. Чтобы избежать негативных последствий их деятельности, имеет смысл создать консультативный орган, который мог бы включать в себя выдающихся деятелей науки, предпринимателей и иных лиц. Таким органом мог бы стать Совет по цифровизации отдельных нормативных актов, чьи экспертные заключения представляли бы собой возможную альтернативу парламентским инициативам. Нельзя не подчеркнуть, что необходимым условием постоянной деятельности этого Совета должно быть обеспечение его автономности и независимости по аналогии с Общественной палатой РФ.

В качестве членов Совета предлагается 15 человек: пять из них представители юридической профессии, а именно – специалисты в области теории права, а также гражданского, уголовного, международного права, чья компетенция будет подтверждаться ученой степенью доктора юридических наук; пять представителей технических специальностей в области прикладной математики и информатики. Среди них могут быть также доктора наук, крупные ученые, предприниматели в сфере высоких технологий, и иные признанные специалисты в области IT. Оставшиеся пять специалистов целесообразно распределить между представителями исполнительной власти от Министерства юстиции РФ, а также между наиболее квалифицированными депутатами Федерального Собрания РФ. Также необходимо предоставить одно место представителю ФСБ РФ в целях защиты основ государственного правопорядка. Исходя из этого, если в скором времени не объединить общие силы специалистов в области права и технических наук, то может произойти законодательный коллапс и «возникнут объективные трудности в толковании и применении такого нормативного правового акта в тех случаях, когда будет рассматриваться вопрос о его потенциальном применении к отношениям в сети Интернет»⁷³⁷. Именно поэтому юристы должны идти в авангарде регулирования правовых отношений, чтобы качество закона было на высшем уровне и не нуждалось в постоянных изменениях.

Таким образом, на современном этапе развития российского законодательства народным избранникам следует обратить внимание на справедливость ограничений и дозволений в условиях перманентной цифровизации. Чрезвычайное изобилие законодательных актов на фоне отсутствия эффективной защиты персональных данных граждан может быть глобальной угрозой для прав человека. Чтобы упредить негативные тенденции, необходимо найти баланс между справедливостью и законом. Такое будет возможно в том случае, если качество закона будет на должном уровне. Для этого

⁷³⁵ Качество законодательства и проблемы юридической техники: Материалы семинара с участием руководителей правовых служб законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации. Москва, 15 октября 2015 года. – М.: Издание Государственной Думы, 2016. С. 30.

⁷³⁶ Интернет-право: учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры, для студентов высших учебных заведений, обучающихся по юридическим направлениям и специальностям / В.В. Архипов. – Москва: Юрайт, 2018. С. 109.

⁷³⁷ Интернет-право: учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры, для студентов высших учебных заведений, обучающихся по юридическим направлениям и специальностям / В.В. Архипов. – Москва: Юрайт, 2018. С. 55.

и предлагается в частности создать постоянно действующей консультативно-совещательный орган по образцу Общественной палаты РФ – Совет по цифровизации отдельных нормативных актов. Интернет, являясь символом новой реальности, нуждается в отдельном независимом профессиональном органе, членами которого являлись бы первоклассные специалисты в области права, высоких технологий и бизнеса.

Библиографический список:

1. Блокчейн на службе государства: монография / А.В. Варнавский, А.О. Бурякова, Е.В. Себеченко; Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации. – М.: Кнорус, 2020. – 215 с.
2. В даркнет утекла база данных проголосовавших по поправкам в Конституцию [Электронный ресурс] // Режим доступа: https://www.rbc.ru/technology_and_media/04/08/2020/5f28ce729a7947056524fb49.
3. В московском метро внедрят оплату с помощью Face Pay. Насколько необходима и будет ли безопасна такая система? [Электронный ресурс] // Режим доступа: https://www.bfm.ru/news/466288?utm_source=yxnews&utm_medium=desktop&utm_referrer=https%3A%2F%2Fyandex.ru%2Fnews%2Fsearch%3Ftext%3D.
4. Варламова, Н.В. Цифровые права – новое поколение прав человека? / Н.В. Варламова // Институт государства и права Российской академии наук. – 2019. – № 4. – С. 9-46.
5. Введение в основания нравственности и законодательства / И. Бентам. – Москва: Росспэн, 1998. – 415 с.
6. Вольтер Ф. М. Философские повести / СПб.: Азбука-классика, 2013. – 352 с.
7. Госдуме и СФ предложили обсудить вопрос введения доступа в интернет по паспорту [Электронный ресурс] // Режим доступа: <https://tass.ru/obschestvo/7103323>.
8. Архипов, В.В. Интернет-право: учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры, для студентов высших учебных заведений, обучающихся по юридическим направлениям и специальностям / В.В. Архипов. – М.: Юрайт, 2018. – 248 с.
9. Качество законодательства и проблемы юридической техники: Материалы семинара с участием руководителей правовых служб законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации. Москва, 15 октября 2015 года. – М.: Издание Государственной Думы, 2016. – 272 с.
10. Конституция Российской Федерации. Проблемный комментарий / Автономов А.С., Бондарь Н.С., Ковалев А.М., Любимов А.П., и др.; Отв. ред.: Четвернин В.А. - М., 1997. - 702 с.
11. Статистический анализ федерального законодательства [Электронный ресурс] // Режим доступа: https://www.garant.ru/files/8/0/1090708/issledovanie_tssr_statistika_po_zakonoproektam.pdf.
12. Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран / Под ред. З.М. Черниловского. – М.: Юрид. лит., 1984. – 472 с.

ТРУДОВОЕ ПРАВО, ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

С. Ё. Аббосов

*Санкт-Петербургский государственный университет,
магистратура, образовательная программа
«Корпоративный юрист», I курс*

Научный руководитель: Е. В. Сыченко

*PhD, доцент кафедры трудового и социального права
Санкт-Петербургского государственного университета*

АНАЛИЗ ПРОЕКТА НОВОГО ТРУДОВОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ УЗБЕКИСТАН

В Республике Узбекистан ведется обсуждение Проекта нового Трудового Кодекса. Целью статьи является освещение предполагаемых изменений в трудовом законодательстве и их анализ. На основе сравнительно-правового анализа действующего Трудового Кодекса Республики Узбекистан, Проекта нового Трудового Кодекса и правоприменительной практики, автор приходит к выводу о том, что новые нормы будут содействовать обеспечению баланса интересов работников и работодателей, позволят устранить существующие пробелы в правовом регулировании трудовых и непосредственно связанных с ними общественных отношений, а также приведут положения национального законодательства в соответствие с международными стандартами труда

Ключевые слова: Трудовой кодекс, социальное партнерство, трудовой договор, оплата труда, дисциплина труда, дистанционная работа, отпуск с частичным сохранением заработка, трудовые споры.

S. Y. Abbosov

ANALYSIS OF THE NEW DRAFT LABOR CODE OF THE REPUBLIC OF UZBEKISTAN

The Draft of the new Labor Code is being discussed in the Republic of Uzbekistan. The purpose of the article is to cover and analyze the proposed changes in the labor legislation. On the basis of the comparative legal analysis of the current Labor Code of the Republic of Uzbekistan, the new Draft of Labor Code and law enforcement practice, the author concludes that the new rules will help balance the interests of workers and employers, will eliminate existing gaps in legal regulation of labor and directly related social relations, and also will harmonize provisions of national legislation with international labor standards

Keywords: Labor Code, social partnership, labor contract, labor payment, labor discipline, distant work, leave with partial pay, labor disputes.

Действующий Трудовой Кодекс Республики Узбекистан (далее — ТК РУ) ориентирован в основном на крупные предприятия традиционных отраслей промышленности и не устанавливает особенности правового регулирования труда лиц, работающих по найму в сфере малого бизнеса и у индивидуальных предпринимателей, хотя доля занятости в сфере малого бизнеса в 2020 г., по данным Государственного комитета Республики Узбекистан по статистике, составляла 73,8%⁷³⁸. Кодекс не отражает особенности отдельных широко применяемых на практике форм занятости (надомный труд, сезонные работы и т. д.). Кроме того, он не способствует решению проблемы неформальной занятости, в то время как доля неформальной занятости на рынке труда на первое полугодие 2019 года составляла более 58%⁷³⁹.

Помимо вышеуказанных, к числу основных недостатков ТК РУ, можно отнести:

⁷³⁸ Доля малого бизнеса и частного предпринимательства [Электронный ресурс]: Официальный сайт Государственного комитета Республики Узбекистан по статистике. URL: <https://goo.su/4MwK> (дата обращения: 15.03.2021).

⁷³⁹ Информационная бюллетень "Рынок труда, занятость и безработица" [Электронный ресурс]: Официальный сайт Министерства занятости и трудовых отношений Республики Узбекистан. URL: <https://goo.su/4ms4> (дата обращения: 15.03.2021).

1. Наличие пробелов в правовом регулировании трудовых и непосредственно связанных с ними общественных отношений;
2. Наличие положений, не обеспечивающих баланс интересов работников и работодателей, сковывающих их инициативу, не учитывающих требования рыночной экономики;
3. Необоснованное использование значительного количества отсылочных, зачастую безадресных норм;
4. Недостаточное внимание особенностям регулирования труда отдельных категорий работников (надомники, работники, осуществляющие трудовую деятельность у работодателей – физических лиц, а также работающие по найму у индивидуальных предпринимателей, руководители и члены коллегиальных исполнительных органов организаций, совместители, временные и сезонные работники, вахтовики, дистанционные работники и др.);
5. Несоответствие отдельных положений ТК нормам международного права, включая и некоторые международные договоры, ратифицированные Республикой Узбекистан (к примеру, отсутствие права на забастовку);
6. Неразработанность понятийного аппарата;
7. Отсутствие гибкости регулирования (например, при увеличении сезонного спроса на продукцию, товары и услуги).

Необходимость устранения этих и прочих недочетов действующего ТК, а также приведения трудового законодательства в соответствии с международными стандартами труда явилось причиной разработки нового Трудового Кодекса Республики Узбекистан, который будет рассмотрен в настоящей статье.

Проект нового Трудового Кодекса Республики Узбекистан был размещен на Портале обсуждения нормативно-правовых актов Республики Узбекистан⁷⁴⁰ и состоит из 636 статей, что в два раза больше, чем в действующем Кодексе (294). Однако не столько количество статей, сколько их качество говорит о более комплексном подходе к правовому регулированию труда.

Проект нового Трудового Кодекса по структуре состоит из трех частей: Общая часть, Особенная часть, Заключительные положения.

В Общей части проекта определен круг отношений, регулируемых трудовым законодательством. Обращено внимание, что трудовым законодательством регулируется не только индивидуальные трудовые, но и непосредственно связанные с ними общественные отношения. Если действующий Кодекс содержал нормы о том, что предметом регулирования являются только трудовые отношения, то Проект расширил круг отношений и включил в них непосредственно связанные с ними отношения (по трудоустройству; профессиональной подготовке, переподготовке кадров; коллективные трудовые отношения и др.).

ТК РУ предусматривает лишь два отраслевых принципа: запрещение дискриминации в трудовых отношениях и недопущение принудительного труда. Проект ТК не отождествляет основные принципы с правами и обязанностями работника и работодателя, а исходит из того, что они должны содержать существенные характеристики трудового права⁷⁴¹. Проект нового ТК содержит не только общий перечень принципов, но и отдельные статьи, раскрывающие их содержание. Представленные принципы базируются на Декларации МОТ об основополагающих принципах и правах в сфере труда⁷⁴². Так, в качестве этих принципов в проекте названы:

1. Равенство трудовых прав работников и запрещение дискриминации в сфере труда и занятий;
2. Установление обоснованных различий в правовом регулировании труда отдельных категорий работников;
3. Свобода труда и запрещение принудительного труда;
4. Социальное партнерство в сфере труда;
5. Гарантированность обеспечения трудовых прав и исполнения трудовых обязанностей;

⁷⁴⁰ Проект Трудового Кодекса Республики Узбекистан [Электронный ресурс]: Портал обсуждения нормативно-правовых актов. URL: <https://regulation.gov.uz/ru/document/7609> (дата обращения: 15.03.2021).

⁷⁴¹ См., например, Ершова Е. А. Основополагающие принципы трудового права // Трудовое право. 2008. № 2. С. 14–19; Скобелкин В.Н. Принципы в Трудовом кодексе Российской Федерации // Четвёртый Трудовой кодекс России. 2002. С. 86–103.

⁷⁴² Декларация МОТ об основополагающих принципах и правах в сфере труда и механизм ее реализации [Электронный ресурс]: Официальный сайт ООН. URL: <https://goo.su/4mwL> (дата обращения: 15.03.2021).

6. Недопустимость ухудшения правового положения работника.

В проекте нового ТК уделено внимание не только прямой, но и косвенной дискриминации, а также представлено понятие принудительного труда и содержание дефиниции «наказание», не раскрытой в Конвенции МОТ №29⁷⁴³. Так, в соответствии с ч. 4 ст. 6 Проекта нового ТК РУ: под наказанием понимается применение или угроза применения к физическому лицу любых мер материального, физического или психического воздействия, вынуждающих данное лицо осуществлять трудовую деятельность при отсутствии его добровольного согласия.

В Проекте содержится отдельная глава – трудовое законодательство и иные акты, содержащие нормы трудового права, в которой определено не только соотношение законодательства о труде и иных актов, содержащих нормы трудового права, но и коллективных соглашений между собой (ст. 15), локальных актов, принимаемых по согласованию с профсоюзом и локальных актов, принимаемых работодателем единолично (ст. 16) и т.д.

Кроме того, в проекте впервые предусмотрены особенности правового регулирования дистанционной работы (ст.ст. 486-494). Данный вид работы приобрел особую актуальность начиная с 2020 года, по причине пандемии коронавирусной инфекции.

В Разделе II «Социальное партнерство» учтены требования положений, ратифицированной Республикой Узбекистан, Конвенций (№87⁷⁴⁴, №135⁷⁴⁵, №154⁷⁴⁶ и др.), в частности, закреплено право работодателей и работников на объединение. В отличие от действующего ТК, определены формы социального партнерства, урегулированы вопросы создания органов социального партнерства, определены их права и обязанности. Отдельные главы посвящены коллективным договорам и соглашениям.

В отличие от большинства ТК стран СНГ, проект содержит главу «Трудоустройство», которая содержит статьи, посвященные отношениям по трудоустройству, возникающим между работодателем и лицом, ищущим работу. Данная глава содержит статьи о гарантиях, предоставляемых работникам в целях их трудоустройства (обратный прием на работу, дополнительные гарантии по трудоустройству, предоставляемые высвобождаемым работникам и др.). Так, к примеру, в соответствии со ст. 114 Проекта ТК РУ, работодатель обязан принять на работу работников, с которыми ранее был прекращен трудовой договор по пункту 2 части второй статьи 175 настоящего Кодекса (изменение численности или штата работников организации, индивидуального предпринимателя, обусловленное изменением технологии, организации производства и труда, сокращением объемов работ (услуг)), в случае если, в течение шести месяцев со дня прекращения трудового договора с работником, в организации появилась вакансия по той же специальности и квалификации, которую ранее занимал работник.

Глава 12 «Трудовой договор» в проекте ТК, в отличие от действующего Кодекса посвящена, в том числе, процедурным вопросам, связанным с заключением, изменением и прекращением трудового договора. Впервые детально регламентированы правовые последствия незаконного отказа в приеме на работу, незаконного изменения трудового договора, его прекращения (восстановление нарушенных прав, возмещение работнику причиненного материального ущерба, компенсация морального вреда, ответственность должностных лиц).

В проекте нового ТК, в отличие от действующего ТК, впервые регламентируются вопросы защиты персональных данных работника (параграф 6 Главы 12 Проекта нового ТК РУ).

В главе «Рабочее время» уделено внимание различным режимам рабочего времени – гибкий режим (ст. 206), режим в случае прикомандирования⁷⁴⁷ (ст. 208), разделение рабочего дня на части (ст. 207) и т.д.

Если в настоящее время минимальная продолжительность трудового отпуска составляет 15 рабочих дней, то в проекте она установлена в размере 21 календарного дня. Вместе с тем,

⁷⁴³ Конвенция №29 «О принудительном или обязательном труде» [Электронный ресурс]: Официальный сайт ООН. URL: <https://goo.su/4MS5> (дата обращения: 15.03.2021).

⁷⁴⁴ Конвенция №87 «О свободе объединений и защите права объединяться в профсоюзы» [Электронный ресурс]: Официальный сайт ООН. URL: <https://goo.su/4mS4> (дата обращения: 15.03.2021).

⁷⁴⁵ Конвенция №135 «О защите прав представителей работников на предприятии и предоставляемых им возможностях» [Электронный ресурс]: Официальный сайт ООН. URL: <https://goo.su/4ms5> (дата обращения: 15.03.2021).

⁷⁴⁶ Конвенция №154 «О содействии коллективным переговорам» [Электронный ресурс]: Официальный сайт ООН. <https://goo.su/4mwj> (дата обращения: 15.03.2021).

⁷⁴⁷ Прикомандирование – это направление работника к другому работодателю с приостановлением действия его трудового договора на прежней работе и заключением срочного трудового договора на новой.

предусмотрена возможность предоставления работнику, с его согласия, отпусков с частичным сохранением заработной платы (параграф 6 Главы 14 Проекта ТК РУ). Проект ТК не дает определения понятия отпуска с частичным сохранением заработной платы, однако, можно предположить, что авторы Проекта исходили из практического решения проблемы, которая возникла во время пандемии коронавирусной инфекции. Так, многие работодатели Республики Узбекистан в 2020 году оказались в ситуации, при которой истекли предельные продолжительности и ежегодных трудовых отпусков, и отпусков без сохранения заработной платы⁷⁴⁸. Ввиду того, что работа по определенным специальностям и должностям не могла проходить в дистанционном режиме, а выплата заработной платы в течение долгого периода по причине простоя приводила большинство предприятий к банкротству, в отдельных корпорациях было принято решение о внедрении в коллективные договоры, локальные акты отпусков с частичным сохранением заработной платы (в среднем, около 30-50% от должностного оклада). Таким образом можно было сохранить и персонал, и платежеспособную корпорацию. В Проекте ТК РУ также установлено, что, по согласованию с профсоюзным комитетом или иным представительным органом работников, в коллективном договоре, ином локальном акте или трудовом договоре можно предусмотреть случаи предоставления отпусков с частичным сохранением заработной платы по требованию работника.

Впервые в проект ТК включены статьи, посвященные структуре заработной платы, бестарифным системам оплаты труда. Кроме того, предусмотрены единые правила исчисления среднего заработка, который будет применяться во всех случаях, за исключением назначения пенсии.

В главе «Трудовая дисциплина», значительное количество статей посвящено проведению служебного расследования, в том числе правам работодателя, работника, в отношении которого проводится расследование, срокам проведения, правовым последствиям и т.д.

Одним из наиболее серьезных нарушений трудовых прав работников является невыплата заработной платы⁷⁴⁹. В проекте ТК пересмотрены положения о материальной ответственности сторон трудового договора, в частности, впервые предусмотрена материальная ответственность работодателя за задержку заработной платы и иных выплат, причитающихся работнику (ст. 349).

Раздел 5 «Профессиональная подготовка, переподготовка и повышение квалификации работников» не содержится в действующем ТК. В нем регламентированы договоры производственного обучения, наставничества, повышения квалификации, подготовки, переподготовки и т.д.

В разделе 6, посвященном трудовым спорам, помимо детальной регламентации процедуры рассмотрения индивидуальной трудовой спора в комиссиях по трудовым спорам, предусмотрен такой досудебный порядок рассмотрения этих споров, как медиация. Впервые предусмотрено правовое регулирование разрешения коллективных трудовых споров.

Резюмируя всё вышесказанное, можно заключить, что принятие нового ТК РУ позволит обеспечить баланс интересов работников и работодателя, урегулировать особенности труда отдельных категорий работников. Новые нормы создадут предпосылки для широкого использования гибких режимов работы, а также приведут положения национального законодательства в соответствие с международными стандартами труда.

Библиографический список:

1. Ершова, Е. А. Основополагающие принципы трудового права / Е. А. Ершова // Трудовое право. – 2008. – № 2. – С. 14–19.
2. Доля малого бизнеса и частного предпринимательства [Электронный ресурс]: Официальный сайт Государственного комитета Республики Узбекистан по статистике. Режим доступа: <https://goo.su/4MwK>.
3. Информационная бюллетень "Рынок труда, занятость и безработица" [Электронный ресурс]: Официальный сайт Министерства занятости и трудовых отношений Республики Узбекистан. Режим доступа: <https://goo.su/4ms4>.

⁷⁴⁸ В соответствии со ст. 150 ТК РУ, продолжительность отпусков без сохранения заработной платы не может в общей сложности превышать трех месяцев в течение двенадцатимесячного периода.

⁷⁴⁹ Рискуллаев А. Работодатель, ты не прав [Электронный ресурс]: портал «Газета Онлайн». URL: https://gazeta.norma.uz/publish/doc/text102201_rabotodatel_ty_ne_prav1 (дата обращения: 12.03.2021).

4. Рискуллаев, А. Работодатель, ты не прав [Электронный ресурс] / А. Рискуллаев // «Газета Online». – Режим доступа: https://gazeta.norma.uz/publish/doc/text102201_rabotodatel_ty_ne_prav1.

5. Скобелкин, В. Н. Принципы в Трудовом кодексе Российской Федерации / Скобелкин В. Н. // Четвёртый Трудовой кодекс России. – Омск., 2002. – С. 86–103.

Ю. А. Коробейник

*Санкт-Петербургский государственный университет,
бакалавриат, направление
«Юриспруденция», II курс*

*Научный руководитель: Н. И. Дивеева
д.ю.н., профессор кафедры трудового и
социального права*

Санкт-Петербургского государственного университета

ДИСКРИМИНАЦИЯ В СФЕРЕ ТРУДА НА ПРИМЕРЕ ЛИЦ, ИНФИЦИРОВАННЫХ ВИЧ

В связи с тем, что количество ВИЧ-инфицированных лиц с каждым годом только увеличивается, случаев дискриминации в отношении таких лиц в сфере труда становится всё больше и больше, а значит, проблема дискриминации приобретает всё больший характер. В качестве цели работы автором предложено проведение анализа существующей дискриминации, с которой сталкиваются ВИЧ-инфицированные лица в сфере труда. В заключении к работе автором делается целый ряд заключений о проблемах и трудностях при трудоустройстве на работу лиц, инфицированных ВИЧ, а также оценивается эффективность правового механизма защиты таких лиц, подвергшихся дискриминации в сфере труда.

Ключевые слова: дискриминация, трудоустройство, незаконное увольнение, правовое положение, доказывание, моральный вред, административное правонарушение.

Y.A.Korobeinik

DISCRIMINATION IN THE WORLD OF WORK ON THE EXAMPLE OF PEOPLE LIVING WITH HIV

Due to the fact that the number of HIV-infected persons is increasing every year, cases of discrimination against such persons in the field of work are becoming more and more frequent, which means that the problem of discrimination is becoming more and more widespread. As the purpose of the work, the author proposes to analyze the existing discrimination faced by HIV-infected persons in the world of work. In the conclusion to the work, the author makes a number of conclusions about the problems and difficulties in finding employment for people infected with HIV, and also assesses the effectiveness of the legal mechanism for protecting such persons who have been discriminated against in the world of work.

Keywords: discrimination, employment, illegal dismissal, legal status, proof, moral damage, administrative offense.

Согласно данным, опубликованным федеральным научно-методическим центром по профилактике и борьбе со СПИДом, количество ВИЧ-инфицированных лиц по состоянию на 30 июня 2020 года составило 1094050 человек⁷⁵⁰.

По причине того, что число ВИЧ-инфицированных лиц увеличивается, дискриминация, с которыми сталкиваются эти лица, приобретает масштабный характер.

Эта дискриминация, по большей своей части, возникает по причине того, что многие не знают ответа на вопрос о том, какими способами передается ВИЧ, возможные, существующие меры профилактики. Именно поэтому, узнав о подобном заболевании своих коллег, большинство сотрудинок изменяют своё отношение к этому человеку с дружеского на негативное.

⁷⁵⁰ СПИД.ЦЕНТР [Электронный ресурс]: федер. портал. URL: <https://spid.center/ru/posts/4833/> (дата обращения: 03.06.2021).

Стигма, в том числе трудовая, сохраняется в современных обществах и по сей день по причине недостаточной информированности населения, отсутствия профилактических мероприятий, а также понимания того, что «по ту сторону» может оказаться абсолютно каждый.

Однако, есть и положительная тенденция: с каждым годом растет число людей социально-активных, которые знают свои права и могут бороться, отстаивая их. Также растет количество организаций, фондов, которые просвещают и разъясняют людям, столкнувшимся с этой проблемой, права, в том числе трудовые.

А что вообще представляет из себя дискриминация?

Толковый словарь под редакцией Т.Е.Ефремовой следующим образом раскрывает понятие «дискриминация»: это намеренное ограничение или лишение прав, преимуществ каких-л. лиц, организаций или государств по признакам расы, национальности, государственной принадлежности, имущественного положения, политических или религиозных убеждений и тому подобное⁷⁵¹.

При анализе международного законодательства, установлено, что как такового определения понятия «дискриминация» почти нигде не содержится.

Его можно обнаружить только в Конвенции МОТ «О дискриминации в области труда и занятий».

В соответствии с пунктом части 1 статьи 1 этого документа, "дискриминация" включает: «всякое различие, недопущение или предпочтение, проводимое по признаку расы, цвета кожи, пола, религии, политических убеждений, иностранного происхождения или социального происхождения, приводящее к уничтожению или нарушению равенства возможностей или обращения в области труда и занятий»⁷⁵².

Попутно, нужно отметить, что именно эта Конвенция стала первым, «исходным» документом, закрепившим понятие «дискриминация».

Чаще всего, в нормативно-правовых актах закрепляется, непосредственно, сам запрет дискриминации.

Так, в одном из международных документов, раскрывающих наиболее важные права человека, Всеобщей декларации прав человека, в статье 2 закреплено следующее: «Каждый человек должен обладать всеми правами и всеми свободами, провозглашенными настоящей Декларацией, без какого бы то ни было различия, как-то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного, сословного или иного положения»⁷⁵³.

Другой международно-правовой акт, запрещающий дискриминацию - Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах. Пункт 2 статьи 2 этого Пакта обязывает государства «гарантировать каждому осуществление прав без какой бы то ни было дискриминации»⁷⁵⁴.

Конвенция о защите прав человека и основных свобод в статье 14 также закрепляет запрет всякой дискриминации при пользовании правами и свободами.

Статья 55 Устава ООН содержит принцип уважения прав и свобод человека для всех независимо от пола, расы, национальности.

⁷⁵¹ Толковый словарь Т.Е.Ефремовой [Электронный ресурс]: портал Slovar.cc. URL: <https://slovar.cc/rus/efremova-talk/279207.html> (дата обращения : 28.03.2021).

⁷⁵² Конвенция №111 Международной организации труда «Относительно дискриминации в области труда и занятий» [Электронный ресурс] : принята в г. Женеве 25.06.1958 на 42-ой сессии Генеральной конференции Международной организации труда // Ведомости Верховного Совета СССР. 1961. № 6. Ст. 58. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷⁵³ Всеобщая декларация прав человека [Электронный ресурс] : принята резолюцией Генер. Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 г. A/RES/217A (III) // Официальный отчет первой части третьей сессии Генеральной Ассамблеи ООН : резолюции, 21 сентября–12 декабря 1948 г. A/810. С. 39–42. URL : https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declhr.shtml (дата обращения :01.06.2021).

⁷⁵⁴ Международный пакт ООН об экономических, социальных и культурных правах [Электронный ресурс] : принят 16.12.1966 года Резолюцией 2200 (XXI) на 1496-ом пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН // Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1976. №17. Ст. 291. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Международный пакт о гражданских и политических правах в пункте 1 статье 2 провозглашает принцип обеспечения равного отношения ко всем гражданам, находящихся на их территории, независимо от пола, возраста, расы⁷⁵⁵.

Если обратиться, непосредственно, к законодательству нашей страны, то можно увидеть, что в нем также не раскрывается значение понятия «дискриминация». Статья 3 Трудового Кодекса РФ содержит сам запрет дискриминации в сфере труда.

Таким образом, проанализировав соответствующие положения международного законодательства, можно отметить, что принцип запрета дискриминации закреплён во многих важнейших нормативно-правовых актах.

В каждом из документов выделяются различные критерии, в рамках которых распределяются соответствующие виды дискриминации. В одних документах – это пол, возраст, национальность, в других – религиозная принадлежность и этническое происхождение.

Нет сомнений в том, что, для полного и наиболее детального раскрытия темы, в первую очередь, надо обратиться к источникам права, содержащим запрет дискриминации лиц, живущих с ВИЧ.

Гарантии соблюдения прав ВИЧ-инфицированных лиц раскрываются в Федеральном законе от 30 марта 1995 г. № 38-ФЗ "О предупреждении распространения в Российской Федерации заболевания, вызываемого вирусом иммунодефицита человека (ВИЧ-инфекции)".

Так, статья 5 закрепляет положение о том, что «лица, у которых есть ВИЧ-инфекция пользуются всеми правами и свободами в соответствии с Конституцией и иными нормативно-правовыми актами»⁷⁵⁶.

Кроме того, часть 2 этой же статьи устанавливает, что права ВИЧ-инфицированных лиц могут быть ограничены только на основании федерального закона.

Прямой запрет дискриминации ВИЧ-инфицированных лиц закреплён в статье 17 этого же Федерального закона: «Не допускаются увольнение с работы, отказ в приеме на работу, отказ в приеме в организации, осуществляющие образовательную деятельность, и медицинские организации, а также ограничение иных прав и законных интересов ВИЧ-инфицированных на основании наличия у них ВИЧ-инфекции, равно как и ограничение жилищных и иных прав и законных интересов членов семей ВИЧ-инфицированных, если иное не предусмотрено настоящим Федеральным законом»⁷⁵⁷.

Опираясь на эти взаимосвязанные положения, можно утверждать о том, что отказ при трудоустройстве на работу ВИЧ-инфицированных лиц, ограничение их прав возможно только при условии закрепления этого в Федеральном Законе.

Кроме того, в общих принципах рекомендации международной организации труда от 17 июня 2010 года № 200 «О ВИЧ/СПИДе и сфере труда» также прямо закреплён запрет дискриминации при трудоустройстве на работу лиц, у которых есть ВИЧ-инфекция.

Достаточно интересным является вопрос о сочетании принципа запрета дискриминации с возможным отступлением от него в отдельных, прописанных в законе случаях.

Так, представители отдельных профессий должны проходить медицинское освидетельствование на выявление ВИЧ-инфекции при трудоустройстве на работу. Эта обязанность закреплена в части 3 статьи 9 Федерального закона от 30 марта 1995 г. № 38-ФЗ "О предупреждении распространения в Российской Федерации заболевания, вызываемого вирусом иммунодефицита человека (ВИЧ-инфекции)".

Перечень профессий утверждён приказом Минтруда России от 11 декабря 2020 г. № 885н. В этот перечень входят, в первую очередь, медицинские работники, научные работники, лица,

⁷⁵⁵ Международный пакт ООН о гражданских и политических правах [Электронный ресурс] : принят 16.12.1966 года Резолюцией 2200 (XXI) на 1496-ом пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН // Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1976. №17. Ст. 291. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷⁵⁶ О предупреждении распространения в РФ заболевания, вызываемого вирусом иммунодефицита человека [Электронный ресурс] : федер. закон от 30 марта 1995 г. №38-ФЗ // Собр.законодательства Рос.Федерации. 1995. №14. Ст. 1212. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷⁵⁷ Там же.

поступающие на военную службу, а также иностранные граждане и лица без гражданства при условии их въезда на территорию России сроком более, чем на 3 месяца⁷⁵⁸.

Таким образом, если у лица при трудоустройстве на те должности, которые закреплены, непосредственно, в перечне профессий, утвержденным приказом Минтруда России от 11 декабря 2020 г. N 885н, будет обнаружена ВИЧ-инфекция, то отказ работодателя в трудоустройстве на данную работу будет правомерным.

Эти исключения, конечно, оправданы, поскольку ВИЧ-инфекция, в том числе, может быть передана и через кровь.

Выходит, что действующее законодательство позволяет ограничивать права ВИЧ-инфицированных лиц только на основании Федерального закона. Приказом Минтруда России прямо учрежден список профессий, на которые не могут претендовать лица, живущие с ВИЧ и эти ограничения, конечно, оправданы. Конечно, в дальнейшем, при разработке законодательных изменений в части регулирования положения лиц, живущих с ВИЧ, необходимо учитывать также и успешный опыт других стран, преуспевающих в борьбе с дискриминацией.

С какими же проблемами, сталкиваются/могут сталкиваться, непосредственно, ВИЧ-инфицированные лица в сфере труда?

Этот вид дискриминации наиболее показателен при приеме на работу в качестве авиационного персонала.

Но, к счастью, этот вопрос был решен на уровне Верховного Суда совсем недавно, в 2019 году.

Верховный Суд РФ отметил, что статья 5 Федерального закона от 30 марта 1995 г. N 38-ФЗ закрепляет: «права и свободы граждан Российской Федерации могут быть ограничены в связи с наличием у них ВИЧ-инфекции только федеральным законом».

Федеральный закон, который бы регламентировал деятельность авиационного персонала при выявлении у них ВИЧ-инфекции в нашей стране отсутствует.

Именно на основании этого, Верховный суд признал недействующим требование – отсутствие ВИЧ-инфекции при трудоустройстве к состоянию здоровья авиационного персонала, содержащееся в приложении № 3 Федеральных авиационных правил "Медицинское освидетельствование летного, диспетчерского состава, бортпроводников, курсантов и кандидатов, поступающих в учебные заведения гражданской авиации"⁷⁵⁹.

Очень известным делом, связанным с дискриминацией ВИЧ-инфицированных лиц, было дело I.B. против Греции. Заявителем выступал гражданин Греции, который работал в ювелирном отделе. Этот гражданин рассказал своим коллегам, что подозревает о наличии у него ВИЧ-инфекции, позднее этот диагноз был подтвержден.

После этого, работники начали обращаться с письмами к работодателю с просьбой уволить ВИЧ-положительного сотрудника. Вскоре, работодатель все же уволил работника.

ЕСПЧ пришел к выводу, что возникшая болезнь никаким образом не повлияла бы на дальнейшую рабочую деятельность и не могла рассматриваться как объективное основание расторжения трудового договора. Суд постановил выплатить заявителю денежные средства в качестве компенсации материального и морального вреда⁷⁶⁰.

Из проведенного анализа судебной практики, можно сделать вывод, что дела, связанные с незаконным увольнением ВИЧ-положительных лиц, не столь распространены, не только в России, но и по всему миру.

Вероятно, это можно объяснить тем, что люди, которые сталкиваются с этой проблемой, считают правильным умолчать об этом, не обращаясь с подобными проблемами ни в суд, ни в иные государственные органы.

⁷⁵⁸ Об утверждении Перечня отдельных профессий, производств, предприятий, учреждений и организаций, работники которых проходят обязательное медицинское освидетельствование для выявления ВИЧ-инфекции при проведении обязательных предварительных при поступлении на работу и периодических медицинских осмотров [Электронный ресурс] : утвержден приказом Министерства труда и социальной защиты РФ от 11 декабря 2020 г. N 885н // официальный интернет-портал правовой информации" (www.pravo.gov.ru). 2020. №0001202012220094. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷⁵⁹ Решение Верховного Суда РФ от 10.09.2019 г. №АКПИ19-548 [Электронный ресурс] / Доступ из справ. -правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷⁶⁰ Постановление ЕСПЧ от 03.10.2013 «I.B. против Греции» (жалоба N 552/10) [Электронный ресурс] / Доступ из справ. -правовой системы «КонсультантПлюс».

Возникает вопрос: а действенен ли правовой механизм защиты лиц, подвергшихся дискриминации в сфере труда?

Одним из прав работника, в соответствии со статьей 21 Трудового Кодекса РФ, является «защита трудовых прав, свобод и законных интересов всеми не запрещенными законом способами»⁷⁶¹.

В соответствии с частью 4 статьи 3 Трудового Кодекса РФ, «если лицо считает, что оно подверглось дискриминации в сфере труда, то оно вправе обратиться в суд с заявлением о восстановлении нарушенных прав, возмещении материального вреда и компенсации морального вреда»⁷⁶².

Однако в ходе судебного процесса работник, который считает, что подвергся дискриминации со стороны работодателя, должен будет сам доказывать факт дискриминации в отношении него, поскольку в соответствии с частью 1 статьи 56 ГПК РФ, каждый должен доказать обстоятельства, на которые, непосредственно, ссылается⁷⁶³.

На практике факт дискриминации доказать очень сложно, в большинстве своем суды отказывают работникам.

В качестве доказательства может выступать письменный отказ работодателя с объяснением соответствующих причин, который работник может потребовать и работодатель обязан будет этот документ предоставить в срок не позднее чем в течение 7 рабочих со дня предъявления такого требования (часть 5 статьи 64 Трудового Кодекса РФ).

Но, безусловно, ни один здравомыслящий работодатель не укажет в документе в качестве причины увольнения ту самую, настоящую причину, по которой он уволил работника.

На мой взгляд, обязанность доказывания тех или иных фактов должна быть возложена на работодателей как на более сильное звено в этой цепочке.

Наиболее частыми являются случаи, когда суд удовлетворяет требования работника в части возмещения выплат в пользу работника или восстановления его на работе, но отказывает в признании того, что действия работодателя являются дискриминационными.

Так, очень показательным в этом плане является решение Киселевского городского суда Кемеровской области. Женщина обратилась с иском к своему работодателю - Киселевскому государственному пассажирскому автотранспортному предприятию Кемеровской области. Ситуация возникла следующая: женщину, работавшей кондуктором, привлекли к дисциплинарной ответственности за то, что она отказалась перейти работать кондуктором в другой автобус «НефАЗ», сославшись на состояние своего здоровья. Несмотря на это, работодатель всё равно издал приказ о переводе ее с прежнего автобуса на другой – «НефАЗ».

В период ее работы на этом автобусе, работодатель устраивал многочисленные проверки, фактически, создавая невыносимые условия для труда как в физическом, так в моральном плане. Из-за всех этих проверок женщина была вынуждена обратиться в больницу за медицинской помощью. После выхода с больничного, она предъявила работодателю заключение медицинской комиссии, в котором ей был рекомендован легкий труд. После этого, работодатель отстранил ее от работы на 1 месяц в связи с тем, что у него отсутствовала подходящая для женщины работы.

Проанализировав материалы дела, суд удовлетворил требования в части признания приказов, изданных работодателем, незаконными и о наложении дисциплинарных взысканий. Однако в части требований о признании действия работодателя дискриминационными отказал⁷⁶⁴.

Национальные суды взыскивают в пользу работников очень низкие суммы, так, например, суммы, взыскиваемые в качестве компенсации морального вреда, составляют от 3000 до 6000 рублей, в среднем, в небольших городах – суммы на порядок ниже. Так, мировой суд города

⁷⁶¹ Трудовой кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс] : федер. закон от 30 декабря 2001 г. №197-ФЗ // Собр.законодательства Рос.Федерации. 2002. №1. Ст. 3. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷⁶² Там же.

⁷⁶³ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс] : федер. закон от 14 марта 2002 г. №138-ФЗ // Собр.законодательства Рос.Федерации. 2002. №46. Ст. 4532. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷⁶⁴ Решение Киселевского городского суда Кемеровской области от 29 января 2010 г. по делу №2-48/2010 года [Электронный ресурс] / Доступ из справ. -правовой системы «КонсультантПлюс».

Казани по иску Равиля Рахмеева к ПО «Сельский хлеб» обязал работодателя выплатить Рахмееву 1000 рублей в качестве компенсации морального вреда⁷⁶⁵.

Также не признали высшие суды РФ дискриминацией действия работодателя – ООО «Самарское речное пассажирское предприятие» в отношении Светланы Медведевой, которая получила образование по специальности «Судовождение». Работодатель отказал ей в трудоустройстве на должность «моторист-рулевой», сославшись на то, что эта работа считается вредной и опасной для женщин, так как входит в перечень тяжелых и опасных работ.

Исчерпав все возможные способы защиты, Светлана обратилась в Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин ООН, который после изучения материалов дела, счел действия работодателя дискриминационными по признаку пола.

Комитет также пришел к выводу о том, что подобный список запрещенных профессий – часть навязываемого представления о женщинах, стереотип, существующий в обществе, который подрывает перспективный и карьерный рост женщин, рассматривая их, исключительно, в роли жен и матерей⁷⁶⁶.

На мой взгляд, судебный способ защиты в нашей стране не является эффективным. Во-первых, лицо, которое считает, что оно подверглось дискриминации, в судебном процессе должно будет самостоятельно доказывать факт дискриминации. Как показывает практика, сделать это почти не представляется возможным. На мой взгляд, проблема доказывания должна быть возложена на работодателя.

Во-вторых, суды, чаще всего, отказываются признавать действия работодателей дискриминационными. В большинстве своем, они удовлетворяют требования в части выплаты компенсаций – материального и морального вреда. Однако эти суммы не покрывают, фактически, никакие расходы, связанные с делом, в том числе и материальный вред.

Конечно, кроме судебного способа защиты, есть и иные средства.

В соответствии с положением статьи 391 ТК РФ, непосредственно в судах рассматриваются «индивидуальные трудовые споры лиц, считающих, что они подверглись дискриминации»⁷⁶⁷.

Применяя буквальное толкование этой правовой нормы, можно прийти к выводу о том, что рассмотрение жалоб и обращений о дискриминации в отношении работников выведено из компетенции, в том числе, органов государственной инспекции труда, которая, необходимо попутно отметить, до 2006 года обладала правом рассматривать подобные обращения.

Значит, внесудебных способов защиты от дискриминации не так уж и много.

О недостаточно-развитом правовом механизме, регулирующим защиту прав от дискриминационных действий, заявил и ЕСПЧ в Постановлении по делу «Даниленков и другие против РФ».

32 рабочих Калининградского порта обратились в ЕСПЧ с жалобой на решение суда, вынесенное в отношении них в России, об отказе в защите от дискриминации. Кроме того, они просили признать действия работодателя в отношении них антипрофсоюзной дискриминацией.

ЕСПЧ пришел к выводу, что любой работник имеет право вступать или не вступать в профсоюзы без всяческой угрозы к наказанию. ЕСПЧ признал действия работодателя дискриминационными, а также установил, что государство не смогло обеспечить эффективную и четкую защиту работников от дискриминации по признаку членства в профсоюзе⁷⁶⁸.

Таким образом, ЕСПЧ констатировал отсутствие действующих механизмов защиты от дискриминации в России и рекомендовал государству принять все меры, чтобы их разработать.

Получается, что обращение в прокуратуру, вероятно, остается единственно-возможным внесудебным способом защиты граждан, подвергшихся дискриминации.

⁷⁶⁵ KAZAN.RU [Электронный ресурс]: новостной портал. URL: <https://kazan.ru/novosti/kazanec-otsudil-dengi-za-to-chto-emu-otkazali-v-rabote-potencialnogo-rabotodatelja-ne-ustroilo-chto-bukhgalter-ravil-rakhmееv-n> (дата обращения: 03.06.2021).

⁷⁶⁶ LAW.RU [Электронный ресурс]: правовой журнал. URL: <https://www.law.ru/blog/22205-diskriminatsiya-v-otnoshenii-jenshchin-problemnye-aspekty> (дата обращения: 03.06.2021).

⁷⁶⁷ Трудовой кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс] : федер. закон от 30 декабря 2001 г. №197-ФЗ // Собр.законодательства Рос.Федерации. 2002. №1. Ст. 3. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷⁶⁸ Постановление ЕСПЧ от 30.07.2009 «Даниленков и другие против РФ» (жалоба N 67336/01) [Электронный ресурс] / Доступ из справ. -правовой системы «КонсультантПлюс».

Прокуратура – государственный орган, который осуществляет надзор за соблюдением положений Конституции и других законов, действующих в нашей стране. Безусловно, сотрудники прокуратуры должны реагировать на каждое поступившее к ним обращение и проводить проверки для установления факта нарушения прав.

Выходит, что полномочия прокурора сводятся к надзору за исполнением законов и, далее, принятия решения о возбуждении производства об административном правонарушении, возбуждении уголовного дела или об отказе в возбуждении.

В соответствии со статьей 5.62 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях⁷⁶⁹, прокурором может быть возбуждено дело об административном правонарушении, а на работодателя за дискриминационные действия в отношении работника наложен административный штраф.

При анализе материалов дела прокурор может возбудить не только производство об административном правонарушении, но и уголовное дело. В этом случае, должны быть установлены все признаки состава преступления, предусмотренного статьей 136 УК РФ – «нарушение равенства прав и свобод человека и гражданина».

Однако, как показывает практика в части возбуждения уголовных дел по этой статье, то их число – минимально.

Выходит, что и этот механизм развит недостаточно и, как таковые, эффективные способы защиты на самом деле отсутствуют.

Для решения этой проблемы необходимо внести законодательные изменения путем проведения активной законодательной работы. На мой взгляд, необходимо возратить органам государственной инспекции труда полномочия по рассмотрению жалоб о дискриминационных действиях.

Вероятно, что полномочий этого органа будет недостаточно и нужно создавать дополнительный государственный орган, который будет специализироваться конкретно на вопросах борьбы с дискриминацией.

Помимо этого, специализированный орган должен будет не только рассматривать обращения граждан, но и проводить мониторинг ситуаций по всей стране в рамках проверки равного обращения и возможностей в сфере труда.

В заключении, необходимо отметить, что сейчас не только наша страна, но и всё мировое сообщество борется с дискриминацией в трудовой сфере, в том числе, в отношении ВИЧ-инфицированных лиц.

Это заболевание, конечно, способствует снижению трудовой функции граждан, но это не должно служить поводом к ограничению прав этих лиц.

Государство должно осуществлять активную работу в этой сфере, как минимум, способствуя просвещению населения страны об этом заболевании.

Кроме того, необходимо создавать специализированные органы, которые будут, непосредственно, работать с проблемами и вопросами дискриминации в нашей стране.

Также нужно на законодательном уровне закрепить определение понятия «дискриминация», поскольку суды до сих пор не понимают самого значения этого понятия, что приводит к его неправильному толкованию.

На мой взгляд, для эффективной и грамотной борьбы с дискриминацией необходимо обеспечить хотя бы частичный перенос бремени доказывания на работодателей как на более сильное звено в трудовых правоотношениях, поскольку факт дискриминации работникам доказать очень сложно, в связи с этим, суды очень редко удовлетворяют их требования, в том числе, о признании действий работодателя дискриминационными.

Борьба с дискриминацией вплоть до ее полного искоренения обеспечит равными правами всех участников трудовых отношений, что, в свою очередь, положительно скажется на развитии экономики страны.

⁷⁶⁹ КоАП РФ Статья 5.62. Дискриминация [Электронный ресурс] / Доступ из справ. -правовой системы «КонсультантПлюс».

Библиографический список:

1. СПИД.ЦЕНТР [Электронный ресурс]: федер. портал. – Режим доступа: <https://spid.center/ru/posts/4833/>.
2. Толковый словарь Т.Е.Ефремовой [Электронный ресурс]: портал Slovar.cc. – Режим доступа: <https://slovar.cc/rus/efremova-tolk/279207.html>.
3. KAZAN.RU [Электронный ресурс]: новостной портал. – Режим доступа: <https://kazan.ru/novosti/kazanec-otsudil-dengi-za-to-cto-emu-otkazali-v-rabote-potencialnogo-rabotodatelja-ne-ustroilo-cto-bukhgalter-ravil-rakhmeev-n>.
4. LAW.RU [Электронный ресурс]: правовой журнал. – Режим доступа: <https://www.law.ru/blog/22205-diskriminatsiya-v-otnoshenii-jenshchin-problemnye-aspekty>.

А. И. Кочеткова

*Санкт-Петербургский государственный университет,
бакалавриат, образовательная программа
«Юриспруденция», II курс*

*Научный руководитель: Н. И. Дивеева
д.ю.н., профессор кафедры трудового и социального права
Санкт-Петербургского государственного университета*

АНАЛИЗ МЕХАНИЗМОВ ЗАЩИТЫ ЧЕСТИ, ДОСТОИНСТВА И ДЕЛОВОЙ РЕПУТАЦИИ РАБОТНИКА В ТРУДОВОМ ПРАВООТНОШЕНИИ

Предметом исследования являются нормы Трудового кодекса РФ и судебная практика РФ по делам о защите чести, достоинства и деловой репутации работника в трудовом правоотношении с целью анализа механизмов защиты этих нематериальных благ, разработки путей совершенствования действующего законодательства. Существующие нормы позволяют работникам защищать указанные блага от противоправных посягательств. Однако, практика показывает, что данный правовой механизм требует корректировки в распределении бремени доказывания; исчислении сроков судебной защиты; определении размера компенсации морального вреда; установлении возможности для работника требовать опровержения распространенных сведений.

Ключевые слова: честь, достоинство, деловая репутация, работник, работодатель, судебная защита, Трудовой кодекс Российской Федерации.

А. И. Kochetkova

ANALYSIS OF MECHANISMS FOR PROTECTING THE HONOR, DIGNITY AND BUSINESS REPUTATION OF THE EMPLOYEE IN LABOR LEGAL RELATIONS

The subject of the research are the norms of the Labor Code of the Russian Federation and the judicial practice of the Russian Federation in cases of protecting the honor, dignity and business reputation of an employee in labor relations, in order to analyze the mechanisms for protecting these intangible benefits, and develop ways to improve the current legislation. The current norms allow employees to protect these benefits from unlawful encroachments. However, practice shows that this legal mechanism requires adjustments in the distribution of the burden of proof; calculating the terms of judicial protection; determining the amount of compensation for moral damage; establishing the possibility for an employee to demand a refutation of disseminated information.

Key words: honor, dignity, business reputation, employee, employer, judicial protection, Labor Code of the Russian Federation.

Статья 23 Конституции Российской Федерации⁷⁷⁰ устанавливает, что все без исключения имеют законное право на защиту чести и доброго имени. Но как реализуется эта норма в сфере действия трудового права? Какими гарантиями обладает работник, чьи честь, достоинство и деловая репутация подверглись посягательству со стороны работодателя?

Современные механизмы защиты работником своих прав в связи с распространением о нем порочащих, не соответствующих действительности сведений, сводятся прежде всего к получению им компенсации морального вреда. Этот способ восстановления нарушенных прав, без сомнения, является сильной стороной российского трудового законодательства. Он нашел свое отражение в статье 237 Трудового кодекса Российской Федерации (далее – ТК РФ)⁷⁷¹, посредством использования которой подавляющее большинство работников и защищает свои права.

Однако иные механизмы защиты чести, достоинства и деловой репутации предусмотрены в основном гражданским законодательством. В трудовом законодательстве им отведено незначительное место. Они нашли свое отражение лишь в статьях 237 и 392 ТК РФ⁷⁷². Это приводит к тому, что несмотря на доступность для работника такого способа защиты нарушенных прав, как компенсация морального вреда по правилам статьи 237 ТК РФ⁷⁷³, зачастую опровержение порочащих сведений значительно затруднено, так как какая-либо подробная регламентация этого способа защиты нарушенных прав в ТК РФ попросту отсутствует. Как следствие, возникает ряд проблем, затрудняющих реализацию работником своих прав.

Базовая регламентация защиты чести, достоинства и деловой репутации закреплена в статьях 151 и 152 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ)⁷⁷⁴. Так, статья 152 ГК РФ предусматривает возможность лиц требовать опровержения сведений, порочащих указанные выше нематериальные блага, а также допустимость отзыва или замены документа, если он содержит не соответствующие действительности, порочащие сведения. Статья же 151 ГК РФ закрепляет право лиц на получение компенсации морального вреда в описанных выше ситуациях.

Верховный Суд РФ (далее – ВС РФ) в Постановлении Пленума от 24 февраля 2005 года № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц»⁷⁷⁵ дал ряд важных разъяснений, которые необходимы для более полного понимания механизмов защиты указанных нематериальных благ. Так, истцами по данной категории дел являются лица, считающие, что в их отношении имеет место распространение не соответствующих действительности порочащих сведений. Ответчиками – не только авторы соответствующих сведений, но и лица, непосредственно принимавшие участие в их распространении. Но стоит заметить, что в случае распространения порочащих сведений работником от имени организации в связи с осуществлением им профессиональной деятельности надлежащим ответчиком по иску является именно организация, то есть его работодатель. Бремя доказывания факта распространения не соответствующих действительности сведений и их порочащего характера лежит на истце (работнике), а доказательство их соответствия действительности – на ответчике (работодателе).

Необходимо иметь в виду, что иск может быть удовлетворен судом при соблюдении определенных условий, отсутствие одного из которых исключает эту возможность: «факт распространения ответчиком сведений об истце, порочащий характер этих сведений и несоответствие их действительности».

Что же касается возмещения убытков, то в нем не может быть отказано лишь на основании невозможности определения их точного размера. На это обстоятельство прямо указал ВС РФ в «Обзоре практики рассмотрения судами дел по спорам о защите чести, достоинства и деловой

⁷⁷⁰ Конституция Российской Федерации [Электронный ресурс]: принята всенародным голосованием 12 дек. 1993 г. // Рос. газ. 2009. 21 янв. (с учетом поправок, внесенных Законами Российской Федерации о поправках к Конституции Российской Федерации от 30 дек. 2008 г. № 6-ФКЗ и от 30 дек. 2008 г. № 7-ФКЗ). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷⁷¹ Трудовой кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. закон от 30 дек. 2001 г. № 197-ФЗ (ред. от 09 нояб. 2020 г.). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷⁷² Там же.

⁷⁷³ Там же.

⁷⁷⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. закон от 30 нояб. 1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 31 июля 2020 г.). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷⁷⁵ О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц [Электронный ресурс]: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 февр. 2005 г. № 3. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

репутации» Президиума от 16 марта 2016 года⁷⁷⁶. Более того, пункт 63 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 года № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации»⁷⁷⁷ гласит, что ТК РФ не содержит ограничений в части компенсации морального вреда работнику в случае нарушения его трудовых прав. То есть такая компенсация может быть выплачена в связи с любыми неправомерными действиями или бездействиями работодателя.

Но стоит отметить, что факт нравственных страданий, причиненных вследствие посягательства на честь, достоинство и деловую репутацию работника, трудно доказуем. А лишь при наличии морального вреда работник сможет получить денежную компенсацию за нарушение своих прав.

Важным обстоятельством является и то, что невозможно точно оценить степень нравственных страданий лица в этой ситуации, что приводит к некоторым сложностям в установлении размера компенсации, подлежащей выплате. Конечно, в судебной практике и в статье 151 ГК РФ⁷⁷⁸ сформировались некоторые критерии оценивания морального вреда: учету подлежат степень вины работодателя в причинении вреда работнику; объем нравственных страданий лица, чьи права нарушены и так далее. Но статья 237 ТК РФ⁷⁷⁹ ограничивает размер компенсации, причитающейся работнику, суммой, обозначенной в соглашении сторон трудового спора. Представляется, что в связи с неравным положением работника и работодателя размер компенсации может быть несправедливо определен в соглашении, достигнутом между сторонами трудового правоотношения, в контексте желания работника сохранить рабочее место, а как следствие, в контексте некоего искажения его воли. Принимая во внимание это предположение, можно прийти к выводу, что трудовому законодательству необходима более точная регламентация определения величины денежной компенсации морального вреда, полагающейся работнику, чьи права на защиту чести, достоинства и деловой репутации нарушены. Несомненно, размер такой компенсации должен зависеть от степени вины работодателя, масштаба распространения порочащих и несоответствующих действительности сведений и других факторов. Все это должно не только вытекать из судебной практики, но и быть закреплено в трудовом законодательстве с целью единообразия в разрешении споров данной категории в судах.

Однако возникает вопрос: какой размер компенсации может считаться достаточным и как его можно определить? На него и попытался дать ответ Верховный Суд РФ в Определении Судебной коллегии по гражданским делам от 29 июня 2020 года № 15-КГ20-2-К1⁷⁸⁰. Суд подчеркнул, что размер компенсации может определяться с помощью совокупной оценки фактических обстоятельств конкретного дела, особенностей личности работника, характера физических и нравственных страданий, причиненных ему, степени вины работодателя. Все эти факторы необходимо соотнести с основополагающими принципами справедливости, разумности и соразмерности. Более того, необходимо соблюсти баланс интересов истца и ответчика и не допустить ущемления прав ни одной из сторон.

Также, возможно, не будет лишним обозначение минимальной суммы компенсации морального вреда в ТК РФ. В судебной практике встречаются случаи присуждения работодателя к выплате неоправданно заниженного размера компенсации⁷⁸¹, что, конечно, нарушает право

⁷⁷⁶ Обзор практики рассмотрения судами дел по спорам о защите чести, достоинства и деловой репутации [Электронный ресурс]: утв. Президиумом Верховного Суда РФ 16 марта 2016 г. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷⁷⁷ О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации [Электронный ресурс]: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. № 2. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷⁷⁸ Гражданский кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. закон от 30 нояб. 1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 31 июля 2020 г.). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷⁷⁹ Трудовой кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. закон от 30 дек. 2001 г. № 197-ФЗ (ред. от 09 нояб. 2020 г.). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷⁸⁰ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации [Электронный ресурс]: от 29 июня 2020 г. № 15-КГ20-2-К1 // инф.-правовой сайт. URL: <https://legalacts.ru/sud/opredelenie-sudebnoi-kollegii-po-grazhdanskim-delam-verkhovnogo-suda-rossiiskoi-federatsii-ot-29062020-n-15-kg20-2-k1/> (дата обращения: 20.03.2021).

⁷⁸¹ Так, в Решении Поворинского районного суда Воронежской области 23 сент. 2020 г. по делу № 2-2-272/2020 суд постановил взыскать с ответчика компенсацию морального вреда в размере пятисот рублей, хотя истица и ее представитель просили обязать ответчика к выплате компенсации в размере тридцати

работника на справедливую судебную защиту. За нижнюю границу компенсации может быть взят минимальный размер оплаты труда, ведь вполне вероятно, что работник, обратившийся в суд за защитой своих прав, нарушенных работодателем, пожелает сменить место работы после завершения судебного процесса.

Более того, не все случаи посягательства на честь, достоинство и деловую репутацию работника подпадают под действие статей 151, 152 ГК РФ⁷⁸² и 237 ТК РФ⁷⁸³. Например, как отметил Верховный Суд в Постановлении Пленума от 24 февраля 2005 года № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц»⁷⁸⁴, сведения, содержащиеся в официальных документах (в локальных актах, издаваемых работодателями, в том числе), не могут быть проверены на соответствие действительности или на порочащий характер. Такие документы могут быть обжалованы работником только в строго установленном для того порядке⁷⁸⁵ и только после удовлетворения иска об их обжаловании могут быть рассмотрены как нарушающие права работника на защиту чести, достоинства и деловой репутации.

Что касается сроков, в течение которых могут быть обжалованы официальные документы, то он урегулирован статьей 392 ТК РФ⁷⁸⁶: по общему правилу работник может обратиться в суд с заявлением в течение трех месяцев с момента, когда он узнал о нарушении своего права изданием оспариваемого документа; в спорах, связанных с обжалованием незаконного увольнения, этот срок сокращен до одного месяца. Очевидно, что такой механизм защиты прав работника значительно затрудняет процедуру получения компенсации морального вреда или опровержения порочащих и не соответствующих действительности сведений, так как работник не имеет возможности напрямую обратиться в суд с иском об опровержении таких сведений: перед этим он вынужден обжаловать официальные документы, что может занять продолжительное время, а как уже было отмечено выше, течение сроков в этой ситуации на данный момент не регламентировано. Эта проблема затронута в Постановлении Конституционного Суда РФ от 14 июля 2020 года № 35-П «По делу о проверке конституционности части первой статьи 392 Трудового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина Р.М. Четыза»⁷⁸⁷.

Безусловно, работник имеет возможность обратиться в суд с иском о компенсации морального вреда уже после разрешения индивидуального трудового спора и вступления в законную силу судебного решения, которым нарушенные права работника были восстановлены, а процессуальные акты успешно обжалованы. Однако как же поступать в ситуации, если сокращенный трехмесячный срок исковой давности истек к моменту вступления решения в законную силу?

При буквальном толковании действующей редакции части 1 статьи 392 ТК РФ⁷⁸⁸ можно сделать вывод, что в подобном случае защита нарушенных прав путем компенсации морального вреда работнику становится невозможной, то есть работник теряет формальную возможность обращения в суд с таким иском. Конституционный Суд РФ указал, что это положение законодательства противоречит Конституции РФ и нарушает право граждан на судебную защиту.

тысяч рублей. С учетом затрат на услуги представителя в суде такая компенсация не может считаться соразмерной и достаточной (доступ из справ.-правовой системы «СудАкт»).

⁷⁸² Гражданский кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. закон от 30 нояб. 1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 31 июля 2020 г.). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷⁸³ Трудовой кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. закон от 30 дек. 2001 г. № 197-ФЗ (ред. от 09 нояб. 2020 г.). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷⁸⁴ О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц [Электронный ресурс]: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 февр. 2005 г. № 3. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷⁸⁵ Этот вопрос находится за рамками рассматриваемой темы, поэтому подробно останавливаться на нем в рамках исследования нет необходимости.

⁷⁸⁶ Трудовой кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. закон от 30 дек. 2001 г. № 197-ФЗ (ред. от 09 нояб. 2020 г.). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷⁸⁷ По делу о проверке конституционности части первой статьи 392 Трудового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина Р.М. Четыза [Электронный ресурс]: Постановление Конституционного Суда РФ от 14 июля 2020 г. № 35-П. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷⁸⁸ Трудовой кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. закон от 30 дек. 2001 г. № 197-ФЗ (ред. от 09 нояб. 2020 г.). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Поэтому целесообразным видится исключение сроков обжалования процессуальных документов из общего периода, в течение которого работник может обратиться в суд за защитой своих чести, достоинства и деловой репутации. В противном случае велик риск пропуска таких сроков, а следовательно, оставления работника в состоянии незащищенности. То есть сроки должны остаться прежними – три месяца по общему правилу и один месяц для споров, связанных с увольнением, но из них должен быть исключен период, в течение которого работник обжаловал процессуальные документы.

Также стоит заметить, что в трудовом законодательстве отсутствуют специфические средства и способы защиты этих нематериальных благ, которые могли бы формально уравнивать работника и работодателя, чье правовое положение несколько отличается в связи с тем, что они все же находятся в отношениях власти-подчинения, основанных на трудовом договоре. Но, вероятно, такие способы и не необходимы: работник имеет право на получение компенсации морального вреда, а также, при условии включения в Трудовой кодекс РФ соответствующих положений, уже предусмотренных Гражданским кодексом РФ, работник сможет опровергнуть несоответствующие действительности порочащие сведения.

Но, безусловно, работодатель находится в более привилегированном положении по сравнению с работником. При этом судебная практика сложилась следующим образом: бремя доказывания факта распространения не соответствующих действительности сведений и их порочащего характера лежит на истце (то есть работнике), а доказательство их соответствия действительности – на ответчике (работодателе). В силу того, что работник является более слабой стороной в трудовых правоотношениях, процесс доказывания им соответствующих фактов может быть значительно затруднен: документы, каким-либо образом подтверждающие слова работника, как правило, находятся у работодателя; другие работники могут не оказать ему должной поддержки в виде свидетельства по причине нежелания «портить отношения» с руководством. В связи с этим бремя доказывания как факта нераспространения не соответствующих действительности сведений, так и факта отсутствия в них порочащего характера должно быть переложено на работодателя. Добросовестность работника и факт нарушения его законных интересов должны презюмироваться.

Еще одной проблемой, затрагивающей защиту чести, достоинства и деловой репутации работника, является отсутствие четкого определения этих правовых понятий. Этот факт расширяет область дискреции суда в установлении того, что именно стоит считать посягательством на эти нематериальные блага. Традиционно в правовой доктрине с понятием достоинства связывают внутреннюю оценку личностью своих качеств, способностей, своего общественного значения. Честь же определяется как оценка личности со стороны социума. Деловая репутация – как оценка профессиональных качества лица, непосредственно применяемых в процессе осуществления предпринимательской и любой другой профессиональной деятельности. Введение этих дефиниций в Трудовой кодекс РФ упростило бы процесс доказывания наличия противоправного посягательства на честь, достоинство и деловую репутацию, а также внесло бы некую определенность в регулирование этой стороны общественных отношений.

Таким образом, чтобы обеспечить достаточный уровень защищенности работника в области отстаивания им своих чести, достоинства и деловой репутации, необходимо полностью перенести регулирование этого института из сферы гражданско-правовых отношений в сферу трудового права. Это позволило бы наделить работников необходимыми способами защиты от противоправных посягательств, а также устранить неопределенность, возникающую в связи с рассмотрением судами дел этой категории.

Библиографический список:

1. О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации [Электронный ресурс]: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. № 2. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

2. О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц [Электронный ресурс]: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 февр. 2005 г. № 3. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

3. О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц [Электронный ресурс]: Постановление Пленума

Верховного Суда РФ от 24 февр. 2005 г. № 3. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

4. Обзор практики рассмотрения судами дел по спорам о защите чести, достоинства и деловой репутации [Электронный ресурс]: утв. Президиумом Верховного Суда РФ 16 марта 2016 г. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

5. Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации [Электронный ресурс]: от 29 июня 2020 г. № 15-КГ20-2-К1 // инф.-правовой сайт. Режим доступа: <https://legalacts.ru/sud/opredelenie-sudebnoi-kollegii-po-grazhdanskim-delam-verkhovnogo-suda-rossiiskoi-federatsii-ot-29062020-n-15-kg20-2-k1/>

6. По делу о проверке конституционности части первой статьи 392 Трудового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина Р.М. Четыза [Электронный ресурс]: Постановление Конституционного Суда РФ от 14 июля 2020 г. № 35-П. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

7. Решение Поворинского районного суда Воронежской области 23 сент. 2020 г. по делу № 2-2-272/2020 [Электронный ресурс]: Режим доступа: <https://sudact.ru/regular/doc/azei6WXWPDbH/>

Я. Р. Крылова

*Государственный университет управления,
бакалавриат, образовательная программа
«Право и управление», III курс*

*Научный руководитель: С. Е. Титор
к.ю.н., доцент кафедры частного права
Государственного университета управления*

К ВОПРОСУ ОБ ОБЕСПЕЧЕНИИ ПРИНЦИПА ГЕНДЕРНОГО РАВЕНСТВА В ТРУДОВОМ ПРАВЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

Предметом исследования статьи являются нормы европейского трудового законодательства и судебная практика европейского суда, с целью выявления соответствия их принципу гендерного равенства. Данный принцип является одним из ключевых в праве Европейского союза, и его обеспечение необходимо для достижения европейских целей роста, занятости и социальной сплочённости. Кроме того, участие женщин в трудовом процессе обеспечивает их экономическую независимость и самореализацию в обществе.

Ключевые слова: трудовое право, Европейский союз, равенство, гендерное равенство, женщины, мужчины, дискриминация, занятость.

Y. R. Krylova

TO THE QUESTION OF ENSURING THE PRINCIPLE OF GENDER EQUALITY IN LABOUR LAW OF EUROPEAN UNION

The subject of the article is the norms of European labour law and jurisprudence, in order to identify its compliance to the principle of gender equality. This principle is one of the key in the law of European Union, and its ensuring is essential for achieving European goals of development, employment and social cohesion. Moreover, women's participation in working process provides their economic independence and self-realization in the society.

Key words: labour law, European Union, equality, gender equality, women, men, discrimination, employment.

Право Европейского союза (далее – Евросоюз, ЕС) представляет собой комплексную и активно развивающуюся систему, в основе которой лежит основной конфликт между идеями создания единого экономического пространства и сохранения суверенитета государств-членов

Евросоюза⁷⁸⁹. Однако существуют базовые положения, которые считаются общепринятыми как в международном праве и мировом сообществе в целом, как в качестве приоритетных направлений внутригосударственной политики стран, так и на всей территории ЕС. Одним из таких является принцип равенства мужчин и женщин (или принцип гендерного равенства), играющий важную роль в различных отраслях права Евросоюза, в том числе в трудовом праве; именно в этом и состоит актуальность данной работы. Целью исследования является анализ действующего европейского законодательства и судебной практики по вопросам гендерного равенства в сфере труда; в качестве задач можно выявить определение сущности подобного рода дискриминации, изучение сложившейся ситуации в Европейском союзе, а также рассмотрение отдельных решений в качестве мер по борьбе с рассматриваемой проблемой.

Право каждого человека на равенство перед законом и право на защиту от дискриминации считаются универсальными. Они признаны Всеобщей декларацией прав человека 1948 г., Конвенцией ООН о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин 1979 г., пактами ООН о гражданских и политических, об экономических, социальных и культурных правах, Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод, подписанной всеми государствами-членами ЕС и др. Конвенция Международной организации труда (далее – МОТ) № 111 также запрещает дискриминацию в сфере занятости и труда⁷⁹⁰.

Равное положение женщин и мужчин является основополагающим правом и общей ценностью ЕС и закрепляется в ст. 153 Договора о функционировании Европейского союза (далее – Договор). Это также является необходимым условием для достижения европейских целей роста, занятости и социальной сплочённости⁷⁹¹. Такой областью, где гендерное равенство имеет важное значение, несомненно, считается рынок труда, участие женщин в котором – необходимое условие их экономической независимости и самореализации в обществе.

Одним из ключевых понятий в данной работе является понятие дискриминации, под которым принято понимать различие в обращении, влекущее умаление прав отдельных лиц, не давая им возможности пользоваться этими правами на равных началах с остальными людьми⁷⁹². Право ЕС выделяет два вида дискриминации – прямую и косвенную – причем каждый из них обязан быть исключённым ради достижения принципа равного обращения. Прямая дискриминация имеет место в том случае, когда в сходной ситуации к одному лицу относятся, относились или будут относиться менее доброжелательно, чем к другому из-за определённых различий. Косвенная дискриминация проявляется тогда, когда очевидно нейтральное положение, критерий или практика ставят лицо в особенно невыгодное положение по сравнению с другими по дискриминационным признакам, за исключением тех случаев, когда данное положение, критерий или практика признаны объективно соответствующими правомерной цели, и средства достижения этой цели являются уместными и необходимыми⁷⁹³.

Советом ЕС в 1972 году была принята Социальная программа действий, которая делала акцент на важности скорейшего применения в практике государств-членов Евросоюза принципа гендерного равенства в сфере труда, включая также право на равную его оплату⁷⁹⁴. Как следствие, весьма существенный блок нормативных актов Евросоюза посвящен вопросам равного обращения в трудовой области. К ним относятся прежде всего уже упомянутый выше Договор, а также Хартия Европейского союза об основных правах, Директива Совета ЕС от 19.10.1992 № 92/85/ЕЭС «О введении мер, содействующих улучшению безопасности и здоровья беременных работниц, а также недавно родивших и кормящих работниц» (десятая отдельная Директива в значении ст. 16(1) Директивы № 89/391/ЕЭС), Директива № 96/34/ЕС «Об отпуске родителям», Директива № 94/33/ЕС «О защите труда молодёжи», Директива Европарламента и Совета от 05.07.2006 № 2006/54/ЕС «Об имплементации принципа равенства и равного обращения мужчин и женщин в сфере занятости и труда», Директива Совета № 2000/78/ЕС «О создании общих

⁷⁸⁹ Международное и зарубежное трудовое право : учебник для вузов / Е.С. Батусова [и др.]; отв. ред. М.О. Буянова. – М., 2021. С. 38.

⁷⁹⁰ Трудовое право Европейского союза : теория и практика / Т.А. Постовалова. М., 2015. С. 249.

⁷⁹¹ Яковлева М. Е. Гендерное неравенство в сфере труда в странах ЕС // Сбор. материалов «Гуманитарная дипломатия: личность, социум и мир». 2018. С. 389.

⁷⁹² Филипова И.А. Европейское трудовое право: учеб. пособие / Нижний Новгород, 2019. С. 46.

⁷⁹³ Европейское право : учебник и практикум / под ред. А.И. Абдуллина [и др.] ; М., 2019. С. 189.

⁷⁹⁴ Индивидуальное и коллективное трудовое право Европейского союза [Текст] / Е.Н. Егорова ; М., 2018. С. 108.

стандартов в поддержку равноправия в сфере занятости и труда», Директива Совета № 2000/43/ЕС «Об имплементации принципа равенства безотносительно расового и этнического происхождения», Директива Европарламента и Совета ЕС № 2010/41 о применении принципа равного обращения между мужчинами и женщинами, являющихся лицами свободных профессий и др.

Законы о равных правах женщин и мужчин существовали с самых первых дней создания сообщества ЕС. С начала 1970-х было принято 13 законодательных актов с целью обеспечения равного и честного отношения к мужчинам и женщинам на работе. Данные акты затрагивают множество аспектов, включая отсутствие дискриминации при приеме на работу, непосредственно на работе, защиту беременных работниц и кормящих матерей, а также вопросы материнского и родительского декретного отпуска. Миллионы женщин и мужчин по всей Европе пользуются этими правами ежедневно, но мало кто из них знает, что за этими законами стоит именно Евросоюз.

Положения о равных правах обоих полов были включены в обновлённую систему законодательства ЕС 2000 года, которая запрещала дискриминацию и по иным основаниям. Согласно ей, такие виды дискриминации, как дискриминация по расовому, религиозному, ориентационному, этническому, возрастному и иным основаниям, в том числе по признаку пола, включены в Амстердамский договор от 1 мая 1999 г. как сферы действия Евросоюза по борьбе с различными проявлениями дискриминации. Все страны ЕС обязались принимать в расчет указанные положения о равенстве. Данные нормы устанавливают минимальный уровень защиты, на который может рассчитывать любой гражданин, проживающий и/или работающий на территории Европейского союза⁷⁹⁵. Страны-участницы могут пойти дальше и имплементировать ещё более жёсткие меры за нарушение данного принципа в своё законодательство.

Законы, запрещающие любые формы проявления дискриминации, затрагивают не только область трудоустройства, но и иные сферы жизнедеятельности, где можно столкнуться с несправедливым отношением: например, в школе, дома; это касается и доступа к товарам, услугам и медицинской помощи, а также предвзятого отношения в магазинах, ресторанах, отелях и т.д.

Определить, насколько эффективна сегодняшняя политика Европейского союза в области обеспечения гендерного равенства, можно при помощи соответствующего индекса. Он состоит из восьми областей, затрагивая в том числе и труд; государствам-членам присваиваются баллы от 1 до 100 (от полного неравенства до полного равенства соответственно). Итак, с 2005 до 2015 г. большая часть государств добилась малозначительного улучшения ситуации в области оплачиваемого труда. Основные улучшения можно увидеть на Мальте (+10,2 балла) и в Люксембурге (+5,9 балла). Государства-члены, набравшие самые высокие баллы в сфере труда, со временем сохранили свои позиции – Швеция (82,6), Дания (79,2) и Нидерланды (76,7). Они по-прежнему являются лидерами в области гендерного равенства в сфере занятости⁷⁹⁶.

Европа в целом и государства-члены ЕС в частности выработали несколько наиболее обширных и эффективных инструментов социальной политики по борьбе с дискриминацией в сфере труда, а также накопили достаточно опыта в распространении данной практики. Тем не менее, исследования показали существование распространенной на рынке труда дискриминации.

Данные по ЕС за 1995-2014 гг. подтвердили, что участие женщин в составе рабочей силы составило почти 62%, а в оплачиваемом труде – почти 47,1%; эти цифры продолжают существенно расти. Говоря иными словами, это свидетельствует о сокращении гендерного разрыва на рынке труда.

Ключевой фактор улучшения положения женщин на рынке труда – это доступность высококачественной работы на управленческих должностях, в качестве старших должностных лиц и в законодательных органах. Повышение доли женщин в таких сферах является показателем сокращения дискриминационных барьеров. Хотя женщины и составляют меньшинство по всему миру на упомянутых должностях (28% от общего числа работников), прогресс является значительным в Евросоюзе за последние 10 лет женщины повысили уровень должностного статуса с 3,1% до 30,6%.

⁷⁹⁵ Employment, Social Affairs & Inclusion [Электронный ресурс] / European Commission. URL: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=158&langId=en> (дата обращения: 02.05.2021).

⁷⁹⁶ Яковлева М. Е. Гендерное неравенство в сфере труда в странах ЕС // Сбор. материалов «Гуманитарная дипломатия: личность, социум и мир». 2018. С. 391.

Однако даже учитывая данную положительную динамику изменений, уровень заработной платы женщин в Европе все же ниже, чем у мужчин. На территории ЕС разница в почасовой оплате труда между мужчинами и женщинами составляет 15%, что является довольно высоким показателем. Согласно данным Еврокомиссии, разница в уровне доходов – это результат «структурных диспропорций и неуважения к законодательству о равной оплате труда»⁷⁹⁷. Женщины часто меняют свой график или вовсе прерывают карьерный путь, чтобы присматривать за ребенком или иным нуждающимся в уходе родственником. Еще одна причина – это то, что женщины в Евросоюзе часто работают в низкооплачиваемых секторах и их зарплата также снижена из-за неполного рабочего дня. Некоторые женщины получают гораздо меньшую зарплату за точно такой же труд, что и мужчины. В деле «Royal Copenhagen» судом были сравнены средние заработные платы группы 154 женщин-маляров с аккордной системой оплаты труда и мужчин-маляров, а также группы из 51 женщины-маляра с группой из 26 мужчин-маляров: Европейский Суд практически обязал профсоюзы уравнивать в сравнимых группах всех занятых лиц, выполняющих сравнимую или равную работу⁷⁹⁸.

Женщины все еще остаются недопредставленными на рынке труда. В данной сфере задействовано 67% женщин по сравнению с 79% мужчин. Иными словами, гендерный разрыв составляет 12%⁷⁹⁹. Даже если большее количество женщин будет задействовано в рабочем процессе, бремя личных и домашних обязанностей и неоплачиваемый труд все еще тесно связаны с ними. Повышение рабочих часов у женщин автоматически не ведет к более сбалансированному разделению домашних обязанностей между мужчиной и женщиной. Подводя итог, женщины работают больше, когда сочетают время, посвященное неоплачиваемому труду (работа по дому и иные повседневные дела), личную деятельность и свободное время.

В наше время женщины невероятно образованы и квалифицированы: в Европе из вузов выпускается больше девушек, чем юношей. Однако многие девушки и женщины не чувствуют себя такими свободными в выборе работы и таких же широких карьерных возможностей, как мужчины. Зачастую это связано с их семейным положением или ролью матери. По этой же причине женщины более широко представлены в сфере частичной занятости. Кроме того, из-за гендерного разрыва экономика Евросоюза теряет 370 миллиардов евро в год, в связи с чем предпринять активные действия по борьбе с данной проблемой становится еще более важно. Улучшая ситуацию с гендерным неравенством, к 2050 году было бы возможно повысить ВВП ЕС до 3,15 триллионов⁸⁰⁰.

Возвращаясь к вопросу о профессиональном равенстве, следует более подробно сфокусироваться на теме материнства. Работница-женщина не должна подвергаться дискриминации в связи с рождением ребенка. Европейским прецедентным правом предусматривается необходимость защиты женщин как во время беременности, так и после нее. Поэтому беременная или только что родившая сотрудница обладает рядом гарантий по вопросам развития карьеры, оплаты труда и безопасности рабочего процесса, а также сохранения здоровья⁸⁰¹. Прежде всего при найме на работу запрещается запрашивать сведения о том, не беременна ли соискательница на должность, и в соответствии с беременностью отказать ей. Это относится к новому (срочному или бессрочному) трудовому договору, в дополнение к срочным трудовым отношениям и независимо от того, противоречит ли нормам о защите материнства фактическое осуществление деятельности⁸⁰². Европейский суд насчитывает в своей практике множество рассмотренных случаев, связанных с дискриминацией женщин в связи с беременностью, одним из которых является решение «Мальбург». В нём идёт речь хотя и формально, о «продлении срочных трудовых отношений», но ни в коем случае нельзя из этого заключить, что срочные трудовые отношения с беременными женщинами являются

⁷⁹⁷ Discrimination at Work in Europe [Электронный ресурс] / International Labour Office. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_decl_fs_90_en.pdf (дата обращения: 30.04.2021).

⁷⁹⁸ Трудовое право Европейского союза : теория и практика / Т.А. Постовалова. М., 2015. С. 269.

⁷⁹⁹ Gender Equality [Электронный ресурс] / European Commission. URL: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality_en (дата обращения: 02.05.2021).

⁸⁰⁰ Там же.

⁸⁰¹ Филипова И.А. Европейское трудовое право: учеб. пособие / Нижний Новгород, 2019. С.49.

⁸⁰² Трудовое право Европейского союза : теория и практика / Т.А. Постовалова. М., 2015. С. 287.

недействительными⁸⁰³. Также запрещено увольнять работницу по возвращении из декретного отпуска: из-за него она не должна быть дискриминирована в контексте продвижения по службе⁸⁰⁴.

В продолжение рассматриваемого аспекта проблемы важно упомянуть следующее положение: для того, чтобы у обоих полов был равный доступ к рынку труда, обязанности по уходу должны быть поделены соответственно в равном соотношении. Данный вопрос, однако, затрагивает представителей обоих полов. Статистика показывает, что мужчины предпочли бы проводить больше времени дома, став родителем⁸⁰⁵. Полученные данные могли бы стать отличным толчком к изменениям: стремления мужчин послужили бы фундаментом для более равного распределения служебных и семейных обязанностей. Это включает в себя такие меры, как, например, оплачиваемый декретный отпуск для отцов и резервируемые за ними выплаты в течение определенного срока. Мужчины, занимающиеся уходом за ребенком или иным родственником, также имеют право на запрос по предоставлению гибкого графика, сокращению часов или частичного перехода на удаленную работу. Резолюция Совета и министров труда и социальной политики от 29 июня 2000 г. «О сбалансированном участии женщин и мужчин в семейной и трудовой жизни» фиксирует, что государства-члены обязуются приложить необходимые усилия в рамках разработки решения о пересмотре рамок национальных правовых систем для того, чтобы предоставить работающим мужчинам индивидуальные и непередаваемые права на отпуск по семейным обстоятельствам в качестве права в сфере труда⁸⁰⁶. В этой связи нельзя не рассмотреть нашумевшее дело Константина Маркина против России из практики Европейского суда по правам человека (далее – ЕСПЧ). Суть дела состояла в следующем: военнослужащий Маркин, воспитывающий троих детей, обжаловал отказ руководства в предоставлении отпуска по уходу за ребенком, который, согласно законодательству, мог быть предоставлен только женщинам-военнослужащим. Постановлением палаты ЕСПЧ от 7 октября 2010 г. было признано нарушение Российской Федерацией ст. 14 и ст. 8 Конвенции МОТ «О запрете дискриминации». Большая палата, рассмотрев дело 22 марта 2012 г. по апелляции российского правительства, поддержала первоначальное решение⁸⁰⁷.

Несмотря на то, что все больше и больше женщин устраиваются на работу или увеличивают количество рабочих часов, на них все еще лежат обязанности по домашнему и иному уходу. В связи с этим рабочие условия должны предусматривать более оптимальные возможности сочетания личной жизни и карьеры. Кроме того, наличие доступной и высококачественной структуры, занимающейся уходом за детьми и иными нуждающимися людьми, также критически важно для полноценной реализации возможности карьерного продвижения у женщин. Это также сократит риск бедности и социального отторжения среди пожилых женщин, детей и других наиболее уязвимых категорий населения. Наличие доступной и высококачественной социальной структуры является важной задачей Европейского семестра, Европейской опоры социальных прав и Европейского инвестиционного фонда⁸⁰⁸.

Неравномерная концентрация мужчин и женщин в различных секторах на рынке труда – это одна из постоянных проблем в Европейском союзе. 3 из 10 женщин заняты в сфере образования, медицины и социальной работы (8% мужчин), которые наименее высоко оплачиваются. С другой стороны, почти треть мужчин заняты в сферах науки, технологий, инженерии и математики (7% женщин), являющихся наиболее высоко оплачиваемыми. Работающим женщинам очень тяжело пробираться на самую вершину карьерной лестницы: они недопредставлены на важных постах в экономической и политической сферах, связанных с принятием серьезных решений. Например, на октябрь 2018 г. доля женщин на руководящих должностях составила 6,7%, а в качестве генеральных директоров – 6,5%⁸⁰⁹.

Безусловно, в последнее время проблема гендерного равенства на рынке труда осложнилась в

⁸⁰³ Там же.

⁸⁰⁴ Филипова И.А. Европейское трудовое право: учеб. пособие / Нижний Новгород, 2019. С.49.

⁸⁰⁵ Gender Equality [Электронный ресурс] / European Commission. URL: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality_en (дата обращения: 02.05.2021).

⁸⁰⁶ Трудовое право Европейского союза : теория и практика / Т.А. Постовалова. М., 2015. С. 287.

⁸⁰⁷ Сыченко Е. Практика Европейского Суда по правам человека по защите трудовых и пенсионных прав граждан [Электронный ресурс] // Журнал «Административное право». 2014. № 1. URL: <https://www.top-personal.ru/adminlawissue.html?284> (дата обращения: 01.05.2021).

⁸⁰⁸ Gender Equality [Электронный ресурс] / European Commission. URL: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality_en (дата обращения: 02.05.2021).

⁸⁰⁹ Там же.

силу пандемии коронавируса, особенно в европейских странах, наиболее сильно пострадавших от последствий вируса и до сих борющихся с ним. По сравнению с предыдущими кризисами, коронакризис оказал наибольшее влияние на те сферы влияния, в которых в основном задействованы именно женщины; пострадала, например, сфера обслуживания (отели, гостиницы, химчистки и т.д.). Нельзя игнорировать и тот факт, что в периоды карантина слишком высокая нагрузка легла на плечи именно женского населения, ведь именно оно чаще всего работает в супермаркетах, аптеках, на почтах, и, самое главное, – в качестве медицинских сестер. Кроме того, переход на дистанционное обучение и закрытие детских садов ещё сильнее осложнили ситуацию. Тем не менее, согласно проведённым в данной области исследованиям и опросам, в период карантина более равномерно распределялись домашние обязанности между мужчиной и женщиной⁸¹⁰, так как оба из них находились дома в режиме удалённой работы; однако положение женщин всё же остаётся более затруднительным.

Несмотря на то, что основные показатели занятости иллюстрируют сокращение гендерного разрыва в Евросоюзе, требуется ещё достаточное количество усилий и времени, чтобы достичь полного баланса в сфере труда: женщины по-прежнему отстают по многим показателям занятости и заработка. Невзирая на предпринимаемые усилия по решению этой проблемы, матери во многих западноевропейских странах так же имеют более низкий уровень занятости, неполный рабочий день и работают меньше часов, чем женщины без детей и мужчины, независимо от того, имеют ли они детей или нет⁸¹¹. Параллельно с этим практически не наблюдается каких-либо различий между соответствующими показателями у мужчин в большинстве стран. Ввиду этого на уровне ЕС были сформулированы цели и задачи, приняты различные стратегии, разработано законодательство, ориентированное на повышение совместимости трудовой деятельности и семейной жизни.

Также необходимо выявить ряд мер по расширению занятости женщин, сокращению перерывов в карьере в связи с материнством и поощрению возвращения на работу после декретного отпуска, повышению равенства в вопросах ухода за членами семьи и домашней работы и содействию обеспечения экономической независимости женщин и равенства в принятии важных корпоративных решений.

В заключение следует отметить, что прогрессирующее количество стран Евросоюза уже приняло и продолжает принимать не только на внутригосударственном уровне, но и на уровне всего европейского сообщества специальные программы и стратегии по обеспечению принципа гендерного равенства в сфере труда. Можно сказать, что принимаемые ими меры достаточно эффективны, однако государствам-членам все ещё требуется разрешить некоторые дилеммы, поскольку на сегодняшний день борьба с неравенством должна осуществляться, в первую очередь, с помощью принятия коллективных решений и инициатив, непосредственно направленных на ликвидацию дискриминации в отношении женщин.

Библиографический список:

1. Европейское право : учебник и практикум для академического бакалавриата / под ред. А.И. Абдуллина, Ю.С. Безбородова. – М.: Издательство Юрайт, 2019. – 238 с.
2. Индивидуальное и коллективное трудовое право Европейского союза [Текст] / Е.Н. Егорова ; Федеральное государственное автономное образовательное учреждение высшего образования «Московский государственный институт международных отношений (университет) Министерства иностранных дел Российской Федерации», Кафедра европейского права. – Москва : МГИМО-Университет, 2018. – 206 с.
3. Международное и зарубежное трудовое право : учебник для вузов / Е.С. Батусова, А.Е. Базыкин, С.О. Казаков ; ответственный редактор М.О. Буянова. – Москва : Издательство Юрайт, 2021. – 172 с.
4. Сыченко, Е. Практика Европейского Суда по правам человека по защите трудовых и пенсионных прав граждан [Электронный ресурс] / Е. Сыченко // Журнал «Административное

⁸¹⁰ Reichelt M., Makovi K., Sargsyan A. The impact of COVID-19 on gender inequality in the labor market and gender-role attitudes [Электронный ресурс] // European Societies. 2021. Vol. 23. S228-S245. URL: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14616696.2020.1823010> (дата обращения: 28.04.2021).

⁸¹¹ Яковлева М. Е. Гендерное неравенство в сфере труда в странах ЕС // Сбор. материалов «Гуманитарная дипломатия: личность, социум и мир». 2018. С. 395.

право». 2014. № 1. URL: <https://www.top-personal.ru/adminlawissue.html?284> (дата обращения: 01.05.2021).

5. Трудовое право Европейского союза : теория и практика / Т.А. Постовалова. – Москва : Проспект, 2015. – 493 с.

6. Филипова И.А. Европейское трудовое право: учебное пособие – Нижний Новгород: Нижегородский госуниверситет, 2019. – 79 с.

7. Яковлева, М. Е. Гендерное неравенство в сфере труда в странах ЕС / М. Е. Яковлева // Сборник материалов всероссийской молодежной научной конференции «Гуманитарная дипломатия: личность, социум и мир» (Екатеринбург, 20-21 апреля 2018 г.). – Екатеринбург : Издательство Уральского университета, 2018. – С. 389-395.

8. Discrimination at Work in Europe [Электронный ресурс] / International Labour Office [сайт]. – Режим доступа: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_decl_fs_90_en.pdf.

9. Employment, Social Affairs & Inclusion [Электронный ресурс] // European Commission [сайт]. – Режим доступа: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=158&langId=en>.

10. Gender Equality [Электронный ресурс] / European Commission [сайт]. Режим доступа: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality_en.

11. Reichelt M., Makovi K., Sargsyan A. The impact of COVID-19 on gender inequality in the labor market and gender-role attitudes [Электронный ресурс] / M. Reichelt, K. Makova, A. Sargsyan // European Societies. 2021. – Vol. 23. – S228-S245. Режим доступа: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14616696.2020.1823010>.

Е. Д. Оснач

*Санкт-Петербургский государственный университет,
бакалавриат, направление «Юриспруденция
(с углубленным изучением китайского языка и права КНР)», IV курс*

*Научный руководитель: А. В. Кузьменко
к.ю.н., доцент кафедры трудового права и охраны труда
Санкт-Петербургского государственного университета*

ПРАВОМЕРНОСТЬ УВОЛЬНЕНИЯ РАБОТНИКА-ИНВАЛИДА В СВЯЗИ С НЕВОЗМОЖНОСТЬЮ СОЗДАНИЯ СПЕЦИАЛЬНЫХ УСЛОВИЙ ТРУДА

В статье приводится анализ российского законодательства и правоприменительной практики по вопросу определения правомерности увольнения работников с инвалидностью в связи с отсутствием у работодателя возможности создания специальных условий труда. При организации рабочего места для работников-инвалидов и определения их должностных обязанностей работодатель обязан руководствоваться требованиями индивидуальной программы реабилитации инвалида. Однако в случае, если исключение вредных для здоровья инвалида факторов препятствует выполнению рабочей функции на конкретной должности, увольнение работника-инвалида считается правомерным.

Ключевые слова: инвалидность, условия труда, трудоустройство инвалидов, незаконное увольнение, работник, работодатель, рабочее место, Трудовой кодекс РФ.

Е. D. Osnach

THE LEGITIMACY OF DISMISSAL OF EMPLOYEES WITH DISABILITIES DUE TO THE INABILITY TO CREATE SPECIALIZED WORKING ENVIRONMENT

This article analyzes current Russian legislation on the determination of the legitimacy of dismissal of employees with disabilities due to the employer's inability to create specialized working environment. The employer has to arrange the workplace and develop job descriptions for employees with disabilities in compliance with the requirements defined in the individual rehabilitation programme for the person with the disability. However, the dismissal of employees with disabilities is considered to be lawful in case the elimination of harmful working conditions shall impede the performance of the work duties required by the job position.

Key words: disability, working environment, the employment of persons with disabilities, unlawful dismissal, employee, employer, workplace, Labour Code of the Russian Federation.

Вопросы трудоустройства и занятости работников с инвалидностью всегда являлись достаточно острыми для трудового законодательства. Особая забота законодателя об обеспечении занятости инвалидов связана со слабой защищенностью данной социальной группы и ее социальной эксклюзией на рынке труда.

В последнее время актуальность указанных вопросов только возросла, что обусловлено общемировой тенденцией по увеличению численности инвалидов в обществе, проявляющейся и в России. По данным Росстата, на 1 января 2018 г. в России зарегистрировано 12,1 млн инвалидов, что составило 8,2% общей численности населения России, из которых официально были трудоустроены 13,6%⁸¹². Росту числа инвалидов сопутствует возникновение целого ряда управленческих задач, среди которых есть и те, которые касаются содействия трудоустройству инвалидов.

Полноценное участие людей с инвалидностью в производстве экономических благ отвечает не только их собственным интересам, но и интересам общества в целом, обеспечивая ему дополнительные трудовые ресурсы, повышая общий уровень благосостояния, спрос на потребительские товары, снижая иждивенческую нагрузку на работающих граждан. Все эти положительные эффекты делают задачи, связанные с вовлечением инвалидов в трудовую деятельность неотъемлемой частью современной социально-экономической политики развитых стран. Способность государств учитывать потребности инвалидов и возможности работодателей во многом определяет ситуацию на рынке труда⁸¹³.

Кроме того, Российская Федерация в статье 7 Конституции РФ⁸¹⁴ провозгласила себя социальным государством, а социальное государство – это такое государство, где качество жизни граждан, в том числе пенсионеров и инвалидов, постоянно улучшается⁸¹⁵.

На основании изложенного, можно заключить, что внедрение механизмов, облегчающих трудоустройство инвалидов и гарантирующих их занятость, – мера, необходимая для реализации как экономической, так и социальной функции государства. Очевидно, что незаконное увольнение работников с инвалидностью препятствует осуществлению перечисленных функций. Именно поэтому вопрос неправомерного увольнения работников с инвалидностью является актуальным для российского права.

В целях исследования данного вопроса необходимо, прежде всего, обратиться к современному российскому законодательству в сфере обеспечения трудовых прав инвалидов.

В Российской Федерации правовое регулирование труда инвалидов осуществляется, главным образом, в соответствии с нормами Трудового кодекса РФ (далее – ТК РФ)⁸¹⁶ и Федерального закона от 24.11.1995 № 181-ФЗ «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации»⁸¹⁷ (далее – Федеральный закон № 181-ФЗ).

В соответствии со ст. 20 данного Федерального закона, гарантии трудовой занятости предоставляются инвалидам федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов РФ путем проведения специальных мероприятий, к числу которых Федеральный закон № 181-ФЗ относит, помимо прочего, стимулирование создания

⁸¹² Сколько инвалидов в России [Электронный ресурс] // Коммерсантъ. 2018. 5 мая. URL : <https://www.kommersant.ru/doc/3622120> (дата обращения: 13.06.2021).

⁸¹³ Нацун Л. Н. «Поддерживаемое трудоустройство» инвалидов: обзор мирового опыта // Вестник УрФУ. Серия экономика и управление. 2017. Т. 16. № 4. С. 663–680.

⁸¹⁴ Конституция Российской Федерации [Электронный ресурс]: принята всенародным голосованием 12 дек. 1993 г. // Рос. газ. 2009. 21 янв. (с учетом поправок, внесенных Законами Российской Федерации о поправках к Конституции Российской Федерации от 30 дек. 2008 г. № 6-ФКЗ и от 30 дек. 2008 г. № 7-ФКЗ). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸¹⁵ Макарович М. Л. Проблемы трудоустройства инвалидов и создания им благоприятных условий труда // Актуальные проблемы науки и практики. 2016. № 1(002). С. 68–72.

⁸¹⁶ Трудовой кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. закон от 30 дек. 2001 г. № 197-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 1. Ст. 3. (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.05.2021). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸¹⁷ О социальной защите инвалидов в Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. закон от 24 нояб. 1995 г. № 181-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 48. Ст. 4563. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

предприятиями, учреждениями, организациями дополнительных рабочих мест (в том числе специальных) для трудоустройства инвалидов и создание инвалидам условий труда в соответствии с индивидуальными программами реабилитации инвалидов.

Специальные рабочие места для трудоустройства инвалидов представляют собой рабочие места, требующие дополнительных мер по организации труда, включая адаптацию основного и вспомогательного оборудования, технического и организационного оснащения, дополнительного оснащения и обеспечения техническими приспособлениями с учетом индивидуальных возможностей инвалидов. Рабочее место инвалида должно соответствовать требованиям, установленным санитарными правилами⁸¹⁸.

Специальное рабочее место инвалида должно обеспечивать безопасность труда, работу с незначительными или умеренными физическими, динамическими и статическими, интеллектуальными, сенсорными, эмоциональными нагрузками, исключать возможность ухудшения здоровья или травмирования инвалида. В частности, противопоказанными для трудоустройства инвалидов являются условия труда, характеризующиеся наличием вредных производственных факторов, таких как шум, запыленность, загазованность воздуха, а также условия труда, сопряженные с физическими нагрузками при подъеме и перемещении, удержании тяжестей, работе в неудобных вынужденных позах, длительной ходьбе, и нервно-психическими нагрузками (работа в ночную смену, с удлинённым рабочим днем, и т.д.).

Условия труда инвалидов должны соответствовать индивидуальным программам реабилитации или абилитации. Реабилитация/абилитация – это комплекс медицинских, психологических, педагогических, профессиональных и юридических мер по восстановлению/становлению автономности, трудоспособности и здоровья лиц с ограниченными физическими и психическими возможностями в результате перенесённых (реабилитация) или врожденных (абилитация) заболеваний, а также в результате травм⁸¹⁹.

Кроме того, ч. 1 ст. 22 Федерального закона № 181-ФЗ содержит требование о том, чтобы специальные рабочие места для трудоустройства инвалидов оснащались (оборудовались) работодателями с учетом нарушенных функций инвалидов и ограничений их жизнедеятельности в соответствии с основными требованиями к такому оснащению (оборудованию) указанных рабочих мест, определенными федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке и реализации государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере труда и социальной защиты населения. Таким образом, в законодательстве закреплено требование об оборудовании (оснащении) специальных рабочих мест для трудоустройства инвалидов не с учетом профессий, а с учетом нарушенных функций, ограничений жизнедеятельности инвалидов и их индивидуальных возможностей.

Важной гарантией осуществления инвалидами трудовой деятельности является обязанность работодателей создавать им благоприятные условия труда в соответствии со ст. 23 Федерального закона № 181-ФЗ и нормами ТК РФ.

Но как должен решаться вопрос о создании специальных условий труда в соответствии с индивидуальной программой реабилитации и абилитации, если сотрудник стал инвалидом, уже будучи принятым на работу? В соответствии с действующим российским законодательством, при невозможности организации надлежащих условий труда для работника после установления ему инвалидности работодатель обязан перевести его на работу, необходимую ему в соответствии с медицинским заключением. Отказ работника от перевода на другую работу, необходимого ему согласно медицинскому заключению, выданному в порядке, установленном федеральными законами и иными нормативными правовыми актами РФ, либо отсутствие у работодателя соответствующей работы являются в силу п. 8 ст. 77 ТК РФ основанием для расторжения трудового договора.

Несомненно, увольнение работника в связи с инвалидностью в наименьшей степени отвечает социальной функции трудового законодательства. Однако в то же время следует помнить, что задачей трудового законодательства является, в том числе, необходимость сохранения баланса между интересами экономическими и социальными, между интересами работодателя и работника,

⁸¹⁸ Санитарно-эпидемиологические требования к условиям труда [Электронный ресурс]: санитарные правила СП 2.2.3670-20 (утв. Постановлением Главного государственного санитарного врача РФ от 02.12.2020 № 40) // Официальный интернет-портал правовой информации. 2020. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸¹⁹ Социальная защита инвалидов: учеб. пособие для вузов/ М.В.Бегидов, Т. П. Бегидова. М., 2020, 98 с.

государства и индивида. Основной экономический интерес работодателя состоит в получении от работника труда определенного вида, качества (квалифицированности) и количества за приемлемое (для работодателя) вознаграждение⁸²⁰. Конечной же целью работодателя является извлечение прибыли. Таким образом, в целях обеспечения баланса интересов законодатель старается не допускать возложения на работодателя бремени по организации для приобретшего инвалидность работника соответствующих условий труда, если затраты на создание таких условий способны привести к несоразмерному нарушению экономического интереса работодателя.

Увольнение инвалида часто бывает необходимо, если работник, частично сохранив способность трудиться, не способен более выполнять свои прежние обязанности. Например, после инсульта у секретаря директора не восстановилась речь. Несмотря на то, что другие функции его организма не утрачены, и работать он может, на прежнем месте трудиться он не может – плохая дикция не позволит ему справляться с должностными обязанностями. Перед увольнением такого работника работодатель обязан предложить ему другую работу в компании, которая соответствует его нынешнему состоянию здоровья. Если такой должности в организации не нашлось, или работник письменно от нее отказался, руководители имеют право инициировать увольнение (ч. 3 ст. 73 ТК РФ)⁸²¹.

Однако можно ли предположить, что увольнение работника на основании п. 8 ст. 77 ТК РФ является неправомерным, если у работодателя имелась возможность без чрезмерных затрат и убытков создать для работника специальные условия труда на его прежней должности? В законодательстве отсутствует четкий ответ на этот вопрос. Что касается правоприменительной практики, то, по результатам анализа судебных решений по искам граждан о восстановлении на работе в связи с незаконным увольнением по п. 8 ч. 1 ст. 77 ТК РФ, можно сделать вывод, что в большинстве таких споров суд выносит решение в пользу ответчика, то есть работодателя.

Так, Черлакский районный суд Омской области в своем решении от 18 февраля 2019 г. постановил, что увольнение истца по пункту 8 части 1 статьи 77 ТК РФ являлось обоснованным и законным, учитывая отсутствие у работодателя вакансий, отвечающих характеру трудовой деятельности истца по его медицинским показателям и установленной группе инвалидности. Истец по данному делу работал машинистом насосных установок 1 разряда, однако был уволен после того, как ему была установлена инвалидность 2 группы. Суд указал, что, согласно санитарно-гигиенической характеристике, рабочее место машиниста насосных установок характеризуется наличием вредных производственных факторов (класс условий труда 3.1), что, в соответствии с действовавшими на тот момент санитарными правилами, делает указанное рабочее место противопоказанным для трудоустройства инвалидов. В индивидуальной программе реабилитации истца также указано, что истцу противопоказаны виды трудовой деятельности, связанные с интенсивной физической нагрузкой и эмоциональным напряжением, а именно 3 класс условий труда по шуму и длительности рабочей смены. Таким образом, суд счел увольнение истца в данной ситуации правомерным.

Аналогично, в решении от 18 октября 2017 г. Красногвардейский районный суд Санкт-Петербурга отказал истцу в удовлетворении его требований, поскольку ответчик не располагал должностями, которые могли бы быть предоставлены истцу в соответствии с индивидуальной программой реабилитации. Суд установил, что, согласно индивидуальной программе реабилитации инвалида, истцу противопоказаны вредные или опасные условия труда по тяжести (3 класс), рекомендовано создание специального рабочего места. На основании карты аттестации рабочего места по условиям труда по должности литейщик пластмасс, которую занимал истец до увольнения, по степени вредности должность литейщика пластмасс, которую занимал истец, относится к 3 классу условий труда. Как отметил суд, решения учреждения МСЭ об установлении инвалидности и индивидуальные программы реабилитации в силу ст. 11 Федерального закона «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации» являются обязательными для организаций, учреждений. Таким образом, суд полагает, что справка об установлении инвалидности истцу и индивидуальная программа реабилитации инвалида, выданная по результатам проведения медико-социальной экспертизы, являются основанием, позволяющим работодателю отстранять работника от работы в противопоказанных ему условиях труда и

⁸²⁰ Трудовое право России в 2 т. Т. 1. Общая часть: учебник для вузов/ Е.Б.Хохлов [и др.]; отв. ред. Е.Б.Хохлов, В.А.Сафонов.М. 2020. 231с.

⁸²¹ Яценко А. О. Некоторые вопросы незаконного увольнения инвалидов // Синергия Наук. 2019. № 42. С. 786–790.

уволить его в порядке, установленном ст. 77 ТК РФ. Поэтому, в связи с отсутствием на дату увольнения вакансий для перевода истца на постоянную работу, работодатель по объективным причинам не имел возможности создать специальные условия труда для истца на его рабочем месте исходя из обязательных для работодателя рекомендаций индивидуальной программы реабилитации инвалида и правомерно издал приказ об увольнении истца.

Однако в судебной практике встречаются ситуации, в которых суд встает на сторону истца и признает его увольнение по п. 8 ст. 77 ТК РФ неправомерным. К примеру, Когалымский городской суда Ханты-Мансийского автономного округа-Югры в решении от 7 мая 2019 г. пришел к выводу, что в данном деле у работодателя имелись условия для сохранения за истцом рабочего места с учетом его состояния здоровья и основания для увольнения истца в связи с рекомендациями, изложенными в индивидуальной программе реабилитации, отсутствовали. Истец по делу работал в должности комплектовщика изделий и инструмента 4 разряда, но после присвоения ему второй группы инвалидности был уволен в связи с отсутствием у работодателя работы с условиями, не связанными с интенсивной физической нагрузкой и эмоциональным напряжением, которая ему противопоказана по состоянию здоровья. Суд установил, что, согласно индивидуальной программе реабилитации инвалида, истцу доступны виды трудовой деятельности в оптимальных и допустимых условиях труда, то есть 1 и 2 класса, при этом установлено, что класс условий труда по специальности истца определен как 2 класс. Из квалификационной инструкции и производственной характеристики комплектовщика изделий следует, что эмоциональная нагрузка отсутствует, такелажные работы при перемещении грузов выполняются с помощью простых грузоподъемных механизмов и средств, управляемых с пола. С учетом изложенного суд пришел к выводу, что у ответчика имелась возможность обеспечения истцу условий труда по его специальности путем исключения из функционала истца обязанностей, противопоказанных ему по состоянию здоровья, в данном случае, перемещения тяжестей.

На основании анализа вышеперечисленных судебных решений можно сделать вывод, что в большинстве случаев у работодателя объективно отсутствует возможность создания на производстве с вредными или опасными условиями труда специальных условий для работников с приобретенной инвалидностью, поскольку обычно выданная работнику индивидуальная программа реабилитации и абилитации (далее – ИПРА) содержит запрет на работу во вредных и опасных условиях. Работодатель же, в соответствии с положениями Федерального закона № 181-ФЗ, обязан соблюдать ИПРА работника при организации рабочего процесса. Поэтому в ситуациях, когда создание для работника предусмотренных в ИПРА условий невозможно, суды и законодатель поддерживают правомерность увольнения работника по данному основанию, отдавая приоритет защите здоровья инвалида перед сохранением заработка. Исключения составляют ситуации, когда по результатам оценки условий труда по занимаемой работником должности условия труда не признаются вредными или опасными, то есть не противопоказаны работнику в связи с выданной ему ИПРА. В таких случаях содержащееся в ИПРА указание на необходимость создания для инвалида специальных условий труда может быть расценено как рекомендация, не дающая работодателю оснований для увольнения работника или отстранения от должности по медицинским показаниям. Кроме того, увольнение инвалида по п. 8 ст. 77 ТК РФ может быть признано судом незаконным, если из квалификационной инструкции и производственной характеристики занимаемой им должности следует, что физические нагрузки работника могут быть ограничены с помощью применения производственного оборудования и механизмов.

По мнению Л. Н. Нацун, одной из главных преград для увеличения занятости российских инвалидов остается адаптация рабочих мест в соответствии с их особыми потребностями. Работодатели часто не готовы брать на себя обязательства по созданию специализированных рабочих мест, приобретению приспособлений, облегчающих труд инвалидов. Это приводит к тому, что люди с серьезными нарушениями слуха, зрения, двигательных функций, психическими заболеваниями испытывают значительные сложности при трудоустройстве. Как отмечают В. В. Чуксина и Н.Н. Комиссаров, устранение дискриминации инвалидов на российском рынке труда связано, в том числе, с введением в трудовое законодательство термина «разумное приспособление». Согласно формулировке, приведенной в Конвенции о правах инвалидов, разумное приспособление означает «внесение, если этого требует определенный случай, ряда необходимых и наиболее подходящих изменений и корректировок, которые не становятся несоразмерным либо неоправданным бременем для обеспечения реализации, либо осуществления инвалидами вместе с другими лицами всех прав и основных свобод человека». Ссылаясь на опыт

Великобритании, исследователи указывают, что это понятие в рамках закона о запрете дискриминации инвалидов предполагает адаптацию рабочего помещения, изменение графика работы, дополнительное обучение на рабочем месте, услуги чтеца, переводчика, передачу исполнения отдельных обязанностей другим сотрудникам, предоставление отпуска для реабилитации и профессионального обучения, приобретение или модификацию оборудования. В то же время отмечено, что приспособление должно проводиться только в том случае, если затраты на его осуществление не являются несоразмерными доходам работодателя⁸²².

В тех случаях, когда осуществление приспособления рабочего места под потребности инвалида трудноосуществимо в связи с особенностями трудовой функции как по занимаемой должности, так и по другим имеющимся у работодателя вакансиям, законодатель освобождает работодателя от необходимости сохранения в штате работника-инвалида и от затрат в связи с выплатой вознаграждения работнику, который не в состоянии выполнять свою трудовую функцию. Трудовое законодательство предоставляет работодателю право увольнения работника-инвалида с целью защитить экономический интерес работодателя, а также с целью защиты здоровья работника путем отстранения его от работы в противопоказанных ему по медицинским причинам условиях. Правомерность увольнения работника в связи с наличием инвалидности поддерживается и судебной практикой, за исключением случаев, когда ИПРА работника не содержит прямого запрета на работу в имеющихся на производстве условиях труда и когда у работодателя имеется объективная возможность исключить из трудовой функции работника чрезмерные нагрузки без ущерба для экономической деятельности организации. Таким образом трудовое законодательство находит баланс между социальной защитой инвалидов и обеспечением стабильного функционирования экономики.

Библиографический список:

1. Бегидов, М.В. Социальная защита инвалидов: учеб. пособие для вузов / М.В. Бегидов, Т.П. Бегидова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Юрайт. – 2020. – 98с.
2. Макаревич, М. Л. Проблемы трудоустройства инвалидов и создания им благоприятных условий труда / М.Л. Макаревич // Актуальные проблемы науки и практики. – 2016. – № 1(002). – С. 68–72.
3. Нацун, Л. Н. «Поддерживаемое трудоустройство» инвалидов: обзор мирового опыта / Л. Н. Нацун // Вестник УрФУ. Серия экономика и управление. – 2017. – Т. 16. – № 4. – С. 663–680.
4. Сколько инвалидов в России [Электронный ресурс] // Коммерсантъ: [сайт]. – Режим доступа: <https://www.kommersant.ru/doc/3622120>.
5. Трудовое право России в 2 т. Т. 1. Общая часть : учебник для вузов / Е.Б. Хохлов [и др.] ; отв. ред. Е.Б. Хохлов, В.А. Сафонов. – 8-е изд., перераб. и доп. – М. : Юрайт. – 2020. – 231с.
6. Яценко, А. О. Некоторые вопросы незаконного увольнения инвалидов / А. О. Яценко, Д. С. Лебедева // Синергия Наук. – 2019. – № 42. – С. 786–790.

⁸²² Нацун Л. Н. «Поддерживаемое трудоустройство» инвалидов: обзор мирового опыта // Вестник УрФУ. Серия экономика и управление. 2017. Т. 16. № 4. С. 663–680.

УГОЛОВНОЕ ПРАВО

Б. А. Борисов

*Южный Федеральный Университет
бакалавриат, образовательная программа «юриспруденция», III курс⁸²³*

*Научный руководитель: А. М. Разогреева
к.ю.н., доцент кафедры уголовного права и криминологии
Южного Федерального Университета*

ДИГИТАЛЬНЫЕ ОБЪЕКТЫ ВИРТУАЛЬНЫХ МИРОВ: К ВОПРОСУ ОБ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЕ КВАЗИИМУЩЕСТВЕННЫХ АКТИВОВ

В фокусе статьи – возникающая в цифровом обществе новая категория цифровых объектов виртуальных миров, возможность защиты которых средствами современного уголовного законодательства остается под вопросом. Квазиимущественные активы, возникающие в ходе сетевых online игр и имеющие рыночную стоимость, зачастую становятся объектами посягательства и, соответственно, требуют определенной защиты. В данной статье мы пытаемся найти ответ на вопрос, насколько адекватно этим новым реалиям отвечает уголовное законодательство.

Ключевые слова: цифровизация, цифровое общество, дигитальные объекты, уголовно-правовая охрана, виртуальные миры, квазиимущественные объекты.

B. A. Borisov

DIGITAL OBJECTS OF VIRTUAL WORLDS: ON THE ISSUE OF CRIMINAL LAW PROTECTION OF PROPERTY ASSETS.

This article focuses on a new category of digital objects of virtual worlds emerging in the digital society. The possibility of protecting them by means of modern criminal legislation remains in question. Quasi-property assets that arise in the course of online games and have a market value, often become objects of encroachment and, accordingly, require some protection. In this article we try to find an answer to the question of how adequately these new realities meet the criminal legislation.

Key words: digital society, digital objects, criminal law protection, virtual worlds, quasi-essential objects.

Актуальность выбранной темы обусловлена социально-экономическим и технологическим прогрессом общества. Эти изменения в общественной жизни связываются с понятием дигитальности (от англ. «digital» – «цифровой»), что означает наполнение специфическим содержанием и возникновение совершенно новых форм социальности, напрямую связанных с цифровым развитием социума.

Целью работы является выявление наиболее эффективного подхода к уголовно-правовой защите дигитальных объектов виртуальных миров.

Если смотреть на действующий уголовный закон, то можно сделать вывод о том, что дигитализация публичной сферы, особенно в политически-приоритетных областях, учитывается при изменениях уголовного законодательства. Примером тому могут служить нормы Уголовного кодекса РФ (далее – УК РФ) об избирательных преступлениях (ч. 3 ст. 141 УК РФ). Сфера же частных отношений, существенным образом изменяющаяся вследствие цифровизации, еще не стала предметом пристального внимания законодателя. Виртуальные миры online игр в силу быстрых темпов роста и формирования вокруг (в связи с ними) комплекса отношений фактической мены или купли-продажи являются одним из проявлений частных отношений, наиболее остро нуждающаяся в законодательном регулировании.

⁸²³ Доклад подготовлен при финансовой поддержке гранта РФФИ №19-011-00820 (а) «Правовая политика российского государства, ее приоритеты и принципы в условиях цифровой экономики и цифрового технологического уклада: концептуальные, методологические, отраслевые аспекты цифровизации права и правового регулирования».

В онлайн-играх уже многие годы осуществляется реальный оборот так называемого «виртуального имущества»: игровых персонажей, т.н. «аватаров», в развитие которых пользователями были вложены собственное время и деньги (как виртуальные, так и настоящие); виртуальной валюты в самых разнообразных ее формах (кристаллы, монеты, кредиты и т.п.); разнообразных предметов игрового мира — орудий, ресурсов, одежды и т.д. Механизмы получения подобного виртуального имущества могут быть самыми разнообразными. Наиболее распространенными из них являются так называемые «донаты» (от англ. donate – жертвовать), т.е. прямая покупка виртуальных вещей за реальную валюту по правилам игровой системы, установленной разработчиками. Так, в игре World of Tanks стоимость танка в качестве внутриигрового «аватара» может достигать 5500 рублей⁸²⁴. Другим путем получения виртуального имущества может быть их покупка за валюту внутриигровую также по правилам игровой системы. Два вышеизложенных способа практически идентичны, поскольку, как правило, внутриигровая валюта имеет определенное выражение в валюте реальной. Кардинально отличным механизмом же является приобретение игровых вещей вне цифровой реальности на теневом рынке игроков. Сделки по такому механизму заключаются напрямую между двумя субъектами в отрыве от игры, т.е. никак не регулируются не только законом, но и разработчиками. Например, это может быть покупка игровой валюты у третьих лиц по курсу более выгодному, нежели покупка у разработчиков. В таком случае игрок-покупатель платит напрямую продавцу, а продавец уже в игре посредством «дарения» имущества предоставляет его игроку. Иным вариантом, который не регулируется разработчиками, может быть предоставления пользователем другим более опытным игрокам доступа к аккаунту для более скорого развития своего игрового «персонажа». Однако в таком случае студия-разработчик лишается существенной части прибыли, которую могла бы получить за развитие по правилам внутриигровой системы благодаря «донатам».

Важно отметить, что количество подобных (не)законных транзакций возрастает с каждым годом⁸²⁵, что повышает их криминальную привлекательность. Зарубежный опыт свидетельствует о возможности и необходимости применения в этой сфере уголовной репрессии. Так, в 2013 году группа граждан Китая была приговорена к тюремному заключению на срок до двух лет за взлом более 11500 учетных записей онлайн-видеоигры World of Warcraft, которые содержали в себе определенное виртуальное имущество, виртуальную валюту и иные объекты виртуального мира, которые после были проданы за реальную валюту⁸²⁶. В результате данных манипуляций им удалось заработать более 10800\$. После длительного судебного разбирательства организатор группы был приговорен к двум годам тюрьмы и штрафу в размере 8000 долларов⁸²⁷.

Возможно, руководствуясь именно вышеизложенными положениями, Московское отделение Ассоциации юристов России в сентябре 2019 года заявило о подготовке предложения закрепить уголовную ответственность за кражу виртуальных объектов⁸²⁸. Председатель комиссии по правовому обеспечению цифровой экономики Ассоциации Александр Журавлев заявил, что купленные предметы в онлайн-играх необходимо на законодательном уровне приравнять к понятию «виртуальный актив». Однако остается неясным, чем подобное нововведение поможет правоприменителю, учитывая отсутствие правового закрепления и категории виртуальных активов.

Правовой статус виртуального «имущества» в российском законодательстве не определен, однако возможно толкование действующего законодательства с целью выявления норм,

⁸²⁴ Самый дорогой прем-танк в World of Tanks стоит 5 500 рублей [Электронный ресурс] // Kanobu. URL: <https://kanobu.ru/news/v-world-of-tanks-poyavilsya-tank-iz-zolota-kotoryij-stoit-bolshe-5-000-rublej-414190/> (дата обращения: 10.01.2021).

⁸²⁵ 2019 Video Game Industry Statistics, Trends & Data [Электронный ресурс] // WePC. URL: <https://www.wepc.com/news/video-game-statistics/> (дата обращения: 10.01.2021).

⁸²⁶ WoW Hacker Group Mastermind Sentenced To Two Years In Chinese Prison [Электронный ресурс] // Kotaku. URL: <https://kotaku.com/wow-hacker-group-mastermind-sentenced-to-two-years-in-c-1488458327> (дата обращения: 15.01.2021).

⁸²⁷ Кража 10000 учетных записей World of Warcraft, организатор приговорен к 2 годам лишения свободы [Электронный ресурс] // Zhejiang Online. URL: <https://games.qq.com/a/20131217/008228.htm> (дата обращения: 08.01.2021).

⁸²⁸ Московское отделение Ассоциации юристов России готовит предложение прописать уголовную ответственность за кражу виртуальных активов, в том числе дорогих персонажей электронных игр [Электронный ресурс] // Российская газета. – URL: <https://rg.ru/2019/09/16/v-rf-vvedut-ugolovnoe-nakazanie-za-krazhu-predmetov-v-kompiuternyh-igrah.html> (дата обращения: 12.01.2021).

применение которых возможно по отношению к ним. Прежде всего, необходимо ли применять к виртуальному имуществу нормы о цифровых правах?

Уголовно-правовую защиту цифровых прав необходимо осуществлять в соответствии с регулированием данных отношений в позитивном праве. Для определения объекта в подобного рода отношениях (обмен и купля-продажа квазиимущественных объектов в ходе или по поводу онлайн игр) необходимо обратиться к гражданскому законодательству. В Гражданском кодексе РФ (далее – ГК РФ) в 2019 году появилось определение понятия «цифровых прав»: в ст. 141.1 ГК РФ они определяются как «названные в таком качестве в законе обязательственные и иные права, содержание и условия осуществления которых определяются в соответствии с правилами информационной системы, отвечающей установленным законом признакам. Осуществление, распоряжение, в том числе передача, залог, обременение цифрового права другими способами или ограничение распоряжения цифровым правом возможны только в информационной системе без обращения к третьему лицу». Полагаем, что понятие цифровых прав не может быть распространено на рассматриваемые нами случаи.

Во-первых, применима ли к квазиимущественным виртуальным объектам конструкция «права на право»? Пожалуй, да, ведь пользователь онлайн игры получает право на осуществление, распоряжение и обременение виртуального объекта, но не сами виртуальные объекты в собственность. Л.Ю. Василевская рассматривает дигитальные объекты, прежде всего, в качестве определенного рода обязательственных прав, указывая на невозможность существования на их основе вещных правоотношения в силу нематериальности дигитальных объектов⁸²⁹.

Во-вторых, подпадает ли виртуальная реальность онлайн игры под категорию «информационной системы»? Да. Под ней согласно ст. 2 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»⁸³⁰ понимается «совокупность содержащейся в базах данных информации и обеспечивающих ее обработку информационных технологий и технических средств», что отражает сущность функционирования виртуальной реальности.

Но все это перечеркивает то обстоятельство, что купля-продажа (иные сделки, подверженные уголовному посягательству вне информационной системы) виртуальных квазиимущественных объектов между пользователями происходит за пределами онлайн игры как информационной системы.

Нужно ли в связи с этим менять уголовный закон? Нет. На наш взгляд, внесение каких-либо изменений в УК РФ по виртуальному имуществу нежелательно, поскольку любое изменение Уголовного закона влечет нестабильность в уголовной политике государства, что может привести к невозможности устойчивого развития всего уголовного права. Логичнее будет приспособить нормы действующего Уголовного кодекса к применению в условиях дигитализации всего общества. Именно поэтому мы предлагаем рассмотреть возможность его применения в действующей редакции для оценки «похищения» виртуальных объектов.

Средства массовой информации описывают случаи привлечения к уголовной ответственности и в России за подобные деяния. Так, в 2016 году сотрудники уголовного розыска Нижегородской области раскрыли кражу аккаунта в онлайн-игре World of Tanks стоимостью 70 тысяч рублей⁸³¹. Однако квалификация в этих случаях ограничилась применением ст. 272 УК РФ о неправомерном получении доступа к компьютерной информации.

Однако возможность незаконного получения каких-либо виртуальных объектов без взлома учетной записи пользователя, на которой данные объекты «теневого рынка» находятся, адекватной уголовно-правовой оценки в данное время не находит. Представим ситуацию: по договоренности между двумя лицами один из них обязался передать конкретный внутриигровой «предмет» другому за определенную плату, а после получения денежных средств передал

⁸²⁹ Василевская Л. Ю. Токен как новый объект гражданских прав: проблемы юридической квалификации цифрового права // Актуальные проблемы российского права. 2019. №5 (102). С. 111–119.

⁸³⁰ Об информации, информационных технологиях и о защите информации [Электронный ресурс]: федер. Закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ // Российская газета. 2006. № 165. Доступ из прав.-правовой системы «КонсультантПлюс» .

⁸³¹ Нижегородская полиция раскрыла кражу «танка» в World of Tanks [Электронный ресурс] // РБК. URL: https://www.rbc.ru/technology_and_media/02/03/2016/56d7293d9a79473f782ed597 (дата обращения: 12.01.2021).

совершенно другой предмет (или ничего не передал). Стоимость такого объекта в пересчёте на реальную валюту может достигать нескольких десятков тысяч рублей⁸³².

Мы полагаем, что в этой ситуации в зависимости от механизма совершения преступления применимы нормы о мошенничестве (если в качестве предмета преступления выступают денежные средства, которые реально уплачивает потерпевший за непредоставленные или предоставленные в неполной мере преимущества в онлайн игре) или о причинении имущественного ущерба путем обмана (когда лицо передает имеющий ценность на теневом рынке игроков «персонаж» или «умения», в которые были вложены личные денежные средства в форме донатов или оплаты игрового времени, но не получает встречного денежного возмещения). О возможности такой практики правоприменения применительно к объектам оборота на теневом рынке напрямую указывает п. 16 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15 июня 2006 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами»: «Действия лица, сбывающего с корыстной целью под видом наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, сильнодействующих или ядовитых веществ какие-либо иные средства или вещества, следует рассматривать как мошенничество». В случае мошеннических действий, если сами денежные расчеты за внутриигровое квазиимущество проходят путем онлайн расчетов, применима ст. 159.3 УК РФ.

В части причинения ущерба возможно отталкиваться от денежной оценки виртуального имущества по рыночной стоимости, поскольку категория виртуальной собственности не имеет правового режима. Данное определение возможно исходя из внутриигровых цен на какие-либо внутриигровые предметы, сравнение цен на аналогичные вещи на различного рода интернет-площадках (напр. Ебай) и т. д. Данная оценка может проводиться с привлечением процессуальной фигуры специалиста.

Проблемной для уголовно-правовой оценки является лишь ситуация, когда лицо «продает» преимущества в игре, в создание которых вообще не вложен денежный ресурс и не получает за это оговоренной денежной суммы – квалифицировать это деяние по ст. 165 УК РФ не представляется возможным. Однако общественная опасность данного деяния в силу отсутствия реального имущественного ущерба не требует, по нашему мнению, самостоятельной криминализации.

Основные выводы работы заключаются в применимости норм действующего Уголовного Кодекса к отношениям по уголовно-правовому урегулированию цифровой реальности, в частности конкретно виртуальных объектов, возникающих в силу технологического прогресса человечества. До существенных изменений позитивного и, соответственно, охранительного законов в сфере цифровых прав, вполне возможно использовать потенциал действующего законодательства в сфере компьютерных преступлений – ст. 272 УК РФ и преступлений против собственности – ст. 159 УК РФ, ст. 159.3 УК РФ и ст. 165 УК РФ.

Библиографический список:

1. Василевская, Л. Ю. Токен как новый объект гражданских прав: проблемы юридической квалификации цифрового права / Л. Ю. Василевская // Актуальные проблемы российского права. – 2019. – №5 (102). – С. 111–119.
2. Кража 10000 учетных записей World of Warcraft, организатор приговорен к 2 годам лишения свободы [Электронный ресурс] // Zhejiang Online [сайт]. – Режим доступа: <https://games.qq.com/a/20131217/008228.htm>.
3. Московское отделение Ассоциации юристов России готовит предложение прописать уголовную ответственность за кражу виртуальных активов, в том числе дорогих персонажей электронных игр [Электронный ресурс] // Российская газета [сайт]. – Режим доступа: <https://rg.ru/2019/09/16/v-rf-vvedut-ugolovnoe-nakazanie-za-krazhu-predmetov-v-kompiuternyh-igrakh.html>.
4. Нижегородская полиция раскрыла кражу «танка» в World of Tanks [Электронный ресурс] // РБК [сайт]. – Режим доступа: https://www.rbc.ru/technology_and_media/02/03/2016/56d7293d9a79473f782ed597.

⁸³² 9 of the rarest items in World of Warcraft history [Электронный ресурс] // PCgamers. URL: <https://www.pcgamer.com/9-of-the-rarest-items-in-world-of-warcraft-history/>.

5. Самый дорогой прем-танк в World of Tanks стоит 5 500 рублей [Электронный ресурс] // Kanobu [сайт]. – Режим доступа: <https://kanobu.ru/news/v-world-of-tanks-poyavilsya-tank-iz-zolota-kotoryij-stoit-bolshe-5-000-rublej-414190/>.
6. 9 of the rarest items in World of Warcraft history [Электронный ресурс] // PCgamers [сайт]. – Режим доступа: <https://www.pcgamer.com/9-of-the-rarest-items-in-world-of-warcraft-history/>.
7. 2019 Video Game Industry Statistics, Trends & Data [Электронный ресурс] // WePC [сайт]. – Режим доступа: <https://www.wepc.com/news/video-game-statistics/>.
8. WoW Hacker Group Mastermind Sentenced To Two Years In Chinese Prison [Электронный ресурс] // Kotaku [сайт]. – Режим доступа: <https://kotaku.com/wow-hacker-group-mastermind-sentenced-to-two-years-in-c-1488458327>.

А. Р. Герасимова

*Санкт-Петербургский университет МВД России,
адъюнктура, образовательная программа высшего образования
– подготовка научно-педагогических кадров, III курс*

*Научный руководитель: А. Г. Хлебушкин
д.ю.н., профессор кафедры уголовного права
Санкт-Петербургского университета МВД России, доцент*

СУБЪЕКТИВНАЯ СТОРОНА ПРЕСТУПЛЕНИЯ, ПРЕДУСМОТРЕННОГО СТАТЬЕЙ 208 УК РФ

В статье рассмотрена форма вины преступления, предусмотренного ст. 208 УК РФ. На основании изучения доктринальных положений о вине в преступлениях с формальным составом обосновывается положение о волевом и интеллектуальном элементах прямого умысла ст. 208 УК РФ. Особо место занимает анализ факультативного признака субъективной стороны организации незаконного вооруженного формирования, а именно, цели совершения преступления.

Ключевые слова: незаконное вооружённое формирование, субъективная сторона преступления, террористическая деятельность, вооруженная организация, организованная террористическая деятельность.

A.R. Gerasimova

THE SUBJECTIVE SIDE OF THE CRIME UNDER ARTICLE 208 OF THE CRIMINAL CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION

The article considers the form of guilt of the crime under Article 208 of the Criminal Code of the Russian Federation. Based on the study of the doctrinal provisions on guilt in crimes with a formal composition, the provision on the volitional and intellectual elements of direct intent of Article 208 of the Criminal Code of the Russian Federation is justified. A special place is occupied by the analysis of the optional feature of the subjective side of the organization of an illegal armed group, namely, the purpose of committing a crime.

Key words: illegal armed formation, subjective side of the crime, terrorist activity, armed organization, organized terrorist activity.

В Стратегии национальной безопасности Российской Федерации⁸³³ в качестве одной из главных угроз государственной и общественной безопасности выделяют деятельность террористических и экстремистских организаций. Вызывает опасение попадание стандартного вооружения в распоряжение террористов, что свойственно для государств с нестабильной внутривнутриполитической ситуацией. Незаконные вооруженные формирования относятся к силам, которые способны угрожать общественной безопасности и общественному порядку. Деятельность таких формирований – это вызов системе обеспечения национальной безопасности страны. В

⁸³³ Указ Президента РФ «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации» [Электронный ресурс]: от 31 декабря 2015 г. № 683 // Собр. законодательства Рос. Федерации от 4 января 2016 г. № 1 (часть II). ст. 212. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

связи с этим оценка вины лица, совершившего преступление, предусмотренное статьей 208 Уголовного кодекса Российской Федерации⁸³⁴ (далее – УК РФ), важна для единообразного применения уголовно-правовых норм.

Общепринято в научной литературе характеризовать субъективную сторону организации незаконного вооруженного формирования именно прямым умыслом. В ч.2 ст. 25 УК РФ раскрываются признаки прямого умысла, однако конструктивно они относятся к материальным составам преступления, которые включают в себя в качестве обязательного признака общественно опасные последствия⁸³⁵.

Прямой умысел включает два интеллектуальных элемента: осознание общественной опасности действий (бездействий), предвидение возможности или неизбежности наступлений общественно опасных последствий, а также волевое желание наступления данных последствий. В формальных составах преступлений общественно опасные последствия выходят за пределы законодательного закрепления, поэтому на квалификацию преступления никакого влияния не оказывают, а играют роль только при индивидуализации наказания.

По мнению А. Н. Скачко, интеллектуальный момент включает в себя: «осознание лицом общественной опасности совершаемого деяния. Осознание осуществляется посредством понимания лицом фактического содержания своих действий...»⁸³⁶, что отражает данный элемент в формальных составах, в которых последствия прямо не предусмотрены.

Существует точка зрения, согласно которой вина так же, как в материальных составах преступления, в формальных составах включает психическое отношение к общественно опасным последствиям как интеллектуальный элемент. По мнению Э. Я. Немировского «Результат, в сущности, есть и в формальных деликтах, но он сливается с бездействием или действием как мускульным движением, при материальных он отделим во времени от последнего и доступен человеческому восприятию»⁸³⁷. Б. С. Утевский считал, что: «При формальных преступлениях у виновного отсутствует предвидение последствий в конкретной форме. Но совершающий формальное преступление сознает в общей форме, что его действие причиняет вредные последствия»⁸³⁸. Идея психического отношения к общественно опасным последствиям в вине при формальных составах широко не признана.

Некоторые ученые придерживаются мнения, что для умысла характерно и достаточно только осознание общественной опасности совершенного деяния⁸³⁹. Аргументируя отсутствие психического отношения к общественно опасным последствиям тем, что сторонники первой позиции не разделяют такие явления как юридическая конструкция преступления и вред от конкретного преступления, также они игнорируют различие законодательных конструкций материального и формального составов⁸⁴⁰. Данной точки зрения придерживается и В. И. Акимочкин, С.Ю. Кораблева, которые говорят, что за желаемые последствия ответственность не может наступать при прямом умысле в формальных составах преступления⁸⁴¹.

Стоит отметить, что спорным вопросом является включение волевого элемента содержания вины в формальных составах преступления, т.е. желания совершить преступление. П. С. Дагель настаивает, что умысел включает в себя только момент сознания общественно опасного деяния⁸⁴². Некоторые ученые склоняются именно к данной точке зрения, так как в ином случае, по их

⁸³⁴ Уголовный кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации от 17 июня 1996 г. № 25. ст. 2954. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸³⁵ Шеслер А. В., Смирнов И. О. Субъективная сторона состава преступления, предусмотренного ст. 208 УК РФ // Вестник Алтайской академии экономики и права. 2014. №2 (34). С. 98-103.

⁸³⁶ Скачко А. Н. Интеллектуальный и волевой момент прямого умысла как необходимое условие привлечения к уголовной ответственности лица при контрабанде наркотических средств // Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки. 2019. №8. С. 150-153.

⁸³⁷ Немировский Э. Я. Основные начала уголовного права. Одесса, 1917. С.167.

⁸³⁸ Утевский Б. С. Вина в советском праве. М., 1950. С. 238.

⁸³⁹ Шеслер А. В., Смирнов И. О. Субъективная сторона состава преступления, предусмотренного ст. 208 УК РФ // Вестник Алтайской академии экономики и права. 2014. №2 (34). С. 98-103.

⁸⁴⁰ Рагоз А. И. Вина в советском уголовном праве: монография. М., 2018. С.149.

⁸⁴¹ Акимочкин В. И., Кораблева С. Ю. Виды умысла и их влияние на квалификацию // Проблемы экономики и юридической практики. 2012. №2. С.124-130.

⁸⁴² Дагель П.С. Проблемы вины в советском уголовном праве. Владивосток. 1968. С. 74.

мнению, происходит перенос волевого момента умысла с последствий на само деяние, что резонирует с закрепленным в ст. 25 УК РФ определением.

Ю.А. Демидов желание отождествляет с решимостью совершить общественно опасное деяние⁸⁴³. Желаемыми при прямом умысле в формальных составах являются в качестве цели действия или бездействие, волевой момент по отношению к последствиям соотносится только с материальным составом преступления.

Ученые, которые считают, что в содержание умысла также входит желание совершения действия, обосновывают это тем, что волевой элемент соотносится с обязательным признаком формального состава преступления – общественно опасным действием или бездействием, т.е. действие лица всегда желанно, иначе можно говорить, например, о непреодолимой силе или физическом и психическом принуждении⁸⁴⁴. Желание в прямом умысле в преступлениях с формальными конструкциями выражено в конкретном волевом усилии, которое направлено на осуществление действий (бездействия). Преступление представляет собой целостность именно сознания и воли, побуждение проходит через сознание, любое сознательное поведение в большинстве случаев исходит из более или менее длительного процесса формирования мотивов, планирования и принятия решения⁸⁴⁵.

Вышеизложенные положения являются основой для понимания и прямого умысла преступления, предусмотренного ст. 208 УК РФ, состав которого является формальным.

П. В. Агапов, А. Г. Хлебушкин определяют прямой умысел в рамках рассматриваемой статьи следующим образом: «Организатор (руководитель) незаконного вооруженного формирования осознает общественную опасность своих действий по созданию вооруженного формирования (объединения, отряда, дружины или иной группы), не предусмотренного федеральным законом (либо по руководству таким формированием), и желает этого»⁸⁴⁶. Данное содержание соотносится с ч.1 ст. 208 УК РФ, и, как видим, включает как интеллектуальный, так и волевой момент умысла.

А. В. Шеслер утверждает, что сам факт создания вооруженного формирования является преступным результатом действий соответствующего лица, поэтому состав преступления, который предусмотрен в ст. 208 УК РФ, – формально-материальный⁸⁴⁷, однако не совсем верным представляется приравнивать действия по созданию к последствиям.

Прямой умысел участника незаконного вооруженного формирования состоит в осознании общественной опасности своего действия по участию в формировании, которое не предусмотрено федеральным законом или по участию на территории иностранного государства в вооруженном формировании, которое не предусмотрено законодательством такого государства, при этом в целях, противоречащих интересам Российской Федерации, а также в желании этого.

Прямой умысел лиц, которые финансируют незаконное вооруженное формирование, выражается в осознании общественной опасности своих действий по финансированию вооруженного формирования (объединения, отряда, дружины или иной группы), не предусмотренного федеральным законом, и желании этого.

Такие факультативные признаки субъективной стороны, как мотив и цель, в диспозиции рассматриваемой нормы не указаны. Однако среди ученых нет однозначного мнения относительно цели, ее сущности. Так, возникают трудности при наличии общественно полезной цели у незаконного вооруженного формирования. В.М. Харзинова утверждает, что незаконное вооруженное формирование создается именно с конкретной целью, которая может быть, как преступной, так и нет, например, защита суверенитета субъекта Российской Федерации⁸⁴⁸. Необходимо отметить, что присутствовала практика создания незаконных вооружённых формирований с социально положительной целью, например, помощь населению, защита

⁸⁴³ Демидов Ю. А. Умысел и его виды по советскому уголовному праву: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.00 / Демидов Юрий Андреевич. Москва, 1964. С.12.

⁸⁴⁴ Волков Б.С. Мотив и квалификация преступления. Казань.1968. С.51.

⁸⁴⁵ Якушин В. А., Дубовиченко С. В. Интеллектуальные моменты умышленной вины в системе ее признаков // Вестник Волжского университета им. В. Н. Татищева. 2011. №75. С.37-45.

⁸⁴⁶ Агапов П. В., Хлебушкин А. Г. Организация незаконного вооруженного формирования или участие в нем: политико-правовой, криминологический и уголовно-правовой анализ. М.: АНО «Юридические программы», 2005. С.123.

⁸⁴⁷ Шеслер А. В., Смирнов И. О. Субъективная сторона состава преступления, предусмотренного ст. 208 УК РФ // Вестник Алтайской академии экономики и права. 2014. №2 (34). С. 98-103.

⁸⁴⁸ Харзинова В. М. Незаконные вооруженные формирования: особенности и характерные черты // Проблемы в российском законодательстве. 2018. №3. С.36-37.

территории⁸⁴⁹. Наличие такой цели может ввести в заблуждение относительно незаконности того или иного вооруженного формирования, что недопустимо.

По мнению А.Н. Мондохонова, целью является совершение одного или нескольких преступлений, что соотносится с формой соучастия – организованная группа⁸⁵⁰. А.В. Шеслер, И.О. Смирнов в качестве цели выделяют «достижение или сохранение незаконным вооруженным формированием способности вести боевые действия»⁸⁵¹.

Кроме того, также имеется точка зрения в науке, согласно которой нет необходимости законодательно закреплять цель в диспозиции ст. 208 УК РФ, так как это может привести к тому, что при неопределенности и разнообразии целей у лиц их привлечение к ответственности будет затруднительным⁸⁵².

При введении уголовной ответственности за организацию незаконного вооруженного формирования с учетом исторических, политических реалий подразумевалась именно преступная цель создания его. Но из-за обстоятельств, связанных с военным противостоянием, при квалификации невозможно было доказать цель их создания, поэтому законодатель решил принять для него специальную уголовно-правовую норму, отчасти, профилактического характера.

В соответствии с п.23 Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 09.02.2012 №1 «О некоторых вопросах судебной практики по уголовным делам о преступлениях террористической направленности»⁸⁵³ цель определена, как совершение террористических актов, насильственного изменения основ конституционного строя или нарушения территориальной целостности Российской Федерации, что явно отражает позицию законодателя об отнесении данного преступления к террористическим.

Часть 2 ст. 208 УК РФ в качестве цели предусматривает – противоречие интересам Российской Федерации. Согласно Стратегии национальной безопасности Российской Федерации⁸⁵⁴ установлены национальные интересы России, например, укрепление обороны страны, обеспечение незыблемости конституционного строя, суверенитета, независимости, государственной и территориальной целостности Российской Федерации и иные. Интересы Российской Федерации можно определить как систему сбалансированных интересов личности, общества и государства во всех сферах, обязанность по защите которых возложена на государство в качестве приоритета.

Таким образом, значение вины неоспоримо для квалификации, она влияет на индивидуализацию уголовной ответственности и наказания, в связи с чем особо важно установить единообразный подход к ее пониманию и определению такого общественно опасного деяния, как организация незаконного вооруженного формирования или участия в нем.

Библиографический список:

1. Агапов, П.В., Хлебушкин А.Г. Организация незаконного вооруженного формирования или участие в нем: политико-правовой, криминологический и уголовно-правовой анализ / П. В. Агапов, А. Г. Хлебушкин. – М.: АНО «Юридические программы». – 2005. – 136 с.

⁸⁴⁹ Павлинов А. В. Чем незаконное вооруженное формирование отличается от банды // Российская юстиция. 2000. №4. С. 45-46.

⁸⁵⁰ Мондохонов А. Н. Цель организации незаконного вооруженного формирования // Сибирский юридический вестник. 2010. №4 (51). С. 96-99.

⁸⁵¹ Шеслер А. В., Смирнов И. О. Субъективная сторона состава преступления, предусмотренного ст. 208 УК РФ // Вестник Алтайской академии экономики и права. 2014. №2. С.98-103.

⁸⁵² Магомедов Т.М-С. Уголовно-правовые и криминологические проблемы незаконных вооруженных формирований (по материалам Республики Дагестан): автореф.дис...канд.юрид.наук: 12.00.08 / Магомедов Темирлан Магомед-Саидович. Махачкала, 2004. С.12.

⁸⁵³ Постановление Пленума Верховного Суда РФ «О некоторых вопросах судебной практики по уголовным делам о преступлениях террористической направленности» [Электронный ресурс]: от 09.02.2012 № 1 (ред. от 03.11.2016) // Бюлл. Верховного суда Рос. Федерации. апрель 2012 г. №4. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸⁵⁴ Указ Президента РФ «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации» [Электронный ресурс]: от 31 декабря 2015 г. № 683 // Собр. законодательства Рос. Федерации от 4 января 2016 г. № 1 (часть II). ст. 212. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

2. Акимочкин, В. И. Кораблева, С. Ю. Виды умысла и их влияние на квалификацию / В. И. Акимочкин, С. Ю. Кораблева // Проблемы экономики и юридической практики. – 2012. – №2. – С.124-130.
3. Волков, Б. С. Мотив и квалификация преступления / Б. С. Волков. – Казань: Изд-во Казан. ун-та. – 1968. – 166 с.
4. Дагель, П.С. Проблемы вины в советском уголовном праве / П. С. Дагель. – Владивосток: Учёные записки ДВГУ, вып. 21, ч.1. – 1968. – 187 с.
5. Мондохонов, А. Н. Цель организации незаконного вооруженного формирования/ А. Н. Мондохонов // Сибирский юридический вестник. – 2010. – №4 (51). – С. 96-99.
6. Немировский, Э.Я. Основные начала уголовного права / Э. Я. Немировский. – Одесса: тип. «Техник». – 1917. - XII. – 645 с.
7. Павлинов, А.В. Чем незаконное вооруженное формирование отличается от банды / А. В. Павлинов // Российская юстиция. – 2000. – №4. – С. 45-46.
8. Рарог А. И. Вина в советском уголовном праве: монография / науч. ред. Б.В. Здравомыслов. – М.: Проспект. – 2018. – 192 с.
9. Скачко, А. Н. Интеллектуальный и волевой момент прямого умысла как необходимое условие привлечения к уголовной ответственности лица при контрабанде наркотических средств / А. Н. Скачко // Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки. –2019. – №8. – С. 150-153.
10. Утевский, Б. С. Вина в советском праве / Б. С. Утевский. – М.: Гос.изд-во юридической лит. – 1950. – 318с.
11. Харзинова, В. М. Незаконные вооруженные формирования: особенности и характерные черты / В. М. Харзинова // Пробелы в российском законодательстве. – 2018. – №3. – С.36-37.
12. Шеслер, А. В. Смирнов, И. О. Субъективная сторона состава преступления, предусмотренного ст. 208 УК РФ/ А. В. Шеслер, И. О. Смирнов // Вестник Алтайской академии экономики и права. – 2014. – №2 (34). – С. 98-103.
13. Якушин, В. А. Дубовиченко, С. В. Интеллектуальные моменты умышленной вины в системе ее признаков / В. А. Якушин, С. В. Дубовиченко // Вестник Волжского университета им. В. Н. Татищева. – 2011. – №75. – С.37-45.

Р. Н. Чупраков

*Санкт-Петербургский государственный университет,
Магистратура, образовательная программа
«Transnational Legal Practice», I курс*

А. А. Ведякина

*Санкт-Петербургский государственный университет,
Магистратура, образовательная программа
«Transnational Legal Practice», I курс*

ПРОБЛЕМА ПРИМЕНЕНИЯ СТАТЕЙ 148 И 282 УК РФ

Предметом исследования являются статьи 148 «Нарушение права на свободу совести и вероисповеданий» и 282 «Возбуждение ненависти либо вражды, а равно унижение человеческого достоинства» УК РФ. В своем исследовании авторы выявляют взаимосвязь между применением уголовных наказаний по данным статьям и снижением вливания прямых иностранных инвестиций в РФ. Авторы предлагают гуманизировать статьи 148 и 282 УК РФ, декриминализовав предусмотренные в них деяния, что значительно повысит репутацию РФ перед мировым сообществом и снизит репутационные риски для иностранных инвесторов.

Ключевые слова: иностранные инвестиции, декриминализация, гуманизация, репутационные риски, свобода вероисповеданий, религия.

R. N. Chuprakov

A. A. Vedyakina

PROBLEM OF APPLICATION OF ARTICLES 148 AND 282 OF THE CRIMINAL CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION

The subject of the research is article 148 of the Criminal Code of the Russian Federation "Violation of the right to freedom of conscience and religion" and article 282 of the Criminal Code of the Russian Federation "Incitement to hatred or enmity, as well as humiliation of human dignity." In their study, the authors identify the relationship between the use of criminal penalties under these articles and a decrease in the infusion of foreign direct investment in the Russian Federation. The authors propose to humanize Articles 148 and 282 of the Criminal Code of the Russian Federation, which will significantly increase the reputation of the Russian Federation in front of the world community and reduce reputational risks for foreign investors.

Key words: foreign investment, decriminalization, humanization, reputational risks, freedom of religion, religion.

В развитии экономики Российской Федерации существенную роль играют иностранные инвестиции. Однако, за последние годы уровень их «вливания» значительно упал⁸⁵⁵. Анализ вышеуказанной ситуации показал, что одной из значимых причин является очень «неидентичное» законодательство РФ в сравнении с правовым регулированием других стран, особенно европейских государств. Данный факт тоже играет существенную роль, поскольку зарубежным инвесторам не только важен анализ нормативных правовых актов другого государства, но и полное понимание того, куда будет внесен «вклад в экономику», где будет полное понимание нормативных правовых актов. Уголовное законодательство, рассматриваемое иностранными инвесторами в первую очередь, также не является отличием из вышеуказанного факта⁸⁵⁶.

Проведенный анализ показал, что наиболее проблемным является применение статей 148⁸⁵⁷ и 282⁸⁵⁸ УК РФ. В статье 148 УК РФ, помимо неполного определения понятия «оскорбление религиозных чувств верующих» (что, по сути, является «фактором отпугивания» иностранных инвесторов, поскольку РФ является государством, где в главе 2 Конституции РФ присутствует понятие «уважение» к религиозным взглядам, к вероисповеданию или отсутствию обоих вышеуказанных взглядов), отмечается еще и неэффективность в реализации санкций. Лишение свободы на определенный срок не всегда является эффективной мерой наказания в уголовном праве, особенно когда это касается преступления небольшой тяжести. Например, как показывает статистика, большинство лиц, отбывших срок в колонии-поселении, совершают рецидив. Проблема пост пенитенциарного рецидива характерна и для лиц, освободившихся из таких учреждений после отбытия наказания по статье 282 УК РФ⁸⁵⁹.

В уголовном законодательстве РФ одновременно используются нормы, в которых за преступления небольшой тяжести не предусмотрено такой санкции, как лишение свободы на определенный срок. Как показывает правоприменительная практика, данные лица, привлеченные один раз за данные общественно опасные деяния, не совершают повторных преступлений. Такой факт показывает эффективность именно неприменения санкции лишение свободы на определенный срок за преступления небольшой тяжести.

Анализ рейтинга стран мира по уровню прямых иностранных инвестиций (в соответствии с Таблицей 1) проведен по базе данных Всемирного банка «Показатели мирового развития» (World Development Indicators).⁸⁶⁰ В рейтинговой таблице представлен перечень экономик стран с

⁸⁵⁵ РБК [Электронный ресурс]: Вложения иностранцев в российские компании упали более чем в 20 раз. – Режим доступа: <https://www.rbc.ru/economics/19/01/2021/6006e0609a79472ba73d18f2>

⁸⁵⁶ РБК [Электронный ресурс]: Почему зарубежные инвесторы боятся вкладывать деньги в Россию. – Режим доступа: <https://quote.rbc.ru/news/article/5da9b4999a7947a1331801d8>

⁸⁵⁷ Федотова, Ю. Е. Оскорбление религиозных чувств верующих: проблемы применения статьи 148 УК РФ // Российское право: образование, практика, наука. 2016. №4 (94).

⁸⁵⁸ Яворский, М. А., Гордеев Д. С. Некоторые проблемные моменты определения понятий «Возбуждение ненависти либо вражды» и «Унижение достоинства человека» в контексте ст. 282 УК РФ // Международный журнал гуманитарных и естественных наук. 2019. № 4-3.

⁸⁵⁹ Российская газета. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://rg.ru/2008/05/30/reg-vvolga/kolonii.html>

⁸⁶⁰ Рейтинг стран мира по уровню прямых иностранных инвестиций / Гуманитарный портал: Исследования [Электронный ресурс] // Центр гуманитарных технологий, 2006–2021. – Режим доступа: <https://gtmarket.ru/ratings/foreign-direct-investment-index>

подтверждённой оценкой прямых иностранных инвестиций (значения выражены в долларах США).

Из интервью А.М. Верховского, директора информационно-аналитического центра «Сова»: «В Европе аналогичные законы существуют. Но в отличие от России западный мир от них, наоборот, постепенно отказывается». За последние двадцать лет уголовную ответственность за типовые законы о «нарушении права на свободу совести и вероисповеданий» отменил ряд стран, в их число входит Ирландия. Именно Ирландию мы хотим рассмотреть, как пример в данной статье.

В 2018 году в Ирландии провели референдум о запрете «богохульства». Большинство ирландских политиков выступали за ускорение процесса, называя статью о «богохульстве» «устаревшей» и «портящей имидж Ирландии в мире». Объединение католических епископов назвало закон «в значительной мере устаревшим». Опросы показали, что так же думают около 62% жителей страны. Сторонники конституционной реформы считают, что наличие наказания за «богохульство» в демократической Ирландии легитимизирует подобные нормы в тех странах, где по этим статьям наказывают вовсе не символически. «Убрав эту статью из конституции, мы можем отправить всему миру важное послание. Законы против богохульства не должны существовать в принципе» - говорит министр юстиции Ирландии.⁸⁶¹

Почему так важно декриминализовать подобные деяния?

Референдум о богохульстве имеет большое значение для международной репутации Ирландии, заявил министр юстиции Чарли Фланаган: «К сожалению, в мире есть страны, где за богохульство наказывают смертью. Такие законы представляют реальную угрозу, с помощью Конституции мы можем сообщить миру о том, что они не отражают наши ценности».

В докладе комиссии США по международной религиозной свободе говорится, что в 71 стране предусмотрено наказание за неуважительное отношение к вере. Среди них Афганистан, Иран, Сомали, Греция, Германия, Россия.⁸⁶²

Как показывает практика и сравнительно-правовой анализ, развитые страны стремятся гуманизировать статьи, карающие за «богохульство», «оскорбление чувств верующих», «возбуждение ненависти и вражды» в отношении религии. Благодаря декриминализации этих деяний прямые инвестиции в страны, где превалирует понятие «светское государство», поток прямых инвестиций стабильно растет. В РФ за статьи 148 и 282 УК РФ предусмотрено уголовное наказание, что создает репутационные риски для иностранного инвестора. Наличие таких статей – падение репутации РФ перед мировым сообществом. Бесспорно, это не основная причина снижения вливания инвестиций в государство, но одна из значимых.

Проанализировав вышеуказанные ситуации, присутствует необходимость провести следующие изменения, связанные со статьями 148 и 282 УК РФ:

1. Убрать наказания в виде лишения свободы на определенный срок, заменив его на ограничение свободы для статей 148 и 282 УК РФ.

2. Частично декриминализовать данные деяния, установив ответственность только при повторном нарушении по аналогичному деянию в статье 148 УК РФ (как это сейчас присутствует в статье 282 УК РФ).

Данные действия не только помогут стать более эффективным способом осуществления санкций по данным деяниям, но помогут привлечь больше иностранных инвестиций в РФ, что сможет поднять экономические показатели в России.

Таблица 1. Рейтинг стран мира по уровню прямых иностранных инвестиций.

⁸⁶¹ The Age. Irish to vote on lifting blasphemy ban [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://www.theage.com.au/world/irish-to-vote-on-lifting-blasphemy-ban-20100316-qcif.html>

⁸⁶² Report on International Religious Freedom. May 12, 2021. – Режим доступа: <https://www.state.gov/reports/2020-report-on-international-religious-freedom/>

РЕЙТИНГ	ЭКОНОМИКА	РАЗМЕР ПИИ (\$ МЛН)
1	Соединённые Штаты Америки	258 390 000 000
2	Китай	203 492 014 029
3	Германия	105 277 588 652
4	Бразилия	88 324 149 805
5	Гонконг	86 462 759 029
6	Сингапур	82 039 577 168
7	Ирландия	64 535 780 983
8	Австралия	60 951 066 085
9	Франция	59 849 224 138
10	Великобритания	58 650 667 046

Библиографический список:

1. РБК [Электронный ресурс]: Вложения иностранцев в российские компании упали более чем в 20 раз. – Режим доступа: <https://www.rbc.ru/economics/19/01/2021/6006e0609a79472ba73d18f2>
2. РБК [Электронный ресурс]: Почему зарубежные инвесторы боятся вкладывать деньги в Россию. – Режим доступа: <https://quote.rbc.ru/news/article/5da9b4999a7947a1331801d8>
3. Рейтинг стран мира по уровню прямых иностранных инвестиций / Гуманитарный портал: Исследования [Электронный ресурс] // Центр гуманитарных технологий, 2006–2021. – Режим доступа: <https://gtmarket.ru/ratings/foreign-direct-investment-index>
4. Российская газета. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://rg.ru/2008/05/30/reg-vvolga/kolonii.html>
5. Федотова, Ю. Е. Оскорбление религиозных чувств верующих: проблемы применения статьи 148 УК РФ // Российское право: образование, практика, наука. – 2016. – №4 (94).
6. Яворский, М. А., Гордеев Д. С. Некоторые проблемные моменты определения понятий «Возбуждение ненависти либо вражды» и «Унижение достоинства человека» в контексте ст. 282 УК РФ // Международный журнал гуманитарных и естественных наук. – 2019. – №4-3.
7. Report on International Religious Freedom. May 12, 2021. – Режим доступа: <https://www.state.gov/reports/2020-report-on-international-religious-freedom/>
8. The Age. Irish to vote on lifting blasphemy ban [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://www.theage.com.au/world/irish-to-vote-on-lifting-blasphemy-ban-20100316-qcif.html>

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

С. С. Виданова

*Санкт-Петербургский государственный университет
бакалавриат, образовательная программа
«Юриспруденция», III курс*

*Научный руководитель: С. П. Кушниренко
к.ю.н., доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики
Санкт-Петербургского государственного университета*

НЕОБОСНОВАННАЯ ПОЛИТИЗАЦИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ КАК ОСНОВАНИЕ ОТКАЗА В ЭКСТРАДИЦИИ

Статья посвящена вопросам необоснованной политизации преступлений, в связи с которыми требуется экстрадиция. В статье проведен анализ воздействия необоснованной политизации на отказ государств в экстрадиции. Сформулированы практические рекомендации по предотвращению обвинений государства в политизации преступлений.

Ключевые слова: экстрадиция, уголовные дела, политизация.

S. S. Vidanova

UNJUSTIFIED POLITIZATION OF CRIMES AS A GROUNDS FOR REFUSAL OF EXTRADITION

The article is devoted to the issues of unjustified politicization of crimes in connection with which extradition is required. The article analyzes the impact of unjustified politicization on the refusal of states to extradite. Practical recommendations are formulated to prevent accusations of the state in the politicization of crimes.

Key words: extradition, criminal cases, politicization.

Одним из приоритетных и наиболее сложных направлений деятельности как Министерства иностранных дел, так и Генеральной прокуратуры РФ в последнее время становится экстрадиция. Проблема обусловлена многими факторами, однако основным аспектом является то, что процедура выдачи на деле – дипломатический инструмент построения отношений, в том числе и конфронтации между странами. Порой техническая передача преступника превращается едва ли не в обмен заложниками, что детерминировано политизацией уголовных дел – приданию политического характера, давлению власти на исход судопроизводства или иной процедуры в рамках уголовно-процессуальной деятельности. Безусловно, правовая среда государства не может находиться вне корреляции от политической. Не зря в юриспруденции с каждым годом все более обсуждаемой темой становится «политика права». Однако подразумевая справедливое, беспристрастное правосудие, «венцом» которого принято считать оправдательный приговор, следует искоренить любое вмешательство власти.

Российская Федерация подписала Европейскую Конвенцию об экстрадиции 1957 года с оговорками, запрещающими выдачу российских граждан. Это обусловлено содержанием главного закона нашей страны: статья 61 Конституции РФ гласит, что гражданин России не может быть выслан за пределы своей страны⁸⁶³. Соответственно, речь идет лишь о частичном принятии государством такого института, как экстрадиция. Россия в этом отношении отличается от стран Евросоюза, между которыми существует двусторонняя обязанность выдачи преступников. Однако это не наша исключительная особенность. Аналогичные положения есть, например, в законодательстве Израиля. Кроме того, согласно статье 471 УПК РФ в передаче лица может быть отказано в случае, если ни одно из деяний, за которое лицо осуждено, не признается

⁸⁶³ Конституция Российской Федерации [Электронный ресурс]: принята всенародным голосованием 12 дек. 1993 г. // Рос. газ. 2009. 21 янв. (с учетом поправок, внесенных Законами Российской Федерации о поправках к Конституции Российской Федерации от 30 дек. 2008 г. № 6-ФКЗ и от 30 дек. 2008 г. № 7-ФКЗ). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

преступлением по законодательству государства, гражданином которого является осужденный; в случае непризнания судом или иным компетентным органом иностранного государства приговора российского суда и так далее.

По данным Генпрокуратуры РФ, ежегодно Россия направляет в разные страны примерно около 700 запросов об экстрадиции, из которых доводится до завершения 30-60 в год, т.е. процент эффективности этого института для нас – менее 10%. Относительно успешно контакты в поимке и задержанию преступников из России у нас налажены с Германией и Испанией. Одновременно с этим, у нашей страны отсутствуют двусторонние межгосударственные соглашения об экстрадиции с рядом близлежащих стран (например, с Литвой и Эстонией), а также с Великобританией. Существенно активнее осуществляется процесс экстрадиции из России. По официальным данным, Россия выдает более 1000 подозреваемых и обвиненных в преступлениях иностранных граждан в год.

Политизация – основополагающий фактор, препятствующий эффективному взаимодействию России и других стран по вопросам экстрадиции. Главным образом, речь идет о придании уголовным делам политического характера со стороны международных судебных органов. Центральное место на этой арене отведено Европейскому суду по правам человека (ЕСПЧ). Примечательно, что Министерство юстиции России в 2020 году дополнительно получило 550 миллионов рублей на выплаты компенсаций по решениям Европейского суда по правам человека – невиданно крупная сумма. Данный факт является главным доказательством исполнения РФ решений ЕСПЧ, вопреки общепринятому мнению о противном и докладу Комитета министров Совета Европы об исполнении решений Европейского Суда по правам человека в 2020 году. Затруднения при экстрадиции между странами зачастую связаны с последовательной «политикой предвзятости», проводимой ЕСПЧ в отношении России (Израиль – дело ЮКОСА, США – дело «Сколково», Великобритания – дело «Беслан», Франция – дело Мухтара Аблязова).

17 марта 2021 на пресс-конференции Сергей Викторович Лавров заявил, что Международный уголовный суд дискредитировал себя, демонстрируя ангажированность, непрофессионализм и непонимание норм международного права. «Любые действия, которые предпринимаются в Гааге, мы вынуждены рассматривать вот на этом фоне и в свете той репутации, прямо скажем, нелицеприятной репутации, которую суд заработал», – добавил министр⁸⁶⁴.

Стоит отметить, что Российская Федерация подписала Римский статут 13 сентября 2000 года, однако так и не ратифицировала его и, таким образом, государством-участником Международного уголовного суда не являлась. При этом Россия сотрудничала с МУС и участвовала в его работе в качестве наблюдателя. В ноябре 2016 Россия приняла окончательное решение выйти из МУСа. Связано это с заявлениями прокурора суда об оккупации Крыма. Россия и раньше не была полноценным участником МУС — «в его составе судей нет нашего судьи, мы не участвовали в разбирательстве дел». «Это [распоряжение] означает лишь одно — мы отзываем свою подпись под этим договором», — заявил он⁸⁶⁵.

Несмотря на очевидную политизацию уголовных дел, Международный суд ООН (далее – МС) проявил политкорректность в Деле о применении Международной конвенции по борьбе с финансированием терроризма и Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (Украина против Российской Федерации). Заявление было подано Украиной в МС в январе 2017 г. Помимо этого Киев просил о принятии временных мер. По этому вопросу слушания состоялись 6–9 марта, а решение было оглашено 19 апреля 2017 г. Суд признал наличие у него «prima facie» юрисдикции по данному делу, подтвердив существование спора. По существу же украинских требований Суд отказал во временных мерах по обвинениям России в финансировании терроризма. Отказался он высказываться и по вопросу о статусе Крыма, а также не поддержал тезис о якобы проводимой Россией политики «стирания культурной идентичности» крымских татар и украинцев.

Показательно, что МС вместо затребованных Украиной временных мер сформулировал свои собственные: обеспечить доступ к образованию на украинском языке в Крыму и воздержаться от ограничений на институциональную представленность крымско-татарской общины.

⁸⁶⁴ Лавров: Международный уголовный суд дискредитировал себя [Электронный ресурс]: журнал // Тасс: [сайт]. URL: <https://tass.ru/politika/10925879> (дата обращения : 14.06.2021).

⁸⁶⁵ Россия отказалась от участия в работе Международного уголовного суда [Электронный ресурс]: журнал // РБК: [сайт]. URL: <https://www.rbc.ru/politics/16/11/2016/582c37779a7947fb0f3f7e99> (дата обращения: 14.06.2021).

Примечательно и то, что Суд распространил временные меры и на Украину, предписав обеим сторонам дела не предпринимать каких-либо шагов, которые могли бы вести к усугублению спора. Решение вступило в силу в мае 2017, однако, последствия несет в политической конъюнктуре по сей день. Так, например, 25 марта в Telegram-канале офиса генпрокурора Украины появилось сообщение следующего характера: «Сейчас сторона обвинения имеет право начать в отношении подозреваемого процедуру экстрадиции»⁸⁶⁶. Заявление сделано в связи с тем, что в конце прошлого года прокуратура постановила приговор экс-президенту по делу о государственной измене (вступил в силу). После смены власти на Украине в 2014 году Виктор Янукович сбежал в Россию. На родине его обвинили в том, что он попросил Москву ввести войска на Украину, что, в свою очередь, привело к присоединению Крыма к России. Янукович был заочно признан виновным в государственной измене 24 января 2019 года районным судом Киева. Его приговорили к 13 годам тюрьмы. На таком примере следует проследить процесс обратной политизации. Ведь ни Россия, ни любая другая европейская страна, на территории которой действует бюро Интерпола, не выдаст Украине ее бывшего президента Януковича и других экс-чиновников, несмотря на объявление в международный розыск, поскольку политическая мотивация преследования этих лиц очевидна, в отличие от основного массива дел, запросы по которым направляет Россия.

Из анализа следует, что в последнее время участились случаи использования политической мотивированности и пробелов в международных механизмах выдачи для ухода от уголовной ответственности за содеянное. Чтобы изменить ситуацию, были приняты такие международные документы, как Дополнительный протокол 2010 г. к Европейской конвенции о борьбе с терроризмом 2000 г., ограничивающий невыдачу лиц, совершающих преступления политического характера; в рамках Европейского Союза было принято Рамочное решение «О Европейском ордере на арест и процедурах передачи лиц между государствами-членами» от 13 июня 2002 года, в котором указано, что исключение политических преступлений из сферы экстрадиции вообще не будет применяться (п. 12). Отметим, что эти положения ни в коей мере не направлены на ущемление прав экстрадируемых лиц.

Для правильного разрешения данной ситуации основополагающим вопросом является определение политического преступления либо деяния политического характера (мотивированности), при этом сами термины употребляются как в национальном законодательстве, так и в международных документах. Несмотря на то, что эту довольно сложную проблему пытались решить на разных уровнях, она до сих пор не урегулирована должным образом. В этом отношении велика роль судебных инстанций разных государств. В подобных случаях в решениях суда указывается, что «деяние может рассматриваться как «политическое преступление» по смыслу Конвенции 1951 года, если: 1) оно совершено с политической целью, т.е. с целью свержения или смены правительства какого-либо государства, или подстрекательства к изменению политики; 2) имеется достаточно тесная и прямая связь между преступлением и предполагаемой политической целью».

Свой подход содержится в Европейской конвенции о выдаче 1957 г., где лицо не выдается не только за «чисто политическое» преступление, но и за политически мотивированное деяние, связанное с ним (ст. 3). Для признания деяния политически мотивированным оно должно быть совершено либо в защиту власти, либо защищать кого-то от власти, не терпящей никакой оппозиции, т. е. интересы должны быть достаточно серьезными. «Проблема определения политического преступления представляет чрезвычайную важность не только в плане защиты индивидов от уголовного преследования, основанного на политических соображениях, но и для обеспечения неотвратимости ответственности и наказания лиц, совершающих тяжкие преступления неполитического характера. Актуальность подобного подхода не вызывает сомнений, ибо зачастую лица, совершившие тяжкие преступления, пытаются избежать уголовной ответственности и настаивают на признании политического характера содеянного, пытаясь заблокировать возможную экстрадицию и апеллируя к институту убежища. Поэтому, признавая существенную важность и роль гуманитарных институтов, нужно в то же время подчеркнуть, что

⁸⁶⁶ Генпрокуратура Украины допустила начало процедуры экстрадиции Януковича из России [Электронный ресурс]: журнал // Ведомости: [сайт]. URL: <https://www.vedomosti.ru/politics/news/2021/03/25/863152-genprokuratura-ukraini-dopustila-nachalo-protseduri-ekstraditsii-yanukovicha-iz-rossii> (дата обращения: 15.06.2021).

ни один правовой институт, имеющий целью защиту индивидов, не может и не должен использоваться для поощрения безнаказанности уголовных преступников».

На наш взгляд, необходимо сузить сферу защиты лиц, совершающих преступления политического характера, лишь теми деяниями, в которых отсутствует элемент насилия или угрозы подобного насилия, создающего опасность жизни и здоровью людей. Кроме того, необходимо распространить «деполитизацию» на любые акты терроризма, в подавлении которых заинтересовано все международное сообщество и сотрудничество в борьбе с которыми предусмотрено в соответствующих международных договорах. По нашему мнению, исключение из перечня оснований для отказа в выдаче за политические преступления или по политическим мотивам вовсе не только облегчит предание суду лиц, совершивших особо тяжкие преступления, но и вполне отвечает реалиям сегодняшнего дня. Примечательно, что во всех международных документах и во внутреннем законодательстве разных стран отказ по политическим мотивам относится к императивным основаниям для отказа в выдаче. Целесообразно перенести его в число факультативных, то есть дополнительных, зависящих от целого ряда обстоятельств объективного характера и усмотрения соответствующего должностного лица. Как видно из проведенного анализа, очень незначительное количество преступлений можно отнести к политическим, в то время как число случаев отказа в выдаче лиц по политическим мотивам растет с каждым годом.

Таким образом, ни о каких единых международных правилах выдачи обвиняемых и подозреваемых в преступлениях говорить пока, к сожалению, не приходится. А активность отдельных стран по лоббированию собственных интересов на этом фронте, скорее уменьшает шансы на появление реально действенного универсального правового механизма экстрадиции в обозримом будущем. Обращаясь к вопросу влияния международных судебных органов на экстрадицию следует упомянуть важный шаг в предотвращении политизации. Так, 22 марта 2021 года Игорь Краснов обратился к Президенту с предложением о передаче Генпрокуратуре функции представителя в ЕСПЧ. Такая мера станет сочетанием полномочий прокурора и представителя интересов России в ЕСПЧ, «позволит вмешиваться и устранять нарушение прав гражданина на всех этапах рассмотрения жалобы против России, а по необходимости и примириться с ним».

Подводя итог, стоит отметить, что в таких правовых и политических реалиях самым эффективным методом возвращения на Родину весомых правонарушителей оказывается не юридические, а дипломатические каналы и «обмен преступниками». Ведь, как показывает практика ни один международный орган не может существовать в политическом вакууме.

Библиографический список:

1. Верховный Суд Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. правовой портал. – Режим доступа: <https://www.vsrp.ru/>.
2. Генпрокуратура Украины допустила начало процедуры экстрадиции Януковича из России [Электронный ресурс]: журнал // Ведомости: [сайт]. – Режим доступа: <https://www.vedomosti.ru/politics/news/2021/03/25/863152-genprokuratura-ukraini-dopustila-nachalo-protseduri-ekstraditsii-yanukovicha-iz-rossii>.
3. Лавров: Международный уголовный суд дискредитировал себя [Электронный ресурс]: журнал // Тасс: [сайт]. – Режим доступа: <https://tass.ru/politika/10925879>.
4. Министерство внутренних дел Российской Федерации [Электронный ресурс]: официальный интернет-сайт. – Режим доступа: <https://www.vsrp.ru/>.
5. РосПравосудие [Электронный ресурс]: справочно-правовая система – Режим доступа: URL: <https://www.rospravosudie.com/>.
6. Россия отказалась от участия в работе Международного уголовного суда [Электронный ресурс]: журнал // РБК: [сайт]. – Режим доступа: <https://www.rbc.ru/politics/16/11/2016/582c37779a7947fb0f3f7e99>.
7. Совет Европы [Электронный ресурс]: официальный сайт международной организации. – Режим доступа: <https://www.coe.int/en/web/portal>.

К. Н. Горшкова
Саратовская государственная юридическая академия,
специалитет, направление подготовки
«Судебная и прокурорская деятельность», III курс

Научный руководитель: *Н. В. Спасивов*
к.ю.н. доцент кафедры уголовного процесса
Саратовской государственной юридической академии

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПРАВ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ ПОТЕРПЕВШИХ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Предметом исследования являются нормы Уголовно-процессуального кодекса РФ и практика их применения с целью поиска путей решения обеспечения прав несовершеннолетних в уголовном процессе. Одной из главных проблем является участие адвоката для защиты прав несовершеннолетнего потерпевшего, участие психолога или педагога при проведении следственных мероприятий с участием несовершеннолетнего потерпевшего обязательно по международным стандартам, создание специального реестра специалистов психологов, имеющие квалификацию и опыт работы с детьми, ставшими жертвами преступлений.

Ключевые слова: несовершеннолетний потерпевший, обязательное участие адвоката, наделение адвоката полномочием подачи гражданского иска в защиту несовершеннолетнего, следственные действия с участием несовершеннолетних, психолог, педагог, создание реестра специалистов психологов.

X. N. Gorshkova

TOPICAL ISSUES OF ENSURING THE RIGHTS OF MINOR VICTIMS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

The subject of the study is the norms of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation and the practice of their application, in order to find solutions to ensure the rights of minors in criminal proceedings. One of the main problems is the involvement of a lawyer to protect the rights of a minor victim. The participation of a psychologist or teacher in conducting investigative activities with the participation of a minor victim is mandatory according to international standards. Creation of a special register of psychologists with qualifications and experience in working with children who have become victims of crime.

Keywords: minor victim, mandatory participation of a lawyer, granting a lawyer the authority to file a civil claim in defense of a minor, investigative actions involving minors, psychologist, teacher, creating a register of psychologists.

Несовершеннолетние являются одними из самых уязвимых категорий общества, особенно в сфере уголовного процесса, поэтому защита прав таких лиц, вовлеченных в орбиту уголовного судопроизводства должна являться одним из главных приоритетов уголовно-процессуальной политики РФ. В данной статье будут рассмотрены лишь некоторые из проблем, возникающие в уголовном процессе, если потерпевшим является несовершеннолетний.

За 2020 год потерпевшими от преступления признаны 90 тысячи несовершеннолетних, в 2019 году 107 тысяч детей, а в 2018 году 106 тысяч человек, что свидетельствует о необходимости совершенствования механизмов уголовно-процессуальной защиты детей. Одной из главных проблем является участие адвоката для защиты прав несовершеннолетнего потерпевшего⁸⁶⁷. В России суд обеспечивает участие представителя из федерального бюджета только в двух случаях: если потерпевший не достиг возраста шестнадцати лет, и если в отношении несовершеннолетнего совершено преступление против половой неприкосновенности, но для этого необходимо, чтобы законный представитель подал ходатайство. Во всех остальных случаях привлечение адвоката

⁸⁶⁷ Наделева Т. В. Некоторые процессуальные проблемы эффективности защиты прав и законных интересов несовершеннолетних потерпевших в суде первой инстанции // Российское право: образование, практика, наука. 2018. № 2. С. 50–53.

возможно только по ходатайству законного представителя потерпевшего, но оплата будет осуществляться за счет потерпевшей стороны.

Мы считаем, что целесообразно будет внести изменения в УПК РФ, а именно уполномочить суд и следователя привлекать представителя по всем категориям уголовных дел и изменить возрастной ценз с шестнадцати лет до восемнадцати лет, так как дети имеют различные темпы психологического и физиологического развития. Затраты, связанные с привлечением адвоката должны оплачиваться государством, и в последующем взыскиваться с осужденного.

Существует противоположная точка зрения, что участвующего по данному делу прокурора достаточно для осуществления прав потерпевшего⁸⁶⁸. В связи с тем, что обращаться с гражданским иском в защиту прав несовершеннолетних могут только законный представитель и прокурор, количество таких заявленных исков меньше чем уголовных дел, в которых потерпевшими являются несовершеннолетние.

В связи с этим, считаем целесообразным добавить данные полномочия адвокату несовершеннолетнего, потому как законный представитель чаще всего не заявляет такие требования в связи с недостатком юридических знаний. Исходя из положений Декларации основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью, принятой Генеральной Ассамблеей ООН 29 ноября 1985 г., дети имеют право на компенсацию причиненного вреда государством в скорейшие сроки. Наряду с гражданским иском государственная компенсация несовершеннолетним потерпевшим послужила бы дополнительной гарантией восстановления нарушенного равновесия в жизни ребенка.

Существует ряд трудностей, связанных с проведением следственных действий с участием несовершеннолетних. Руководящие принципы, касающиеся правосудия в вопросах, связанных с участием детей-жертв и свидетелей преступлений приняты резолюцией 2005\20 ЭКОСОС от 22 июля 2005 года устанавливает ряд требований для проведения следственных действий с участием ребенка такие как ограниченное число опросов: должны⁸⁶⁹ применяться специальные процедуры получения свидетельских показаний детей-жертв и свидетелей в целях сокращения числа опросов, заявлений и заслушиваний, а также, в особенности, таких контактов с процессом отправления правосудия, которые не являются необходимыми, в частности путем записи видеоматериалов.

В действующем УПК РФ в ст. 191 говорится, что при проведении допроса, очной ставки, опознания и проверки показаний с участием несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля, не достигшего шестнадцатилетнего возраста, должны проводиться с участием психолога или педагога.

Преступление является сильным стрессом для детской психики, и в большинстве случаев ребенок после него пребывает в эмоционально неустойчивом состоянии. Перечисленные выше следственные действия заставляют ребенка снова и снова переживать травмирующий опыт. Для того, чтобы смягчить это, законодатель ввел фигуру психолога или педагога.⁸⁷⁰ Но в законе не указан механизм ведения данной фигуры в дело. Нет четких инструкций по поводу того, кто подходит под категорию педагог и психолог, в законе нет четкого определения понятия «психолог» из каких организаций они должны быть приглашены.

Данные вопросы остаются на усмотрение суда и следователя из какой организации и какого специалиста привлекать в расследуемое дело⁸⁷¹. В большинстве случаев приглашают педагогов, знакомых с ребенком. Об этом говорила так же И. А. Макаренко, что необходимо приглашать знакомого педагога, исключения при этом выявляет следователь, руководствуясь своими тактическими соображениями. Данный подход работает не во всех случаях, все зависит от конкретного ребёнка, ведь многим людям легче рассказать незнакомцу свой травмирующий опыт, чем знакомым лицам. Исходя из этого считаем, что необходимо законодательно урегулировать данный вопрос, предоставлять ребенку выбор, с каким специалистом работать – знакомым или

⁸⁶⁸ Зайцева Е.А. Трижды потерпевший // Законность. 2015. № 1. С. 34-38.

⁸⁶⁹ Брусницын, Л. В. Обеспечение безопасности несовершеннолетних жертв и свидетелей преступлений в зарубежных судах // Изв. МГИУ. 2009. № 2 (15). С. 30.

⁸⁷⁰ Манова Н.С. Спесивов Н.В. Реализация в российском уголовном судопроизводстве некоторых международных стандартов обеспечения прав и законных интересов несовершеннолетних потерпевших // Всероссийский криминологический журнал. 2017. № 2. С. 408–415.

⁸⁷¹ Янин М.Г. Проблемные вопросы производства следственных и судебных действий с участием несовершеннолетних потерпевших и свидетелей // Вестник Челябинского государственного университета. Серия: Право. 2020. № 1.С. 60–68.

нет. Руководящие принципы, касающиеся правосудия в вопросах, связанных с участием детей-жертв и свидетелей преступлений приняты резолюцией 2005\20 ЭКОСОС от 22 июля 2005 года дают рекомендацию надлежащего учета мнений и опасений ребенка и, если они не в состоянии учесть такие мнения и опасения, разъяснения ребенку соответствующих причин.

Считаем целесообразным создать специальный реестр по субъектам РФ, в котором будут составлены списки специалистов, имеющие квалификацию и опыт работы с детьми, ставшими жертвами преступлений. Это существенно облегчит работу правоохранительных органов, и снизит риск появления в деле недостаточно квалифицированного лица. Данный реестр могут вести органы исполнительной власти субъекта в сфере образования или социального развития из имеющихся в их штате специалистов в сфере подростковой психологии. Необходимо будет обратиться в одно из данных ведомств для привлечения психолога в уголовный процесс, что позволит сократить время для поиска специалиста, ведь при включении данного лица в реестр он добровольно будет давать согласие на свое участие в работе с несовершеннолетними потерпевшими.

Также мы считаем целесообразным участие адвоката с момента признания несовершеннолетнего потерпевшим и его обязательное участие во всех стадиях. Он должен будет стать гарантом того, что действия правоохранительных органов будут соответствовать закону, а его присутствие на всех этапах послужит созданию благоприятной обстановки, в которой ребенок сможет в быстрые сроки и с минимизированным для себя уроном предоставить информацию, так как будет уверен, что адвокат на его стороне. Раскрываемость преступлений напрямую зависит от того, сколько времени прошло с момента его совершения, то есть чем раньше ребенок сможет дать показания, тем быстрее и плодотворнее будет проведено следствие⁸⁷². Это позволит сократить время, которое затрачивается на расследование, соответственно, процессуальную экономию для государства.

Подводя итог всему вышеперечисленному следует сделать вывод о том, что российское законодательство требует дополнений и изменений для повышений уровня защиты несовершеннолетних потерпевших в соответствии с их интересами и требованиями международных стандартов.

Библиографический список:

1. Брусницын, Л. В. Обеспечение безопасности несовершеннолетних жертв и свидетелей преступлений в зарубежных судах / Л. В. Брусницын // Изв. МГИУ. — 2009. — № 2 (15). — С. 30.
2. Марковичева Е. В., Татьяна Л. Г. Проблемы участия педагога и психолога в уголовном процессе/ Марковичева Е.В., Татьяна Л.Г. // Вестник Удмуртского университета. — 2017. — № 2.— С. 133-138.
3. Манова Н.С. Спесивов Н.В. Реализация в российском уголовном судопроизводстве некоторых международных стандартов обеспечения прав и законных интересов несовершеннолетних потерпевших/ Н.С. Манова Н.В. Спесивов // Всероссийский криминологический журнал. — 2017. — № 2. — С. 408–415.
4. Надеяева Т. В. Некоторые процессуальные проблемы эффективности защиты прав и законных интересов несовершеннолетних потерпевших в суде первой инстанции / Т.В. Надеяева // Российское право: образование, практика, наука. — 2018. — № 2. — С. 50–53.
5. Зайцева Е.А. Трижды потерпевший / Е.А. Зайцева // Законность. — 2015. — № 1. — С. 34-38.
6. Янин М.Г. Проблемные вопросы производства следственных и судебных действий с участием несовершеннолетних потерпевших и свидетелей/ М. Г. Янин // Вестник Челябинского государственного университета. Серия: Право. — 2020. — № 1. — С. 60–68.

⁸⁷² Марковичева Е. В., Татьяна Л. Г. Проблемы участия педагога и психолога в уголовном процессе // Вестник Удмуртского университета. 2017. №. 2. С. 133-138.

Д. А. Изюмова
Уральский филиал ФГБОУВО
Российского государственного университета правосудия
бакалавриат, образовательная программа
«Уголовно-процессуальное право», III курс

Научный руководитель: А. А. Барыгина
к.ю.н., доцент, заведующий кафедры уголовно-процессуального права
Уральского филиала ФГБОУВО
Российского государственного университета правосудия

ВОПРОСЫ УЧАСТИЯ ЗАКОННЫХ ПРЕДСТАВИТЕЛЕЙ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Предметом исследования настоящей статьи выступают нормы Уголовно-процессуального кодекса РФ с целью выявления особенностей правового статуса и правовых гарантий несовершеннолетних. Задачами статьи являются: изучение специфики участия законного представителя несовершеннолетнего на стадии предварительного расследования и в суде. Автором приводятся примеры правоприменительной практики, на основе которых формируются проблемы участия законных представителей при разрешении уголовных дел по обвинению несовершеннолетних и предлагаются соответствующие пути их разрешения.

Ключевые слова: несовершеннолетний, законный представитель, допрос несовершеннолетнего, обвиняемый, подозреваемый, потерпевший, процессуальный статус, права несовершеннолетних.

Д. А. Izumova

ISSUES OF PARTICIPATION OF LEGAL REPRESENTATIVES OF MINORS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

The subject of this article is the norms of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation, in order to identify the features of the legal status and legal guarantees of minors. The objectives of the article are: to study the specifics of the participation of the legal representative of a minor at the stage of preliminary investigation and in court. The author provides examples of law enforcement practice, on the basis of which the problems of the participation of legal representatives in the resolution of criminal cases involving minors are formed and suggests appropriate ways to resolve them.

Key words: minor, legal representative, questioning of a minor, accused, suspect, victim, procedural status, rights of minors.

Одним из главных направлений уголовного судопроизводства является соблюдение прав несовершеннолетнего, привлекаемого к участию в деле в качестве потерпевшего, подозреваемого, обвиняемого и подсудимого.

Российское уголовно-процессуальное законодательство ориентировано на соблюдение международно-правовых принципов. Например, ратифицированная в 1990 году Российской Федерацией Конвенция о правах ребенка является международно-правовым договором, который содержит основные принципы обеспечения прав детей, а именно: ответственность родителей за своих детей, государственная защита интересов ребенка. Первостепенной целью данных международных норм является установление обстоятельств, влияющих на рост подростковой преступности.

В соответствии с Семейным кодексом РФ ребенком признается лицо, не достигшее возраста восемнадцати лет (совершеннолетия). Ребенок имеет права на воспитание своими родителями, образование, обеспечение его интересов, всестороннее развитие, уважение его человеческого достоинства⁸⁷³.

⁸⁷³ Семейный кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. закон от 29 дек. 1995 г. № 223-ФЗ // Собр. Законодательства Рос. Федерации. 1996. № 1. Ст. 16. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Вышеуказанные права ребенка должны беспрекословно соблюдаться и в случаях привлечения его к уголовной ответственности.

Одной из главных гарантий обеспечения охраны прав несовершеннолетних выступает участие их законных представителей в уголовном судопроизводстве. Данный вопрос приобретает особую актуальность в современном мире по причине роста подростковой преступности. По мнению Э. Б. Мельниковой, «участие законных представителей несовершеннолетних обусловлено неполной процессуальной дееспособностью несовершеннолетнего и ответственностью родителей за воспитание и поведение своих детей»⁸⁷⁴.

Глава 50 Уголовно-процессуального кодекса РФ (далее – УПК РФ) устанавливает специфику уголовного судопроизводства в отношении несовершеннолетних. Основной обязанностью органов предварительного расследования выступает привлечение законных представителей несовершеннолетних, которые выступают полноправными и самостоятельными субъектами уголовного судопроизводства на стороне защиты. п. 12 ст. 5 УПК РФ содержит закрытый перечень лиц, которые могут быть законными представителями несовершеннолетних⁸⁷⁵. В соответствии с п. 11 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 01.02.2011 г. № 1 «О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетнего» законным представителем несовершеннолетнего на стадии предварительного расследования и в суде выступают органы опеки и попечительства при отсутствии у него родителей⁸⁷⁶.

Многие ученые высказываются о возможности привлечения в уголовное судопроизводство близких родственников несовершеннолетнего в качестве его законных представителей. Например, Е.В. Марковичева считает целесообразным привлекать в качестве законного представителя несовершеннолетнего близкого родственника, фактически принимающего участие в его воспитании. Участие в уголовном судопроизводстве представителей органов опеки и попечительства носит лишь формальный характер, поскольку они не имеют заинтересованности в защите прав и интересов несовершеннолетнего⁸⁷⁷.

По мнению А.Г. Назарчук, участие близких родственников несовершеннолетних в качестве их законных представителей способствовало бы разрешению ряда важных вопросов, касающихся как личности ребенка, условий его жизни и воспитания, так и обстоятельств совершения им преступления, оказывало бы помощь следствию⁸⁷⁸.

Решение данной проблемы видится в дополнении перечня законных представителей близкими родственниками, принимающих участие в воспитании несовершеннолетних.

В юридической литературе неоднозначно трактуется вопрос присутствия родителей при допросах несовершеннолетних. Э. А. Черных считает вовсе недопустимым участие законных представителей несовершеннолетних, ведущих аморальный образ жизни, при осуществлении в отношении ребенка следственных действий.

Г.М. Миньковский ставит вопрос о целесообразности привлечения родителей для допроса несовершеннолетнего, поскольку ребенок, отвечая на вопросы следователя, будет следить за эмоциональной реакцией своих родителей. На эффективности проведения такого следственного действия как допрос может отразиться ведение аморального образа жизни (употребление спиртных напитков) законными представителями.

Считаем, что привлечение родителей к производству допроса допустимо, поскольку могут возникать трудности в установлении контакта с несовершеннолетним. Их участие недопустимо в той ситуации, когда следователем задаются вопросы о действиях законных представителей.

⁸⁷⁴ Мельникова Э. Б. Ювенальная юстиция. Проблемы уголовного права, уголовного процесса и криминологии. М., 2002. С. 491.

⁸⁷⁵ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. закон от 18 дек. 2001 г. № 174-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 52. Ст. 4921. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸⁷⁶ О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетнего: постановление Пленума Верхов. Суда Рос. Федерации от 01 февр. 2011 г. № 1 // Российская газета. 2011. № 29.

⁸⁷⁷ Марковичева Е. В. Проблемы назначения и замены законного представителя несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого в российском уголовном судопроизводстве // Судья. 2015. № 7. С. 25.

⁸⁷⁸ Назарчук А.Г. Роль и участие законных представителей несовершеннолетних подозреваемых (обвиняемых) в уголовном процессе // Общество и право. 2009. № 2. С. 202.

Рассмотрим некоторые практические проблемы возникающие в связи с участием законных представителей несовершеннолетних на стадии предварительного расследования и в суде.

Процессуальные полномочия законных представителей несовершеннолетних закреплены в ст. 426, 248 УПК РФ. Следователем (дознавателем) выносится постановление о допуске законных представителей несовершеннолетних в уголовное судопроизводство. Их участие в производстве предварительного расследования допустимо с момента первого допроса несовершеннолетнего. Одной из практических проблем является неизвещение следователями (дознавателями) законных представителей о производстве следственных действий и возбуждении уголовного дела в отношении несовершеннолетнего. Это связано с тем, что в законодательстве, в частности в УПК РФ, отсутствует норма, регулирующая данный процесс. Зачастую, это является основанием для подачи гражданами жалоб на действия сотрудников предварительного следствия.

Следующей особенностью при рассмотрении уголовного дела с участием несовершеннолетнего является то, что законные представители могут быть отстранены от участия в деле, если их действия наносят ущерб интересам ребенка, к такому выводу пришел Верховный Суд РФ. К таким действиям можно отнести: злоупотребление своими процессуальными правами, препятствование в установлении обстоятельств, имеющих значение для дела, уклонение от участия в деле в качестве законного представителя и невыполнение обязанности по воспитанию несовершеннолетнего. После вынесения постановления следователя об отстранении, законодательством предусмотрена возможность привлечь к участию в уголовном деле другого законного представителя.

Действия законного представителя не должны ущемлять права и интересы ребенка. В качестве подтверждения данного факта приведем пример из судебной практики. Судебной коллегией по уголовным делам Красноярского краевого суда при постановлении судом первой инстанции приговора были выявлены следующие нарушения уголовно-процессуального законодательства. Законным представителем несовершеннолетнего потерпевшего была признана его мать, в обязанности которой входит принятие мер к защите прав и интересов своего ребенка. Судом апелляционной инстанции было установлено, что высказывания матери потерпевшего о том, что он, создав конфликтную ситуацию, сам спровоцировал обвиняемого на совершение преступления противоречат интересам несовершеннолетнего. В связи с тем, что допущенные нарушения не подлежат устранению судом апелляционной инстанции, приговор подлежит отмене с направлением дела на новое разбирательство.

Е. В. Марковичева утверждает: «выбор другого законного представителя необходимо осуществлять с учетом мнения самого несовершеннолетнего. В то же время спрашивать ребенка по указанным вопросам не всегда корректно в связи с тем, что он может не рассказать о негативных отношениях со своими родителями».

Особое внимание ученых уделено вопросу участия нескольких законных представителей в суде или в предварительном следствии. Родитель может по уважительной причине (в результате болезни) отсутствовать в досудебном производстве. Другой родитель пишет заявление о представлении интересов своего ребенка в предварительном следствии, но следователь не имеет законных оснований отстранить другого родителя от участия в деле. Закрепление возможности привлечения обоих родителей в качестве законных представителей позволит должным образом разрешить указанную проблему.

Немаловажной проблемой является привлечение органами следствия, дознания в качестве законного представителя ненадлежащего лица.

Нижедевицким районным судом Воронежской области было вынесено постановление о возвращении уголовного дела прокурору в виду грубого нарушения органами дознания прав несовершеннолетней потерпевшей. В качестве законного представителя несовершеннолетней привлечена ее биологическая мать, которая была лишена родительских прав. В отсутствие надлежащего законного представителя и педагога, без применения обязательных видеозаписи или кино съемки в отношении несовершеннолетней потерпевшей были проведены следственные действия: допрос, назначение экспертиз. В связи с тем, что вышеуказанные нарушения не могут быть устранены в судебном производстве и препятствуют дальнейшему рассмотрению уголовного дела судом, а их устранение не связано с восполнением неполноты ранее проведенного предварительного следствия, то дело подлежит возвращению прокурору.

В Дзержинский районный суд г. Волгограда была подана апелляционная жалоба об отмене постановления мирового судьи о прекращении уголовного дела по обвинению несовершеннолетнего на основании примирения сторон. В обоснование заявленных требований

законный представитель заявила, что сотрудники органов предварительного расследования не уведомили ее о возбуждении в отношении сына уголовного дела по ч. 3 ст. 30, ч. 2 ст. 158 УК РФ⁸⁷⁹. Судом при рассмотрении апелляционной жалобы был установлен факт совместного проживания несовершеннолетнего со своими родителями, действия сотрудников дознания по привлечению в качестве законного представителя несовершеннолетнего органа опеки и попечительства нарушают права и законные интересы ребенка. В суд не было представлено постановление о нарушении прав несовершеннолетних его законными представителями.

Исходя из всего вышесказанного, можно сделать вывод, что к компетенции органов следствия и суда относится извещение законных представителей несовершеннолетних. Поэтому, для устранения вышеуказанных практических проблем, предлагаем закрепить на законодательном уровне обязанность данных органов извещать законных представителей на стадии возбуждения уголовного дела, так как они осуществляют защиту прав и интересов несовершеннолетних, что играет огромную роль в уголовном судопроизводстве. Введение данной нормы в законодательство позволит устранить практические проблемы участия законных представителей по уголовным делам в отношении несовершеннолетних как в ходе предварительного расследования, так и в процессе судебного разбирательства.

Библиографический список:

1. Леонова, К. И. Некоторые аспекты участия законного представителя несовершеннолетнего в уголовном судопроизводстве / К. И. Леонова // Проблемы правоохранительной деятельности. – 2019. – № 4. – С. 76–79.
2. Литвинцева, Н. Ю. Законные представители несовершеннолетних участников уголовного судопроизводства / Н. Ю. Литвинцева // Известия Байкальского государственного университета. – 2017. – № 27. – С. 568–576.
3. Шайдуллина, Э. Д. Вопросы участия законных представителей несовершеннолетних в уголовном судопроизводстве / Э. Д. Шайдуллина // Вестник Казанского юридического института МВД России. – 2016. – № 4. – С. 72–74.

М. А. Маньков

*Санкт-Петербургский государственный университет,
бакалавриат, направление «Юриспруденция», II курс*

*Научный руководитель: А. Г. Харатишвили
к.ю.н., доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики
Санкт-Петербургского государственного университета*

ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПОЛОЖЕНИЕ СЛЕДОВАТЕЛЯ-КРИМИНАЛИСТА – ПРАВОВАЯ НЕОПРЕДЕЛЁННОСТЬ В ЗАКОНЕ И НОВЫЙ СУБЪЕКТ ВЕДОМСТВЕННОГО КОНТРОЛЯ

Предметом исследования является процессуальная природа статуса следователя-криминалиста как участника уголовного судопроизводства. Рассматриваются проблемные вопросы, связанные с его обвинительной сущностью, функциональным предназначением и правовой неопределённостью юридического статуса. Оценивается состояние отдельных положений отечественного уголовно-процессуального законодательства, регулирующего процессуальное положение следователя-криминалиста, представляются предложения по их нормативному совершенствованию.

Ключевые слова: следователь-криминалист, ведомственный контроль, контрольно-надзорная система, допустимость доказательств, предварительное расследование, руководитель следственного органа, следователь, специалист.

⁸⁷⁹ Уголовный кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. закон от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 25. Ст. 2954. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

PROCEDURAL STATUS OF A CRIMINAL-INVESITGATOR - LEGAL UNCERTAINTY IN THE LAW AND A NEW SUBJECT OF DEPARTMENTAL CONTROL

The subject of the study is the procedural nature of a criminal investigator as a participant in criminal proceedings. Problematic issues related to its semantic accusatorial nature, functional purpose and legal uncertainty of legal status are addressed. An assessment includes consideration the status of the provisions of the national Criminal Procedure governing the procedural situation of a criminal investigator and proposals are submitted for their improvement.

Key words: criminal-investigator, departmental control, control and supervisory system, admissibility of evidence, preliminary investigation, head of the investigative body, investigator, specialist.

Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (далее – УПК РФ) наряду со следователем в качестве одного из субъектов предварительного расследования также известен и следователь-криминалист. В современном виде он существует в отечественном уголовно-процессуальном законодательстве уже 13 лет, с момента принятия Федерального закона от 02.12.2008 № 226-ФЗ⁸⁸⁰. Однако институциональные проблемы, непосредственно связанные с этим участником уголовного судопроизводства и заложенные в его процессуальную сущность с самого начала, не были разрешены за это время и до сих пор нуждаются во внимании и урегулировании. Заключаются они в правовой неопределённости процессуального положения и практического предназначения следователя-криминалиста, вызванной несовершенством положений УПК РФ, регулирующих его правовой режим. По смыслу п. 40.1 ст. 5 УПК РФ следователь-криминалист, уполномоченный участвовать в предварительном расследовании и выполнять по поручению руководителя следственного органа отдельные следственные и иные процессуальные действия, функционирует в уголовном процессе именно как субъект обвинения. Однако вместе с этим законодатель не счёл возможным ввести в гл. 6 УПК РФ, содержащую полный перечень участников со стороны обвинения, соответствующую норму, закрепившую бы процессуальный статус криминалиста. Именно в силу этого мы на сегодняшний момент не можем наблюдать в законе подробной регламентации полномочий данного участника процесса в отличие, например, от следователя, процессуальное положение и функции которого обрисованы в ст. 38 УПК РФ.

Тем самым следователь-криминалист имеет довольно неопределённый, на наш взгляд, правовой статус, противоречия в котором заключаются в дуалистическом сосуществовании его смысловой обвинительной сущности, исходящей из п. 40.1 ст. 5 УПК РФ, и полном отсутствии конкретизации обвинительных полномочий в положениях статей гл. 6 УПК РФ. Включая следователя-криминалиста в уголовно-процессуальный закон в 2008 году, законодатель наделил его уникальными, необычными процессуальными правами, которых нет даже у следователя и руководителя следственного органа, а именно возможностью производить следственные и иные процессуальные действия в рамках предварительного расследования без принятия уголовных дел к непосредственному производству⁸⁸¹. Однако, как известно, признание собранных на предварительном следствии доказательств допустимыми может иметь место только в случае, если следственные действия были законными и обоснованными. Одним из законных оснований проведения следственных и иных процессуальных действий по смыслу ст. 156 УПК РФ является именно принятие следователем или дознавателем уголовного дела к непосредственному производству, что сопровождается соответствующим постановлением⁸⁸². Кроме этого, п. 4 ч. 2 ст. 38 УПК РФ также предусматривает возможность делегирования отдельных полномочий следователя по производству следственных действий органу дознания. Тем не менее следователь-криминалист участвует в расследовании и без принятия дела к своему производству, и без получения процессуального полномочия на осуществление следственных действий в результате

880 О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. закон от 2 декабря 2008 г. № 226-ФЗ // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения 29.05.2021).

881 Божьев В.П. Сущность изменений в УПК РФ от 2 декабря 2008 [Электронный ресурс]. URL: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/39478-sushhnost-izmenenij-dekabrya-2008> (дата обращения: 29.05.2021)

882 Быков В.М. Правовые основания производства следственных действий по УПК РФ. Уголовное право. 2007. № 1 С. 150—158

делегирования. Следственные действия, производимые им, реализуются по поручению руководителя следственного органа, не являющегося уполномоченным непосредственным субъектом предварительного расследования в рамках устоявшейся концепции единоличного расследования. В силу этого возникают закономерные вопросы - возможно ли считать следственные действия, производимые следователем-криминалистом, законными, а доказательства, собранные им, допустимыми?

Исходя из тактических функций следователя-криминалиста, находящихся за пределами процессуального регулирования, можно сделать вывод, что он предназначен для реализации каких-либо криминалистических задач, непосильных следователю. Однако едва ли правильно было бы говорить о том, что следователь вправе знать криминалистику хуже криминалиста, ведь качественное владение тактикой и техникой расследования необходимо и обязательно и для первого⁸⁸³. Аргументы о том, что данный субъект может быть отождествлён со специалистом, главным образом при определении его статуса в протоколах следственных действий, не представляются состоятельными в силу того, что специалист, несмотря на то что привлекается одной из сторон, по смыслу ст. 58 УПК РФ считается независимым и, участвуя в уголовном судопроизводстве, использует для содействия в формировании доказательств свои специальные знания. Следователь-криминалист же прямо подчиняется руководителю следственного органа субъекта и вышестоящим руководителям, будучи частью единой централизованной системы органов Следственного Комитета РФ и не обладая процессуальной независимостью, а также не применяет в расследовании специальных знаний, используя только не относящиеся к категории таковых профессиональные знания⁸⁸⁴.

Предназначение следователя-криминалиста иное. Являясь более подготовленным сотрудником, он, действуя по поручению руководителя, осуществляет локальную координацию расследования, корректируя его ход, в том числе непосредственным выполнением отдельных следственных действий. Тем самым следователь-криминалист является элементом контрольно-надзорной системы - «руководителем с ограниченной компетенцией», заполняя своеобразный правовой вакуум между следователем, ведущим производство по делу, и руководителем следственного органа, не всегда способным осуществлять процессуальный контроль с должной результативностью и в силу этого вынужденным делегировать некоторые полномочия следователю-криминалисту, имеющему возможность контролировать расследование непосредственно⁸⁸⁵, что также исходит и из приказа Следственного Комитета Российской Федерации от 8 августа 2013 года № 53⁸⁸⁶, прямо закрепляющего контрольно-надзорную функцию этого субъекта. Таким образом, задача следователя-криминалиста – это, прежде всего, содействие реализации процессуального контроля, заключающаяся в прямом вторжении в предварительное расследование и субсидиарном участии в нём. Однако это не отражено в действующем законе. В силу этого представляется необходимым внести изменения в гл. 6 УПК РФ и дополнить её новой статьёй ст. 38.1, которая закрепит процессуальное назначение следователя-криминалиста, как субъекта ведомственного контроля, и обозначит его в качестве полноправного участника со стороны обвинения.

Одновременно с этим необходимо решить и вопрос о допустимости доказательств, собираемых следователем-криминалистом, так как он участвует в расследовании не по поручению следователя, принявшего дело к своему производству, а по поручению руководителя следственного органа, который расследование напрямую не осуществляет и уголовное дело в собственное производство не принимает. В силу этого разумно будет дополнить и ст. 156 УПК РФ соответствующей частью, предусматривающей особенности включения в предварительное расследование следователя-криминалиста и возможность осуществления им отдельных

883 Быков В.М. Следователь-криминалист как новый участник уголовного процесса со стороны обвинения. Российская юстиция. 2009. № 7. 43 - 45.

884 Глушков М.Р. К вопросу о процессуальном статусе следователя-криминалиста. Рос. следователь. 2015. № 20. С. 38 - 42.

885 Пилюшин И. П. Процессуальное положение следователя-криминалиста. Российский следователь. 2010. № 8. С. 8–10.

886 Об организации работы следователей-криминалистов в Следственном Комитете Российской Федерации [Электронный ресурс]: Приказ Следственного Комитета Российской Федерации от 8 августа 2013 г. №53 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения 29.05.2021).

следственных действий и без вынесения постановления о принятии уголовного дела к своему производству.

Библиографический список:

1. Божьев В. П. Сущность изменений в УПК РФ от 2 декабря 2008 [Электронный ресурс]. URL: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/39478-sushhnost-izmenenij-dekabrya-2008> (дата обращения: 29.05.2021).
2. Быков В. М. Правовые основания производства следственных действий по УПК РФ // Уголовное право. – 2007. – № 1. – С. 150—158
3. Быков В. М. Следователь-криминалист как новый участник уголовного процесса со стороны обвинения // Российская юстиция. – 2009. – № 7. – С. 43 - 45.
4. Глушков М. Р. К вопросу о процессуальном статусе следователя-криминалиста // Рос. следователь. – 2015. – № 20. – С. 38—42.
5. Пилюшин И.П. Процессуальное положение следователя-криминалиста // Российский следователь. – 2010. – № 8. – С. 8–10.

ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ И ЗЕМЕЛЬНОЕ ПРАВО

Д. В. Боталова

*Санкт-Петербургский государственный университет,
бакалавриат, III курс*

*Научный руководитель: В. В. Никишин
д.ю.н., профессор кафедры правовой охраны окружающей среды
Санкт-Петербургского государственного университета*

ОГРАНИЧЕНИЕ, ПРИОСТАНОВЛЕНИЕ, ПРЕКРАЩЕНИЕ, ЗАПРЕЩЕНИЕ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ, ОСУЩЕСТВЛЯЕМОЙ С НАРУШЕНИЕМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ОБЛАСТИ ОХРАНЫ ОКРУЖАЮЩЕЙ СРЕДЫ

Целью статьи является сравнение значения терминов, используемых при рассмотрении судами исковых требований об ограничении, приостановлении, прекращении, запрещении деятельности лиц, осуществляемой с нарушением законодательства в области охраны окружающей среды. Осуществлен комплексный анализ законодательных и судебных актов, который позволил выявить недостатки понятийного аппарата, причины неверного толкования правовых положений. Ставится вопрос о необходимости дальнейшего развития и реформирования действующего законодательства в данной сфере.

Ключевые слова: ограничение, приостановление, прекращение, запрещение, природоохранное законодательство, юридическая ответственность

D. V. Botalova

RESTRICTION, SUSPENSION, TERMINATION OR PROHIBITION OF ACTIVITIES CARRIED OUT IN VIOLATION OF LAW ON THE FIELD OF ENVIRONMENTAL PROTECTION

The purpose of the article is to compare the meaning of the terms used in the consideration by the courts of claims for restriction, suspension, termination, prohibition of the activities of persons carried out in violation of legislation in the field of environmental protection. A comprehensive analysis of legislative and judicial acts was carried out, which made it possible to identify the disadvantages of the conceptual apparatus, the reasons for the incorrect interpretation of legal provisions. The question of the need for further development and reform of the current legislation in this area is raised.

Key words: restriction, suspension, termination, prohibition, environmental legislation, legal responsibility

Эколого-правовая ответственность.

В ряде научных работ предлагается считать эколого-правовую ответственность самостоятельным видом ответственности. Одним из авторов, развивающих концепцию эколого-правовой ответственности, является В.В. Петров. По его мнению, данная ответственность состоит из эколого-правового нарушения и соответствующей санкции за него, предусмотренной уголовным, административным, гражданским и иным законодательством⁸⁸⁷. Однако эта идея в науке экологического права подвергается сомнению.

В.И. Романов в своем исследовании пишет, что эколого-правовая ответственность наступает в виде приостановления, ограничения, прекращения прав природопользования: аннулирования лицензии, лесорубочного и лесного билета, ордера, разрешения на отстрел и отлов животных, расторжения договора аренды и концессии в лесопользовании, землепользовании, водопользовании, недропользовании. К эколого-правовой ответственности автор относит и прекращение деятельности предприятия, которое оказывает вредное воздействие на окружающую среду⁸⁸⁸.

М.М. Бринчук поддерживает позицию В.И. Романова отчасти, утверждая, что отнесение прекращения деятельности предприятия, оказывающего экологически вредное воздействие на

⁸⁸⁷ Петров В. В. Экологическое право России: учебник для юрид.вузов – М.: Бек, 1995. С. 265-277.

⁸⁸⁸ Романов В. И. Юридическая ответственность за экологические правонарушения // Журнал российского права. 2000. № 12. С. 74 – 83.

окружающую природную среду (прекращение природопользования) к эколого-правовой ответственности заслуживает поддержки⁸⁸⁹. При этом он полагает, что к такой ответственности можно отнести приостановление, ограничение и прекращение прав природопользования, предусмотренного соответствующим договором, а что касается права природопользования, установленного лицензией (разрешением), то лишение лицензии (разрешения), ее приостановление, а также приостановление, ограничение и прекращение прав природопользования, предусмотренных ею, будет административной мерой ответственности⁸⁹⁰.

Понятия в законе.

Стоит обратить внимание на статьи 56 и 80 Федерального закона от 10.01.2002 № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды», где указано, что деятельность, осуществляемая с нарушением природоохранных требований, законодательства в области охраны окружающей среды, может быть ограничена, приостановлена или прекращена в порядке, установленном законодательством Российской Федерации, судом или арбитражным судом⁸⁹¹.

Водный Кодекс РФ устанавливает: «сброс сточных, в том числе дренажных, вод может быть ограничен, приостановлен или запрещен» (статья 44)⁸⁹². Федеральный закон от 24.06.1998 № 89-ФЗ «Об отходах производства и потребления» содержит норму, в которой упоминаются требования о прекращении деятельности юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, осуществляемой с нарушением законодательства Российской Федерации в области обращения с отходами (статья 29)⁸⁹³.

В упомянутых нормах присутствуют отсылки к законодательству, которое содержит условия привлечения к ответственности, включающей в себя ограничение, приостановление, прекращение или запрещение соответствующей деятельности.

Так Гражданский Кодекс РФ связывает запрещение деятельности с опасностью причинения ею вреда в будущем, а приостановление или прекращение деятельности – с причинением вреда в настоящем или угрозой нового вреда (статья 1065)⁸⁹⁴. Кодекс же Российской Федерации об административных правонарушениях содержит установление, согласно которому «приостановление деятельности заключается во временном прекращении деятельности лиц» (статья 3.12)⁸⁹⁵.

Можно прийти к выводу, что в действующем законодательстве отсутствует терминологическое единообразие. Более того, законодатель в рамках одного нормативно-правового акта зачастую не проводит разделения в части использования рассматриваемых понятий в различном контексте, что создает определенные сложности с применением терминов государственными органами, судом при вынесении решений.

Отметим, что административное приостановление деятельности применяется в целях прекращения противоправного действия, устранения существующей угрозы, а не для их предупреждения⁸⁹⁶. Кодекс РФ об административных правонарушениях в статье 3.12

⁸⁸⁹ Бринчук М. М. Эколого-правовая ответственность – самостоятельный вид ответственности // LEX RUSSICA (РУССКИЙ ЗАКОН). 2016. № 6. С. 43 – 44.

⁸⁹⁰ Бринчук М. М. Эколого-правовая ответственность – самостоятельный вид ответственности // LEX RUSSICA (РУССКИЙ ЗАКОН). 2016. № 6. С. 44.

⁸⁹¹ Федеральный закон «Об охране окружающей среды» [Электронный ресурс]: федер.закон от 10 дек. 2002 г. №7-ФЗ // Собр. Законодательства Рос.Федерации. 2002. №7. Ст.133. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸⁹² Водный кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер.закон от 3 июня 2006 г. №74-ФЗ // Собр. Законодательства Рос.Федерации. 2006. №23. Ст.2381. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸⁹³ Федеральный закон «Об отходах производства и потребления» [Электронный ресурс]: федер.закон от 24 июня 1998 г. №89-ФЗ // Собр. Законодательства Рос.Федерации. 1998. №26. Ст.3009. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸⁹⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер.закон от 26 янв. 1996 г. №14-ФЗ // Собр. Законодательства Рос. Федерации. 1996. №5. Ст.410. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸⁹⁵ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях [Электронный ресурс]: федер.закон от 30 дек. 2001 г. №195-ФЗ // Собр. Законодательства Рос.Федерации. 2002. №1. Ст.1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸⁹⁶ Терюков Е. О. Основные тенденции становления и развития института административного приостановления деятельности // Приоритетные научные направления: от теории к практике. 2015. № 18. С. 180.

устанавливает, что административное приостановление деятельности назначается, только если менее строгий вид административного наказания не сможет обеспечить достижение цели административного наказания; а также в случае угрозы жизни или здоровью людей, возникновения эпидемии, эпизоотии, заражения (засорения) подкарантинных объектов карантинными объектами, наступления радиационной аварии или техногенной катастрофы, причинения существенного вреда состоянию или качеству окружающей среды⁸⁹⁷.

Гражданско-правовая же мера ответственности в виде запрещения деятельности применяется в случае опасности причинения вреда в будущем. Если деятельность уже причиняет вред или угрожает новым вредом, суд вправе обязать ответчика приостановить или прекратить соответствующую деятельность. Суд вправе отказать в иске о приостановлении, прекращении деятельности только в том случае, если приостановление, прекращение такой деятельности противоречит общественным интересам⁸⁹⁸.

Полагаю, что данные понятия должны трактоваться во взаимосвязи с текстами правовых норм: приостановление – временное отсутствие права осуществлять деятельность субъектом правонарушения до наступления юридически значимого события, действия; ограничение – продолжение осуществления деятельности или пользования природными ресурсами в ограниченном виде при надлежащем исполнении определенных условий; прекращение – отсутствие права, основания осуществлять ту или иную деятельность на неопределенный промежуток времени; запрещение – невозможность осуществлять определенную деятельность в будущем.

Понятия в судебной практике.

В поиске различий между понятиями обратимся к позициям Верховного Суда, выраженным в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 18 октября 2012 г. № 21 «О применении судами законодательства об ответственности за нарушения в области охраны окружающей среды и природопользования»⁸⁹⁹ и Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 30 ноября 2017 г. № 49 «О некоторых вопросах применения законодательства о возмещении вреда, причиненного окружающей среде» (далее – Постановление № 49)⁹⁰⁰.

В первом из указанных постановлений Верховный Суд, не разделяя понятия ограничения, приостановления, прекращения, запрещения деятельности, указывает на такие условия применения указанных мер ответственности, как причинение вреда или угроза причинения вреда в будущем.

Во втором же из упомянутых постановлений, Верховный Суд уже дифференцирует случаи ограничения, приостановления деятельности, с одной стороны, и случаи прекращения, запрещения деятельности, с другой. Основным критерием является характер допущенных нарушений законодательства – устранимый или неустранимый. Если нарушения носят устранимый характер, то суд может принять решение об ограничении или приостановлении деятельности. При этом неустранение нарушения в установленный срок может являться основанием для требования о прекращении соответствующей деятельности. Если же нарушения носят неустранимый характер, то суд имеет право вынести решение о прекращении деятельности, осуществляемой с нарушениями законодательства в области охраны окружающей среды. В деле должны иметься доказательства неустранимости таких нарушений.

Не менее важно отметить, что необходимыми условиями удовлетворения исков об ограничении, приостановлении или прекращении деятельности являются следующие:

- отсутствие противоречия общественным интересам в случае удовлетворения иска;

⁸⁹⁷ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях [Электронный ресурс]: федер.закон от 30 дек. 2001 г. №195-ФЗ // Собр. Законодательства Рос.Федерации. 2002. №1. Ст.1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸⁹⁸ Гражданский кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер.закон от 26 янв. 1996 г. №14-ФЗ // Собр. Законодательства Рос.Федерации. 1996. №5. Ст.410. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸⁹⁹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 18 октября 2012 г. № 21. Режим доступа // <https://base.garant.ru/70246708/> (дата обращения 01.12.2020).

⁹⁰⁰ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 30 ноября 2017 г. № 49. Режим доступа // <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/71723290/> (дата обращения 01.12.2020).

– соблюдение баланса между потребностями общества в сохранении благоприятной окружающей среды, обеспечении экологической безопасности и решением социально-экономических задач;

– выявление соразмерности последствий удовлетворения иска тому вреду окружающей среде, который может наступить как вследствие продолжения деятельности предприятия, так и в результате ее прекращения.

Примечательно, что оценка таких условий в значительной степени предоставляется на усмотрение суда.

В целом прослеживается отсутствие четких критериев, позволяющих с высокой степенью точности дать ответ на вопрос необходимости ограничения, приостановления, прекращения или же запрещения деятельности. Позиция Верховного Суда, выраженная в Постановлении № 49, дает более ясное представление об этих критериях, но проблемы, связанные с применимостью их на практике, еще остаются.

В целом суды редко отказывают в иске об ограничении, о приостановлении или о прекращении деятельности лиц, осуществляемой с нарушением законодательства в области охраны окружающей среды. Отказы же, как правило, аргументируются ссылками на противоречие общественным интересам:

- отказ предприятию, находящемуся в трудной финансовой ситуации, в предоставлении ему возможности постепенно восстановить свою производственную деятельность, а тем более принудительно запретить такую деятельность не может отвечать общественным интересам, так как исключает восстановление градообразующего предприятия⁹⁰¹;

- приостановление или прекращение подачи электроэнергии создает противоречие общественным интересам⁹⁰²;

- земельные участки являются единственным местом складирования твердых коммунальных отходов, и приостановление хозяйствующей деятельности повлечет за собой нарушение нормальной жизнедеятельности людей, выразившееся в бесконтрольном захлавлении иных земельных участков, что будет противоречить общественным интересам и не отвечать принципу соразмерности⁹⁰³.

Конечно, в случае выявления нарушений законодательства в области охраны окружающей среды предприятиями, реализующими социально-экономические задачи, государством должны быть предприняты меры предотвращения нанесения ущерба окружающей среде, нарушения прав и законных интересов лиц, но лишь в исключительных случаях суд может обращаться к такой мере, как прекращение деятельности.

Участниками судебного процесса зачастую используются термины «запрещение», «прекращение», «приостановление» в одном и том же значении – остановить деятельность до полного исполнения предписаний об устранении нарушений законодательства в сфере природопользования и охраны окружающей среды⁹⁰⁴.

Таким образом, в результате анализа судебных решений по данной категории дел прослеживается отсутствие выработанных судебной практикой дифференцированных подходов к применению мер ответственности в случае нарушения законодательства в области охраны окружающей среды в зависимости от серьезности правонарушения, длительности неисполнения требований тех или иных органов, экономического положения предприятия, индивидуального предпринимателя.

Общие заключения.

Как известно, решение суда должно соответствовать двум важнейшим требованиям - законности и обоснованности. Обоснованность решения связана с правильным установлением

⁹⁰¹ Решение Багаевского районного суд Ростовской области № 2-136/2019. Режим доступа // <https://sudact.ru/regular/doc/RBan7KEg88JX/> (дата обращения 01.12.2020).

⁹⁰² Решение Ленинского районного суда города Ижевска №2-1326/20. Режим доступа // <https://sudact.ru/regular/doc/oqzeLEn5Wulj/> (дата обращения 01.12.2020).

⁹⁰³ Решение Куйбышевского районного суда г. Омска № 2-3916/2019. Режим доступа // <https://sudact.ru/regular/doc/vN4jq4MYchYP/> (дата обращения 10.01.2021).

⁹⁰⁴ Решение Шумерлинского районного суда Чувашской Республики № 2-П-19/2020; Решение Старорусского районного суда Новгородской области № 2а-186/2020; Решение Приморско-Ахтарского районного суда Краснодарского края № 2-7/2020; Решение Староминского районного суда Краснодарского края № 2-578/2018. Режим доступа // <https://sudact.ru/regular/doc/Fy6AuLuinrdp/> (дата обращения 10.01.2021).

фактических обстоятельств дела, а законность – с правильным применением к установленным фактам норм материального права и строгим соблюдением норм процессуального права. Только при соблюдении баланса частных и публичных интересов в делах, связанных с требованиями о прекращении деятельности, осуществляемой с нарушением законодательства в области охраны окружающей среды, судебное решение действительно может считаться законным и обоснованным.

Как справедливо отмечает С.А. Боголюбов, необходимо уделять больше внимания не созданию новых законодательных предписаний, а проблемам правоприменения, обеспечения правопорядка и законности, освоению уже существующих на данный момент экологических правил, правовой активности граждан и общественных объединений, в том числе по предъявлению исков о приостановлении, запрещении деятельности, осуществляемой с нарушениями законодательства в рассматриваемой отрасли⁹⁰⁵. При этом важным инструментом при принятии решения о применении той или иной меры ответственности является предвидение судом последствий судебного решения.

Требования об ограничении, приостановлении, прекращении, запрещении деятельности лиц, осуществляемой с нарушением законодательства в области охраны окружающей среды, являются значимой мерой превентивного характера, способом предотвращения причинения вреда окружающей среде и устранения существующей угрозы. Представляется необходимым внесение изменений в правовые акты, разъяснения высших судебных инстанций, касающиеся применения данных мер ответственности в целях обеспечения единства судебной практики применения законодательства об ответственности за нарушения в области охраны окружающей среды и природопользования.

Библиографический список:

6. Боголюбов, С. А. Актуальные проблемы экологического права: монография / С. А. Боголюбов. — М.: Издательство Юрайт. 2020. — 498 с.
7. Бринчук, М. М. Эколого-правовая ответственность – самостоятельный вид ответственности / М. М. Бринчук // LEX RUSSICA (РУССКИЙ ЗАКОН) – 2016. – №6. – С. 26-47.
8. Петров, В. В. Экологическое право России: учебник для юрид.вузов / В. В. Петров. – М.: Бек, 1995. – 557 с.
9. Романов, В. И. Юридическая ответственность за экологические правонарушения / В. И. Романов // Журнал российского права. – 2000. – №12. – С. 74-83.
10. Терюков, Е. О. Основные тенденции становления и развития института административного приостановления деятельности / Е. О. Терюков // Приоритетные научные направления: от теории к практике. – 2015. – № 18. – С. 178-182.

А. В. Зенин

*Саратовская государственная юридическая академия,
бакалавриат, образовательная программа
«Юриспруденция», III курс*

*Научный руководитель: Ю. В. Сорокина
к.ю.н., профессор кафедры земельного и экологического права
Саратовской государственной юридической академии*

ЗЕМЕЛЬНЫЕ И ЭКОЛОГИЧЕСКИЕ ПРАВООТНОШЕНИЯ КАК СМЕЖНЫЕ ЮРИДИЧЕСКИЕ КАТЕГОРИИ

В статье анализируются юридические категории земельных правоотношений и экологических правоотношений. Приводятся различные концепции относительно их дефиниции, а также особенности субъектов и объектов анализируемых правоотношений. Смежность земельных и экологических правоотношений проявляется в рациональном использовании и охране земель. Кроме того, точки соприкосновения присутствуют в субъектах и объектах данных

⁹⁰⁵ Актуальные проблемы экологического права : монография / С. А. Боголюбов. М. 2020. С. 377.

правоотношений. Установлено, что земельные и экологические правоотношения характеризуются взаимопроникновением правовых норм.

Ключевые слова: земельные правоотношения, экологические правоотношения, природоресурсное право, субъекты земельных правоотношений, объекты земельных правоотношений, субъекты экологических правоотношений, объекты экологических правоотношений.

A. V. Zenin

LAND AND ENVIRONMENTAL LEGAL RELATIONS AS RELATED LEGAL CATEGORIES

The article analyzes the legal categories of land legal relations and environmental legal relations. Various concepts regarding their definition, as well as the features of the subjects and objects of the analyzed legal relations are presented. The contiguity of land and environmental legal relations is manifested in the rational use and protection of land. In addition, the points of contact are present in the subjects and objects of these legal relations. It is established that land and environmental legal relations are characterized by the interpenetration of legal norms.

Key words: land legal relations, environmental legal relations, natural resource law, subjects of land legal relations, objects of land legal relations, subjects of environmental legal relations, objects of environmental legal relations.

Вопрос о соотношении отраслей права является актуальным и дискуссионным как для общей теории права, так и для отдельно выбранных отраслей. Начиная с дискуссий юридического характера 1930-х годов⁹⁰⁶, земельное право традиционно признаётся в качестве одной из основных отраслей российского права. В условиях нарастания экологических проблем не меньшее значение приобретает экологическое право как комплексная отрасль права. Выяснение соотношения указанных отраслей является глубоким, масштабным исследованием, поэтому в данной работе будет анализироваться соотношение основополагающих юридических категорий – земельных и экологических правоотношений.

Целью настоящего исследования является изучение понятий, отличительных особенностей (субъекты, объекты), анализ смежных аспектов земельных и экологических правоотношений.

Актуальность исследования подтверждается фундаментальным характером исследуемых категорий, а также небольшим количеством научных работ на тему соотношения земельных и экологических правоотношений.

Действующее законодательство не содержит понятия земельных правоотношений. Юридическое сообщество также не пришло к единообразному пониманию данной дефиниции. Основоположник кафедры земельного и колхозного права Саратовского юридического института им. Д.И. Курского, И.В. Павлов писал, что земельными правоотношениями являются отношения между государством-собственником земли (в лице соответствующих государственных органов) и различными землепользователями, получающими земельные участки для разных хозяйственных нужд⁹⁰⁷. Обратим внимание на отсутствие упоминания охраны земель как содержания земельных правоотношений. Кроме того, данная дефиниция иллюстрирует изменчивость правоотношений, поскольку в настоящее время государство более не является единственным собственником земли, что повлияло и на сущность правоотношений. В современной учебной литературе приводится мнение, что земельные правоотношения – общественные отношения, урегулированные нормами земельного права, участники которых имеют соответствующие субъективные права и юридические обязанности⁹⁰⁸. Важно, что приведённое определение характеризует земельные правоотношения через статус их участников (субъектов). Ю.Г. Жариков трактует земельное правоотношение как урегулированные нормами земельного права отношения в связи с приобретением (приватизацией, куплей-продажей), использованием и охраной земель,

⁹⁰⁶ Тархов, В.А. Гражданское право: Курс. Общая часть / В.А. Тархов. – Уфа, 1998. – С. 60.

⁹⁰⁷ Павлов И.В. О научных основах кодификации земельного законодательства СССР (тезисы докладов). М., 1955. С. 8.

⁹⁰⁸ Земельное право России : учебник / А.П. Анисимов [и др.]; под ред. докт. юрид. наук А.П. Анисимова. – М. : Высшее образование, Юрайт-Издат, 2009. – С. 36.

складывающиеся между органами власти и частными лицами⁹⁰⁹. Е.А. Галиновская формулирует земельное правоотношение как основанное на нормах земельного права индивидуализированное взаимодействие лиц по поводу использования и охраны земель⁹¹⁰. Представители современной земельно-правовой науки Саратовской государственной юридической академии справедливо отмечают, что земельные правоотношения есть общественные отношения, возникающие по поводу использования и охраны земель, управления земельными ресурсами, урегулированные нормами права⁹¹¹.

В дальнейшем исследовании будет применяться определение земельных правоотношений О.И. Крассова, как наиболее детальное и обоснованное, согласно которому земельные правоотношения – урегулированные нормами земельного права общественные отношения, которые возникают, существуют и прекращаются в соответствии с требованиями и по основаниям, предусмотренным земельным законодательством⁹¹².

Рассмотрим отличительные особенности субъектов земельных правоотношений. В соответствии со ст. 5 Земельного кодекса Российской Федерации⁹¹³ (далее – ЗК РФ) участниками земельных правоотношений являются граждане (включая иностранных), юридические лица, Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования. Субъектный состав земельных правоотношений подлежит закреплению не только в ЗК РФ, но и в других природоресурсных кодексах в зависимости от конкретной категории земель. Ч. 3 ст. 5 ЗК РФ устанавливает, что землепользователи – лица, владеющие и пользующиеся земельными участками на праве постоянного (бессрочного) пользования или на праве безвозмездного пользования. Например, ст. 71 Лесного кодекса Российской Федерации⁹¹⁴ (далее – ЛК РФ) закрепляет, что лесные участки могут предоставляться в безвозмездное пользование гражданам. Кроме того, в ст. 12 Водного кодекса Российской Федерации⁹¹⁵ (далее – ВК РФ) регулируется процедура предоставления водопользователю водного объекта по договору водопользования. Лесное и водное законодательство традиционно входят в систему экологического права. Следовательно, субъекты земельных и экологических правоотношений являются смежными в сферах, регулируемых природоресурсными кодексами – ЛК РФ и ВК РФ.

Объекты земельных правоотношений закрепляются в ст. 6 ЗК РФ. К ним относятся земля как природный объект и природный ресурс, земельные участки, части земельных участков. Кроме того, в ст. 15 Федерального закона от 24.07.2002 № 101-ФЗ (в ред. от 06.06.2019) «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения»⁹¹⁶ приводится ещё один объект земельных правоотношений – земельная доля. Взаимосвязь с экологическими правоотношениями присутствует по поводу земли как природного ресурса – в абз. 11 ст. 1 Федерального закона от 10.01.2002 № 7-ФЗ (в ред. от 30.12.2020) «Об охране окружающей среды»⁹¹⁷ указывается, что рациональное использование и воспроизводство природных ресурсов является одним из направлений охраны окружающей среды. В соответствии со ст. 4 упомянутого ФЗ объектами охраны окружающей среды являются природные объекты (в т.ч. земля). Кроме того, все правоотношения по поводу охраны земель имеют двойственную природу: закрепляются в земельном законодательстве, но по своему существу относятся к природоохранным нормам, то есть включаются в предмет экологического права. Из вышеизложенного следует, что объекты земельных правоотношений регулируются не только земельным правом, но и экологическим правом – в части рационального использования и охраны земель.

⁹⁰⁹ Жариков Ю.Г. Земельное право России: учебник. М., 2006. С. 63.

⁹¹⁰ Галиновская Е.А. Земельное правоотношение как социально-правовое явление: монография. М., 2015.

⁹¹¹ Земельное право. Учебное пособие / Под ред. К.Г. Пандакова. Саратов, 2010. С. 24.

⁹¹² Крассов О. И. Земельное право. М., 2016. С. 82.

⁹¹³ Земельный кодекс Российской Федерации от 25.10.2001 № 136-ФЗ (с изм. и доп. от 31.07.2020) // Собрание законодательства РФ. 2001. №44, ст. 4147; Российская газета. 2021. №2.

⁹¹⁴ Лесной кодекс Российской Федерации от 04.12.2006 № 200-ФЗ (с изм. и доп. от 22.12.2020) // Собрание законодательства РФ. 2006, №50, ст. 5278; Российская газета. 2020. №293.

⁹¹⁵ Водный кодекс Российской Федерации от 03.06.2006 № 74-ФЗ (с изм. и доп. от 08.12.2020) // Собрание законодательства РФ. 2006. №23, ст. 2381; №52 (часть I), ст. 7806.

⁹¹⁶ Федеральный закон от 24.07.2002 № 101-ФЗ (с изм. и доп. от 06.06.2019) «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения» // Собрание законодательства РФ. 2002. №30, ст. 3018; №23, ст. 2931.

⁹¹⁷ Федеральный закон от 10.01.2002 № 7-ФЗ (с изм. и доп. от 30.12.2020) «Об охране окружающей среды» // Собрание законодательства РФ. 2002. №2, ст. 133; №29, ст. 4517.

Экологические правоотношения являлись предметом научного исследования множества учёных. Сравним некоторые точки зрения относительно данной категории. И.О. Красновой утверждается, что экологические правоотношения – урегулированные нормами экологического права общественные отношения в сфере взаимодействия общества и природы⁹¹⁸. В приведённом понятии используется широкий подход к определению экологических правоотношений, поскольку взаимодействие общества и природы входит в предмет регулирования земельного права, а также в некоторой части гражданского и административного права. М.М. Бринчук замечает, что экологическое правоотношение – реально существующее общественное отношение, урегулированное нормами экологического права, участники которого являются носителями субъективных прав и обязанностей⁹¹⁹. Н.И. Махонько полагает, что экологические правоотношения – это общественные отношения, складывающиеся в сфере охраны, оздоровления и улучшения окружающей природной среды, которые урегулированы нормами экологического и смежных отраслей права⁹²⁰. Безусловно, земельное право имеет статус смежной отрасли по отношению к экологическому праву, следовательно, при развитии приведённой дефиниции, можем резюмировать, что экологические правоотношения подлежат регулированию нормами земельного законодательства. Как замечает упомянутый автор, экологические правоотношения возникают по поводу охраны и восстановления окружающей среды, обеспечения рационального использования природных ресурсов и защиты права каждого на благоприятную среду. Ст. 12 ЗК РФ устанавливает цель охраны земель – обеспечение рационального использования. Таким образом, рациональное использование природных ресурсов является общим признаком, как для земельных, так и для экологических правоотношений.

Определим субъектов экологических правоотношений. Ими признаются граждане, юридические лица, муниципальные образования, субъекты Российской Федерации, органы государственной власти, Российская Федерация. Особенности субъектного состава пользователей недр устанавливаются в Законе Российской Федерации от 21.02.1992 № 2395-1 (в ред. от 08.12.2020) «О недрах»⁹²¹. Как следует из ч. 1 ст. 9 названного закона, пользователями недр могут быть субъекты предпринимательской деятельности (в т. ч. участники простого товарищества), иностранные граждане, юридические лица. Статус субъектов экологических правоотношений определяется правоспособностью и дееспособностью. Поскольку правоспособностью обладают все граждане с момента рождения и организации с момента государственной регистрации, особое значение приобретает экологическая дееспособность. Лица, обладающие экологической дееспособностью вправе реализовывать субъективное право природопользования – в том числе использовать земельные участки по целевому назначению и в соответствии с разрешённым использованием. При этом если дееспособным субъектом экологических правоотношений будет причинён вред объектам земельных правоотношений, лицо обязано его возместить. Это означает, что субъекты экологических правоотношений могут иметь субъективные права и нести юридические обязанности в рамках, устанавливаемых в земельном законодательстве.

Объекты экологических правоотношений – категория, не имеющая однозначного видения в научном сообществе: ведётся активная дискуссия относительно статуса человека как объекта подобных правоотношений⁹²². Тем не менее, традиционно в качестве таковых признаются: окружающая среда (окружающая природная среда, природная среда, природа), природные комплексы, отдельные природные объекты или ресурсы. Объектами реально существующих экологических правоотношений выступают обособленные в юридическом и физическом смыслах части природных объектов. К примеру, характеристики земельных участков, позволяющие определить их в качестве индивидуально определенной вещи, имеют исключительно юридическую природу. Наоборот, водный объект имеет границы объективного, материального

⁹¹⁸ Экологическое право: учебник для бакалавров / отв. ред. Н.Г. Жаворонкова, И.О. Краснова. – Москва : Проспект, 2014. – 376 с.

⁹¹⁹ Бринчук М.М. Экологическое право: учебник // СПС КонсультантПлюс. 2008.

⁹²⁰ Экологическое право: учебно-методическое пособие / под ред. О.Ю. Ганюхиной, Л.А. Тимофеева. 3-е изд., перераб. и доп. – Саратов, 2010. 324 с.

⁹²¹ Закон Российской Федерации от 21.02.1992 № 2395-1 (с изм. и доп. от 08.12.2020) «О недрах» // Собрание законодательства РФ. 1995. №10, ст. 823; №50 (часть III), ст. 8074.

⁹²² Колбасов О.С. Терминологические блуждания в экологии // Государство и право. 1999. № 10.; Пуряева А.Ю. Человек в системе объектов охраны окружающей среды // Журнал российского права. 2007. № 5.; Пономарев М.В. Человек как субъект и объект экологических правоотношений // Журнал российского права. 2016. N 1. С. 147 - 153.

характера – природные или искусственные границы⁹²³. Земля, будучи центральной категорией земельного права, выступает как объект эколого-правовой охраны, следовательно, является объектом экологических правоотношений. Таким образом, объекты экологических правоотношений тесно взаимодействуют с объектами земельных правоотношений, для которых устанавливаются специальные требования в области охраны и рационального использования.

Обобщим изложенное выше. Были изучены теоретические изыскания советских и российских правоведов в области определения дефиниций земельных и экологических правоотношений. Выявлены точки соприкосновения указанных правоотношений – в объектах и субъектах. В ходе исследования установлено, что основное взаимодействие земельных и экологических правоотношений связано с рациональным использованием и охраной земель как межотраслевыми институтами права. Также смежность анализируемых правоотношений иллюстрируется на примере природоресурсного законодательства – водного, лесного. Авторы отмечают взаимопроникновение норм земельного и экологического права на примере правоотношений в данных отраслях. Предложенная работа является одним из звеньев по изучению актуального и значительного вопроса о соотношении земельного и экологического права.

Библиографический список:

1. Бринчук М.М. Экологическое право: учебник // СПС КонсультантПлюс. 2008.
2. Галиновская Е.А. Земельное правоотношение как социально-правовое явление: монография. М., 2015.
3. Жариков Ю.Г. Земельное право России: учебник. М., 2006. С. 63.
4. Земельное право России : учебник / А.П. Анисимов [и др.]; под ред. докт. юрид. наук А.П. Анисимова. – М. : Высшее образование, Юрайт-Издат, 2009. – С. 36.
5. Земельное право. Учебное пособие / Под ред. К.Г. Пандакова. Саратов, 2010. С. 24.
6. Колбасов О.С. Терминологические блуждания в экологии // Государство и право. 1999. № 10.
7. Крассов О. И. Земельное право. М., 2016. С. 82.
8. Научно-практический комментарий к Водному кодексу Российской Федерации от 03.06.2006 N 74-ФЗ (постатейный) / под ред. Ю.В. Сорокиной // СПС КонсультантПлюс. 2017.
9. Павлов И.В. О научных основах кодификации земельного законодательства СССР (тезисы докладов). М., 1955. С. 8.
10. Пономарев М.В. Человек как субъект и объект экологических правоотношений // Журнал российского права. 2016. N 1. С. 147 - 153.
11. Пуряева А.Ю. Человек в системе объектов охраны окружающей среды // Журнал российского права. 2007.
12. Тархов, В.А. Гражданское право: Курс. Общая часть / В. А. Тархов. – Уфа, 1998. – С. 60.
13. Экологическое право: учебник для бакалавров / отв. ред. Н. Г. Жаворонкова, И.О. Краснова. – Москва : Проспект, 2014. – 376 с.
14. Экологическое право: учебно-методическое пособие / под ред. О.Ю. Ганюхиной, Л. А. Тимофеева. 3-е изд., перераб. И доп. – Саратов, 2010. 324 с.

А. А. Нечаева

*Томский государственный университет,
бакалавриат, направление «Юриспруденция», IV курс*

*Научный руководитель: В. Г. Мельникова
к.ю.н. доцент кафедры природоресурсного, земельного и экологического права
Юридического института Томского государственного университета*

К ВОПРОСУ О ФОРМАХ ВОЗМЕЩЕНИЯ ВРЕДА ОКРУЖАЮЩЕЙ СРЕДЕ

Предметом настоящей статьи является вопрос соотношения таких форм эколого-правовой ответственности, как рекультивация и возмещение вреда окружающей среде в денежной форме. В

⁹²³ Научно-практический комментарий к Водному кодексу Российской Федерации от 03.06.2006 N 74-ФЗ (постатейный) / под ред. Ю.В. Сорокиной // СПС КонсультантПлюс. 2017.

доктрине и правоприменительной практике нет единого мнения о том, допустимо ли дополнительное взыскание денежных сумм в том случае, если правонарушитель добровольно провел работы по восстановлению природной среды. В статье автор приводит к выводу о том, что при решении данного вопроса необходимо руководствоваться принципом возмещения вреда окружающей среде в полном объеме.

Ключевые слова: окружающая среда, возмещение вреда окружающей среде, возмещение вреда в натуре, рекультивация, экологические потери.

A. A. Nechaeva

CONCERNING FORMS OF COMPENSATION FOR ENVIRONMENTAL DAMAGE

The subject of this article is the question of the correlation of such forms of environmental liability as recultivation and compensation for environmental damage in monetary form. There is no consensus in the doctrine and law enforcement practice concerning the admissibility of additional recovery of monetary amounts if the offender voluntarily carried out work to restore the natural environment. In the article it is concluded it is necessary to guide by the principle of compensation for environmental damage in full.

Key words: environment, compensation for environmental damage, compensation for damage in kind, recultivation, environmental losses.

Положения статей 77 и 78 Федерального закона «Об охране окружающей среды»⁹²⁴, устанавливающие механизм возмещения вреда окружающей среде, являются, пожалуй, наиболее интересными в этом Федеральном законе с точки зрения многообразия сложившейся правоприменительной практики, в особенности на уровне высших судебных инстанций.

Нами была проанализирована практика применения указанных норм в 2020-2021 году арбитражными судами. По итогам анализа была выявлена проблема неоднозначности их толкования в части соотношения возмещения вреда окружающей среде в натуре и выплаты денежной компенсации в возмещение причиненного ущерба.

Так в Уральском округе было рассмотрено дело о взыскании компенсации в возмещение вреда, причиненного почвам в результате загрязнения нефтепродуктами. Суды первой и второй инстанции отказали в удовлетворении исковых требований, ссылаясь на то, что ответчиком в добровольном порядке возмещен вред в натуре путем рекультивации нарушенных земель. Суд же кассационной инстанции указал на то, что нижестоящими судами не учтено, что восстановить почву до состояния, предшествовавшего нефтяному разливу, практически невозможно, в связи с чем затраты на рекультивацию не тождественны сумме ущерба, причиненного окружающей среде⁹²⁵.

К противоположным выводам пришел Арбитражный суд Северо-Кавказского округа. В решении кассационного суда было указано, что нижестоящие суды отождествили причинение вреда лесному участку действиями предприятия с привлечением ответчика к административной ответственности по части 2 статьи 8.6 КоАП РФ, что противоречит смыслу статьи 1064 ГК РФ. Возложение на предприятие обязанности по возмещению ущерба при одновременном возмещении вреда в натуре будет свидетельствовать о возложении на ответчика двойной меры ответственности⁹²⁶.

Арбитражный суд Красноярского края в известном деле о привлечении к ответственности АО «Норникель», напротив, предпочел возмещение вреда в денежной форме рекультивации. В своих возражениях ответчик указал на приоритетность возмещения вреда в натуре, поскольку взыскание вреда в денежной форме не гарантирует направление взысканных средств именно на восстановление природных объектов. Суд же указал, что объект рекультивации является очень специфичным, что связано с объемами разлитого дизельного топлива, масштабами загрязнений, а

⁹²⁴ Об охране окружающей среды [Электронный ресурс]: федер. закон от 10 янв. 2002 г. № 7-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 2. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁹²⁵ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 07.07.2020 N Ф09-3177/20 по делу N А50-211/2019. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁹²⁶ Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 21.07.2020 N Ф08-4981/2020 по делу N А53-26248/2019. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

также с природно-техногенными условиями выполнения рекультивационных работ⁹²⁷. Поэтому с учетом обстоятельств дела суд в качестве меры ответственности избрал возмещение вреда в денежной форме.

Как мы видим, в одних случаях суды рассматривают рекультивацию и возмещение ущерба как альтернативные механизмы, в связи с чем считают невозможным возложение на нарушителя двух мер ответственности сразу. В других суды предписывают и возместить вред в натуре, и выплатить компенсацию в денежной форме, поскольку помимо устраняемого при рекультивации вреда окружающей среде наносится и специфический «экологический вред», который также подлежит компенсации.

Между тем, правовая доктрина исходит из двойственной правовой природы экологического ущерба. Большинство ученых сходится во мнении, что вред окружающей среде находит проявление в двух формах - реальный ущерб (ухудшение состояния природного объекта) и убытки (вынужденные затраты на восстановление природного объекта и упущенная выгода). При этом прямыми являются убытки, признаваемые прямым следствием правонарушения. Они выражаются в затратах на восстановление объекта, на который оказывается прямое воздействие в процессе природопользования. Косвенные убытки - это затраты на восстановление других природных объектов, которым причинен вред вследствие загрязнения природного объекта, явившегося непосредственным объектом воздействия⁹²⁸.

Проблемы применения норм статей 77 и 78 Закона «Об охране окружающей среды» неоднократно были предметом рассмотрения Конституционного суда.

В Постановлении от 02.06.2015 N 12-П⁹²⁹ суд обратил внимание на то, что ущерб, причиненный экологическим правонарушением, отличает сложность его проявлений: он включает, как следует в том числе из статьи 42 Конституции РФ, экологический вред окружающей среде, вред, причиняемый здоровью человека (социальный вред), и вред имуществу, находящемуся в частной или публичной собственности (экономический вред). При этом отличие экологического вреда от иных видов ущерба в том, что он не поддается в полной мере объективной оценке по причине отдаленности во времени последствий правонарушения.

Таким образом, с позиции Конституционного суда действия по восстановлению нарушенного состояния окружающей среды нельзя отождествлять с полным возмещением ущерба, поскольку экологические потери в силу специфичности природной среды выражаются не только как ее видимые изменения (загрязнения почвы, разливы нефти, складирование отходов и т.д.), но и как последующая деградация, вызванная экологическим правонарушением. В связи с этим проведение рекультивации, в том числе в добровольном порядке, не свидетельствует о полном возмещении причиненного ущерба. В целях обеспечения возмещения вреда в полном объеме на правонарушителя должна возлагаться также обязанность по возмещению потенциального экологического ущерба в денежной форме.

Первоначально позиция Судебной коллегии Верховного суда РФ по экономическим спорам совпадала с приведенной. Так, в 2015 году вслед за Конституционным судом Верховный суд указал, что расходы на рекультивацию не относятся к расходам на возмещение экологического вреда, потому как рекультивация земель полностью не возмещает вред в смысле, придаваемом этому понятию пункта 1 статьи 1064 ГК РФ и пункта 3 статьи 77 Закона об охране окружающей среды⁹³⁰.

⁹²⁷ Решение Арбитражного суда Красноярского края от 12.02.2021 N 1307/2020-263125(6) по делу N А33-27273/2020. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁹²⁸ Правовое регулирование возмещения экологического вреда: научно-практическое пособие / С. А. Боголюбов [и др.]; отв. ред. Н. В. Кичигин. М., 2017. С. 28-30.

⁹²⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 02.06.2015 N 12-П «По делу о проверке конституционности части 2 статьи 99, части 2 статьи 100 Лесного кодекса Российской Федерации и положений постановления Правительства Российской Федерации «Об исчислении размера вреда, причиненного лесам вследствие нарушения лесного законодательства» в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Заполярье». Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁹³⁰ Определение Верховного Суда РФ от 24.12.2015 № 457-ПЭК15 по делу № А54-503/2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Затем было издано Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 49⁹³¹, которое должно было разрешить все спорные вопросы на этот счет. Однако из приведенных Верховным судом разъяснений не следует напрямую, что непосредственное возмещение вреда и компенсация экологического ущерба - это разные правовые категории и при наличии состава правонарушения лишь обе они в совокупности составляют меру юридической ответственности, которой должен быть подвергнут правонарушитель.

В последующем Верховный суд изменил свою позицию и указал на то, что обязывание провести рекультивацию и уплатить денежную компенсацию недопустимо, так как за одно правонарушение будет применено два наказания⁹³².

По нашему мнению, судам при разрешении споров необходимо исходить из того толкования норм Закона об охране окружающей среды, который был изложен Конституционным судом, поскольку потенциальный экологический вред, который выражается в возможных отдаленных негативных последствиях для экосистемы, имеет место при любом причинении вреда природной среде, а потому подлежит возмещению в любом случае.

Изложенный подход представляется корректным по двум причинам. Во-первых, как было отмечено выше, экологический вред носит перспективный характер. Возникшие негативные изменения природной среды могут проявиться и много позже проведенных работ по рекультивации. Соответственно рекультивацию нельзя рассматривать как меру возмещения вреда природной среде в полном объеме.

Во-вторых, как указано в абзаце 2 пункта 6 статьи 46 Бюджетного кодекса РФ, взысканные суммы компенсации по искам о возмещении вреда, окружающей среде, подлежат зачислению в бюджеты муниципальных образований или городов федерального значения по месту причинения вреда окружающей среде по нормативу 100 процентов, в то время как собственником природного объекта, на котором были проведены работы по рекультивации, может быть иное лицо. Тот факт, что адресатами разных форм возмещения вреда могут стать разные лица, объясняется необходимостью компенсировать публично-территориальному образованию его затраты на обеспечение конституционного права граждан на окружающую среду.

Таким образом, положения Закона «Об охране окружающей среды» должны толковаться с учетом позиций Конституционного суда о неделимости меры эколого-правовой ответственности.

Библиографический список:

Правовое регулирование возмещения экологического вреда: научно-практическое пособие / С. А. Боголюбов [и др.]; под общ. ред. Н. В. Кичигина. – Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. – М.: Проспект, 2017. – 368 с.

⁹³¹ Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 30.11.2017 № 49 «О некоторых вопросах применения законодательства о возмещении вреда, причиненного окружающей среде». Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁹³² Определение Верховного Суда Российской Федерации от 28.12.2020 N 306-ЭС20-16219 по делу № А57-8748/2019. оступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Подписано в печать 06.07.2021 г.
Формат 60×84/8. Бумага офсетная. Печать цифровая.
Усл. печ. л. 36,0. Тираж 80 экз.
Заказ № 5484.

Отпечатано с оригинал-макета заказчика
в ООО «Издательство “ЛЕМА”»
199004, Россия, Санкт-Петербург, 1-я линия В.О., д.28
тел.: 323-30-50, тел./факс: 323-67-74
e-mail: izd_lemma@mail.ru
<http://lemaprint.ru>