

ЗАКОН

Правовые итоги
2019 г.

Постановления
Пленума ВС РФ
как объект
конституционного
нормоконтроля

Концепция регулирования
технологий искусственного
интеллекта и робототехники
в России

Механизм
создания
сенатских
прецедентов

**Артем КАРАПЕТОВ, Юлий ТАЙ: «Вместо единомыслия
судей нам нужно единообразие практики»**

ТЕМА НОМЕРА: Прецедент
и единство правоприменения



первая социальная сеть для юристов



Реклама

zakon.ru одобрен с первого чтения

Читайте

Вступайте

Высказывайтесь



[@zakon_news](https://twitter.com/zakon_news)



facebook.com/zakon.ru



vk.com/zakon_news

Более **54 375**
пользователей



13 020 юристов



2735 студентов



1525 компаний



Роман Бевзенко

партнер компании
«Пепеляев Групп»

«Мне не очень нравится
идея предварительного
конституционного контроля»

Редакция решила посвятить первый номер журнала в новом году вопросу о прецеденте. Это решение далось нам легко, поскольку необходимость обращения к этой теме очевидно назрела: исполнилось ровно 10 лет с момента принятия Конституционным Судом Постановления, в котором он признал нормотворческий характер толкований права Высшим Арбитражным Судом, а следовательно, и Верховным Судом¹. Эта тема испытала и взлет своей популярности в начале десятилетия, и реакцию во второй его половине. Теперь, когда Высшего Арбитражного Суда больше нет, — а Верховный Суд судебным прецедентом почти не интересуется или, надеемся, всего лишь скрывает свой интерес, — настало время подвести промежуточные итоги и понять, где мы находимся: приближаемся ли к желаемому единообразию правоприменения (а значит, и к реальному равенству перед законом и судом) или же удаляемся от него?

Разобраться в этом нам помогли два известных юриста — А.Г. Карапетов и Ю.В. Тай, интервью с которыми открывает номер. Их опыт и знания позволяют обстоятельно разъяснить эту тему как с практической, так и с теоретической стороны. Далее следуют статьи, посвященные различным аспектам юридического прецедента, с особым вниманием к аспектам сравнительно-правовым. Читатели смогут составить ясное представление о том, как создаются прецеденты в иных континентальных юрисдикциях и как они вырабатывались в прежней России, в эпоху Судебных уставов Александра II. При этом мы поставили целью не ограничиваться привычной проблематикой судебного прецедента, но затронуть и другие виды прецедентного права, в частности конституционные конвенции, обычаи и казусы. Этому вопросу, доселе почти не поднимавшемуся в нашей литературе, посвящена статья М.Ю. Сорокина.

Еще одной темой, о которой позабыла наука, является административный прецедент. Некогда проф. Лазаревский написал, что «административными прецедентами до сих пор почти не занимались»². С того момента прошло более ста лет, но воз почти не сдвинулся с места — по этой проблеме так и не вышло заслуживающих внимания печатных работ. Особенно не хватает эмпирических исследований текущей административной практики: насколько антимонопольные, налоговые и другие административные органы придерживаются единообразия при решении сходных дел? Этот вопрос безразличен весьма многим, кто вступает с ними в соприкосновение. В своем интервью А.Г. Карапетов и Ю.В. Тай высказывают интересные соображения и на этот счет.

Номер содержит и другой материал резюмирующего характера — итоги года, подводимые в рубрике «Событие. Комментарии экспертов». Много видных правоведов и практиков высказались в его рамках, далеко не всегда совпадая друг с другом в оценках. Этот материал, несомненно, будет прочитан с живым интересом.

В рубрике «Юридическая хроника», ставшей уже традиционной, главное место занимает анализ поправок к Конституции, предложенных Президентом РФ. Это весьма незаурядное событие будет, безусловно, иметь довольно продолжительный эффект. Мы и дальше будем возвращаться к нему на страницах нашего журнала.

Александр Верецагин

главный редактор журнала «Закон»,
доктор права (Эссекский университет)

¹ Постановление КС РФ от 21.01.2010 № 1-П.

² Лазаревский Н.И. Судебная и административная практика, как источник права // Вестник гражданского права. 1916. № 1. С. 29.

A portrait of Artem Karapetov, a middle-aged man with a shaved head and dark eyebrows, wearing a dark suit, white shirt, and blue tie. He is resting his chin on his right hand, looking directly at the camera with a serious expression. The background is a light-colored wall.

АРТЕМ КАРАПЕТОВ
ДИРЕКТОР ЮРИДИЧЕСКОГО
ИНСТИТУТА «М-ЛОГОС»

ИНТЕРВЬЮ НОМЕРА

ВМЕСТО ЕДИНОМЫСЛИЯ СУДЕЙ НАМ НУЖНО ЕДИНООБРАЗИЕ ПРАКТИКИ

” Именно окружные суды смогут заставить суды первой инстанции пристально следить за развивающейся практикой правоприменения “

Оформить подписку на электронные и печатные версии журнала «Закон»

1. Online

<https://zakon.ru>

<https://igzakon.ru/>

<https://podpiska.pochta.ru/>

2. E-mail

post@igzakon.ru

3. Телефон

+7 (495) 927-01-62

4. Почта России

П7299 в каталоге Почта России

39001 по каталогу агентства
Роспечать

читайте
в номере

ЗАКОН

ЮЛИЙ ТАЙ

УПРАВЛЯЮЩИЙ ПАРТНЕР
АДВОКАТСКОГО БЮРО «БАРТОЛИУС»

ИНТЕРВЬЮ НОМЕРА

ТЕМА НОМЕРА:
Прецедент
и единство правоприменения



Среди авторов номера:

Блохин П.Д.

Участие Конституционного Суда РФ
в деле формирования единообразной
судебной практики

*Примеры корректировки КС руководящих
разъяснений по вопросам судебной
практики*

Сергеев А.П.

Об ошибочном понимании гражданско-
правовых норм в уголовном
судопроизводстве

*Какие противоречия между нормами
УК РФ и ГК РФ обуславливают
необоснованное уголовное преследование
предпринимателей?*

Фогельсон Ю.Б.

Российское гражданское
право с точки зрения
социологической
юриспруденции
(стандарты доказывания,
возмещение вреда жизни
или здоровью)

*Как должны работать
стандарты доказывания,
чтобы соответствовать
разумным ожиданиям
участников процесса?*



ЗАКОН
ИЗДАТЕЛЬСКАЯ ГРУППА

Журнал «ЗАКОН» награжден Высшей юридической премией «ФЕМИДА» за 2007 год.

Журнал «ЗАКОН» включен в Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата юридических наук

содержание / contents

	От редакции	1
---	-------------	---

Introduction

ИНТЕРВЬЮ НОМЕРА

INTERVIEW

А.Г. Карапетов, Ю.В. Тай.	ВМЕСТО ЕДИНОМЫСЛИЯ СУДЕЙ НАМ НУЖНО ЕДИНООБРАЗИЕ ПРАКТИКИ	9
----------------------------------	---	----------

A.G. Karapetov, Yu.V. Tay. INSTEAD OF JUDICIAL COMFORMITY WE NEED
THE UNIFORMITY OF CASE LAW

СОБЫТИЕ. КОММЕНТАРИИ ЭКСПЕРТОВ

THE EVENT. COMMENTS OF THE EXPERTS

ПРАВОВЫЕ ИТОГИ — 2019	22
-----------------------	----

Комментарии П. Крашенинникова, Л. Головки, Р. Бевзенко,
Г. Есакова, Д. Степанова, Ю. Старилова, М. Гальперина, А. Асоскова,
Л. Новоселовой, В. Калятина, А. Нестеренко, Д. Цыганкова,
А. Брызгалина, Н. Рассказовой, Д. Малешина, М. Церковникова,
В. Наумова

LEGAL SUMMARY OF 2019

Comments by P. Krashennnikov, L. Golovko, R. Bevzenko,
G. Esakov, D. Stepanov, Yu. Starilov, M. Galperin, A. Asoskov,
L. Novoselova, V. Kalyatin, A. Nesterenko, D. Tsygankov,
A. Bryzgalin, N. Rasskazova, D. Maleshin, M. Tserkovnikov,
V. Naumov



**ТЕМА НОМЕРА: ПРЕЦЕДЕНТ
И ЕДИНСТВО ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ**

**TOPIC OF THE ISSUE: PRECEDENT AND UNIFORMITY
OF LAW ENFORCEMENT**

А.Н. Верещагин. МЕХАНИЗМ ВЫРАБОТКИ ПРЕЦЕДЕНТОВ
ГРАЖДАНСКИМ КАССАЦИОННЫМ ДЕПАРТАМЕНТОМ
ПРАВИТЕЛЬСТВУЮЩЕГО СЕНАТА (1877–1917) 52

A.N. Vereshchagin. THE MECHANISM OF MAKING PRECEDENTS
BY THE CIVIL CASSATION DEPARTMENT OF THE RULING SENATE
(1877–1917)

К.Л. Брановицкий, И.Г. Ренц, В.В. Ярков. ОБЕСПЕЧЕНИЕ ЕДИНСТВА
СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ В РОССИИ И ЗА РУБЕЖОМ:
В ПОИСКАХ БАЛАНСА 69

K.L. Branovitsky, I.G. Rents, V.V. Yarkov. ENSURING UNIFORMITY
OF JUDICIAL PRACTICE IN RUSSIA AND ABROAD: SEARCHING
FOR BALANCE

П.Д. Блохин. УЧАСТИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РФ
В ДЕЛЕ ФОРМИРОВАНИЯ ЕДИНООБРАЗНОЙ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ 85

P.D. Blokhin. PARTICIPATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT
IN THE UNIFICATION OF JUDICIAL PRACTICE

А.Н. Медушевский. ГЛОБАЛЬНЫЙ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМ:
ПРЕЦЕДЕНТ В ТРАНСНАЦИОНАЛЬНОЙ ПРАВОВОЙ КОММУНИКАЦИИ 98

A.N. Medushevsky. GLOBAL CONSTITUTIONALISM:
PRECEDENT IN TRANSNATIONAL LEGAL COMMUNICATION

М.Ю. Сорокин. В ПОИСКАХ «ПОЛИТИЧЕСКОГО» КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА
В РОССИИ (РОЛЬ НЕСУДЕБНОЙ ИНТЕРПРЕТАЦИИ ОСНОВНОГО ЗАКОНА) 109

M.Yu. Sorokin. LOOKING FOR “POLITICAL” CONSTITUTIONALISM IN RUSSIA
(THE ROLE OF NON-JUDICIAL INTERPRETATION OF THE BASIC LAW)

содержание / contents



ЮРИДИЧЕСКАЯ ХРОНИКА

LEGAL CHRONICLE

А.Н. Верещагин, В.Б. Румак. НА ПОРОГЕ КОНСТИТУЦИОННОЙ
РЕФОРМЫ

120

Конституционные затеи Кремля — Новый состав Правительства и новый
Генпрокурор — Бизнес и уголовный закон — Продолжение «московского дела» —
Презумпция добросовестности в ЕГРН и прочие законодательные новеллы —
Юбилей Постановления КС РФ о прецеденте

A.N. Vereshchagin, V.B. Rumak. ON THE VERGE OF A CONSTITUTIONAL
REFORM

Constitutional affairs of the Kremlin — New Government and new Prosecutor General —
Business and criminal law — Continuation of the “Moscow case” — Presumption
of good faith in the Unified State Register of Rights on Real Estate and other
legislative novelties — Anniversary of the RF Constitutional Court’s Resolution
on precedent



ДИСКУССИОННЫЙ КЛУБ

DISCUSSION BOARD

В.М. Зарипов. МОЖНО ЛИ ОСПАРИВАТЬ ПОСТАНОВЛЕНИЯ ПЛЕНУМОВ
ВЫСШИХ СУДОВ?

132

V.M. Zaripov. CAN PLENARY RESOLUTIONS OF SUPREME COURTS
BE CHALLENGED?

А.П. Сергеев. ОБ ОШИБОЧНОМ ПОНИМАНИИ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ
НОРМ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

139

A.P. Sergeev. MISINTERPRETATION OF CIVIL LAW PROVISIONS
IN CRIMINAL PROCEEDINGS

ЗАКОН



ПРЕСС-РЕЛИЗ

PRESS RELEASE

Бизнес-встреча «Диалог с лидерами» и конференция «Назад в будущее, или Лучшие практики управления правовой функцией в эпоху искусственного интеллекта» 149

“Dialogue with Leaders” Business Meeting and Conference “Back to the Future, or Best Practices of Legal Function Management in the Age of Artificial Intelligence”

Путь к «Успеху»! Поздравляем победителей премии ОКЮР 154

The Road to “Success”! Congratulations to the Winners of the RSSA Award



ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА

THEORY AND PRACTICE

Ю.Б. Фогельсон. РОССИЙСКОЕ ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ СОЦИОЛОГИЧЕСКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ (СТАНДАРТЫ ДОКАЗЫВАНИЯ, ВОЗМЕЩЕНИЕ ВРЕДА ЖИЗНИ ИЛИ ЗДОРОВЬЮ) 160

Yu.B. Fogelson. RUSSIAN CIVIL LAW IN TERMS OF SOCIOLOGICAL JURISPRUDENCE (STANDARDS OF PROOF, COMPENSATION FOR HARM TO LIFE AND HEALTH)

А.В. Незнамов. О КОНЦЕПЦИИ РЕГУЛИРОВАНИЯ ТЕХНОЛОГИЙ ИСКУССТВЕННОГО ИНТЕЛЛЕКТА И РОБОТОТЕХНИКИ В РОССИИ 171

A.V. Neznamov. CONCEPT FOR ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND ROBOTICS TECHNOLOGY REGULATION IN RUSSIA

Д.Р. Арнаутков. АКЦИИ С РАЗНЫМ ОБЪЕМОМ ПРАВ В США И РОССИИ 186

D.R. Arnautov. SHARES WITH DIFFERENT RIGHTS IN THE UNITED STATES AND RUSSIA



На вопросы главного редактора журнала «Закон» Александра Верещагина отвечают **директор Юридического института «М-Логос» Артем Георгиевич КАРАПЕТОВ** и **управляющий партнер Адвокатского бюро «Бартолиус» Юлий Валерьевич ТАЙ**

А.Г. Карпетов родился 26 марта 1979 г. в Москве. В 2001 г. окончил Российскую школу частного права при Президенте РФ (магистр частного права).

С 2002 г. — кандидат, с 2011 г. — доктор юридических наук. Учредитель и директор Юридического института «М-Логос», профессор НИУ ВШЭ, главный редактор «Вестника экономического правосудия РФ».

Автор семи научных монографий и более тридцати научных статей в ведущих юридических журналах по вопросам договорного права и теории права, ответственный редактор четырех томов Серии комментариев гражданского законодательства #Глосса. Сфера научных интересов: сделки, договоры и обязательства, теория и методология права, толкование законов и судебное правотворчество, политика частного права и экономический анализ права.

А.В.: Я попросил вас об этом интервью, памятуя о нашей совместной статье 2013 г.¹ Прошло шесть с половиной лет, и хочется поговорить об изменениях на «прецедентном фронте». Начнем вот с чего: есть ли будущее у прецедента?

А.К.: Смотря что понимать под прецедентом.

А.В.: Можно взять прецедент в широком смысле — в первую очередь привычный нам судебный, но также и административный, и даже пока не существующий у нас конституционный прецедент, ког-

¹ Карпетов А.Г., Верещагин А.Н., Тай Ю.В. Пути совершенствования правотворческой деятельности Высшего Арбитражного Суда РФ // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2013. № 6. С. 4–81.



ВМЕСТО ЕДИНОМЫСЛИЯ СУДЕЙ НАМ НУЖНО ЕДИНООБРАЗИЕ ПРАКТИКИ



да определенные казусы в деятельности высших органов власти формируют правила.

Ю.Т.: На мой взгляд, судей, которые в действительности способны сформулировать свою правовую позицию таким образом, чтобы ее можно было использовать как четкое правовое суждение, очень мало. Поэтому, наверное, и прецедентов не может быть много. Прецедент в самом широком смысле слова — это решение неординарной, неоднозначной, не определенной законом правовой ситуации, которая основана на сложном системном толковании, на противоречии между нормами, а порой требует толкования *contra legem*.

Такие ситуации, увы, нередко встречаются из-за несовершенства нашего законодательства. Проблем,

Ю.В. Тай родился 12 июля 1978 г. в Пензе.

В 2001 г. окончил юридический факультет МГУ имени М.В. Ломоносова.

С 2001 г. по наст. вр. — адвокат, управляющий партнер Адвокатского бюро «Бартолиус».

С 2005 г. — кандидат юридических наук.

Арбитр Российского арбитражного центра при Российском институте современного арбитража, член Ассоциации анти-монопольных экспертов, профессор НИУ ВШЭ, член редакционного совета журнала «Вестник гражданского процесса», член попечительского совета *Russian Law Journal*.

Автор четырнадцати монографий (в соавторстве), а также семидесяти пяти статей в ведущих юридических журналах по вопросам гражданского права, процесса и судостроительства. Сфера научных интересов: антимонопольное законодательство, адвокатура, вопросы защиты прав юридических и физических лиц, несостоятельность, корпоративное право, примирительные процедуры, третейские суды, судебное усмотрение, взыскание судебных расходов, проблемы института пересмотра судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам.

по сути, здесь три, и мы их сформулировали еще в 2013 г. Первая проблема — это многословие, из-за которого непонятно, что в решении важно, что неважно и на какие обстоятельства опирается вывод. Вторая — явная недоговоренность, когда суд рассуждает в духе «потому что потому, все оканчивается на „у“» — и ставит на этом точку. А третья — глобальные судебные ошибки, когда суд дает трактовку либо излишне юристскую, либо выходящую далеко за рамки закона и оттого противоречащую ему.

Эти три проблемы остались неизменными, если не обострились. Потому и говорить о более или менее нормальном прецеденте трудно.

В моем понимании прецедент — это четко выраженная позиция. Нет четкости — нет и прецедента.

А.В.: У меня ощущение, что прецедента нет по той простой причине, что его могут проигнорировать, какой бы четкой ни была мотивировка.

Ю.Т.: Это два разных вопроса. С одной стороны, мы обсуждаем формальный статус правовых позиций, а с другой стороны, их качество, которое тоже влияет на унификацию практики. Впрочем, оба эти вопроса между собой связаны: чем ниже качество формулировок, тем меньше уважения к прецеденту.

А.К.: Я бы все-таки провел между ними черту. Например, в английском праве, где функционирует прецедентная система, правовым позициям четкости тоже недостает. Решение Верховного суда Великобритании может выглядеть как 150 страниц, написанных разными судьями, претендующими на собственную позицию по делу, и не иметь единой мотивировки. Поэтому вряд ли мы увидим в таком решении набранную полужирным шрифтом однозначную правовую позицию. И нередко *ratio decidendi* актов Верховного суда или Палаты лордов выявляется только в процессе интерпретации прецедента нижестоящими судами.

В странах континентального права, таких как Германия, правовые позиции высших судов формулируются на уровне толкования закона, там суд разъясняет, как толковать закон, как восполнять в нем пробел. И, может быть, для таких государств четкость правовых

позиций даже более характерна, чем для стран формально прецедентного права.

Так что, на мой взгляд, формальный статус правовых позиций высшего суда как источника позитивного права надо обсуждать отдельно от качества мотивировок. Вопрос о статусе — извечный, и, мне кажется, в России он не будет разрешен еще очень долго.

Ю.Т.: Никогда не будет разрешен.

А.К.: В этом плане мы сделали серьезный шаг назад по сравнению с 2013 г. Раньше постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ при определенных условиях признавались в Арбитражном процессуальном кодексе основанием для пересмотра решений по похожим обстоятельствам. Конституционный Суд писал, что правовые позиции ВАС из постановлений Президиума фактически связывают нижестоящие суды. А если правовая позиция, высказанная в постановлении Президиума по конкретному делу, становилась основой для пересмотра других уже вступивших в силу судебных решений по похожим обстоятельствам, то странно было отрицать его программирующую роль и на будущее; мы фактически могли называть такую правовую позицию прецедентом или квазипрецедентом.

Постановления Президиума Верховного Суда сейчас имеют такой же статус, т.е. формально ничего не изменилось. Но сама структура современного ВС такова, что постановления Президиума по гражданским делам практически не выносятся, а те, что есть, написаны так, будто в них вообще нет никакой правовой позиции.

Ю.Т.: Бывают годы, когда Судебная коллегия по экономическим спорам не передает в Президиум ни одной жалобы, притом что самих надзорных жалоб в Суд поступает около пятисот. Однако проблема не только в этом. Пусть решений Президиума действительно мало, но ведь с августа 2014 г. принято много постановлений Пленума. А оговорки о возможном пересмотре дела по новым обстоятельствам нет ни в одном из них.

А.К.: Хотя это, может быть, и неплохо. Мне кажется спорной сама идея пересмотра вступивших в силу



судебных решений на основе того, что изменилось толкование закона. Я бы не стал ее сейчас обсуждать. Важнее то, что постановлений Президиума ВС у нас почти нет, а определения КЭС и Коллегии по гражданским делам не воспринимаются как полноценный финальный акт высшего суда. Они не упоминаются в АПК и ГПК как документ, на который может сослаться суд при мотивировании судебного акта. Можно сослаться разве что на обзоры судебной практики.

Ю.Т.: КЭС выносит суммарно 500 определений в год, т.е. около 125 в квартал. В квартальный обзор практики попадает в среднем определений 30 — четверть от вынесенных.

А.К.: И это очень важный момент. Он означает, что и сам ВС, и законодательство посылают нам некий сигнал: те определения, которые попали в обзоры, имеют особый статус. Значение остальных определений резко девальвируется. Впрочем, арбитражные суды обращают внимание даже на них, но все равно не так, как на постановления Президиума ВАС до его ликвидации. А в системе общей юрисдикции определения, не попавшие в обзор, нижестоящими судами вообще никогда не учитывались.

Более того, нижестоящие суды не воспринимают определения Коллегии по гражданским делам как авторитетный источник. Это видно по тому, с какой частотой Коллегия выносит однотипные определения, отменяя решения нижестоящих судов, которые допускают одну и ту же ошибку годами. Так что квазипреcedентной традиции ВАС в системе судов общей юрисдикции нет и сейчас. Причем Коллегия по гражданским делам, в отличие от КЭС, не пытается изменить эту тенденцию. Например, она почти никогда не ссылается на собственные определения по аналогичным делам, похоже, считая, что отсутствие в ГПК упоминания о такой возможности означает ее запрет. Но если сама Коллегия ВС РФ не упоминает свои правовые позиции из числа не вошедших в обзоры, то зачем читать такие определения нижестоящему суду?

Ю.Т.: Проблема начинается с того, что никто не сверяет свои правовые выводы с позицией высшего суда. Строго говоря, ее вообще не принято учитывать как какое-то значимое обстоятельство.

До появления новых кассаций никакого реального пересмотра не было — попадание дела в Коллегию по гражданским делам казалось едва ли не чудом, потому что из 20 миллионов дел, рассмотренных судами общей юрисдикции, до нее доходила всего тысяча. Но даже решения по тем множественным делам, которые «добрались» до уровня субъекта Федерации, не вычитываются на предмет их соответствия правовым позициям, выраженным в определениях Коллегии.

Когда и если суд общей юрисдикции хочет согласиться с позицией Коллегии ВС, он может ее упомянуть в своем решении, но и это редко происходит. И уж тем более никто не пишет, что решение вынесено в соответствии с правовой позицией, закрепленной в соответствующем определении ВС РФ.

А.В.: Потому что нет такой традиции. До слияния высших судов ВАС, например, пытался ее развивать.

А.К.: А ВС — нет, поэтому в судах общей юрисдикции она и не появилась. В итоге высший суд у нас теперь один, но внутри него есть два подхода. В арбитражных судах отчасти сохраняется старая практика, и на определения КЭС часто ссылается и сама Коллегия, и нижестоящие суды. В Коллегии по гражданским делам и судах общей юрисдикции ситуация противоположная. Коллегия может годами исправлять одну и ту же ошибку в толковании закона, но суды будут ее повторять до тех пор, пока не выйдет постановление Пленума по данному вопросу. Получается сизифов труд. Постановления же Пленума носят тематический характер, принимаются редко, и может пройти не одно десятилетие, прежде чем Пленум ВС обратит внимание на ту область права, в рамках которой возник тот или иной острый вопрос. И то не факт, что разъяснение по этому вопросу попадет в постановление. А значит, все это время в судах общей юрисдикции данный вопрос права будет толковаться вразнобой, Коллегия по гражданским делам в своих кассационных определениях будет исправлять одну и ту же ошибку, но на практику это никакого влияния оказывать не будет.

А.В.: А если наделить определения коллегий статусом вновь открывшихся обстоятельств, как было

сделано с постановлениями Президиума ВАС с целью избавления от типовых дел?

Ю.Т.: Конституционный Суд еще осенью 2017 г. поставил точку в этом вопросе². Он написал, что позицией ВС является только постановление Президиума как надзорной инстанции, потому что Президиум рассматривает дело по существу процессуальной формы, и этот акт уже не может быть отменен ни при каких условиях.

Без оговорки о возможности пересмотра ничего не будет. Но к ее появлению не готовы представители, адвокаты, судьи. Так что этого трудно ожидать, если, конечно, не будет запроса сверху или нескольких громких, скандальных отмен. Например, таких, какие мы видели сейчас по избранию меры пресечения в виде задержания под стражу для предпринимателей, когда второй кассационный суд общей юрисдикции вынес частное определение в адрес Мосгорсуда.

А.В.: Значит, мы все согласны с тем, что нужно увеличивать «прецедентную» роль правовых позиций ВС.

А.К.: Безусловно, да. Как только ВС поймет, что его правовые позиции, высказанные в определениях коллегий, имеют какое-то унификационное значение и реплицируются нижестоящими судами, он начнет более качественно над ними работать, более серьезно и ответственно относиться к своим документам. Сейчас в правовой мотивировке определений ВС нередко царит хаос; складывается такое впечатление, что некоторые судьи считают своей основной задачей справедливое и правильное разрешение спора, а не формирование на примере разрешения данного конкретного спора правовой позиции в целях унификации практики и предотвращения аналогичных ошибок при толковании закона в будущем.

А.В.: Может быть, лучше по умолчанию считать решение Президиума и постановление Пленума новыми обстоятельствами, за исключением случаев, когда в самом документе есть оговорка «не считать»?

А.К.: Я думаю, это сейчас нереально. Потому что есть позиция КС. По-моему, нужно отвязаться от этих оговорок как от маркера. В большинстве стран нет пересмотра вступивших в силу решений судов из-за последующего изменения судебной практики, но правовые позиции высшего суда имеют колоссальное унификационное значение.

Если перед нами стоит задача повысить унификационный потенциал правовых позиций из кассационных определений ВС, то правильнее начать с того, чтобы поднять уважение судов общей юрисдикции к обзорам или определениям Коллегии по гражданским делам до того уровня, который есть сейчас у позиций КЭС в системе арбитражных судов.

Например, нужно, чтобы Коллегия начала упоминать свои собственные определения и пересматривать решения судов со ссылкой на нарушения правовой позиции, которая ранее утвердилась в практике. В условиях, когда в системе судов общей юрисдикции начинает по-новому работать первая кассация, это может сыграть определенную роль. Если решения первой кассации будут периодически пересматриваться со ссылкой на то, что в них не учтено то или иное определение Коллегии по гражданским делам, то первая кассация начнет транслировать эту позицию вниз по инстанциям. И квазипрецедентный маховик может постепенно заработать. При наличии политической воли ВС и самой Коллегии, конечно.

Сейчас в сфере толкования и применения норм права в судах общей юрисдикции наблюдается полный разрыв. Региональное правосудие процветает, разные суды толкуют одну и ту же норму закона по-разному, что неправильно. У нас в области гражданского права единая правовая система, и это — исключительный предмет ведения Российской Федерации. В стране должно быть обеспечено равенство перед законом и единое правовое пространство.

Что же касается следующего шага, т.е. поднятия кассационных определений ВС до уровня формального прецедента, то это вопрос более сложный, и вряд ли его можно решить при нынешней структуре ВС, когда есть коллегии, разделенные на тройки и рассматривающие основной поток дел, и есть Президиум как

² Постановление КС РФ от 17.10.2017 № 24-П.



виртуальная (как минимум по гражданским делам) последняя инстанция...

Ю.Т.: Я абсолютно согласен с тем, что только эффективная первая кассация поможет в повышении авторитета правовых позиций второй кассации, как бы парадоксально это ни звучало. Я вообще считаю, что у нас сейчас открылось историческое окно возможностей и есть реальный шанс навести в системе общей юрисдикции порядок.

Если кассационные суды общей юрисдикции заставят нижестоящие инстанции уважать и учитывать правовые позиции ВС, то и внизу будет больше определенности, и самому ВС придется поработать над качеством своих правовых позиций. Именно окружные суды смогут заставить суды первой инстанции пристально следить за развивающейся практикой правоприменения, изучать «прецеденты» ВС.

Они же работают не в фильтровом, а в поточном режиме и имеют действительную возможность установить единообразие практики. Соответственно, их задача — отслеживать тенденции, начиная от постановлений Пленума и заканчивая определениями коллегии ВС. Ничто так не заставляет судей нижних инстанций изучать практику высших судов, как периодические отмены их судебных актов по этой причине.

А.В.: То есть ВАС правильным путем в свое время пошел?

Ю.Т.: Да. Возможность взять конкретное постановление Президиума ВАС (или теперь определение КЭС) и на основании правовых доводов в отношении толкования закона, которые высказаны по другому делу, заставить суд прислушаться к той или иной правовой позиции по твоему делу — это очень сильный инструмент.

А.К.: Я бы еще хотел вернуться к структуре ВС. Мне не нравится та модель, которая сейчас у нас реализована, — рассмотрение дел отдельными тройками. Когда обсуждалось объединение судов, звучали предложения обеспечить рассмотрение споров в рамках более расширенных коллегий, не-

ких мини-президиумов, по экономическим спорам и по гражданским делам.

А.В.: Даже было условное название — сенат.

А.К.: Но этот вариант был отвергнут, и сейчас дела рассматриваются тройками. В итоге возникают противоречия даже внутри одной коллегии — не так часто, но они все же есть. А самое главное, уменьшается авторитет этих определений, потому что мнение трех отдельных судей не равно мнению всей коллегии. И у судьи первой инстанции, рассматривающего дело и видящего, что у коллегии есть много разных определений и много разных лиц, может возникнуть ощущение, что один документ — это еще не окончательная позиция ВС. Поэтому я бы предложил вернуться к идее о том, чтобы определения по второй кассации выносили не тройки, а полноценный состав коллегий, как это было сделано в Президиуме ВАС. Это чисто психологически придаст больший вес таким определениям.

Впрочем, есть другой, как говорится, «второй лучший» вариант.

Можно перенять опыт некоторых стран, где в случае появления противоречий между позициями троек и вообще в практике созывается «большой сенат» и споры решаются на уровне всей коллегии.

И если, например, возникает потребность высказать правовую позицию, отличную от той, которая высказывалась ранее этой же коллегией, то выносится определение о передаче вопроса на рассмотрение этого условного «большого сената».

А.В.: Разве можно преодолеть позицию Президиума или другой коллегии Верховного Суда?

А.К.: Хороший вопрос. В принципе, у нас постановление Президиума ВАС не является официальным прецедентом, КС РФ говорил лишь о «фактической» прецедентной роли таких постановлений. А значит, ничто не мешает коллегии истолковать закон иначе. В рамках обсуждаемой сейчас гипотетической модели вопрос преодоления старой практики Президиума ВАС РФ мог бы выноситься на обсуждение всей коллегии, и новая правовая позиция становилась бы

новым квазипреcedентом. Более того, на рассмотрение этого «сената» мог бы передаваться любой вопрос, который оказывается достаточно важным для развития права, чтобы требовать однозначного ответа.

А.В.: А кто будет выделять этот вопрос из потока дел?

А.К.: Сами тройки, если сохранять эту модель. Если тройка увидит, что есть очень важный и принципиальный вопрос или нужно преодолеть прежнюю практику, она может не брать на себя всю ответственность, а вынести определение о передаче спора на рассмотрение всей коллегии.

А.В.: То есть коллегия будет рассматривать конкретное дело?

А.К.: Да.

А.В.: Значит, данное ей разъяснение не будет абстрактным?

А.К.: Не будет.

А.В.: Иначе говоря, определения коллегии будут двух сортов?

А.К.: Да. Такая практика есть во многих странах, в той же Франции. Но, повторюсь, мне кажется более правильным вообще уйти от троек и решать вопросы целиком в коллегии.

А.В.: Из 30 человек?

А.К.: А почему нет?

Ю.Т.: Там могут быть и не 30 человек, а, например, 15. Можно установить выборность и ротацию, для повышения уровня независимости судей. Чтобы каждый судья знал, что он проведет в «коллегиальном сенате» год, потом его сменит другой судья.

А.В.: То есть система фильтрации все равно сохранится?

Ю.Т.: Конечно. Я здесь могу добавить, что проблема немножко в другом.

В КЭС сейчас все согласовывается, но на уровне состава, не коллегии. В каждом составе ведется неформальное обсуждение всех вопросов, но нет плюрализма мнений и нет открытого обсуждения. Между тем сила Президиума ВАС была в двух принципиальных моментах: во-первых, вопрос на рассмотрение передавала тройка судей, а во-вторых, еще как минимум один судья, а то и весь шестой экспертный состав оппонировал ему. И это был совсем иной уровень дискуссии.

А.В.: Это для них было нормально?

Ю.Т.: Да. Было внутреннее оппонирование. И публичное обсуждение, особенно когда начались прямые трансляции заседаний с сохранением записей. В связи с этим стали появляться и поощряться *amicus curiae briefs*, заключения «друзей суда». То есть вопросы обсуждались широко, всем профессиональным юридическим сообществом.

А.К.: По правде говоря, даже в эпоху ВАС РФ дела в большинстве своем мало обсуждались в юридическом сообществе до вынесения постановления. Открытость предварительного обсуждения характеризовала процесс принятия абстрактных разъяснений ВАС РФ. Что же до конкретных дел, то в отличие от сегодняшней практики в свободном доступе появлялась видеозапись всех заседаний Президиума, выступлений представителей сторон. Но в основном в юридическом сообществе обсуждались уже опубликованные «прецеденты». Сейчас примерно та же система. Но если Президиум ВАС в последние годы своего существования все чаще пытался не просто разрешить спор, но сформулировать правовую позицию, которая лучше всего будет способствовать развитию права и унификации практики, обсуждал все возможные плюсы и минусы, то сейчас эта тенденция как минимум не развивается. Кажется, что тройкам ВС РФ комфортнее решать дела без лишнего внимания, скорее как обычный суд. Три судьи рассматривают спор в формате, похожем на функционирование ординарного суда. Хотя есть и исключения: абсолютно очевидно, что несколько судей КЭС продолжают лучшие традиции ВАС РФ. С их позициями можно спорить и не соглашаться, но нельзя отрицать, что судьи хотя бы держали в уме задачу формулирования правовой позиции и развития судебной практики.



Я все-таки выступаю за более интенсивное воспроизведение опыта Президиума ВАС, только на уровне коллегии. Пусть будут содокладчики, разные позиции, видеозапись в свободном доступе, чтобы все могли видеть, что происходило на заседании, какие аргументы звучали. Это значительно повысит авторитет Суда и будет способствовать развитию права.

Для рутинных судебных кейсов у нас есть первая инстанция, апелляция, кассация. Рассмотрение же дела в ВС РФ должно превратиться в событие: акт Верховного Суда должен прояснять вопросы толкования закона и унифицировать судебную практику по ключевым и наиболее острым проблемам.

Ю.Т.: Да, нынешнее определение коллегии выглядит как обычное судебное решение. Получается, ВС — именно ординарная инстанция. И очень плохо то, что это определение тройки, а не единая позиция всей коллегии. Поэтому, если мы выбираем модель коллегии, лучше перейти к коллегиальным определениям. А если сохраняем внутри коллегии тройки, неплохо передавать на рассмотрение всей коллегии хотя бы какие-то важные вопросы права, по которым наметилась разногласия в практике. Это тоже могло бы повысить «прецедентность».

В состав стандартного президиума обычно входит 15 человек. Такое же число судей могло бы рассматривать спор по второй кассации. В идеале это должны быть не просто 15 человек, а 15 профессионалов с огромным жизненным опытом. Как в свое время в Президиуме ВАС РФ, где что ни член Президиума, то научный авторитет, известный всей юридической общественности. И когда перед ними встают какие-то принципиальные вопросы, они их рассматривают со всех сторон. А если решить вот так? А вот эдак? А каким будет решение с точки зрения политико-правовых резонансов? И если тема действительно интересная, то судьи заводятся, начинают обсуждать, возникает серьезная, глубокая, профессиональная дискуссия. Если 15 членов Президиума несколько часов обсуждают один вопрос в совещательной комнате, это явно свидетельствует о плюрализме мнений. Я и сам как член коллегиальных органов, прежде всего Совета адвокатской палаты г. Москвы, знаю, каким может быть обсужде-

ние, когда 15 очень неглупых и заинтересованных в поиске истины людей собираются за одним столом. И если принятию решения предшествовал час-полтора обсуждений, то можно точно быть уверенным, что решение детально и обстоятельно продумано, а не принято с кондачка. В результате дебатов рождается итоговый вывод, квинтэссенция мудрости и познаний.

А.В.: И доверие к независимости судей повышается.

Ю.Т.: Естественно. Когда решение принимают 15 человек, у юристов больше веры в то, что обошлось без внепроцессуального влияния и все было честно. Противоречия и расхождения во взглядах могут вредить личным отношениям и миру во всем мире, но для поиска истины они полезны. Потому что не согласные друг с другом люди при рассмотрении вопроса друг друга цепляют, приводят аргументы и контраргументы, и такая дискуссия идет в плюс спорящим сторонам и правосудию в целом.

Я уж не говорю про человеческое нежелание конфликтов. Вот мы сейчас с вами втроем собрались, и нам не хочется друг друга поддевать и обижать. Нам ведь еще завтра вместе работать, и послезавтра тоже. А когда в дискуссии много участников, тогда и шанс услышать другой взгляд гораздо выше.

А.В.: Значит, можно внутри коллегии сделать Президиум или Сенат.

Ю.Т.: Да, создать Сенат коллегии из, например, 15 человек. Я считаю, это оптимальное число. В коллегию входят 30 судей, а значит, членство каждого из них в Сенате будет посменным: год через год.

А.В.: А каково в этой картине мира место Президиума ВС?

Ю.Т.: Президиум нужен там, где требуется снять противоречия по вопросам права в позициях разных коллегий, возникшие при рассмотрении конкретного дела. Это редчайший случай.

А.К.: Например, когда в одну из коллегий попадает спор, в рамках которого встает вопрос права, разре-

шаемый разными коллегиями по-разному, и требует-
ся поставить точку в вопросе.

А.В.: Почему ее не может поставить Пленум?

Ю.Т.: У него другие функции, не связанные с разре-
шением конкретных споров. Постановления Пленума
по одному узкому вопросу права не принимаются.

А.В.: То есть это абстрактное нормотворчество.

Ю.Т.: Да, а у Президиума нормотворчество каузаль-
ное, исключительное. Но если говорить откровенно, то
в этой модели Президиум не обязателен.

**А.В.: Можно ли сказать, что с 2014 г. разнобой в
судебной практике увеличился?**

Ю.Т.: Конечно. До объединения высших судов тен-
денции практики были понятны, они проявлялись в
конкретных постановлениях Президиума ВАС РФ,
которые с каждым годом становились все более по-
хожи на прецеденты. Все чаще, если та или иная по-
зиция попадала в постановление Пленума, какая-то
концептуальная точка в конкретном вопросе права
ставилась. Сейчас же случаев, когда внутри одной
коллегии высказываются противоположные выводы
и правовые позиции, становится больше. Я статисти-
ку не собирал, но впечатление складывается такое.

И выходит так, что мы в суде первой инстанции
ссылаемся на одно определение, а нам оппоненты
демонстрируют другое, абсолютно противоположное.
Начинается дискуссия о сортах определения: какое
из двух более релевантное и позднее вынесено, как
будто мы свежесть осетрины обсуждаем.

А.К.: Разнобой в практике толкования закона ни-
жестоящими судами увеличился по трем причинам.
О первой мы уже говорили — это менее высокий
формальный авторитет документов, которые исхо-
дят из ВС. Суды не так уж и редко стали отклонять
ссылки сторон на практику ВС классическим «что вы
нам тут показываете, у нас не прецедентное право».
Постановлений Президиума по гражданским делам
практически нет, определения выглядят ниже по
статусу, и связанность ими судов кажется меньше,
особенно в свете более часто встречающихся про-
тиворечий. Вторая причина — качество правовых

мотивировок, которое в КЭС как минимум не растет,
а у Коллегии по гражданским делам (за редкими
исключениями) традиционно низкое. На мой личный
вкус, ряд судей КЭС сейчас отписывают определения
на уровне даже выше среднестатистических поста-
новлений Президиума ВАС РФ, но в целом картину
назвать радостной сложно. А третья причина — об-
щее ощущение, что унификация практики перестала
быть сверхзадачей ВС.

**А.В.: Притом что ради этого в том числе высшие
суды и объединяли.**

А.К.: Да, но все понимают, что, во-первых, это самая
последняя цель, которая могла стоять за объедине-
нием, а во-вторых, она в любом случае не достигнута.
Раньше был тренд на унификацию, на приближение к
прецедентности. Сейчас у многих вроде бы возникло
впечатление, что такого тренда нет, и разнобой в
судебной практике по вопросам права увеличился.
Речь идет о разном толковании закона российски-
ми судами. В одном регионе закон толкуется одним
образом, в другом — другим, и это приводит к кор-
рупции, к административному давлению, нарушению
принципа правового государства и равенства всех
перед законом.

**А.В.: А чем вообще объясняется неприятие судеб-
ного прецедента в наших официальных кругах?**

А.К.: Дело в том, что прецедент дает четкость и внят-
ность, а это увеличивает значение права, институтов
(правил, хороших или не очень) и снижает роль произ-
вола и ручного управления. Если мы дойдем до уровня
формального прецедента или хотя бы воспримем под-
ход Германии, Голландии и других европейских стран,
где не признается формальный прецедент, но право-
вые позиции высшего суда эффективно унифицируют
судебную практику и суды, как правило, стараются
им следовать, то степень правовой определенности
существенно повысится.

Если правовые позиции высшего суда нельзя
проигнорировать, развивается право. Фор-
мирующаяся определенность обеспечивает
предсказуемость, это опять же повышает роль
юристов и юридической аргументации, снижает
роль коррупционных, административных, теле-
фонных и иных факторов.



Такие перемены, в принципе, могут быть не в интересах влиятельных сил, которым выгодны ручное управление и принципиальный отказ от формирования прочных институтов. Унификация судебной практики понижает степень произвола, а это далеко не всем представителям элит может понравиться. Такой политический интерес нередко прикрывается пустыми лозунгами о том, что суды не творят право, и разделение властей или какие-то иные принципы препятствуют формированию прецедентного или квазипрецедентного влияния практики высшего суда на суды нижестоящие.

Ю.Т.: Да, это первая отправная точка. Только высший суд может расставить все точки над *i*. Поэтому тот, кто против прецедента, тот против права, чем бы он ни мотивировал свою позицию. Те, кому нужен бардак и амбивалентность, заведомо против прецедента.

С практической точки зрения я как адвокат могу сказать, что на прецеденты всегда можно опереться, чтобы объяснить клиенту перспективы той или иной позиции. Допустим, клиент считает, что он прав. Я тоже считаю, что он прав. Но если я знаю, что есть прецедент, который, к сожалению, против нас, то наши шансы победить будут минимальными. Но, раз уж я с клиентом согласен, мы можем пойти до Верховного Суда и там — вообще без каких-либо гарантий — попытаться изменить правовую позицию.

А.В.: Преодолеть сложившуюся практику.

Ю.Т.: Да. И это уже другое целеполагание и совершенно иные риски и шансы. Поэтому развитие прецедента сдерживают те, кому не нужна определенность, кому хочется, чтобы солнце всегда светило с их стороны.

А.К.: Сделаю одно очень важное дополнение, чтобы не вводить в заблуждение читателей. Мы говорим о прецеденте в широком смысле. В Англии или США прецедент формально обязателен как источник права. Но правовые позиции высшего суда могут и не иметь такого статуса. Во многих континентально-европейских правовых порядках устоявшаяся практика высшего суда фактически предопределяет развитие практики в нижестоящих судах, не будучи при этом источником права.

Прецедентная составляющая, независимо от формы ее реализации, имеет ключевое значение не только для снижения коррупционных факторов и произвола, но и для снижения судебной нагрузки.

Когда правовой определенности нет, каждый идет в суд в надежде на то, что его прочтение закона не хуже других, раз суды толкуют закон по-разному. То есть увеличивается судебная нагрузка, ведется множество бесплодных и бессмысленных судебных споров. Когда же правовая определенность есть, людям намного проще просчитать исход судебного спора, прийти к мировому соглашению и не подавать бесперспективные иски.

Против утвердившейся практики пойдут только те, кто к этому готов и кто действительно хочет изменить такую практику.

А.В.: Или нюансировать ее — осуществить то, что в английском языке называется *distinguishing*.

А.К.: Да. И в этом случае все усилия юристов направляются на унификацию и уточнение правовых позиций. То есть, допустим, они видят, что конкретно сейчас правовая позиция такова, но при этом им кажется справедливым отделить от нее ту или иную специфическую ситуацию. Они идут в суд и доказывают, что в их кейсе есть особые обстоятельства, требующие уточнения существующих правил игры, и предлагают суду сделать это уточнение. Иначе говоря, и юристы, и суды не сговариваясь работают на уровне уточнения и развития права. А не поддерживают бардак, при котором споры разрешаются, кто-то проигрывает или выигрывает, но толкование закона в каждом споре разное, и никакого развития права не происходит.

Ю.Т.: Я всегда использую в качестве метафоры муравейник. Никто ни с кем не договаривается, каждый муравей тащит свою травиночку, песчинку... А в итоге строится целый муравейник, потому что есть единый каркас. Так же и мы приносим в суды свои аргументы, но поскольку в практике уже есть остов, он только усиливается, расширяется. То есть мы несем всё в дом. Когда прецедентов нет, мы этот дом, наоборот, растаскиваем, каждый в своих нуждах. И это, в принципе, нормально, людьми движут свои интересы. Но когда у

нас есть муравейник, который мы строим, мы своими аргументами его только укрепляем. И даже тот, кто хочет создать другой прецедент либо отменить существующий, на самом деле укрепляет его. Но опять же, он это делает только тогда, когда на то действительно есть какие-то сверхпричины и основания. А не просто потому, что ему блажь в голову взбрела.

А.В.: А как объяснить, что особых мнений практически не стало? В Верховном Суде они формально не запрещены, но и не разрешены. Такое возродившееся негативное отношение к особым мнениям как-то связано с тем, что прецедент тоже пошел на убыль?

Ю.Т.: Думаю, здесь есть несколько причин. Прежде всего, мы наблюдаем понижение уровня уважения к суду и независимости суда, а любое особое мнение — это если не оппозиционность в чистом виде, то как минимум некое несогласие. И в ВС оно сейчас не очень поощряется. Это мое оценочное суждение. Но есть и более объективная причина: в тройках труднее высказывать особое мнение, потому что разделение «один против двух» почти нивелирует правовую позицию ВС. Особое мнение в постановлении Президиума, составленном 15 судьями, задает новые вопросы и не обесценивает судебный акт, потому что один или два человека из 15 не могут инвалидировать общую позицию.

А когда определение выносят всего трое и у одного из них особое мнение, то это уже совсем хромое определение получается. Что это вообще за определение такое?

А.В.: Но формально особые мнения не запрещены. То есть, если какой-то судья ВС захочет его опубликовать в справочной правовой системе, к нему нельзя будет придраться.

Ю.Т.: Я уверен, что здесь есть так называемый замораживающий эффект. Судья должен понимать, для чего он это делает, почему он считает, что такая публикация нужна истории права. Хочет ли он сообщить что-то действительно важное и принципиальное *urbi et orbi*? Кроме того, чисто психологически судье нужно решиться противопоставить себя коллегам и поставить под сомнение силу вынесенного определения. В совокупности это сложно.

А.К.: Согласен: в тройках сделать это очень сложно. Но я бы еще добавил, что корпоративная культура, если так можно сказать, в ВАС и корпоративная культура в ВС принципиально различаются.

Ю.Т.: Давайте называть вещи своими именами. В ВАС были известные правоведы, которые не скрывали свою позицию, выступали на конференциях, семинарах, писали статьи и книги по острым вопросам права. Уровень транспарентности был беспрецедентно высок на любой стадии: от поступления жалобы до ее рассмотрения. Ты мог смотреть все заседания НКС и Президиума, судьи ездили по всей стране и четко и внятно выражали свою правовую позицию. И если уважающий себя член Президиума, доктор наук, профессор и преподаватель, высказывал свою позицию, а решение принималось против него, то он просто не мог молчать, он почти вынужден был написать свое особое мнение. И было понятно: есть мнение этого судьи, есть мнение Президиума. Президиум пока победил. Хорошо, пускай будет так. И мы уважали этот прецедент.

А при нынешнем уровне транспарентности судов и публичности судей ВС таким мотивам неоткуда взяться.

Особое мнение — это, как ни крути, некий вызов. И одних побуждающих мотивов судьи, о которых я говорил, может быть недостаточно. Очень важна позиция руководства, чтобы, например, председатель суда заявил, что он как минимум не против особых мнений (а еще лучше — что он поощряет такой активизм).

А.В.: Судьи Арбитражного суда Московского округа постоянно выкладывают в справочную правовую систему свои особые мнения.

Ю.Т.: По другим причинам.

А.В.: По каким же?

Ю.Т.: Если эти постановления отменяют, тому, кто показал всем, что он голосовал против, «ответка» не прилетит.

А.В.: А почему другие суды так не делают?



Ю.Т.: В Москве много серьезных споров на большие суммы между государством и частными компаниями. Некоторые тройки в московской кассации выносили решения в пользу налогоплательщиков по знаковым налоговым спорам, но впоследствии эти акты отменялись ВС РФ, а судьи кассации, голосовавшие за налогоплательщика, лишились судейского статуса — естественно, кроме тех членов тройки, кто написал особое мнение и показал свою позицию. Иначе говоря, как минимум в ряде случаев такие особые мнения писались для вышестоящих читателей скорее из чувства самосохранения..

А.В.: Скажите, есть ли в России место для административного прецедента? Ощущают ли административные органы — ФНС, ФАС и т.д. — себя обязанными толковать закон в похожих между собой делах одинаково?

Ю.Т.: Бывает, например, какая-то определенная практика или правовая позиция в УФНС по Москве. Но четкой обязанности следовать ей нет, поскольку чиновники стараются, в силу уже названных причин, не ставить никакую точку. Любая точка неприятна административному органу, потому что сегодня надо вот так, а завтра надо будет по-другому.

А.К.: Они, конечно, вправе давать толкование закона, но связывать оно не может. Иначе получится, что какой-нибудь департамент московского правительства истолкует закон так или сяк, а потом сам же будет неспособен исправить эту ситуацию. Или мы должны тогда вводить в систему квазипрецедентную иерархию какую-то.

Ю.Т.: Но эти решения все равно прецедентны. Простая статистика: когда в налоговых органах ввели обязательную внутриведомственную апелляцию, количество налоговых споров уменьшилось раз в семь. Да, решения налоговиков не публикуются, но важные спускаются вниз, на уровень инспекций. И те понимают тренды: так копать, а вот так не копать, это признавать, а то — не признавать и т.д. Вы себе не представляете, сколько дуновений ветров существует внутри налоговой системы, не доходящих даже до судов.

А.В.: А почему эти внутриведомственные решения совсем не публикуются?

Ю.Т.: По многим причинам. Прежде всего потому, что им не нужен такой уровень транспарентности. Ведь за всё потом придется ответить. А этого не хочется. Будет больше претензий: вот инспекция считает НДС, или налог на прибыль, или НДСП таким-то образом, а это неправильно.

А.В.: То есть какой-то недопрецедент у нас получается?

Ю.Т.: Именно. Но есть пример очень активно работающей ФАС. Она систематизирует практику антимонопольных органов, дает разъяснения прямо и недвусмысленно и в большинстве случаев их публикует. Президиум ФАС России публикует всё, у них есть некое единообразие. Разъяснения Президиума ФАС даже судьи порой учитывают.

А.К.: Видимо, надо говорить о разных государственных структурах. В каждом ведомстве свои традиции унификации правоприменения. Если образуется какой-то центральный орган, который анализирует обращения, систематизирует и публикует решения по ним, то хочешь не хочешь, а формируется что-то похожее на административный квазипрецедент. Но таких ведомств пока очень немного.

А.В.: Значит, и здесь ситуация неутешительная. Каков ваш прогноз — будем ли мы снова обсуждать эти темы еще лет через шесть? Или что-то изменится в лучшую сторону?

А.К.: Я считаю, что надо написать еще одну статью и разобрать правотворческую деятельность ВС — с графиками, цифрами, с фамилиями. Нужно проанализировать практику формирования правовых позиций в Верховном Суде — как в ходе разрешения споров, так и в процессе подготовки абстрактных разъяснений. Следует посмотреть также, как изменилась правовая аргументация в сравнении с тем, что мы наблюдали в период ВАС. Сейчас, например, заметна разница в стилистике: определения КЭС похожи на постановления Президиума ВАС, а лучшие — на решения Верховного суда Германии, в них часто встречаются ссылки на судебную практику, принципы права, телеологическое толкование и в целом более или менее открытая аргументация. Коллегия по гражданским делам — совсем другая история: отсутствие ссылок

на судебную практику (или политико-правовые аргументы, или иные резоны выбора той или иной правовой позиции), несколько скованный стиль аргументации — в основном пересказ фактов спора и множество цитат из законов с минимизацией самостоятельной и открытой юридической аргументации; в этом последнем аспекте эти определения напоминают решения Кассационного суда Франции. Можно все это проанализировать и найти какие-то пути совершенствования.

Оценить перспективы сложно, потому что все зависит от того, о какой коллегии мы говорим. На уровне КЭС наблюдается определенный вектор развития, если сравнить с начальным этапом существования данной Коллегии. Некоторые показатели стали лучше по сравнению с тем, что было в 2014 г. Например, в определениях КЭС сильно выросло количество ссылок на ее собственную практику, на практику Президиума ВАС. Мне кажется, сейчас качество правовой аргументации в лучших определениях Коллегии не хуже, чем было в лучших постановлениях Президиума ВАС. Но есть и ряд проблем.

Остро стоит вопрос о приоритетах в фильтрации жалоб и о непропорциональном внимании к банкротной тематике при игнорировании других важнейших областей права. Этот перекос надо выравнивать.

К сожалению, как и во времена ВАС, качество правовой аргументации в КЭС неровное: отличные определения на уровне решений высших судов многих европейских стран сочетаются с проходными и очень поверхностными актами. Все зависит от состава тройки и конкретных персоналий.

В Коллегии по гражданским делам есть довольно серьезные проблемы с качеством правовой аргументации. Нередко оно просто удручает. Коллегии, на мой взгляд, следует принципиально пересмотреть подходы к составлению своих определений. Во-первых, эти тексты должны быть направлены не только на то, чтобы разрешить дошедший до ВС — во многом случайным образом — спор, но и на то, чтобы на его примере унифицировать судебную практику, ясно разрешить некий вопрос права

(например, толкования законодательной нормы), чтобы нижестоящие суды не повторяли аналогичные ошибки. В частности, следует ссылаться на свою же практику и периодически отменять решения нижестоящих судов, которые ее игнорируют. Во-вторых, тексты определений должны продемонстрировать модель правовой аргументации для нижестоящих судов, чтобы те видели лучшие образцы, которым стоит следовать. В-третьих, по актам высших судов во многом судят о праве в стране. Акт высшего суда должен быть первоклассным правовым текстом, который не стыдно обсуждать на юридических факультетах и читать юристам. Сейчас же это, мягко скажем, не так.

Судя по всему, данная Коллегия вообще не видит своей задачей унификацию практики посредством разрешения конкретных споров. Очень часто я лично согласен с решением Коллегии по существу, но правовая аргументация в нем страдает — унификационный потенциал определения оказывается нулевым. Хотелось бы, чтобы Коллегия увидела эту унификационную миссию (помимо задачи разрешения конкретного спора) и активно приступила к ее реализации.

О многих этих проблемах мы с вами, коллеги, писали в статье 2013 г. и применительно к ВАС.

А.В.: С неизбежностью происходит смена поколений. Как вы думаете, будет ли новое поколение судей более привержено идее права? Ведь прецедент — это, в общем, и есть право.

Ю.Т.: Приверженность праву — черта не поколенческая. Я считаю, что все зависит от человека, от того, кто он такой и какой путь прошел до кресла судьи. Если он учился, преподавал, практиковал, системно занимался правом и с низшего уровня правоприменения вырос до позиции судьи, то, конечно, он будет связан с правом и у него будут высокие результаты. А если он вырос в аппарате суда, какая здесь может быть независимость? Карьерный трек сильно влияет на судью. Если мы говорим про Верховный Суд, то, мне кажется, помогло бы добавление в состав судебного корпуса представителей других сфер и профессий — из науки, адвокатуры... Не должно быть единообразия. И с возрастом это никак не связано.



Если набирать судей из лучших представителей поколения, это будет суперсуд. А если из худших — то худший суд.

А.К.: Вообще, нужно разбавлять судебный корпус и уходить от взращивания судебного корпуса внутри него. Пора постепенно переходить к системе, когда судьями становятся люди с лучшим юридическим образованием, имеющие разнообразный правоприменительный опыт. Но пока мы видим, что перспектив у этого подхода нет. По чисто политическим причинам, естественно.

Ю.Т.: Мне в голову пришло такое название для статьи — «Вместо единомыслия судей нам нужно единообразие практики». У нас сейчас царит единомыслие,

и это очень плохо и вредно, а вот судебная практика далека от единообразия. Такое сочетание порождает декаданс и регресс идей в сочетании с хаосом и деградацией институтов. А вот плюрализм мнений и единообразие судебной практики — это хорошо. И мы должны от одного, плохого «едино-» перейти к другому, хорошему «едино-». От единомыслия к единообразию практики. Я давно выступаю за наличие в судах людей с разнообразными профессиональными треками. Это как кулинария: из топора ничего не сварить, как ни старайся. На одной косточке уже получится бульон, и он, конечно, будет лучше, чем каша из топора. А если добавить в него мясо, картошку, морковь, петрушку и т.д., то суп будет по-настоящему наваристый, вкусный и качественный. Но пока у нас получается одна только армейская гречка. ¹⁰



ПРАВОВЫЕ ИТОГИ — 2019

В начале нового года мы традиционно подводим итоги года прошедшего.

Своим мнением о том, какие события оказали наибольшее влияние на развитие права в России и в мире, поделились видные ученые, государственные деятели и практики от юриспруденции.



**ПАВЕЛ
КРАШЕНИННИКОВ**

председатель Совета по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства при Президенте РФ, глава Комитета Государственной Думы по государственному строительству и законодательству, доктор юридических наук, профессор

— Хотел бы обозначить важные, на мой взгляд, законодательные изменения 2019 г. Но прежде стоит упомянуть, что в прошедшем году исполнилось 25 лет со дня принятия Гражданского кодекса РФ. В течение этого периода были приняты все четыре части ГК РФ, затем они даже успели подвергнуться модернизации — положения были приведены в соответствие с современными реалиями, которые сильно отличаются от 1994 г., когда принималась первая часть. Сейчас ГК РФ представляет собой самую крупную и полную кодификацию гражданского законодательства в истории России, а может быть, и в мире.

В 2019 г. в ГК РФ появились цифровые права, что, полагаю, открыло новый этап развития права в условиях цифровизации. Цифровые технологии прочно вошли в нашу жизнь. Но, поскольку это новая сфера общественных отношений, было необходимо закрепить базовые положения в ГК, а конкретные правила оборота цифровых объектов устанавливаются в специальных законах.

Еще одним существенным изменением прошлого года стало закрепление в ГК РФ презумпции добросовестности лица, полагавшегося на данные государственного реестра при приобретении недвижимости. Кроме того, был установлен запрет на истребование публичным субъектом жилого помещения, выбывшего из его собственности, у добросовестного приобретателя-гражданина по истечении трех лет. Эти изменения позволяют дополнительно защитить права граждан и привести судебную практику к единообразию. А в совокупности с новыми правилами компенсации добросовестным приобретателям за утрату жилья они обеспечивают гарантии конституционного права граждан на жилище.

Нельзя не отметить и введение в ГК РФ нового вида средств индивидуализации товара — географического указания (закон¹ был принят в июле и вступит в силу

¹ Федеральный закон от 26.07.2019 № 230-ФЗ «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и статьи 1 и 23.1 Федерального закона



с отдельными исключениями 27.07.2020). Такое средство индивидуализации будет действовать наравне с существующим — наименованием места происхождения товара, но иметь упрощенную регистрацию. Новелла предоставит более широкие возможности для развития экономики регионов России за счет регистрации и продвижения так называемых региональных брендов, которые уникальны именно своим географическим происхождением.

В отечественном наследственном праве с 1 июня 2019 г. начали применяться новые конструкции — наследственный договор и совместное завещание супругов. Такие конструкции уже более 100 лет используются во многих странах мира и теперь появились в России, что значительно расширяет свободу распоряжения граждан на случай смерти и снижает риски конфликтных ситуаций не только в семьях, но и в обществе в целом.

Особенно знаковым 2019 г. стал для развития судебной системы. Вступили в силу два масштабных закона² — о реформировании судостроительства и судопроизводства. В системе судов общей юрисдикции появились апелляционные и кассационные надрегиональные суды. С учетом введения сплошной кассации, изменения работают на укрепление объективности и независимости судебной системы, снижение коррупционных рисков и влияния региональных связей при отправлении правосудия.

Кроме того, было закреплено правило о профессиональном представительстве в судах начиная с областного уровня и выше. Теперь представлять интересы сторон в таких судах могут, помимо адвокатов, только лица, имеющие высшее юридическое образование или ученую степень по юридической специальности (с отдельными исключениями). Безусловно, это не затрагивает личного участия граждан в процессе. По моему мнению, данное изменение важно для защиты прав физических и юридических лиц, поскольку ставит определенный барьер от неквалифицированных представителей.

Значимым шагом для развития права стало также введение в российский правовой порядок института групповых исков для граждан и гонимых успеха адвокатов³. С 1 октября 2019 г. граждане могут обращаться в суд общей юрисдикции с групповыми исками при рассмотрении любых категорий гражданских дел. Во многих ситуациях защищать свои права им станет проще, например в отношениях с корпорациями, управляющими компаниями и т.д.

„О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции“» (далее — Закон № 230-ФЗ).

² См.: Федеральный конституционный закон от 29.07.2018 № 1-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон "О судебной системе Российской Федерации" и отдельные федеральные конституционные законы в связи с созданием кассационных судов общей юрисдикции и апелляционных судов общей юрисдикции» (далее — Закон № 1-ФКЗ) и Федеральный закон от 28.11.2018 № 451-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

³ См.: Федеральный закон от 18.07.2019 № 191-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — Закон № 191-ФЗ).

Кстати, работа над законом о групповых исках велась почти 20 лет. Что касается законодательства об адвокатуре, то были усовершенствованы многие нормы, но особенно важно, что оно пополнилось положениями о гонорах успеха. Так что при взаимодействии доверителя с адвокатом (кроме уголовных и административных дел) будет необязательно платить вперед. Получить квалифицированную юридическую помощь смогут и те лица, которые на момент заключения соглашения с адвокатом ограничены в денежных средствах, но в случае выигрыша смогут выплатить причитающееся ему вознаграждение.



ЛЕОНИД ГОЛОВКО

заведующий
кафедрой уголовного
процесса, правосудия
и прокурорского
надзора МГУ имени
М.В. Ломоносова,
доктор юридических
наук, профессор

— Выделю два события 2019 г., хотя пока не знаю, на что и как они повлияют.

Первое — это, конечно, дело И. Голунова, которое я считаю колоссальной политической ошибкой с точки зрения развития именно права. Здесь шокирует абсолютно всё. И откровенное вмешательство в уголовную юстицию медийно-светских элит, которое было не пресечено, а поощрено, после чего некоторые авторитетные главные редакторы, забыв о своих дежурных призывах к независимому правосудию, стали рассказывать, с кем они встречались, о чем договаривались, как принимались те или иные уголовно-процессуальные решения. И реинкарнация легендарной теории формальных доказательств в виде новейшего правового принципа «нет отпечатков пальцев — нет преступления», после чего стоимость элементарных перчаток должна, по идее, подняться в преступном мире в разы. И официальное политическое объявление кого-то невиновным буквально через пару дней после начала расследования. И столь же быстрое объявление кого-то виновным, после чего все медийное пространство постановило о «подбрасывании наркотиков», хотя ни одного доказательства тому процессуально предъявлено не было. Затем всевозможные следственные группы бросились эти доказательства усиленно искать, но в установленные сроки доследственной проверки так, видимо, ничего и не нашли. Правовой реакцией на «подбрасывание наркотиков» (т.е. уголовное преступление) стали почему-то дисциплинарные санкции в виде отстранения от должности. Ситуация зашла в тупик. Последним усилием выйти из нее накануне ежегодной пресс-конференции Президента стало возбуждение таки уголовного дела спустя полгода после событий, хотя если бы против полицейских что-то удалось найти, то при таких высоких политических посылах это выяснилось бы уже много раньше. В результате И. Голунов невиновен (это нам объявили сразу, главные редакторы не зря трудились), полицейские, скорее всего, также невиновны (как ни искали, но доказательств «подбрасывания» пока не нашли), а наркотики, судя по всему, оказались в рюкзаке журналиста по воле святого духа. Абсурд. Он лишний раз показывает, что право в целом и уголовный процесс в частности нельзя превращать в пиар-комбинацию. Здесь всегда надо до конца расследовать, причем спокойно и непредвзято, не обращая внимания ни на главных редакторов, ни на московскую богему, ни на стремящихся к ней приблизиться некоторых высокопоставленных чиновников.

Вторым событием стала неожиданная вспышка общественной активности в связи с приснопамятным проектом закона о семейно-бытовом (домашнем)



насилии⁴. Появление законопроекта само по себе, к сожалению, не удивляет. Специалисты знают, сколько усилий и денег было потрачено ООН, БДИПЧ ОБСЕ, Советом Европы и другими организациями на продвижение концепции борьбы с так называемым *domestic violence*. Мне самому доводилось некогда работать в качестве эксперта БДИПЧ ОБСЕ при обсуждении лет десять назад точно такого же законопроекта в одной из постсоветских стран Средней Азии. От российского варианта он не отличался ни на йоту. Вспоминаю и визит ко мне в начале 2019 г. одной из представительниц Совета Европы, предложившей сотрудничать по продвижению в России данной глобальной инициативы и в ответ на мое замечание, что у нас есть много более важные проблемы, уверенно заявившей, что ничего важнее не может быть в принципе.

Из текста самого законопроекта мы узнали, что речь идет о насилии, «не содержащем признаки административного правонарушения или уголовного преступления». Казалось бы, оксюморон. Как насилие может не содержать признаки ни того, ни другого, т.е., по сути, вообще не быть противоправным? Либо это насилие (и тогда оно по определению противоправно), либо что-то другое. Ведь тогда все приводимые в ходе общественной дискуссии примеры (в виде избитых, покалеченных и т.д. женщин и детей), вызывающие ужас у каждого нормального человека, на самом деле не имеют к законопроекту никакого отношения. Строго говоря, так и есть. Здесь ни при чем ни эти примеры, ни насилие как таковое, которое при его доказанности всегда должно влечь либо уголовную, либо административную ответственность. Речь совершенно о другом: слово «насилие» является просто фигурой речи, скрывая стремление создать преграды против современного диссидентства, т.е. противостояния нынешним глобальным идеологическим установкам, которое теперь недопустимо не только в школе, в университете, на работе, в общественном пространстве и т.п., но и в семье. Не более, но и не менее того. Иначе говоря, если с чем-то и можно сравнивать законопроект о семейно-бытовом насилии, то с какой-нибудь «антисоветской агитацией и пропагандой», только в более умных и тонких формах. К расчлененным женским трупам он отношения не имеет (для них есть Уголовный кодекс), они риторически используются только для создания нужного информационного дискурса. И вот на фоне этой тонкой, продуманной и давно стратегически выстроенной глобальной инициативы, где реальная подоплека скрыта за ничего не значащей фразеологией, российское общество проявило редкую в современном мире интеллектуальную зрелость и подняло широкую общественную дискуссию по поводу идеологических смыслов происходящего. Не помогла даже извечная дипломатия российских властей, пытающихся всем угодить и проскочить между Сциллой и Харибдой. Ничего подобного я не наблюдал ни в Средней Азии, ни в других странах, запускаявших борьбу с домашним насилием в угоду разнообразным международным структурам. Как бы ни закончилась эпопея с законопроектом, это в любом случае внушает оптимизм.

⁴ Проект федерального закона «О профилактике семейно-бытового насилия в Российской Федерации». URL: <http://council.gov.ru/media/files/rDb1bpYASUAxolgmPXEfKLUlq7JAARUS.pdf> (дата обращения: 14.01.2020).



РОМАН БЕВЗЕНКО

партнер компании
«Пепеляев Групп»,
кандидат юридических
наук

— Я возвращаюсь в памяти в декабрь 2018 г. и пытаюсь вспомнить, было ли хоть что-то, что давало повод полагать, что 2019 г. принесет нам какой-то позитив в сфере юриспруденции. Память услужливо подсказывает: нет, вроде ничего такого не было, что бы позволило надеяться на улучшения в нашей правовой системе. Видимо, сейчас самое время подвести некоторые итоги года. Точнее, итоги года с моей — юриста, специализирующегося на гражданском праве, — колокольни.

1. Законодатель. Чем же запомнился законодатель в 2019 г.?

А. Постоянное репрессивное законотворчество. На общем новостном фоне постоянно проскальзывают новости: Дума запретила то, запретила сё. Из последнего, что на слуху, — ужесточение и без того безумного законодательства об иностранных агентах. Разумеется, все эти законы о суверенном Интернете, оскорблении властей и пр. также не вызывают никаких позитивных эмоций — это совершенно ясное, недвусмысленное ограничение свободы непонятно ради чего.

Б. Изменения в процессуальном законодательстве. Мне не нравится, когда последние процессуальные изменения именуют процессуальной революцией. Это не революция, а деградация. Арбитражный процессуальный кодекс, который был более или менее современным, подвергается постоянной порче. Это и изменения правил об отводах, и изменения правил о движении дела, и совершенно нелепые новые правила о процессуальном представителе. Я не понимаю, зачем это нужно, если у нас по-прежнему лицо может представлять само себя в суде. У нас по-прежнему действует принцип «суд знает право», а состязание сторон споров осуществляется в рамках доказывания (т.е. в вопросах факта, а не права).

В. Арестный залог для налогов. Еще одна тенденция — постоянное усиление защиты фискальных интересов по сравнению с интересом частным. В 2019 г. это вылилось в том числе в появление в Налоговом кодексе такого нового инструмента, как «налоговый арестный залог». Теперь я с замиранием сердца жду разрешения вопроса о том, дает ли такой арестный залог приоритет при банкротстве налогоплательщика. Верховный Суд, что ты скажешь на это? Неужели и здесь не будет приоритета?!

Г. Убиение долевого участия в строительстве. В 2019 г. произошло окончательное убийство долевого участия в строительстве путем введения правил об обязательности использования эскроу-счетов для расчетов граждан с застройщиками. Результат вполне ожидаем — у застройщиков пропала возможность кредитоваться бесплатно за счет дольщиков, им теперь для строительства надо брать кредиты в банках. Но тогда какой смысл продавать фактически без экономического эффекта для себя квартиры на стадии строительства? Лучше их попридержать и продать готовое.

Д. Защита добросовестного приобретателя. Теперь несколько позитивных новостей. Любопытно, что они сосредоточены в основном в сфере частного



права. Неплохой закон⁵, который изменил положения ст. 8.1 ГК РФ и похоронил стандарт осмотрительности при приобретении недвижимости, заключавшийся в необходимости «проверять всё», а также фактически трехлетний срок для наступления бесповоротности записей реестра для определенных случаев. Конечно, можно было сделать этот срок для всех, но, как говорится, Президент Путин поручения заботиться о благе всех не давал, поэтому такое несколько странное решение в итоге и получилось.

Е. Реформа вещного права ГК. Разумеется, самое главное событие на законодательном фронте для меня — это опубликование новой редакции проекта реформы вещного права⁶. Новый текст более решительно переводит Россию на рельсы концепции единого объекта недвижимости, менее решительно вводит новые вещные права (которые будут конкурировать с привычными сегодня договорами аренды) и пр. Но самое важное — реформа, кажется, все-таки тронулась с места. И это очень хорошо — иметь столь простенькое вещное право, какое есть у нас сегодня, просто преступление против гражданского оборота. А самое интересное, что никаких иных инструментов для улучшения вещного права, кроме законопроектной работы, у нас не осталось: суды ничего не смогут изменить в сфере вещного права, например Росреестру наплевать на практику судов; наука же вообще источником для правового прогресса здесь быть не может. Разумеется, проект можно и нужно критиковать, ловя какие-то огрехи в тексте. Занимать позицию «не надо это принимать просто потому, что не надо это принимать» — деструктивно и непатриотично. Утверждаю это как действительный государственный советник 2-го класса (кто знает, что это за классный чин, тот поймет убедительность моего заявления).

2. Суды. Это моя самая главная боль и разочарование. Я страстно хочу, чтобы в России был независимый, компетентный и уважаемый сообществом высший суд, в котором судьями были бы достойнейшие юристы, которых уважает и ценит все юридическое сообщество России. Увы, у нас такого суда нет.

Посмотрим, что же произошло с судами в 2019 г.

А. Судоустройственная «реформа» в сфере общей юрисдикции. Еще одна «революция», которая на самом деле никакая не революция. Сам по себе принцип «отвязки» проверочных инстанций от региональной структуры страны правильный, но то, как назначались судьи в эти суды (фактически коллективы из судов субъектов вслед за председателем, назначенным в новый суд, переходили туда же), и то, какие результаты эти суды показали в первые же месяцы своей работы, — сплошное разочарование.

⁵ См.: Федеральный закон от 16.12.2019 № 430-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее — Закон № 430-ФЗ).

⁶ См.: проект федерального закона № 47538-6/5 «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

Б. Уголовные дела в рамках «московского дела». Здесь особо нечего комментировать — злая воля управляет этими уголовными процессами, причем Президент Путин даже не скрывает, почему это делается: сегодня бросили стаканчик в полицейского, завтра — бомбу. Ложность подобного рассуждения уже доказана: стрелок, расстрелявший сотрудников ФСБ в декабре, перед этим стаканчики в полицейских не бросал. Не хочу больше ничего писать, всем и так все понятно.

В. Председатель Лебедев. Тоже тренд 2019 г., не требующий особых комментариев. Переназначение В.М. Лебедева ясно показывает, что режим текущим состоянием судов доволен и ничего менять не собирается (что с его, режима, точки зрения вполне оправданно; а вот с точки зрения равнодушных граждан — как раз наоборот).

Г. «Пленумотворчество» и «обзоротворчество» в 2019 г. в сфере частного права было не особенно активным. Вышло два обзора (по гарантии⁷ и по корпоративному праву⁸), в которых я ничего нового не нашел. Было Постановление по интеллектуальной собственности⁹, но в ней я не специалист, поэтому комментировать не возьмусь. Эти тексты становятся все более и более абстрактными, неконкретными. Их все тяжелее применять к конкретным делам, судьи все чаще говорят — да, это написано Пленумом, но сами посмотрите, какие в этом деле есть дополнительные обстоятельства. В 2019 г. я окончательно утвердился во мнении, что пленумы — это зло, остаток советского периода, который надо как можно скорее изжить. Верховный Суд должен разрешать конкретные дела, давая развернутые мотивировки на 30–50 страниц, показывая тем самым судам логику работы юридических институтов.

Д. Конкретные дела. Я бы отметил в делах Судебной коллегии по экономическим спорам последовательное проведение принципа внесения в сфере права недвижимости (право возникает в момент внесения записи); окончательный отказ от идеи о том, что у дольщика есть какая-то мифическая долевая собственность на объект, строящийся на его деньги; попытка (совершенно беззубая, на мой вкус) разобраться в том, что такое для целей налогового права недвижимое имущество; признание того, что удержание дает банкротный приоритет; подтверждение принципа эластичности залога при юридическом разделении двухэтажной квартиры на две самостоятельные квартиры; подтверждение теории сальдо взаимных обязательств как способа дать возможность применять зачет в банкротстве. То есть, как видим, это все или повторение старых решений Высшего Арбитражного Суда РФ, или же просто применение уже действующих норм законов. Ничего любопытного и прорывного в судебной практике в 2019 г. не было.

⁷ Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с применением законодательства о независимой гарантии (утв. Президиумом ВС РФ 05.06.2019).

⁸ Обзор судебной практики по некоторым вопросам применения законодательства о хозяйственных обществах (утв. Президиумом ВС РФ 25.12.2019).

⁹ Постановление Пленума ВС РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».



Хочу отдельно отметить еще одну тенденцию — стремительное развитие практики по привлечению контролирующих несостоятельных должников лиц к субсидиарной ответственности. Причем, что любопытно, заявителями по таким делам, добивающимися в Коллегии успехов, сплошь являются налоговые органы. Что, в общем-то, тоже наводит на разные грустные мысли.

3. Юридическая наука и образование. Перейдем к анализу того, что произошло в сфере юридического образования и науки.

А. Увлечение LegalTech'ом, повальное среди российских юристов. Все обсуждают футуристические сценарии: роботы-судьи и пр. Мне кажется, что *LegalTech* в настоящее время выступает чем-то вроде учения о правоотношении в советское время. Когда писать о залоге или праве застройки было бессмысленно (да и опасно), а ученые все же должны были что-то писать, отдушину находили в предельно абстрактном и ни на что не влияющем учении о правоотношении. Сейчас все пишут и говорят о *LegalTech'e*, ведь говорить собственно о праве на серьезных площадках довольно опасно. Я, признаться, довольно скептически настроен: я не верю, что в юрисдикции, где нет *Legal'a*, *Tech* может создать надежную правовую систему. Это будет не более чем красивая витрина.

Б. Впечатляющие результаты молодых команд на конкурсах. Российские студенты с завидной регулярностью стали побеждать на международных арбитражных конкурсах. Видимо, это связано с тем, что подросло поколение тренеров (то первое поколение студентов, которое начало на эти конкурсы ездить), которые уже могут хорошо учить команды. Так или иначе, это позитивное явление: складываются активные и неравнодушные группы молодых и перспективных юристов, знающие, что такое хороший суд. Именно они, видимо, и будут его создавать через какое-то количество лет.

В. Активизация студентов в соцсетях. Еще одна тенденция, которую я заметил и которая напрямую связана с формированием неравнодушных групп молодых юристов, — активизация юридической молодежи на различных площадках социальных сетей и в офлайне. Это и кружок гражданского права СПбГУ, и постоянный семинар по гражданскому праву МГУ. Чем-то должна ответить ВШЭ.

...Мысленно перебирая события 2019 г., я опять прихожу к выводу о том, что каких-то глобальных позитивных явлений для российских юристов не было. Мы все катимся в глубокую неправовую яму, в которой у граждан отбирают фундаментальные права в угоду пресловутой *security*, суды прислуживают в уголовных делах злой воле правящего режима, законодатель постоянно закручивает гайки. Небольшие радости доставляют лишь частное право (реформа вещного права) и наша молодежь: я совершенно убежден, что новое поколение российских юристов уже практически готово и что по своему качеству оно намного лучше, чем мое поколение.



ГЕННАДИЙ ЕСАКОВ

заведующий кафедрой
уголовного права
факультета права
Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»,
советник Адвокатского
бюро «ЗКС», доктор
юридических наук,
профессор

— В минувшем году со сцены не сходила уголовная повестка, и наиболее заметная активность на этом поле была связана с судами.

Законодатель достаточно редко и менее масштабно вторгался в область уголовного права (всего 13 законов за 2019 г. — это наименьший количественный показатель начиная с 2012 г.; в 2018 г. было принято 19 законов и 25 в рекордном 2014 г.). Однако и здесь есть что вспомнить. 2019 г. начался для Уголовного кодекса в апреле с появления статьи об ответственности за занятие высшего положения в преступной иерархии (и появилось как минимум уже одно возбужденное уголовное дело по этой норме), затем последовали неоднократные правки статей об ответственности за транспортные преступления, специальная норма об ответственности за воспрепятствование оказанию медицинской помощи и уже на исходе года была уточнена норма о незаконном обороте янтаря, нефрита или иных полудрагоценных камней, драгоценных металлов, драгоценных камней либо жемчуга. Из значимых изменений Общей части нужно отметить (ошибочное, на мой взгляд) ставшее возможным отнесение некоторых неосторожных преступлений к числу тяжких — это, в частности, существенно сужает применимость норм главы 12 УК РФ к таким преступлениям и ужесточает практику назначения наказания, например, по совокупности преступлений. Летом законодатель предпринял попытку декриминализации «коров с GPS-датчиком», попытавшись дать понятие специальным техническим средствам, предназначенным для негласного получения информации (хотя сразу же за этим изменением в средствах массовой информации опять стали появляться примеры возбужденных уголовных дел, связанных со, скажем так, бытовыми приборами слежения).

Основным же источником интереса к уголовному праву в минувшем году стала судебная практика. Даже если не касаться уголовных дел, связанных с выборами (где много политики, но мало права), тут есть что вспомнить.

Первое, что приходит на ум, это, конечно, Постановление Пленума Верховного Суда РФ по налоговым преступлениям¹⁰. Наверное, ни одно уголовное Постановление не сопровождалось таким бурным обсуждением, как это, и всего лишь из-за одной-единственной нормы, в конечном итоге исчезнувшей из финального текста. Будем надеяться, что «джинн длящегося налогового преступления» снова заперт в своей бутылке и больше не окажется выпущенным оттуда. Но вся эта дискуссия повлекла одно печальное следствие: Постановление содержит лишь самоочевидные разъяснения, тогда как многочисленные дискуссионные вопросы квалификации налоговых преступлений остались без ответа. Из других актов можно отметить изменение Постановления об отмытии преступно полученных доходов¹¹ (с упоминанием теперь криптовалюты), обобщение

¹⁰ См.: Постановление Пленума ВС РФ от 26.11.2019 № 48 «О практике применения судами законодательства об ответственности за налоговые преступления».

¹¹ См.: Постановление Пленума ВС РФ от 26.02.2019 № 1 «О внесении изменений в Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 7 июля 2015 года № 32 „О судебной практике по делам о легализации (отмытии) де-



судебной практики по ст. 126, 127, 127.1 и 238 УК РФ¹². Под занавес года Верховный Суд РФ изменил два своих Постановления о должностных преступлениях¹³ — скорее всего, лишь редакционно, хотя некоторые важные новые квалификационные нюансы также просматриваются.

Минувший год стал интересным и в плане отдельных уголовных дел. В Самарской области впервые за многие годы вынесен обвинительный приговор по ст. 178 УК РФ — ограничение конкуренции (и это важно с учетом внесенного в Государственную Думу и масштабно критикуемого в бизнес-сообществе законопроекта № 848246-7, принятие которого ожидается в 2020 г.); там же закончилось обвинительным приговором масштабное дело «ТольяттиАзота», столь же критически воспринятое не только в предпринимательском мире, но и среди цивилистов. 2019 г. стал годом возросшей активности правоохранительных органов в задействовании для уголовного преследования ст. 193 и 193.1 УК РФ, что тоже не осталось незамеченным бизнесом, поскольку эти нормы (в особенности вторая) в действующей редакции оказались достаточно каучуковыми, как пресловутое мошенничество. Одним из самых громких событий года стал казус налоговой амнистии, спровоцированный делами «Вятского кваса» и В. Израйлита, вызвавший сначала реакцию на самом высоком уровне, потом реакцию Верховного Суда РФ и спешное принятие уточняющего федерального закона.

Однако закончился год все-таки очень многообещающим, хотя и неоднозначным заделом на будущее: президентским (а значит, скорее всего, до лета ожидаемым к принятию) проектом № 871811-7, внесенным в Государственную Думу 26 декабря. В нем сделана попытка смягчить репрессивность ст. 193 УК РФ, но (можно сказать, взамен) расширяется криминализация в области налоговых злоупотреблений за счет отказа от относительно-определенной шкалы исчисления крупного и особо крупного размера. В ответ на многочисленные упреки в необоснованном задействовании в сфере экономики ст. 210 УК РФ в проекте сделана попытка ограничить ее применение к учредителям, руководителям и работникам организации, которая, на наш взгляд, будет безуспешной ввиду, во-первых, перевода вопроса в плоскость, по сути, допустимости доказательств и, во-вторых, чрезмерной оценочности использованных формулировок, которые на практике правоохранительные органы при злоупотреблении ст. 210 УК РФ научатся достаточно быстро обходить.

нежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем, и о приобретении или сбыте имущества, заведомо добытого преступным путем».

¹² См.: Постановление Пленума ВС РФ от 24.12.2019 № 58 «О судебной практике по делам о похищении человека, незаконном лишении свободы и торговле людьми».

¹³ См.: Постановление Пленума ВС РФ от 24.12.2019 № 59 «О внесении изменений в постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 9 июля 2013 года № 24 „О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях“ и от 16 октября 2009 года № 19 „О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий“».



ДМИТРИЙ СТЕПАНОВ

партнер адвокатского
бюро «Егоров,
Пугинский, Афанасьев
и партнеры», адвокат,
кандидат юридических
наук

— Ушедший 2019 г. оказался годом публичного права. Это объясняется рядом обстоятельств. Во-первых, на волне политической активности большие массы людей, далекие от права, вдруг осознали ценность права вообще и фундаментальных юридических начал, отраженных в Конституции, в частности. Государство в этом повышенном внимании к конституционному праву тоже не отставало: сигналы о возможных изменениях Конституции шли весь год, итогом чего стали недавние предложения Президента по корректировке политической системы. Во-вторых, все наиболее заметные и значимые изменения в законодательстве случились в области не частного, а публичного права. Даже изменения в частноправовой сфере, о которых я скажу далее, обусловлены публично-правовыми соображениями или включением элементов права публичного в частное. Наконец, в-третьих, наиболее интересные кейсы в судебной практике гражданского права опять-таки обусловлены проявлением публичных интересов. Так что ушедший год показал: в публично-правовой сфере идет активное движение.

Если попытаться представить топ-5 событий в праве России за 2019 г., то я бы назвал следующие.

Первое. Самый значимый, на мой взгляд, акт законодательства — так называемый Закон о суверенном Рунете¹⁴, который породил самые неоднозначные суждения и полярные оценки. С одной стороны, государство сделало шаг к обеспечению своего суверенитета и независимости от иных участников архитектуры всемирной Сети, с другой — мы очень сильно продвинулись в направлении огораживания от иного мира. Информационная среда — основа основ для развития современной экономики, любая фрагментация и партикуляризм могут отрезать нас от глобального развития и привести к выпадению из общемирового контекста. Остается только надеяться, что практическая реализация этого Закона не приведет к созданию российского аналога китайского файрвола.

Второе. Суды общей юрисдикции провели реформу инстанционности в этой подветви судебной власти. Была введена система так называемой сплошной кассации в судах общей юрисдикции. Хотя специальный Закон № 1-ФКЗ, вносящий соответствующие изменения, был принят в 2018 г., реально кассационные суды общей юрисдикции были созданы и заработали осенью 2019 г.: именно тогда мы увидели, как изменилась система судов. Несмотря на скепсис многих коллег по поводу увеличения инстанционности, я всемерно приветствую данное нововведение. В общем, суды общей юрисдикции повторяют логику арбитражных судов, не только вводя непрерывную кассацию, но и разделяя апелляцию (оценка вопросов факта и права) и кассацию (только вопрос права). Жизнь показала, что такая система вполне логична и жизнеспособна, а для целей осуществления правосудия — вполне эффективна.

¹⁴ Федеральный закон от 01.05.2019 № 90-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон „О связи“ и Федеральный закон „Об информации, информационных технологиях и о защите информации“».



Третье. С судебной тематикой тесно связаны две другие законодательные новости 2019 г. Во-первых, проведена реформа групповых исков. Так, специальным Законом № 191-ФЗ был скорректирован АПК РФ, где уже с 2009 г. есть нормы о коллективных (групповых) исках, но нормы практически неработающие, плюс в ГПК РФ введена специальная, новая глава о таких исках.

Во-вторых, наконец-то, после многих лет дискуссий и качаний судебной практики на уровне федерального закона был легализован гонорар успеха. Всего один абзац в тексте закона¹⁵, вносящего поправки в Закон об адвокатуре¹⁶, призван перевернуть ту практику по части взыскания гонораров успеха, которую мы наблюдали прежде. Правда, для того, чтобы норма эта заработала, нужно дождаться издания специальных правил Федеральной палаты адвокатов, однако существенный шаг, так нужный всем адвокатам, представляющим клиентов по коммерческим спорам, был сделан.

Поправки о групповых исках вступили в силу с 01.10.2019, так что пока рано говорить, заработает ли этот институт реально на практике или нет. По моему глубокому убеждению, основанному на изучении зарубежного опыта, групповые иски востребованы в тех правопорядках, где одновременно выполняются два условия: (1) есть простой и понятный процессуальный механизм объединения множества истцов в одну группу, а также некоторого поражения в правах неприсоединившихся, и (2) судебной защитой обладает гонорар успеха, а потому профессиональные сутяжники, судебные юристы имеют вполне понятный экономический стимул в развитии данной практики. Так что легализация гонорара успеха практически одновременно с реформой института групповых исков позволяет надеяться, что у нас есть все шансы на серьезное обновление практики.

Четвертое. В коммерческой практике остался практически незамеченным Закон о международных компаниях¹⁷, который был принят еще в 2018 г., но реально начал работать лишь в 2019 г. Между тем в прошедшем году он превратился в Закон о международных компаниях и международных фондах¹⁸ и, по сути, вводит правовые институты, совершенно неизвестные российскому праву. Так, он позволяет иностранным юридическим лицам переезжать в Россию так же, как любое ООО или АО может сменить местонахождение, скажем, с Владивостока на Москву; только в случае с международной компанией это будет, к примеру, Никосия и Калининград. Ничего подобного наше коммерческое право не знало. Однако еще более значимой новеллой, как раз появившейся в 2019 г. в связи с дополнением Закона правилами о международных фондах, является то, что фактически в России заложены основы для

¹⁵ Федеральный закон от 02.12.2019 № 400-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон „Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации“».

¹⁶ Федеральный закон от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

¹⁷ Федеральный закон от 03.08.2018 № 290-ФЗ «О международных компаниях» (в действующей редакции: «О международных компаниях и международных фондах»).

¹⁸ См.: Федеральный закон от 26.11.2019 № 378-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон „О международных компаниях“ и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части регистрации международных фондов».

создания и функционирования трастов. Видимо, со временем мы придем к тому, что в нашем праве появится конструкция траста в самом общем виде.

Почему данные нововведения имеют ту же самую публично-правовую окраску? Ответ очевиден: государство, реализуя политику по завлечению «в родную гавань» бизнесов, контролируемых российскими коммерсантами, но структурированных в рамках иностранных правопорядков, делает в законодательстве то, что ранее, всего несколько лет назад, было просто невозможно представить. Причем делается это, что называется, кнутом и пряником: с одной стороны, даются послабления и либерализуется коммерческое законодательство, с другой — ужесточается ответственность за нераскрытие информации и повышаются регуляторные требования к так называемым регулируемым бизнесам.

Пятое. В судебной практике, связанной с рассмотрением коммерческих споров, наиболее громкими делами, привлекающими внимание юристов, являются споры, где публичный (не обязательно государственный) интерес получает преваляющее значение. Частный эгоизм или частный произвол все больше приносится в жертву интересам других лиц (кредиторов, иных акционеров). Помимо многочисленных дел о привлечении к субсидиарной ответственности в рамках банкротного процесса контролирующих должника лиц, а также расширения этого перечня за счет все новых и новых лиц (бенефициарные собственники и даже консультанты могут оказаться в их числе), можно назвать ряд иных громких дел. Так, это дела об оспаривании сделок по внесению вклада в оплату уставного капитала дочернего общества при нарушении принципа эквивалентности¹⁹; об определении справедливой ликвидационной стоимости для привилегированных акций, если ранее ее размер не был установлен уставом²⁰; об ответственности детей по долгам из субсидиарной ответственности родителя — контролирующего должника лица²¹. Наконец, возможность признать недействительным формально законное решение общего собрания участников ООО об увеличении уставного капитала общества, если такое решение выгодно мажоритариям, но лишено экономического смысла и преследует цель размытия доли миноритарного участника²². Как видно из всех названных дел, суды стали более активно вторгаться в оценку тех или иных коммерческих трансакций, обращая больше внимания не на формально-юридическую, а на экономико-правовую составляющую.

Если 2019 г. был годом публичного права, то вполне логично, что наступивший год лишь продолжит эту тенденцию, а все мы станем свидетелем года конституционного права.

¹⁹ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 17.09.2019 № 305-ЭС19-8975.

²⁰ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 12.11.2019 № 304-ЭС19-11056.

²¹ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 23.12.2019 № 305-ЭС19-13326.

²² См.: п. 12 Обзора судебной практики по некоторым вопросам применения законодательства о хозяйственных обществах (утв. Президиумом ВС РФ 25.12.2019).



ЮРИЙ СТАРИЛОВ

декан, заведующий
кафедрой
административного и
административного
процессуального
права Воронежского
государственного
университета,
доктор юридических
наук, профессор,
заслуженный деятель
науки РФ

— Административное и административное процессуальное законодательство изменилось в 2019 г. и будет модернизироваться в ближайшем будущем под воздействием следующих идей: 1) проведение *процессуальной революции* путем внесения изменений и дополнений в основные действующие в стране процессуальные кодексы (АПК, ГПК и КАС РФ); 2) применение *«регуляторной гильотины»*, в соответствии с которой необходимо в сжатые сроки систематизировать порядка 9000 нормативных правовых актов, действующих в области государственного контроля и надзора; 3) реформирование *законодательства об административных правонарушениях* (принятие нового КоАП РФ).

Однако при этом осталась незамеченной проблема (куда более значительная в административном праве по сравнению с перечисленными) принятия федерального закона «Об административных процедурах».

Сегодня Российская Федерация — едва ли не единственная из стран с развитыми надлежащими правопорядками, в которой отсутствует законодательный акт, устанавливающий демократические *общие принципы административных процедур*, применяемых для важнейших видов административных производств и для принятия административных правовых актов. Принятие такого закона станет завершающим этапом работы по обсуждению предложений ученых и их суждений о предназначении административных процедур в публичном управлении.

Сами законопроекты²³ давно разработаны и уже стали предметом регулярного обсуждения на многочисленных научных форумах 2019 г. Законодательство об административных процедурах является главной платформой, на которой должна осуществляться *настоящая* административная реформа, направленная на модернизацию публичного управления и защиту прав, свобод и законных интересов граждан и организаций.

В марте — декабре 2019 г. проблематика административных процедур несколько раз становилась предметом научных дебатов в России. На всех научных форумах обращалось внимание на то, что проведенная в стране административная реформа вряд ли может считаться успешной и, главное, завершенной, если не принят федеральный закон «Об административных процедурах». Именно как «забытая» административная реформа рассматривается вопрос о незавершенности современного российского административного законодательства, в системе которого отсутствуют правопорядки в области принятия и действия административных актов и применения административных процедур.

²³ Главным образом речь идет о двух проектах законодательных актов, представляющих содержание административных процедур: (1) закон об административных процедурах и (2) закон об административных производствах. См.: Давыдов К.В. Современное состояние и перспективы развития российского законодательства об административных процедурах. Проект федерального закона «Об административных процедурах и административных актах в Российской Федерации» // Журнал административного судопроизводства. 2017. № 1. С. 49–69; Кононов П.И., Стахов А.И. О проекте федерального закона «Об административном производстве в Российской Федерации» // Журнал административного судопроизводства. 2017. № 3. С. 40–68.

Вопросы административных процедур пока принципиально не поставлены в повестку дня. Часто обсуждается проблема *избыточности права и законодательства* в каких-то конкретных областях, неясности и сложности самого законодательства, противоречивости и иные спорные моменты в его применении, однако так и не поставлена задача по принятию закона, действующего в той части государственного управления, где сегодня *полнейший законодательный пробел*. Так, может быть, 2020 г. станет началом перемен в этом вопросе; необходимо бросить законотворческий взгляд на ту сферу административной жизни и деятельности исполнительных органов публичной власти, в которой наконец должны быть установлены правовые порядки в виде административных процедур. Ведь речь идет о деятельности одной из ветвей государственной (исполнительной) власти. Именно здесь, в области публичного управления, применительно к административным процедурам нужен *регуляторный аврал* (в отличие от «регуляторной гильотины»), т.е. *стремительное* (так как такие законодательные новеллирования очень давно назрели) совместное результативное правовое творчество, дискуссии, создание концептов и проектов законов.



МИХАИЛ ГАЛЬПЕРИН

уполномоченный
Российской Федерации
при ЕСПЧ —
заместитель министра
юстиции, заведующий
кафедрой судебной
власти департамента
дисциплин публичного
права Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»,
доктор юридических
наук

— Если говорить о наиболее значимых для развития права событиях 2019 г., то для меня лично это прежде всего восстановление полноформатных отношений с Советом Европы после возврата российской парламентской делегации в ПАСЕ.

Диалог с Советом Европы не останавливался даже в самые тяжелые месяцы кризиса, но теперь он точно станет более продуктивным, в том числе по линии взаимодействия с ЕСПЧ, а также при участии России в подготовке новых международных документов Совета Европы, например в сфере развития искусственного интеллекта. Важно и продолжение совместной работы по имплементации решений ЕСПЧ в российское законодательство, сохранение вектора на развитие нашей правовой системы в общеевропейской парадигме.

Связанным с этим событием стало долгожданное принятие в декабре подготовленного Минюстом Федерального закона о национальном компенсаторном механизме в связи с ненадлежащими условиями содержания в ИВС, СИЗО, колониях и тюрьмах²⁴. Это огромный шаг к решению системной проблемы, генерирующей больше всего российских жалоб в ЕСПЧ. Теперь заявители смогут получить эффективную и быструю защиту в своей собственной стране. Предусмотренный новым Законом механизм станет еще одним весомым материальным стимулом и для дальнейшего улучшения реального состояния дел в местах лишения свободы. Это, кстати, был тот случай, когда закон стал органичным развитием судебной практики — Верховный Суд принял соответствующее Постановление Пленума еще в декабре 2018 г.²⁵

²⁴ См.: Федеральный закон от 27.12.2019 № 494-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

²⁵ См.: Постановление Пленума ВС РФ от 25.12.2018 № 47 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при рассмотрении административных дел, связанных с нару-



Еще одно значимое событие — признание Комитетом министров Совета Европы исполненным и снятие с контроля уже легендарного постановления «Анчугов и Гладков против России»²⁶, касающегося избирательных прав заключенных. Этот шаг явно демонстрирует возможность решения любых правовых коллизий, даже тех, которые изначально кажутся неразрешимыми, при профессиональном и взвешенном подходе, который продемонстрировал в свое время Конституционный Суд, рассматривая соответствующий вопрос.

В 2019 г. Россия вступила в международные инвестиционные арбитражи, которые касаются бывших украинских активов в Крыму²⁷. Эта работа уже приносит первые процессуальные результаты. Для нас это шанс не только продемонстрировать несостоятельность позиций оппонентов, но и внести свой вклад в формирование подходов к толкованию и применению норм международного права, выработку новых идей и концепций.

Полезность именно юридического подхода к выстраиванию международных отношений в 2019 г. продемонстрировало завершение в июле в Гааге работы над Глобальной конвенцией о приведении в исполнение иностранных судебных решений по гражданским и торговым делам. Уверен, что у этого документа большое будущее с учетом того, что при подготовке текста удалось найти компромиссы по целому ряду сложных вопросов. Это как раз тот случай, когда внешнеполитические проблемы не смогли помешать юристам создать документ, который послужит интересам граждан и бизнеса из разных стран.



АНТОН АСОСКОВ

профессор кафедры гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, профессор кафедры международного частного права Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева, доктор юридических наук

— В 2019 г. произошло несколько знаковых событий, которые окажут значительное влияние на развитие третейского разбирательства и международного частного права в нашей стране. Во-первых, 29 марта вступили в силу поправки к Федеральному закону от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»²⁸. Эти поправки облегчили передачу некоторых видов российских корпоративных споров в третейский суд — например, для рассмотрения споров из корпоративных договоров (акционерных соглашений) теперь не требуется применение усложненных правил арбитража корпоративных споров. Кроме того, было уточнено, что иностранным арбитражным институтам для получения статуса постоянно действующего арбитражного учреждения (ПДАУ) не требуется создавать на территории России обособленное подразделение, если они не собираются администрировать внутренние споры (споры между российскими лицами без иностранного элемента). Эти законодательные новеллы открыли дорогу для получения статуса ПДАУ первыми иностран-

шением условий содержания лиц, находящихся в местах принудительного содержания».

²⁶ Постановление ЕСПЧ от 04.07.2013 по делу «Анчугов и Гладков (*Anchugov and Gladkov*) против России» (жалобы № 11157/04 и 15162/05).

²⁷ См.: Коновалов: Россия примет участие в арбитражных спорах с Украиной по Крыму // РИА Новости. 2019. 17 мая. URL: <https://ria.ru/20190517/1553583816.html> (дата обращения: 34.01.2020).

²⁸ См.: Федеральный закон от 27.12.2018 № 531-ФЗ.

ными арбитражными учреждениями с широко признанной международной репутацией — Гонконгским (*HKIAC*) и Венским (*VIAC*) международными арбитражными центрами. В результате у российских предпринимателей появилось больше возможностей для юридически безупречного выбора арбитражного форума, в том числе в отношении российских корпоративных споров (споров из сделок *M&A* и корпоративных договоров), а также споров из договоров, заключенных по процедуре, предусмотренной Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ, для которых обязательным является администрирование спора именно ПДАУ.

Во-вторых, были утверждены важные разъяснения Верховного Суда РФ по вопросам третейского разбирательства — Постановление Пленума от 10.12.2019 № 53 «О выполнении судами Российской Федерации функций содействия и контроля в отношении третейского разбирательства, международного коммерческого арбитража». Постановление имеет ярко выраженную проарбитражную направленность. В частности, это касается вопросов арбитрабельности споров (допустимости разрешения споров в третейском суде). Даются важные разъяснения о том, что гражданско-правовой спор может считаться неарбитрабельным лишь в том случае, если это прямо указано в федеральном законе. Закладывается основа для проарбитражного толкования вопросов действительности и исполнимости арбитражных (третейских) соглашений. Например, если можно установить намерение сторон передать спор на разрешение определенного арбитража, то ошибки в наименовании арбитражного института или применимых правил сами по себе не могут приводить к недействительности или неисполнимости арбитражного соглашения.

В-третьих, Верховный Суд РФ также утвердил знаковые разъяснения по международному частному праву, данные в Постановлении Пленума от 09.07.2019 № 24 «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации». Постановление прямо разрешает сторонам выбирать в качестве применимого права вненациональные источники, рекомендованные участникам оборота международными организациями или объединениями государств, — например, Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (*PICC*), Европейские принципы договорного права (*PECL*), Модельные правила европейского частного права (*DCFR*). Разъясняется, что по общему правилу императивная норма может быть признана нормой непосредственного применения (сверхимперативной нормой) в значении ст. 1192 ГК РФ лишь в том случае, когда она имеет своей основной целью защиту публичного интереса, связанного с основами построения экономической, политической или правовой системы государства. В результате те императивные нормы, которые защищают отдельно взятые категории частных лиц (например, потребителей, миноритарных акционеров и т.п.), не должны квалифицироваться в таком качестве — для учета интересов таких лиц в международном частном праве есть другие особые правила. Наконец, даются либеральные разъяснения в отношении разграничения международных и чисто внутренних сделок (п. 5 ст. 1210 ГК РФ).



**ЛЮДМИЛА
НОВОСЕЛОВА**

председатель Суда по
интеллектуальным
правам, доктор
юридических наук,
профессор

— 2019 г. запомнится принятием ряда документов и законодательных правок, которые долгое время находились в разработке, вызывая бурные дискуссии и в научных кругах, и среди правоприменителей.

Разумеется, в первую очередь следует отметить принятие Постановления Пленума Верховного Суда РФ, посвященного вопросам применения положений ГК о правах на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Данное событие является очень важным и значимым для современной российской правоприменительной практики.

Положения Пленума затрагивают самый широкий круг вопросов, возникающих при разрешении споров в сфере интеллектуальной собственности, в том числе затрагивающих общие положения части четвертой ГК РФ, порядок распоряжения исключительным правом, защиту интеллектуальных прав, особенности рассмотрения дел, связанных с защитой авторских прав, прав, смежных с авторскими, патентных прав, прав на секреты производства, на отдельные средства индивидуализации. Помимо разъяснений о применении норм материального права, Постановление содержит разъяснения, касающиеся процессуального порядка рассмотрения споров в сфере интеллектуальной собственности; особенности действия части четвертой ГК во времени.

Нельзя не отметить и внесение ряда важных поправок в ГК РФ.

Во-первых, это включение в Кодекс новой ст. 141.1 «Цифровые права». Целесообразность закрепления понятия «цифровое право» в ГК РФ была предметом длительной дискуссии. Звучало мнение и о том, что нормы, определяющие особенности обращения объектов в цифровой среде, должны регулироваться специальным законом (законами). Определение понятия цифровых прав на уровне ГК свидетельствует о том, что российский законодатель признал существование цифровых прав как самостоятельных объектов гражданского права и счел необходимым отразить это в Кодексе.

Во-вторых, принят Закон № 230-ФЗ, которым в ГК РФ с 27.07.2020 вводится новый объект интеллектуальных прав — географические указания. Отличием географических указаний от существующих сейчас наименований мест происхождения товаров является упрощенная процедура регистрации. Ожидается, что данное нововведение благоприятно скажется на экономическом развитии регионов Российской Федерации, позволит активнее защищать отечественные бренды, характеризующие традиционные промыслы и изделия.



ВИТАЛИЙ КАЛЯТИН

профессор
Исследовательского
центра частного права
имени С.С. Алексеева
при Президенте РФ,
главный юрист по
интеллектуальной
собственности ООО
«УК „РОСНАНО“»,
кандидат юридических
наук

— В сфере права интеллектуальной собственности можно выделить три главных изменения, которые произошли в 2019 г.

Прежде всего, крупнейшим событием стало принятие Верховным Судом РФ Постановления от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации». Подробно содержание данного Постановления было рассмотрено в июньском номере «Закона»²⁹, поэтому не буду останавливаться на отдельных изменениях, отмечу лишь, что этот документ определил направления развития судебной практики в сфере интеллектуальной собственности на многие годы, но как будут применяться эти общие подходы, только предстоит выяснить.

Другим важным событием стало появление в российском праве понятия «цифровые права». Пока это понятие порождает больше вопросов, чем ответов и выглядит не вполне проработанным концептуально. Однако развитие идеи цифровых прав способно серьезно поменять принципиальные подходы к регулированию в сфере гражданского права, и прежде всего в области интеллектуальной собственности. Возникновение прав, содержание которых определяется правилами определенной информационной системы, может привести к конфликту, в том числе и концептуальному, таких прав с правами на объект, существующий за пределами этой системы (например, результат интеллектуальной деятельности). А это означает либо то, что новая группа прав, не получив развития, потеряет какое-либо значение, либо то, что, напротив, ее активное развитие приведет к принципиальным изменениям в обороте прав.

Наконец, в качестве третьего события я бы назвал включение в число объектов интеллектуальных прав географических указаний. Появление этого объекта показывает возрастание значимости в современной экономике инструментов, позволяющих выделить свой товар на рынке. Но и здесь возникает много вопросов, в первую очередь в отношении разграничения географического указания с наименованием места происхождения товаров в части правовых режимов.



АЛЕКСАНДРА НЕСТЕРЕНКО

президент Ассоциации
«НП «ОКЮР»

— Важным и ярким событием 2019 г. стал запуск реформы контрольно-надзорной деятельности. В начале года было еще неясно, как именно будет осуществляться «регуляторная гильотина» и насколько работоспособным окажется механизм ее реализации³⁰. Однако последующее развитие событий показало, что у реформы есть все шансы на успех. Прежде всего следует отметить системный подход к ее содержанию: работа по выявлению избыточных требований проводится параллельно с формированием новой архитектуры регулирования, включая установление общих принципов и унифицированных правил в отношении процессуальных и материальных аспектов контрольно-надзорной деятельности.

²⁹ См.: Обобщение судебной практики в области интеллектуальной собственности // Закон. 2019. № 6.

³⁰ См. об этом: Регуляторная гильотина // Закон. 2019. № 2. С. 20–36.



Другая ключевая особенность реформы — максимально активное участие бизнеса. В конце октября 2019 г. были утверждены составы и порядок работы рабочих групп «регуляторной гильотины». Именно представителям бизнеса как ключевым участникам рабочих групп предоставлено право оценки нормативных актов, которые разрабатываются ведомствами, и внесения собственных предложений, касающихся структуры и содержания нового регулирования. ОКЮР стал институциональным партнером по диалогу, что не только означает признание вклада членов ОКЮР в проведение реформы, но и подчеркивает незаменимую роль корпоративных юристов в развитии российского права. Члены ОКЮР гордятся тем, что они назначены ответственными секретарями рабочих групп и находятся в гуще событий.

Именно в прошлом году были разработаны и вынесены на общественное обсуждение два основополагающих законопроекта — № 850621-7 «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации» и № 851072-7 «Об обязательных требованиях в Российской Федерации», — которые должны обеспечить правовую базу для новой системы контрольно-надзорной деятельности. И опять ОКЮР во взаимодействии с Минэкономразвития России шлифует проекты, устанавливая понятные правила для бизнеса.

Развитие права на современном этапе тесно связано с распространением новых технологий, и новеллы российского законодательства 2019 г. очень точно отражают эту общемировую тенденцию. Пока юристы продолжают спорить относительно наличия или отсутствия необходимости закрепления информации как объекта гражданских прав, российский законодатель уже сделал первый серьезный шаг в направлении регулирования смарт-контрактов. С 1 октября 2019 г. вступили в силу поправки в ГК РФ, которые дополнили перечень объектов гражданских прав новым видом имущественных прав — цифровыми правами³¹. Регулирование самоисполняемых сделок (т.е. сделок, которые исполняются самой информационной системой без участия человека) на уровне Кодекса еще недавно казалось чем-то экстраординарным, но теперь стало реальностью.

Другим ярким примером воздействия цифровых технологий могут служить изменения в Трудовой кодекс: привычные трудовые книжки на бумажном носителе в ближайшем будущем будут заменены на сведения о трудовой деятельности в электронном виде, которые формируются работодателями и передаются в Пенсионный фонд РФ³².

³¹ См.: Федеральный закон от 18.03.2019 № 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации».

³² См.: Федеральный закон от 16.12.2019 № 439-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в части формирования сведений о трудовой деятельности в электронном виде».



ДАНИИЛ ЦЫГАНКОВ

доцент департамента
политики и управления
факультета социальных
наук Национального
исследовательского
университета
«Высшая школа
экономики», кандидат
социологических наук

— Прошедший 2019 г. напомнил всем сторонникам регуляторной реформы, что быть в России реалистом — значит иногда и требовать невозможного, переходить от обсуждений в университетских пространствах принципов *government unblackboxing* и инструментов *evidence-based law making* к публичной политике.

В начале года российский дискурс *Law & Economics* зримо вышел за границы интеллектуального производства, в которых был замкнут в течение прошлого политического цикла³³: чуть ли не одновременно в верхнеуровневую политическую повестку попали «регуляторная гильотина» и так называемые регуляторные оговорки в целях гарантий инвестиций. Далее, один из двух «гильотинных» законопроектов³⁴ не только предполагает законодательную фиксацию привычных механизмов оценки регулирующего воздействия (ОРВ), оценки фактического воздействия (ОФВ) и публичных консультаций (до этой поры закрепленных правительственными постановлениями), но и вносит такие инструменты тонкой настройки, как нормотворчество с истекающим сроком действия, экспериментальные правовые режимы, единые сроки вступления нормативных правовых актов в силу и переходные периоды для введения новых регулирований.

Запуск механизма ОФВ на федеральном уровне, может, и вызвал в 2019 г. лишь умеренный интерес бизнеса (после трех лет ожидания), но вот Евразийская экономическая комиссия провела эксперимент по ОФВ, оценила его положительно и собирается расширить практику ретроспективного пересмотра принятых решений Комиссии в своем новом составе (2020–2023 гг.).

Создано три департамента в госорганах, в названии которых есть термин «регуляторная политика»: в Минюсте, в Минэкономразвития, но самое главное — в правительственном аппарате (*center-based oversight body* — из портфолио «умного регулирования»).

Обсуждение резонансных законопроектов прорвалось и в российский телеграм-сегмент, опередивший к концу 2019 г. традиционные СМИ, а канал «Комиссия по регуляторике» (@smart_regulation), фокусирующийся на регуляторной политике и ОРВ, за год удвоил свою аудиторию, несмотря на узкоспециальную экспертную тематику.

На фоне позитивных подвижек главным несобытием года стала (вновь застывшая) история продвижения российского «Закона о законах». Но и здесь — на примере вступившего в действие в феврале 2019 г. аналогичного закона Республики Беларусь — сохраняется ощущение, что требуется лишь политическая воля, а дальше дело пойдет согласно любимой

³³ См., напр.: Карпетов А.Г. Экономический анализ права. М., 2016; Голодникова А.Е., Ефремов А.А., Соболев Д.В. и др. Регуляторная политика в России: основные тенденции и архитектура будущего. М., 2018; Бычкова О.В. Умное регулирование: как предотвратить появление необоснованных регулирующих правил. СПб., 2018.

³⁴ См.: проект федерального закона № 851072-7 «Об обязательных требованиях в Российской Федерации».



пословице канцлера Бисмарка о русских, которые долго запрягают, но быстро едут.

Похожая ситуация сложилась еще с одним долгостроем российской регуляторной реформы — институтом оценки социально-экономического воздействия принятия законов в Государственной Думе. Остается рассчитывать, что импульс даст «регуляторная гильотина» — ее архитекторам в исполнительной ветви власти надо заранее позаботиться о снижении рисков перетаскивания обязательных требований на уровень федеральных законов через поправки депутатов.



АРКАДИЙ БРЫЗГАЛИН

генеральный директор
группы компаний
«Налоги и финансовое
право», кандидат
юридических наук

— В начале 2019 г. я сделал прогноз о том, что он станет годом относительно-го налогового спокойствия. Думаю, что оказался прав...

Постепенно изменив с 2014 г. практически всю налоговую политику в государстве, власти в прошедшем году отказались от каких-то резких движений в налоговой сфере, подумав, наверное, что для налогоплательщиков пока вполне достаточно повышения ставки НДС, введения налога на профессиональный доход и пенсионной реформы.

Однако, без сомнения, события в области налогов были, и некоторые из них достаточно существенные.

Самым главным событием 2019 г., я считаю, стало начало эксперимента по внедрению среди самозанятого населения налога на профессиональный доход³⁵.

К этому событию, еще многими недооцененному, вполне применимо слово «революция». И пусть это еще не так заметно и пока коснулось только четырех регионов, но в скором времени последствия этого нововведения почувствует практически вся страна.

Первые полгода работы нового режима показали резкий рост выхода самозанятого бизнеса из тени (на конец 2019 г. — около 330 тыс. человек), что стало поводом для решения о масштабном расширении эксперимента — с 1 января 2020 г. в него включены все ведущие экономические регионы России. По сути, с 1 января 2020 г. эксперимент таковым быть перестал, так как распространение его на всю территорию России — вопрос уже технический.

С учетом того, что, по некоторым оценкам, в российской «гаражной» экономике задействовано до 30 млн человек, налоговая реформа в отноше-

³⁵ См.: Федеральный закон от 27.11.2018 № 422-ФЗ «О проведении эксперимента по установлению специального налогового режима „Налог на профессиональный доход“ в городе федерального значения Москве, в Московской и Калужской областях, а также в Республике Татарстан (Татарстан)».

нии самозанятого населения так или иначе затронет всех жителей России и существенно изменит социальный и финансовый климат в стране.

Не удивлюсь, если уже в самое ближайшее время статус «эксперимент» будет снят с налога на профессиональный доход и соответствующие положения о нем займут прочное место в НК РФ.

Другим важным налоговым событием 2019 г. я бы назвал принятие Федерального закона от 29.09.2019 № 325-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации», проект которого поступил в Госдуму 29 мая и был рассмотрен депутатами в рекордно короткие сроки. Это особенно удивительно в свете большого объема предложенных поправок (144 стр.).

Вообще, подобные, как я их называю, «комплексные» законы принимаются ежегодно, но, как правило, период их принятия — это конец ноября (для того, чтобы новые положения вступили в силу с 1 января следующего года). Поэтому столь раннее принятие масштабного закона откровенно порадовало, так как позволило всем налогоплательщикам более тщательно разобраться с новшествами, которые вступают в силу хотя и с разных моментов, но в основном с 2020 г.

Очень много в этом Законе положений, корректирующих вопросы налогового контроля и налогового администрирования, однако немало поправок сделано и по поводу НДС, налога на прибыль организаций, НДФЛ, патентной системы налогообложения, налога на имущество организаций и т.д.

Наконец, практически весь 2019 г. прошел в ожидании Пленума Верховного Суда РФ, посвященного уголовной ответственности за налоговые преступления.

И хотя прежнее Постановление № 64, принятое в далеком 2006 г.³⁶, как мне кажется, не очень-то и нуждалось в качественной переработке, все-таки ряд вопросов уголовного преследования налогоплательщиков необходимо было уточнять.

Тем неожиданней и удивительней стала новость о том, что в проекте постановления Пленума появилось новое положение о пересмотре подходов к исчислению сроков давности и выводов о длящемся характере налогового преступления.

Конечно, юридическое сообщество попыталось *воспротивиться* новым веяниям, и целый год все налогоплательщики и правоведа находились в повышенном волнении. Но страшного не случилось. Убежден, что Верховный Суд РФ, углубившись в суть проблемы, пришел к выводу об отсутствии веских оснований для пересмотра тех позиций, который действовали и применялись изначально.

³⁶ Постановление Пленума ВС РФ от 28.12.2006 № 64 «О практике применения судами уголовного законодательства об ответственности за налоговые преступления».



Поэтому Постановление Пленума от 26.11.2019 № 48 «О практике применения судами законодательства об ответственности за налоговые преступления» можно также назвать одним из самых ярких налогово-правовых событий ушедшего 2019 г.

Год относительного налогового спокойствия был полон рядом и других, более частных событий, как то: продление амнистии капиталов на «третий срок»³⁷, принятие Федерального закона³⁸, которым меняется администрирование по имущественным налогам организации с 2020 и с 2021 г., инициированные Правительством законопроекты по защите и налоговой поддержке инвестиций и многое другое.

Однако можно констатировать, что несколько событий, которые ожидались в 2019 г., так и не произошли.

В частности, не была даже начата реформа по неналоговым платежам, хотя соответствующий законопроект³⁹ был обнародован для общественного обсуждения еще 1 апреля. Также не решился вопрос о сохранении для малого бизнеса налога на вмененный доход, который является оптимальным способом налогообложения для этого очень сложного и крайне уязвимого сектора нашей экономики.

И еще я бы назвал два события 2019 г., которые перешли в год 2020-й.

Во-первых, это интрига по ОАО «Красноярский завод цветных металлов им. В.Н. Гулидова», дело по которому (№ А40-23565/2018) рассматривалось Судебной коллегией по экономическим спорам Верховного Суда РФ 25.12.2019 и было перенесено на конец января 2020 г.

А во-вторых, это дело ООО «Кузбассконсервмолоко» (№ А27-17275/2019), в отношении которого Арбитражный суд Кемеровской области вынес решение от 25.09.2019, признав возможность проведения налоговой реконструкции при наличии реальности хозяйственных операций.

Высказанные в этих двух делах позиции судов о широком толковании вовлеченности налогоплательщика в схемы уклонения от уплаты налога третьими лицами могут предопределить многие моменты всей судебной практики рассмотрения налоговых конфликтов по фирмам-однодневкам.

³⁷ См.: Федеральные законы от 29.05.2019 № 110-ФЗ, № 111-ФЗ и № 112-ФЗ.

³⁸ Федеральный закон от 15.04.2019 № 63-ФЗ «О внесении изменений в часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации и статью 9 Федерального закона „О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации о налогах и сборах“».

³⁹ Проект федерального закона «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации (в части включения отдельных неналоговых платежей в НК РФ)».



НАТАЛИЯ РАССКАЗОВА

заведующая кафедрой
нотариата СПбГУ,
кандидат юридических
наук

— В 2019 г. мое внимание привлекла кампания по борьбе с мусором. Изменен Закон об отходах производства и потребления⁴⁰, реализуются планы Минприроды России по поддержке инвестиций в утилизацию отходов и стимулированию экологичного поведения. Хочется вздохнуть: ну наконец хоть что-то делается. Катастрофическое положение в этой сфере известно большинству не из пугающего отчета Счетной палаты, а по собственному опыту. Боюсь только, как бы шуточное название «мусорная реформа» не получило иной смысл, не оказались бы все планы и суета вокруг них в мусорной корзине. Главную опасность вижу в нашем менталитете. Лениво нам убирать за собой мусор. А страна у нас все еще необъятная, места для свалок на наш век хватит. Какие юридические меры подвигнут нас, потребителей и производителей, на такие подвиги, как отдельный сбор мусора или отказ от одноразовой тары?

Одно из важнейших для оборота событий прошедшего года — дополнение Основ законодательства РФ о нотариате⁴¹, которое позволит широко использовать в нотариальной деятельности электронные технологии. Нотариус наделяется правом устанавливать личность гражданина с помощью единой информационной системы биометрических данных. Ряд популярных нотариальных действий можно будет совершить не только в нотариальной конторе, но и дистанционно, с помощью Единой информационной системы нотариата (ЕИСН): принятие в депозит и депонирование нотариусом денежных средств и ценных бумаг, совершение исполнительной надписи, обеспечение доказательств, свидетельствование верности перевода, передача документов.

Самое революционное изменение касается процедуры удостоверения сделок. Раньше договор в нотариальной форме заключался только путем его подписания сторонами, одновременно явившимися к нотариусу. Теперь договор смогут удостоверить двое или более нотариусов. Каждый из участников сделки выбирает сам, к какому нотариусу обратиться. Единственное ограничение: при удостоверении договора об отчуждении недвижимости хотя бы один из нотариусов должен осуществлять свою деятельность по месту ее нахождения. Договор будет совершаться в электронной форме с использованием ЕИСН. Новые правила особенно важны для нашей страны с ее огромной территорией. Участникам сделки не нужно съезжаться к месту ее совершения, не нужно прибегать к услугам посредников. Кстати, среди всех действий, совершаемых от имени государства (а нотариус действует от имени государства — ст. 1 Основ), нет более защищенного, чем удостоверение сделки несколькими нотариусами. В силу ст. 17 Основ вред, причиненный в результате совершения нотариального действия, покрывается за счет выплат по договору страхования ответственности нотариуса, по договору коллективного страхования, заключенного нотариальной палатой, за счет личного имущества нотариуса и за счет средств компенсационного фонда Федеральной нотариальной палаты. А при удостоверении сделки несколькими нотариусами они, кроме того, отвечают за причиненный вред солидарно.

⁴⁰ См.: Федеральный закон от 24.06.1998 № 89-ФЗ «Об отходах производства и потребления» в ред. от 27.12.2019.

⁴¹ См.: Федеральный закон от 27.12.2019 № 480-ФЗ «О внесении изменений в Основы законодательства Российской Федерации о нотариате и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — Основы).



ДМИТРИЙ МАЛЕШИН

профессор кафедры
гражданского процесса
МГУ имени М.В.
Ломоносова, профессор
юридического
факультета СПбГУ,
доктор юридических
наук

— Прошедший год оказался плодородным на изменения в процессуальном законодательстве, законодательстве об исполнительном производстве и нотариате.

Фиаско процессуальной революции, хлестко названной одним замечательным и неординарным уральским юристом «Великой октябрьской процессуальной революцией», является главным событием 2019 г. Речь идет, конечно, о первоначальной редакции, где фигурировали такие одиозные положения, как отказ от мотивировочной части судебного решения и пр. Хотя, может быть, авторы этой реформы изначально закладывали в нее этот нонсенс, чтобы потом от него отказаться? Этого мы не узнаем сейчас. Но хорошо, что такая революция не состоялась.

Начало работы кассационных и апелляционных судов общей юрисдикции осенью 2019 г. — важное событие в развитии современной российской судебной системы. Прежний подход, когда несколько инстанций функционировали в одном суде, является скорее аномальным, чем нормальным. Поэтому проведенная реформа в любом случае будет иметь только позитивные последствия.

Были приняты изменения, значительно обновившие примирительные процедуры. Существовавшая до этого медиация является скорее фикцией, чем реальностью. Какой смысл в медиативных решениях, не имеющих принудительной силы? Поэтому запущенная в нашей стране десять лет назад медиация так и не получила должного развития. Ситуация должна измениться после принятых в 2019 г. нововведений. Медиативные решения получают силу исполнительных документов, появляются судебные примирители. Эти меры позволяют перенаправить значительный массив споров с судебной системы в сферу медиации.

Летом 2019 г. появился классический групповой иск. Причем был избран радикальный его вариант англосаксонского типа. Введенное в России законодательство практически не имеет аналогов в континентальном праве, поскольку допускает подачу такого иска в любой сфере и не ограничивает ее какой-либо одной категорией дел, в отличие от многих стран Европы. Несмотря на суждения скептиков и противников этого института, он имеет все шансы стать эффективным в нашей стране, поскольку многие сферы российской экономики монополизированы, а этот институт позволяет защищать нарушенные права больших групп пострадавших граждан, в том числе и недостаточно социально обеспеченных.

Федеральная служба судебных приставов значительно активизировала свою законотворческую деятельность в последние годы. Изначально была идея реанимировать работу над подготовкой проекта Исполнительного кодекса, первая редакция которого была написана еще в 2003 г., но, видимо, появиться в нашей стране такому кодексу в ближайшее время не суждено. ФССП решила пойти другим законотворческим путем и вносить изменения в действующее законодательство. В прошедшем году несколько раз вносились изменения в Федеральный закон от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве». Был внедрен передовой способ извещения лиц в исполнительном производстве через Единый портал госуслуг. Осенью принят специальный Федеральный закон от 01.10.2019 № 328-ФЗ «О службе в органах принудительного исполнения Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», который направлен на повышение статуса и престижа судебного пристава и, как представляется его авторам, позволит

привлечь в службу более высококвалифицированных специалистов. Ахиллесова пята современного исполнительного производства — неимоверная перегруженность и недостаточная мотивированность работы судебного пристава. Принятые меры, к сожалению, не решают этих проблем, хотя и носят позитивный характер. Кроме того, настораживает законотворческий формат, избранный ФССП. Сфера правового регулирования принятого специального закона в полной мере совпадает со сферой регулирования другого системообразующего акта еще 1997 г. — Федерального закона от 21.07.1997 № 118-ФЗ «О судебных приставах» (в действующей редакции: «Об органах принудительного исполнения Российской Федерации»). Возникает закономерный вопрос: зачем иметь два отдельных закона практически об одном и том же?

Что касается нотариата, то его теперь по праву можно считать лидером внедрения цифровизации управления в нашей стране. Большинство изменений 2019 г. были направлены на реализацию именно этой идеи. Так, в декабре был принят Закон № 480-ФЗ, позволяющий осуществлять ряд нотариальных действий удаленно. Речь идет только о тех действиях, где проверка волеизъявления необязательна. Это, например, удостоверение подлинности подписи, передача электронных документов, обеспечение доказательств в виде осмотра интернет-страниц, удостоверение подлинности подписи переводчика и др.

У нотариуса появился ряд новых полномочий. Например, заключаемое сторонами медиативное соглашение подлежит теперь нотариальному удостоверению и в этом случае приобретает силу исполнительного документа. Нотариусы получили также право удостоверять соглашения по групповым искам между представителем группы и ее членами. Были сокращены полномочия должностных лиц органов муниципальной власти в совершении нотариальных действий. Это правильный подход, поскольку нотариальная деятельность сейчас значительно усложнилась, многие новые нотариальные действия требуют высокой специализированной квалификации, которую не всегда могут обеспечить должностные лица органов муниципальной власти.



МИХАИЛ ЦЕРКОВНИКОВ

доцент кафедры
обязательственного
права ИЦЧП имени
С.С. Алексеева при
Президенте РФ, кан-
дидат юридических наук

— Несмотря на наличие в прошедшем году множества ярких событий, цивилист не сможет пройти мимо Закона № 430-ФЗ, который принят в связи с известной позицией Конституционного Суда РФ и направлен на защиту интересов добросовестных приобретателей жилых помещений, которые изначально находились в публичной собственности.

Закон коснулся общего стандарта добросовестности для целей приобретения недвижимости от несобственника. Новая редакция п. 6 ст. 8.1 ГК РФ устанавливает, что приобретатель недвижимого имущества, полагавшийся при его приобретении на реестр, признается добросовестным, пока в судебном порядке не доказано, что он знал или должен был знать об отсутствии прав у отчуждателя (буквально закон говорит: «у лица, от которого ему перешли права», очевидно, описывая этими словами лишь видимость такого перехода права по реестру; иначе не пришлось бы обсуждать приобретение от несобственника).

То есть законодатель прямо указал на опровержимую презумпцию добросовестности того, кто полагался на реестр. С одной стороны, такое решение по-



звolyает приобретателю защищаться в упрощенном порядке и перекладывает опровержение его добросовестности на контрагента. С другой стороны, оно означает, что знавшее о недостоверности реестра лицо не может ссылаться на него (собственно, последнее было изложено и раньше в абз. 2 п. 6 ст. 8.1 ГК РФ). Получается, что отечественная система регистрации прав является инструментом достижения баланса в защите действительного собственника и добросовестного приобретателя, которой чужды так называемые принципы бесповоротности или внесения, отдающие приоритет лишь тому, кто указан в реестре без учета правового основания приобретения, поведения приобретателя и обстоятельств получения им вещи. Это нельзя не приветствовать.

Другим общим решением, которое отражено в Законе № 430-ФЗ, является отказ от привязки приобретательной давности к исковой давности по виндикационному иску (ср. предыдущую ред. п. 4 ст. 234 ГК РФ). Момент начала течения исковой давности определяется по истцу, а момент начала течения приобретательной давности и условия приобретения — по ответчику (владельцу, который претендует на приобретение в силу давности владения). Субъективизм трехлетней исковой давности по виндикации порождал неопределенность в том, начала ли течь давность приобретательная. Теперь эта проблема устранена на законодательном уровне: новый п. 4 ст. 234 ГК РФ не содержит упоминания об исковой давности, а говорит о поступлении вещи в открытое владение приобретателя как о моменте, когда приобретательная давность должна начать течь. При этом если право собственности добросовестного приобретателя недвижимой вещи, которой он владеет открыто, было зарегистрировано, давность начнет течь не позднее момента такой регистрации.

Наконец, для целей Закона № 430-ФЗ ст. 302 ГК РФ дополнена п. 4, согласно которому суд отказывает публично-правовому образованию в виндикации жилого помещения от добросовестного приобретателя во всех случаях (т.е. даже если помещение выбыло из владения истца помимо его воли или было приобретено ответчиком безвозмездно), если после выбытия жилого помещения из владения истца истекло три года со дня внесения в реестр записи о праве собственности первого добросовестного приобретателя жилого помещения. Бремя доказывания обстоятельств, свидетельствующих о недобросовестности приобретателя, или обстоятельств выбытия жилого помещения из владения истца несет публично-правовое образование. А добросовестный приобретатель, которому на основании п. 4 ст. 302 ГК РФ отказано в иске, признается собственником жилого помещения с момента государственной регистрации его права собственности (новый п. 3 ст. 223 ГК РФ). При этом надо заметить, что общие правила ст. 302 ГК РФ, применимые в иных случаях, остались неизменными.

Это хороший пример взвешенного решения реально существующих проблем. Хочется надеяться, что если в будущем случатся изменения в отечественном вещном праве, то они тоже будут носить именно такой характер.

Правда, одно обстоятельство несколько омрачает общее впечатление от Закона № 430-ФЗ — он вступил в силу 1 января 2020 г. и не содержит ответа на вопрос о том, каким образом он действует в части ранее возникших отно-

шений. Вероятно, в случаях, где речь пойдет об ограничении возможности отобрания жилых помещений у добросовестных приобретателей в пользу публично-правовых образований, стоит распространить новые положения и на ранее возникшие отношения.



ВИКТОР НАУМОВ

управляющий партнер
санкт-петербургского
офиса, руководитель
российской практики
в области ИС, ИТ и
телекоммуникаций,
соруководитель
европейской практики в
области регулирования
Интернета и технологий
международной
юридической фирмы
Dentons

— Принятые в 2019 г. изменения в сфере информационного законодательства продолжают наметившуюся в последние годы тенденцию усиления охраны информационного суверенитета государства.

Одним из наиболее существенных для интернет-отрасли законов, принятых в 2019 г., реальное влияние которого на данном этапе трудно оценить, является так называемый Закон о суверенном Рунете. Он представляет собой совокупность поправок, цель которых заключается в создании инфраструктуры, гарантирующей стабильное функционирование российской сети Интернет на случай отключения от глобальной сети Интернет.

В развитие тенденции охраны информационного суверенитета и поддержки отечественных производителей был принят также ряд изменений, касающихся использования иностранного оборудования, в том числе электронного, радиоэлектронного и др. В частности, был введен запрет на использование средств связи, не имеющих подтверждения производства на территории России, в целях хранения сообщений по Закону Яровой⁴², были уточнены порядок и условия закупок товаров, происходящих из иностранных государств, для обеспечения государственных и муниципальных нужд, были приняты соответствующие поправки в законодательство о защите прав потребителей, закрепляющие обязанность по предустановке российского программного обеспечения на технически сложные устройства. Ряд положений закона вызывает вопросы, также ожидается появление обширной подзаконной базы.

В сфере новелл информационного права можно отметить введение новых административных составов, касающихся распространения недостоверной общественно значимой информации (*fake news*) в сети Интернет, а также информации, выражающей в неприличной форме явное неуважение к обществу, государству, органам власти.

В части блокировки информационных ресурсов произошли лишь точечные изменения. Так, Федеральное агентство по делам молодежи (Росмолодежь) было наделено полномочиями выносить решения о блокировке информационных ресурсов, на которых распространяется информация, направленная на

⁴² Федеральные законы от 06.07.2016 № 374-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон „О противодействии терроризму“ и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части установления дополнительных мер противодействия терроризму и обеспечения общественной безопасности» и № 375-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в части установления дополнительных мер противодействия терроризму и обеспечения общественной безопасности».



вовлечение несовершеннолетних в совершение противоправных действий, представляющих угрозу для жизни и здоровья. Важные для интернет-отрасли послабления введены в части использования нацистской символики. Теперь такая символика может использоваться при условии формирования негативного отношения к идеологии нацизма и отсутствия признаков его пропаганды или оправдания.

Еще одним значимым изменением в 2019 г. стало существенное увеличение административных штрафов за нарушение требования о локализации персональных данных, а также за неисполнение отдельных обязанностей владельцев аудиовизуальных сервисов, операторов поисковых сетей, организаторов распространения информации и владельцев мессенджеров.

Отдельные поправки были внесены в законодательство о СМИ. Например, были уточнены условия, на основании которых лица могут признаваться иностранными СМИ, выполняющими функции иностранного агента. Со 2 декабря 2019 г. наряду с иностранными компаниями такими агентами в отдельных случаях могут признаваться граждане и российские юридические лица, получающие зарубежное финансирование (денежные средства или иное имущество).

Вторая ключевая тенденция законодательных изменений 2019 г. — принятие федеральных законов, направленных на развитие российской цифровой экономики. Во-первых, в ГК РФ введен новый объект гражданских прав — цифровые права. Впервые конкретный перечень таких прав указан в законе, определяющем правовые основы краудфандинга (вопросы деятельности операторов инвестиционных платформ, обращения утилитарных цифровых прав, их выдачи и обращения ценных бумаг, удостоверяющих утилитарные цифровые права). Во-вторых, важные для отрасли поправки были внесены и в законодательство об электронной подписи: существенно увеличены требования к удостоверяющим центрам, введен новый субъект — «доверенная третья сторона», который будет осуществлять деятельность по проверке электронной подписи, установлены требования к хранению электронной цифровой подписи.

В качестве важного шага в развитии цифровой экономики отмечу также принятие первой Национальной стратегии развития искусственного интеллекта⁴³, определяющей основные цели и принципы регулирования в данной технологической отрасли.

⁴³ Утверждена Указом Президента РФ от 10.10.2019 № 490.



**ВЕРЕЩАГИН
АЛЕКСАНДР
НИКОЛАЕВИЧ**

главный редактор
журнала «Закон»,
доктор права
(Эссекский
университет)

МЕХАНИЗМ ВЫРАБОТКИ ПРЕЦЕДЕНТОВ ГРАЖДАНСКИМ КАССАЦИОННЫМ ДЕПАРТАМЕНТОМ ПРАВИТЕЛЬСТВУЮЩЕГО СЕНАТА (1877–1917)

Статья посвящена малоизвестной теме — механизму прецедентного нормотворчества в Российской Империи пореформенной эпохи. Анализируются мнения современников об этом механизме, цитируются ранее неизвестные документы, впервые вводимые в научный оборот.

***Ключевые слова:** судебный прецедент, Правительствующий Сенат, Гражданский Кассационный Департамент, право Российской Империи*

Судебными уставами 1864 г. были учреждены кассационные департаменты Правительствующего Сената в качестве верховного кассационного суда Империи. Кассационных департаментов было два — Гражданский и Уголовный (далее — ГКД и УКД). Выносимые ими решения, которыми разъяснялся «точный смысл законов», публиковались во всеобщее сведение «для руководства к единообразному истолкованию и применению оных»¹. Тот факт, что эти решения

¹ См.: ст. 933 Устава уголовного судопроизводства и ст. 815 Устава гражданского судопроизводства.



ALEXANDER N.
VERESHCHAGIN

Editor-in-Chief of “Zakon”
Journal, PhD in Law
(University of Essex)

THE MECHANISM OF MAKING PRECEDENTS BY THE CIVIL CASSATION DEPARTMENT OF THE RULING SENATE (1877–1917)

The article is dedicated to a little known subject — the mechanism of creating precedents in the Russian Empire after Great Reforms. It analyses the views of contemporaries on this mechanism and gives extracts from previously unknown documents, bringing them to light for the first time.

Keywords: *judicial precedent, Ruling Senate, Civil Cassation Department, law of the Russian Empire*

представляли собой прецеденты, а деятельность кассационного Сената являлась правотворческой, был общим местом в юридической литературе и никем всерьез не оспаривался.

Внутренний распорядок деятельности кассационных департаментов лишь в незначительной степени был урегулирован законами: чуть подробнее Уставом уголовного судопроизводства, и совсем коротко —

Уставом судопроизводства гражданского, который отводил этому вопросу лишь восемь небольших статей (802–804²). В результате оба департамента должны были в значительной степени сами устанавливать правила своей работы.

Мы сосредоточимся на ГКД — как потому, что его внутреннее устройство было сложнее, так и потому, что в гражданском праве творческая роль толкований выс-

шего суда вообще значительнее, нежели в уголовном. К тому же и критическая мысль современников была обращена прежде всего на порядки, установившиеся в ГКД, а УКД уделялось гораздо меньше внимания. Отправной точкой для нас будет 1877 г., когда законодатель под впечатлением от огромного наплыва дел в Кассационный Сенат разделил оба его департамента на отделения, в которых и решалось подавляющее большинство дел. Сенатские решения по «отделенским» делам не публиковались; отныне печатались только решения, вынесенные общим департаментским присутствием, на рассмотрение которого поступали самые сложные и юридически важные дела².

Поначалу закон не устанавливал никакого кворума для заседаний кассационных департаментов, общая же норма для всех судебных установлений была — не менее трех членов в присутствии. В 1877 г. кворум все-таки был установлен: не менее трех сенаторов в присутствии отделения и не менее семи — в присутствии департамента.

На практике новеллы 1877 г. были поняты департаментами по-разному. В ГКД состав отделений был текущим, непостоянным, а в общем департаментском присутствии обычный состав сенаторов насчитывал ровно семь человек, при этом была установлена очередность участия сенаторов в рассмотрении департаментских дел. В УКД же отделения действовали в постоянном составе, а в разрешении дел по департаменту принимали участие по возможности все сенаторы.

Правда, текучесть состава отделений в ГКД имела некоторый предел: в тех сферах, где специализация была возможна и целесообразна, складывались достаточно стабильные составы. Таковы были дела, происходившие из Царства Польского (округ Варшавской судебной палаты), в котором применялось польско-французское право, хорошо известное лишь немногим сенаторам — как правило, тем, кто ранее служил в этом округе; дела из прибалтийских губерний, где были свои местные законы, восходившие к немецкому общему праву; наконец, дела железнодорожные, поражавшие своей многочисленностью — примерно треть нагрузки ГКД в начале XX в. (впрочем,

многие из них были довольно просты). По этим категориям дел в ГКД были свои знатоки и авторитеты: например, И.И. Карницкий по польским делам, барон Э.Ф. Гойнинген-Гюне — по прибалтийским, К.П. Змиров — по железнодорожным. Некоторая специализация намечалась также по страховым и межевым делам. Остальные дела — а таковых было не менее половины — устойчивой классификации не подвергались и решались поэтому в тех отделениях, где постоянного состава сенаторов не было. Все дела, не относившиеся к числу польских и прибалтийских, именовались общими, поскольку касались «общего права» Империи. В 1913 г. в ГКД поступило 12 747 общих дел (из них 5396 железнодорожных), 2063 польских и 1008 прибалтийских. На каждого сенатора в среднем приходилось около 400 дел в год.

Однако для сенаторов не существовало непроходимой стены между общими делами и делами польскими и прибалтийскими: как свидетельствовал обер-прокурор Н.М. Рейнке, даже в делах, решавшихся по местным законам, ничто не препятствовало «сенатору, и не имеющему специальных сведений по этим категориям дел, „приписаться“ к данному специальному составу [отделенского] присутствия в качестве третьего или четвертого его члена и даже внести для разрешения в этом специальном составе присутствия заготовленные им дела иной, ему, докладчику, ближе известной категории, но по которой остальные члены присутствия никакой служебной опытности не имеют»³.

Порядок прохождения дел в ГКД был следующим. Жалобы и просьбы об отмене решений подавались в суд, чье решение обжаловалось (в огромном большинстве случаев это были судебная палата или мировой съезд), и оттуда поступали в канцелярию Сената. Там они заносились в настольную книгу одного из «обер-прокурорских столов». Затем жалобы рассматривались в распорядительном заседании ГКД на предмет соответствия формальным требованиям и наличия поводов к отмене решения⁴. Если кассационная жалоба преодолевала этот предварительный фильтр, первоприсутствующий сенатор назначал время для ее рассмотрения по существу. Назначался также сенатор-докладчик — в соответствии с очередью или по

² Подробнее см.: *Верещагин А.Н.* Судебное нормотворчество в Российской Империи // *Вестник экономического правосудия РФ.* 2014. № 11. С. 20–23.

³ *Рейнке Н.М.* Кассационная инстанция // *Судебные уставы 1864 года за пятьдесят лет.* Т. 2. Пг., 1914. С. 289.

⁴ См. ст. 802¹ Устава гражданского судопроизводства.



взаимному между сенаторами соглашению (принималась во внимание и специализация сенаторов).

Рядовое дело поступало в отделение ГКД, заседавшее в составе трех или четырех сенаторов, где и решалось без проволочек. Такова была судьба типовых «отделенских» дел, не содержащих в себе трудных правовых вопросов. Закон 1877 г., в целях облегчения труда сенаторов, даже позволил им не составлять подробные, мотивированные решения, а ограничиваться краткой резолюцией с простым указанием на законы и принятые в соображение кассационные решения (ст. 804² Устава гражданского судопроизводства). «К великой чести гражданского кассационного департамента следует сказать, что не только в департаменте, но даже в отделениях статья 804² никогда не применяется», — писал С.И. Добрин⁵. Причина неиспользования этой льготы не вполне ясна. По одной версии, сенаторы ГКД не желали ею пользоваться, поскольку среди них преобладало мнение, что отсутствие мотивировки есть серьезнейшее отступление от требований правосудия, и кассационный суд может прибегнуть к нему лишь в последней крайности (каковой, очевидно, не было). Но иногда указывалась и более прозаическая причина подобного воздержания: нехватка сил канцелярии. В аналитической записке об изменениях в порядке кассационного производства, составленной в начале 1880-х гг., сообщается, что Общее Собрание кассационных департаментов три раза подробно обсуждало этот вопрос (в 1867, 1869 и 1871 гг.) и в итоге «признало, что добровольно возложенная сенаторами на себя, в первое время, обязанность писать подробные изложения всех решений, подлежит изменению и что... определения, не содержащие в себе новых соображений и не имеющие общего значения, должны быть изготовляемы канцеляриею. Эти постановления общего собрания до настоящего времени не исполняются по недостаточности личного состава канцелярии Сената»⁶. Не исключено, что обе причины действовали одновременно.

Когда же возбуждаемые делом юридические вопросы оказывались принципиальными и еще не разъясненными Сенатом, дело из отделения могло быть

передано «на уважение» присутствия департамента, становилось «департаментским». Чтобы произошла передача, достаточно было заявления хотя бы одного сенатора в отделении о необходимости дать руководящее толкование.

По закону дело могло попасть в департамент не только из отделения, но и сразу из распорядительного заседания. Однако в реальной практике ГКД такого никогда не делалось, поскольку на этой стадии жалобы не рассматривались достаточно подробно: так, по крайней мере, утверждал Добрин⁷. Обер-прокуратура правом передачи дела из отделения в департамент не обладала, хотя и могла просить об этом сенаторов. Впрочем, таких просьб тоже никогда не случалось, что дало М.М. Винаверу основание написать: «К сожалению, наша сенатская обер-прокуратура стесняется почему-то открыто предлагать сенату переносить дело, по новизне вопроса, на уважение департамента. Кто установил этот запрет, неизвестно; но обер-прокуратура, по традиции, свято его соблюдает». Отсюда проистекал некоторый парадокс: судьи-сенаторы не обязаны были иметь определенное мнение по рассматриваемому вопросу, однако товарищ обер-прокурора, дающий свое заключение, почему-то должен был «иметь всегда готовое суждение по всяким общим, не имеющим прецедентов, вопросам права»⁸.

Право передачи дела в департамент было важнейшим правом сенатора. По сути, это было право инициировать создание прецедента. Таким правом обладали все сенаторы, но пользовались они им далеко не одинаково. О В.Л. Исаченко говорили — «с некоторую тенью упрека» — что никто не возбуждает так много и охотно «департаментских» вопросов, как он. В этом, во всяком случае, уверял своих читателей Винавер — и затем констатировал, что «страх перед департаментскими вопросами стал в последнее время поистине паническим. Громоздкость департаментского аппарата, с его предварительною печатною подготовкою, с предварительным совещанием и — что особенно страшно — с опасностью, что обнаружится, при ближайшем рассмотрении, отсутствие „вопроса“, — заставляет многих искусственно душить проблемы, несомненно новые и общие, и укладывать

⁵ Добрин С.И. Очередные вопросы в литературе гражданского права (литературное обозрение) // Вестник гражданского права. 1915. № 1. С. 121.

⁶ РГИА. Фонд 1364. Опись 15. Дело 235. Л. 27.

⁷ Добрин С.И. Указ. соч. С. 120.

⁸ Винавер М.М. Гражданская хроника // Вестник гражданского права. 1913. № 2. С. 98.

дела на прокрустово ложе старых прецедентов»⁹. Он называл это явление *horror departamenti*. Страх этот существовал-де и раньше: «Очень суровые критики в составе сенаторов особенно были чувствительны к переносу в департамент дел, в которых, по тщательном рассмотрении, не оказывалось вопросов новых»¹⁰.

Очевидно, что в большинстве случаев инициаторами передачи становились сенаторы, которые докладывали дело в отделении, а следовательно, хорошо его изучили и могли заранее уяснить себе его принципиальное значение. Остальным сенаторам отважиться на передачу в департамент чужого для них дела было нелегко, хотя такие случаи несомненно бывали. Их процент в общем количестве передач достоверно неизвестен. Несомненно и то, что передача дела из отделения в департамент вызывала затяжку в его разрешении. Все издержки этой «прокрастинации» неизбежно падали на участников дела, хотя они, в принципе, не извлекали из нее ощутимых выгод: превращение дела в официальный прецедент толкования было призвано удовлетворить общественный, публичный интерес, а вовсе не интерес частного лица, который заключался лишь в скорейшем разрешении дела в свою пользу и более ни в чем. Нематериальной компенсацией для подателя жалобы могла быть лишь «минута славы» — возможность связать свое имя с громким решением, остаться в анналах юриспруденции. Конечно, эта возможность интересовала далеко не всех.

По поводу дискутировавшейся внутри ГКД идеи как-либо ограничить, обставить условиями и поставить под контроль большинства членов отделения право каждого сенатора в отделении передать дело в департамент С.И. Добрин возражал, что это — «драгоценное право. Оно необходимый корректив самого института отделений, и всякое его ограничение будет нас только отдалять от идеала единой кассационной инстанции. Желая облегчить каждому сенатору возможность пользоваться этим правом, закон не требует от него ничего, кроме безотчетного убеждения в необходимости по делу разъяснения законов и заявления об этом убеждении. Но, именно поэтому же, закон и не

может исходить из мысли, что заявленное сенатором мнение о необходимости разъяснения законов непременно правильно и по существу. Сенатор исполнит свой долг и роль, для которой он избран законом, если он не даст погибнуть в отделении делу, которое, может быть, заслуживает внимания департамента. Но, обратив на дело внимание департамента, он уже сделал все. Затем, департамент уже компетентнее его и может найти, что по делу никакой необходимости в разъяснении законов вовсе не оказывается, а потому и решение по делу не заслуживает печатания»¹¹.

Как уже было сказано, Судебные уставы описывали кассационную процедуру довольно поверхностно, и ГКД пришлось многое изобретать самому. Это касалось в том числе (и даже прежде всего) порядка рассмотрения департаментских дел.

Многоопытный цивилист В.Л. Исаченко в конце своей жизни (ум. в 1915 г.) взялся детально изложить для публики этот порядок.

В описании престарелого сенатора, которое мы дополним сведениями из иных источников, он представляется в следующем виде.

После того как сенатор в отделении заявлял о необходимости «передать дело на уважение департамента», обязанностью инициатора передачи становилось сформулировать тот принципиальный юридический вопрос, необходимость разъяснить который и вызвала передачу дела. После получения формулировки вопроса дело возвращалось тому товарищу обер-прокурора, от которого поступило в отделение. Он должен был провести предварительную, аналитического характера, подготовку, которая заключалась в собирании различных справок, а именно: «товарищ обер-прокурора подыскивает подходящие к делу законы, воследовавшие решения Правительствующего Сената; собирает указания науки и юридической литературы; разыскивает нужные сведения в подлежащих министерствах и ведомствах, в Государственном Совете; знакомится с первоисточниками, иногда — консультирует ученых представителей науки, лично или письменно обращаясь к ним с просьбою высказать

⁹ Винавер М.М. Василий Лаврентьевич Исаченко // Вестник гражданского права. 1914. № 4. С. 10.

¹⁰ Винавер М.М. Гражданская хроника // Вестник гражданского права. 1915. № 7. С. 130.

¹¹ Добрин С.М. Указ. соч. С. 120–121.



свое мнение. Из всего собранного таким путем материала он составляет записку, прилагая к ней свое „заключение“, т.е. изложение [того], как, по его мнению, должен быть разрешен предложенный департаменту вопрос»¹². Эта записка затем обсуждалась на совещании обер-прокурора и всех его товарищей. Критика коллег, и в том числе собственного начальника, не была для автора записки сколько-нибудь обязательной: он мог, вопреки оппонентам, остаться при своем мнении и ничего не менять в своем заключении. Обсуждалось, как правило, 10–12 дел за одно заседание; по каждому из них выступал товарищ обер-прокурора, которому было поручено заключение. Он излагал спорные вопросы и свои соображения о том, как следовало бы решить дело, а его коллеги высказывали свои замечания и возражения. По итогам этого совещания товарищ обер-прокурора составлял печатную записку, которая рассылалась всем сенаторам за две недели до доклада¹³.

После этого процесс переходил в самую важную и вместе с тем проблематичную, если не сказать щекотливую фазу — вопрос обсуждался на закрытом от публики совещательном заседании всех по возможности сенаторов департамента с участием ответственного товарища обер-прокурора и самого обер-прокурора. Последний мог поддержать своего товарища, но мог и оппонировать ему. Следом выступал сенатор-докладчик, причем это не всегда был тот же самый сенатор, что передал дело в департамент и сформулировал юридический вопрос для обсуждения¹⁴. Далее выступали те сенаторы, которые желали иметь слово. Продолжалось совещательное заседание примерно семь часов, т.е. было весьма изнурительным. По окончании прений первоприсутствующий отбирал голоса по каждому из поставленных вопросов; сам он голосовал последним. Таким образом, в совещательном заседании сенаторов правовой вопрос, заключенный в деле, предreshался так или иначе большинством голосов.

По своим свойствам это решение, принятое в совещательном заседании, было весьма необычным: предварительным и вместе с тем обязывающим. На

следующий день — как правило, это была среда — происходило открытое («судебное») заседание департамента с участием сторон и их представителей. Присутствие департамента всегда состояло из семи сенаторов, из которых только первоприсутствующий был величиной постоянной (хотя кто-либо из старейших сенаторов мог его иногда заменять), а остальные шестеро судей менялись по заранее установленной очереди в целях равномерного распределения департаментской нагрузки среди сенаторов ГКД. Решение этой семичленной коллегии должно было совпасть и в подавляющем большинстве случаев действительно совпадало с решением «кулуарного» общего совещания сенаторов ГКД. Однако, если «после доклада дела в публичном заседании, после выслушания словесных объяснений явившихся тяжущихся и их представителей, составляющие [публичное] присутствие сенаторы, под влиянием ли выслушанных речей адвокатов или убеждения тех из своих коллег, которые вчера остались в меньшинстве, изменяют свой взгляд... тогда объявление резолюции отлагается до другого заседания, а дело вновь вносится на голосование всех сенаторов и уже тут решается окончательно»¹⁵. В таком случае второе и уже бесповоротное решение предварительного совещания объявлялось сторонам от имени семичленной коллегии в день, назначенный для провозглашения резолюции.

Этот порядок, заведенный верховным судом, вызывал, разумеется, критику ревнителей чистоты Судебных уставов, порой даже яростную. Во главе критиков стоял М.М. Винавер, который считал, что разбиение сенаторов ГКД на семерки из закона вовсе не вытекало и что все сенаторы должны были бы присутствовать в департаментских заседаниях¹⁶. Винавер ставил в пример УКД, который, «исходя из отсутствия каких-либо указаний в законе на семерку или иную цифру, понял закон так, что департамент должен заседать во всем составе судей — и так до сих пор и заседает», — и далее разворачивал свою критику следующим образом:

«Произвольное установление семичленного состава департамента явилось источником понятных осложнений. Совершенно ясно, что разделение числа

¹² Исаченко В.Л. Взаимодействие юридических сил, как условие успеха судебной реформы // Вестник гражданского права. 1914. № 7. С. 54.

¹³ Там же. С. 51.

¹⁴ Винавер М.М. Гражданская хроника // Вестник гражданского права. 1914. № 2. С. 101.

¹⁵ Исаченко В.Л. Взаимодействие юридических сил... С. 55.

¹⁶ Винавер М.М. Гражданская хроника // Вестник гражданского права. 1913. № 8. С. 98.

сенаторов на ряд коллегий из 7 человек каждая, с присвоением каждой законных прав „присутствия департамента“, должно было привести к образованию ряда „присутствий департаментов“, из которых каждое почитало бы себя компетентным в „разъяснении законов для руководства к единообразному их применению“. Для сохранения единства было выдуманно особое внезаконное учреждение — предварительное сенаторское совещание по вторникам, перед департаментским заседанием в среду»¹⁷. Однако, по словам Винавера, «из числа 30 с лишним сенаторов в совещание является подчас не более половины, — личный состав участников от одного заседания к другому меняется весьма значительно, и наитруднейшие вопросы права решаются в зависимости от случайной явки того или другого из сенаторов, весьма незначительным большинством, не отражающим истинного настроения сената и не гарантирующим прочности провозглашенных взглядов». Он приводил в пример одно принципиальное чиншевое дело — настолько спорное, что по нему единственный раз в истории ГКД двум несогласным друг с другом товарищам обер-прокурора дозволено было состязаться перед лицом сенаторов в предварительном совещании. Это принципиальное дело, по словам Винавера, было решено определенным образом (против чиншевиков) большинством в один голос потому только, что сенатор А.Л. Боровиковский, «друг чиншевиков», должен был уйти с совещания раньше, чем оно закончилось»¹⁸.

Более спокойную оценку этим внутренним сенатским обыкновениям давал обер-прокурор Общего собрания кассационных департаментов Н.М. Рейнке. «В этих [предварительных] заседаниях, — писал он, — разрешается не дело, а возникающий по делу юридический вопрос, требующий нового разъяснения закона. Эти заседания законом не установлены, а выработаны обычаем и необходимостью в нестесненной форме беседы всех сенаторов (а не только семи, образующих судебное присутствие департамента), с общего, по возможности, согласия, установить то юридическое начало, которое должно быть положено в основание при разрешении дела в судебном присутствии. Формулировка выработанных таким образом юридических

тезисов производится совместно обер-прокурором и первоприсутствующим»¹⁹.

Главная причина, которая вызвала к жизни такой порядок, состояла в быстром и неуклонном из года в год наплыве кассационных жалоб. Это, в свою очередь, имело два важнейших последствия: (1) непомерно увеличивалась нагрузка на сенаторов, и (2) общедепартаментское присутствие стало чрезмерно большим и в полном своем составе сделалось непригодно для слушания множества текущих дел в обычной состязательной процедуре. Формально этот порядок был санкционирован определением ГКД от 31 января — 1 февраля 1883 г., которое может считаться своего рода «внутренним уставом» ГКД. В архивах сохранился как минимум один экземпляр этого любопытного документа, в принятии которого участвовали все 26 сенаторов департамента. Обсуждение было целиком посвящено оценке фактически сложившихся в ГКД процедур, и в центре внимания оказался именно вопрос о предварительных совещаниях, не предусмотренных законом. Докладчиком стал первоприсутствующий сенатор П.И. Саломон, который, правда, в итоге разошелся с большинством и остался при особом мнении.

Согласно описательной или «исторической» части определения 1883 г., «предварительные совещания, существующие до настоящего времени, установились в первые же годы деятельности Гражданского Кассационного Департамента. При том значении, которое присвоено его определениям статьей 815 Уст. Гр. Суд., и при казуистичности и неполноте действующего гражданского законодательства, затрудняющих применение закона к отдельным случаям практической жизни, Гражданский Кассационный Департамент считал своею обязанностью воспользоваться всеми своими наличными силами для всестороннего обсуждения возбуждаемых по делам юридических вопросов и для полного уяснения истинного разума закона и способов его применения. С этой целью организованы упомянутые совещания, в которых принимали участие не только докладчики дел, возбуждающих подлежащие обсуждению вопросы, но и другие Сенаторы Департамента, не исключая и освобожденных по закону... или по особым Высочайшим повелениям от присутствия в заседаниях Департамента»²⁰.

¹⁷ Винавер М.М. Гражданская хроника // Вестник гражданского права. 1913. № 7. С. 137.

¹⁸ Там же. С. 138–139.

¹⁹ Рейнке Н.М. Указ. соч. С. 322.

²⁰ РГИА. Фонд 1364. Опись 15. Дело 222. Л. 12.



Далее в сенатском определении этот порядок подробно оправдывался практическими доводами и соображениями. «Если обычай предварительных совещаний отменить, ради того лишь, что он законом не предусмотрен, то весь труд сих совещаний, все прения по весьма спорным юридическим вопросам, легли бы всею тяжестью на судебном заседании, которое в таком случае не оканчивалось бы и одним днем». В пользу предварительных совещаний говорила и возможность использовать благодаря им некое подобие практики «друга суда» (*amicus curiae*): «На предварительном совещании возможен обмен мнений с такими должностными лицами, познания и практическая опытность которых содействуют разъяснению спорного вопроса, но которые не могут быть допущены к участию в обсуждении и разрешении в судебном заседании выслушанного дела. На совещаниях выясняется заключение, к которому приходит большинство Сенаторов относительно спорного вопроса, и это заключение *принимается во внимание* (курсив наш. — А.В.) при разрешении дела в судебном заседании. Однако такому заключению никогда не придавалось значения резолюции, предreshающей дело и не подлежащей перевершению. Если по выслушании сторон и вообще при суждении о деле в судебном заседании присутствующие Сенаторы встречают существенные сомнения по спорному вопросу, бывшему предметом совещания, то разрешение дела отлагается с соблюдением 702 ст. Уст. Гр. Суд., и спорный вопрос подвергается вновь рассмотрению. На упомянутых совещаниях обсуждается по наиболее спорным вопросам и мотивировка положений в определениях Департамента. При этих условиях, разъяснения в определениях Департамента, подписываемых не всеми Сенаторами (а только семерыми. — А.В.), не расходятся с воззрениями большинства Сенаторов, а следовательно и Департамента»²¹.

Переходя затем от вопроса о *целесообразности* предварительных совещаний к вопросу о *законности* их, авторы определения старались доказать, что законодательство не воспрещает ограничивать присутствие департамента семью сенаторами и устанавливать очередь присутствия сенаторов в департаментских заседаниях. Для этого они использовали телеологическое толкование: дескать, закон 1877 г. имел целью

ускорить и облегчить производство дел, а потому и меры, принятые Сенатом с той же самой целью, вполне оправданны. К тому же, «этим не устраняется образование присутствия Департамента и в полном составе в тех случаях, когда оказывается необходимым участие всех наличных сенаторов»²². Впрочем, такие случаи были экстраординарными, а установление очереди все-таки означало, что в остальных — нормальных — случаях сенатор устранился от участия в общем заседании своего департамента и лишился возможности присутствовать там вне очереди по собственному почину. Такое регулирование делало устройство ГКД резко отличным от общесенатских порядков.

Убедив себя в том, что «отмена предварительных совещаний, ни какому закону непротивных, представляется нежелательной и даже вредною»²³, в резолютивной части определения 1883 г. сенаторы установили, в качестве нормы, что «до публичного заседания Департаментского присутствия, Гражданский Кассационный Департамент, в полном своем составе, в закрытом совещании, обсуждает юридические вопросы, требующие установления Сенатом общих руководящих начал или нового толкования законов, к единообразному их разумению и применению». Помимо того, вводились два других важных пункта: «8) Мнения, состоявшиеся по большинству голосов, *принимаются очередным Департаментским Присутствием в соображение* (курсив наш. — А.В.) при постановлении резолюции... 9) В случаях, когда в состав очередного Департаментского Присутствия должно войти большинство сенаторов, не согласившихся с принятым в совещании положением, публичное слушание дела происходит в полном составе Гражданского Кассационного Департамента»²⁴.

Последний пункт было весьма трудно исполнить на практике, что и вызвало позднее необходимость внести поправки в данный «устав» или «конституцию» ГКД. Но о том речь впереди.

Этот основополагающий документ был одобрен отнюдь не единогласно. Как уже сказано, к нему было приложено особое мнение первоприсутствующего сенатора П.И. Саломона: «Подписывая определение Правительствующего Сената, состоявшееся 31 янва-

²¹ Там же. Л. 13.

²² Там же. Л. 14.

²³ Там же. Л. 13.

²⁴ Там же. Л. 15.

ря и 1 февраля 1883 года, я этим выражаю мое подчинение закону... но не отказ мой от сделанных мною Г.Г. Сенаторам заявлений. Я остаюсь при твердом убеждении, что закон 10/11 июня 1877 года установил одно Присутствие Департамента и несколько Присутствий Отделений и не уполномочил Департамент назначать очередных делегатов для публичного рассмотрения дел, предоставленных его ведению и решению». Саломон доказывал, что присутствию департамента дозволено состоять не менее как из семи сенаторов «лишь в виде исключения, в предвидении разных случайностей, могущих воспрепятствовать полному составу Сенаторов принять участие в рассмотрении дел, требующих разъяснения закона»; иначе говоря, это был кворум, а не верхний предел и не нормальная численность судей в публичном заседании кассационного суда. Закрытые же совещания «не суть присутствия Сената, а лишь частные, на взаимном соглашении основанные собрания Сенаторов для обсуждения важнейших вопросов... при таком характере совещательных заседаний, они не могут быть обязательными, и один нравственный долг следить за кассационной практикой и содействовать Департаменту в исполнении его важнейших обязанностей не может побуждать его [сенатора] к участию в том, что в сущности составляет обход закона». Далее Саломон указывал, что, будучи поначалу именно совещательными, со временем «и вероятно вследствие той простой причины, что в большинстве дел кассационных решение юридического вопроса равносильно решению самого существа дела, заседания эти изменили свой характер. Сделавшись, наконец, не более ни менее как предварением публичного Департаментского Присутствия, они постановляли обязательные для него решения. Хотя, в заседании 30 января, большинство Г.Г. Сенаторов согласилось ограничить деятельность совещательных заседаний рассмотрением одних юридических вопросов, но вместе с тем, оно отклонило все гарантии, которыми предполагалось предупредить перерождение этих заседаний в прежний их образ»²⁵, т.е. превращение их решений в обязательные.

Особое мнение девяти других сенаторов²⁶ развило позицию Саломона и подвергло резолюцию боль-

шинства острой критике, не указав, впрочем, путей выхода из создавшегося нелегкого положения. Раздробление единого департаментского присутствия на чередующиеся между собой составы по семь сенаторов в каждом, объединенные только личностью первоприсутствующего, члены меньшинства считали противоречащим закону и не соответствующим его цели, которая состояла именно в единообразном толковании законов: ведь, по сути, это были те же самые отделения, только в усиленном составе. Согласно резолюции, решение дела в департаментском присутствии, состоящем из семи сенаторов, могло последовать только тогда, когда большая часть их принадлежит к составившемуся на предварительном совещании всех сенаторов большинству. Однако, на взгляд подписавших особое мнение, тем самым признавалось, «что истолкование закона, для единообразного его применения, должно в действительности всегда выражать взгляд большинства всего состава кассационного суда; но с признанием сего начала, оно должно осуществляться не в произвольной форме, а в той, какую указал закон». Поэтому сложившийся порядок рассмотрения, делающий из публичных заседаний одну только проформу, составляет явное нарушение ст. 803 и 804 Устава гражданского судопроизводства: ведь «закон, считая публичность и гласность одною из существеннейших гарантий правильного отправления правосудия во всех судебных местах, не исключая и Сената, конечно не мог иметь в виду обратить ее в одну простую формальность»²⁷.

Кроме того, меньшинство указывало, что утвержденный определением порядок игнорировал требования закона и в других аспектах: чины прокурорского надзора всегда присутствовали на совещаниях, резолюции не излагались письменно и «самое разрешение в этих совещаниях вопросов в том или другом смысле, не оставляя никаких письменных следов, становилось сомнительным и, с течением, времени, при изложении на письме состоявшихся по таким резолюциям определений, возбуждало иногда новые споры о смысле данных в подобных совещаниях разрешений (чему можно указать примеры)»²⁸. Между тем лица обер-прокурорского надзора не должны присутствовать при совещании судей, а письменное изложение резолюций

²⁵ РГИА. Фонд 1364. Опись 15. Дело 222. Л. 16.

²⁶ А.К. Фриде, И.Р. Отмарштейн, А.Н. Сальков, Н.Г. Принтц, В.И. Бартенев, П.О. Тизенгаузен, Д.Г. фон Дервиз, Н.П. Талквист, Н.Н. Герард.

²⁷ РГИА. Фонд 1364. Опись 15. Дело 222. Л. 17–18.

²⁸ Там же. Л. 18.



предварительного совещания не было предусмотрено в определении. Отсюда и вывод меньшинства: совещательные заседания «по несоответствию их с установленными в законе, для заседаний судебных мест, формами, не могут быть отнесены ни к судебным, ни к распорядительным заседаниям, а суть ничто иное, как частные, не установленные законом совещания, основанные на добровольном соглашении лиц, в них участвующих, и как таковые, не могут быть признаны ни для кого обязательными»²⁹.

Наконец, меньшинством было обращено внимание и на то, что в прецедентных (департаментских) решениях очень важна мотивировка, «а эта мотивировка ускользнет, при устанавливаемом определением порядке, от внимания большинства сенаторов, ибо будет зависеть исключительно от тех семи сенаторов, которые заседали в очередном Департаментском публичном заседании», поскольку только они подписывают решения, изложенные в окончательной форме³⁰.

И все же, несмотря на сильные возражения, резолюция большинства получила формальную силу и стала как бы внутрисенатским законом³¹. Можно, говоря условно, именовать это определение «конституцией 1883 г.», не забывая, впрочем, о том, что она не распространялась на УКД, где действовали совершенно другие порядки.

Эта «конституция» никогда не публиковалась, но большим секретом для юридической общественности быть не могла: она упоминалась в официальных публикациях³², а в юридической прессе заранее печатался состав присутствий ГКД, из которого всякому было видно, что присутствие всегда состоит ровно из семи членов, не больше и не меньше, и никогда из полного состава Департамента. Более того, сами положения, принятые в совещательном заседании сенаторов, иногда попадали на страницы газет!³³

²⁹ Там же. Л. 19.

³⁰ Там же.

³¹ Влияние критики сказалось в том, что резолюции предварительного совещания стали обязательно излагаться письменно. Благодаря этому все они сохранились.

³² Высочайше учрежденная комиссия для пересмотра законоположений по судебной части. Подготовительные материалы. Т. II. СПб., 1894. С. 25.

³³ Так, положения по делам, подлежавшим рассмотрению в судебном заседании 13 октября 1899 г., находим опу-

Таким образом, это был скорее секрет Полишинеля, нежели настоящая тайна.

Юридическая сила положений, выведенных ГКД в совещательном заседании (они иногда именовались тезисами), формулировалась в определении 1883 г. весьма осторожно: семи сенаторам, участвующим в последующем публичном заседании, надлежало лишь *принимать во внимание* или *принимать в соображение* эти тезисы; не было речи о том, чтобы *руководствоваться* ими или *применять* их.

Но по неясности того, что означало «принимать в соображение», тезисы обречены были стать обязывающими, поскольку ссылаться на них в мотивировке решения для придания его выводам вящей убедительности было нельзя, и, следовательно, у коллегии из семи сенаторов оставалось теоретически лишь два пути: либо вовсе игнорировать выработанные совещанием тезисы и решать дело по своему разумению, либо, напротив, стараться строго им следовать, не ссылаясь на них, а в случае возникновения серьезных сомнений в правильности какого-либо тезиса — настаивать на его пересмотре и ради этого откладывать дело. Поскольку первый путь был безусловно закрыт «конституцией 1883 г.», оставался только второй.

Последующее развитие событий это вполне подтверждает. В своей записке, относящейся к началу 1903 г., первоприсутствующий сенатор ГКД Н.Н. Мясоедов подчеркивал обязательность положений, принятых совещанием: даже если тезис, выработанный в совещательном заседании, оказывается неприменимым к обстоятельствам дела, то он не вводится в решение судебного присутствия, постановляемое по другим основаниям, а принимается в руководство для будущих случаев³⁴. «Но никогда судебное присутствие не может вводить в свое решение какие-либо юридические положения, которые отвергают, изменяют или ограничивают руководящие тезисы совещаний. Вполне свободное во всех других вопросах, представляемых данным делом, судебное присутствие стеснено

ликованными в № 45 «Судебной Газеты» того же года, стр. 13.

³⁴ Заметим, что в таком случае он оставался неизвестен тем, к кому должен был применяться. Впрочем, конкретных примеров таких «тезисов, заготовляемых на будущее», нам не встречалось.

разрешением, данным предварительным совещанием. И такое отношение судебного присутствия к совещанию вполне понятно: к разрешению юридических вопросов, занимающих совещание, привлекаются все наличные силы магистратуры и обер-прокурорского надзора... За исключением немногих случаев, когда при малом составе совещания образуется незначительное большинство и когда сознается потребность переобсуждения дела при большем числе Сенаторов, — за исключением этих случаев, — юридические положения, принятые в совещании, не должны быть подвергаемы никаким колебаниям и судебное присутствие... должно решить дело без отступления от состоявшихся в совещании положений»³⁵.

Со временем «конституция 1883 г.» потребовала некоторых корректив, и записка Мясоедова была вызвана именно этим обстоятельством. Автор ее объяснял суть дела так. Предварительное совещание «есть компромисс, неизбежный для достижения, по мере возможности, единства кассационной практики при затруднительных условиях, препятствующих этому единству и коренящихся в чрезмерном количестве дел и судебных деятелей, призванных для их решения. Совещательные заседания представляют единственное средство к достижению возможного единства». «В настоящее время, — продолжал Мясоедов, — когда состав Департамента и количество дел увеличились значительно более, целесообразность предварительных совещаний не нуждается ни в каких доказательствах. Но не все правила, установленные в 1883 году, оказались удобоприменимыми на практике». Прежде всего оказалось практически мертвым правило о том, что, когда большинство в составе очередного судебного присутствия оказывается состоящим из сенаторов, не согласившихся с принятым накануне в совещании положением, публичное слушание дела происходит в полном составе Департамента. Оно было применено, в течение 20 лет, только два раза, тогда как указанное несогласие вовсе не составляло редкости. Во избежание слушания дела в полном составе ГКД, что представляло много неудобств, установился обычай применять некоторые приемы, направленные к устранению полного состава присутствия. Самый простой способ заключался в предложении кому-либо из сенаторов, составлявших

в совещании меньшинство, а в судебном заседании большинство, подчиниться мнению большинства совещания. Иногда этим способом цель достигалась, и дело разрешалось в судебном заседании беспрепятственно, но чаще встречались случаи, когда не удавалось достигнуть образования требуемого большинства. В подобных случаях практиковался следующий порядок: дело не доводилось до судебного заседания и откладывалось на неопределенное время, до тех пор пока не составится большинство сторонников одного и того же мнения и в совещании, и в судебном заседании. Бывало, что дело откладывалось таким образом несколько раз, и во всякое данное время в Сенате имелось несколько дел, ожидавших разрешения по этой причине. Однако такой прием имел, по мнению Мясоедова, очевидные недостатки: он «замедляет движение дел, вызывает напрасное прибытие тяжущихся и допускает, теоретически, возможность бесконечной проволочки»³⁶.

Альтернатива, предложенная Мясоедовым во избежание подобных проблем и порождаемых ими ухищрений, заключалась в следующем: «Если в составе судебного присутствия не образуется большинства, выражающего мнение, принятое совещанием, то для доставления этому мнению преобладания, т.е. для достижения цели, ради которой учреждены самые совещания, — достаточно только дополнить состав судебного присутствия таким числом сенаторов, принадлежащих к большинству, при котором это большинство получило бы действительное преобладание... Против законности такого состава присутствия едва ли можно возразить. По закону, присутствие Департамента должно состоять не менее как из 7 Сенаторов, следовательно, по закону могут заседать и 8, и 9, и 10, и т.д. Сенаторов... В гражданском процессе нет правила о сообщении тяжущимся списка судей, имеющих присутствовать в заседании, и никакие права тяжущихся не могут быть нарушены добавлением к очередному составу судей, первоначально не предполагавших присутствовать. Цель образования присутствия указанным способом направлена к пользе дела; поэтому интерес в откладывании дела для того тяжущегося, которому благоприятно мнение меньшинства совещания, — на случай изменения соотношения голосов в самом совещании, т.е. превращения бывшего

³⁵ РГИА. Фонд 1364. Опись 15. Дело 1096. Л. 73 (дело о преобразовании ГКД, 8 июня 1893 — 11 февраля 1903 г.).

³⁶ Там же. Л. 72, 73.



меньшинства в большинство — не заслуживает ни малейшего покровительства»³⁷.

Тут, разумеется, может возникнуть вопрос: если существование совещаний никак закону не противоречило, а ГКД был правомочен произвольно определять состав судебного присутствия, то что же мешало предать эти порядки полной гласности? По-видимому, самим сенаторам они не казались настолько бесспорными, чтобы, не стесняясь ничего, выставить их на всеобщее обозрение. Впрочем, сам первоприсутствующий либо не испытывал подобных сомнений, либо гнал их прочь: его записка ободряюще констатировала, что «ни со стороны общественного порядка, ни со стороны тяжущихся не может быть и тени каких-либо подозрений в подборе присутствия для составления предвзятого мнения. Оно дополняется, как неоднократно уже сказано, для обеспечения преобладания мнения уже принятого большинством голосов, поданных свободно и по крайнему судейскому разумению»³⁸.

По итогам обсуждения этой записки определением общего собрания ГКД от 11 февраля 1903 г. «сенатская конституция» была скорректирована следующим образом:

«1) В изменение порядка, установленного в распорядительном заседании 31 января 1883 года, постановить следующее правило: если в совещательном заседании большинством будет принято мнение, неразделяемое большинством Сенаторов, входящих в состав очередного присутствия судебного заседания Департамента, то производится замена Сенаторов, составляющих большинство судебного присутствия, Сенаторами, принадлежащими к большинству совещательного заседания на столько, на сколько это необходимо для согласования большинства судебного присутствия с большинством совещания. 2) Замена эта совершается на следующих основаниях: а) по соглашению Г. Первоприсутствующего с Г.г. Сенаторами; б) вступлением в состав судебного присутствия Г.г. Сенаторов, состоящих на очереди для замещения отсутствующих; в) вступлением в это присутствие младших по назначению в последовательном порядке и г) выбытием при составе судебного присутствия в том же порядке заменяемых Г.г. Сенаторов, за исклю-

чением Сенатора Докладчика, который ни в каком случае не заменяется»³⁹.

По-видимому, ГКД не согласился со своим первоприсутствующим лишь в том, что присутствие Департамента может составлять более семи человек, потому и был добавлен пункт «г», предусматривающий выбытие сенаторов.

По имеющимся данным трудно судить, насколько гладко функционировал этот обновленный поправками 1903 г. порядок: можно лишь умозрительно представить себе, какие трудности должны были возникать в тех случаях, когда в совещании складывалось по разным делам несовпадающее большинство или меньшинство: ведь члены большинства по одному делу могли оказываться в меньшинстве по другому. Поскольку в одном и том же публичном заседании рассматривалось несколько дел, необходимо было, с учетом столь сложного расклада голосов, подбирать такой состав судебного присутствия, который представлял бы большинство по *каждому* делу. Положение должно было усложняться еще и тем, что имелись непеременные члены судебного присутствия — сенаторы-докладчики, устранить которых было нельзя; они могли составлять примерно половину присутствия (зачастую сенатор-докладчик докладывал несколько дел, поэтому докладчиков в заседании бывало трое или четверо). Мало того: некоторые сенаторы представляли ГКД в соединенных присутствиях Сената, а также отвлекались на участие в каких-либо учрежденных свыше комиссиях и тем самым выпадали из очереди. Все эти соображения и обстоятельства не могли не превращать формирование судебного присутствия в сложное уравнение со множеством переменных. Хотя в начале XX в. в ГКД было 33 сенатора, что теоретически позволяло сформировать пять стабильных составов присутствия по шесть сенаторов в каждом (седьмым членом всегда был первоприсутствующий сенатор), в действительности мы видим, что состав судебных присутствий блистал непостоянством: просмотр протокольных книг ГКД за два года (1907 и 1908) обнаруживает, что в проведенных в эти годы департаментских заседаниях — а всего их было 30 — ни разу не случилось такого, чтобы составы судебного присутствия совпали полностью, и лишь в редких

³⁷ Там же. Л. 73–74.

³⁸ Там же. Л. 78.

³⁹ Там же. Л. 77.

случаях они совпадали в основном; выявить стабильные, правильно чередующиеся составы не удастся⁴⁰. Эту изменчивость трудно объяснить иначе, как частой необходимостью применять поправки 1903 г. Установленный ими порядок был труден в применении, но, возможно, до какой-то степени его выручала дисциплинированность сенаторов: порой они могли — так сказать, «во имя порядка» — голосовать за решение, которое накануне оспаривали в совещании.

Что происходило после, когда решение по департаментскому делу было принято? Прежде всего возникала необходимость составить текст решения. По свидетельству В.Л. Исаченко, его писал именно сенатор-докладчик; это утверждение несколько корректирует С.В. Завадский, говоря, что, «во-первых, не всегда решение пишется докладчиком (примером может служить известное решение по делу Климова, давшее новое определение железнодорожной эксплуатации), а во-вторых, не всегда докладчик излагает свое мнение (примером может служить печатное выступление сенатора В.Л. Исаченка против состоявшегося по его же докладу решения). Однако, все это — исключения, а в огромном большинстве случаев докладчик и пишет решение, и озаменовывает его своей печатью; если решение постановляется судебским товариществом, то это — товарищество на вере, где докладчик является полным товарищем, а остальные судьи, обычно не исключая и председательствующего, только вкладчиками»⁴¹. В годы, когда первоприсутствующим сенатором ГКД был П.А. Юренев (1912–1916), в официальном сенатском сборнике решений особо отмечались те дела, составителем решения по которым был не докладчик, а другой сенатор (по большей части сам первоприсутствующий)⁴².

Составленный сенатором-докладчиком проект департаментского решения просматривался затем первоприсутствующим и обер-прокурором. Н.М. Рейнке писал: «Ввиду особой важности, которую имеют со-

ображения, оправдывающие окончательный вывод по гражданским делам, на обер-прокуроре, по издавна установившемуся обычаю, лежит совместный с первоприсутствующим просмотр проектов решений, излагаемых сенаторами по департаментским делам. Хотя обер-прокурорам кассационных департаментов и не присвоено права пропуска сенатских решений, но обнаружение очевидной ошибочности в приведенных сенатором-докладчиком соображениях имеет (опять-таки по установившемуся в Гражд. касс. д-те обычаю) то последствие, что такой проект решения исправляется по соглашению с сенатором-докладчиком»⁴³.

Сами сенаторы ГКД были в числе критиков сложившихся в Департаменте порядков, тем более что уровень нагрузки на этих довольно пожилых людей продолжал расти: в течение рабочего месяца (а в году таких месяцев было в общей сложности девять) сенатор ГКД тратил на заседания, подготовку докладов и решений 24 дня⁴⁴. Эта нагрузка постоянно признавалась чрезмерно высокой. До резкого увеличения штатов в январе 1914 г. нормой в отделениях ГКД был трехчленный состав присутствия, заседания же в составе четырех сенаторов случались нечасто. Расширение штатов позволило сделать нормой четырехчленный состав (12 отделений при 48 сенаторах). Но сенатор Ф.Ф. фон Паркау предлагал, в ответ на дальнейшее усиление нагрузки, вновь сделать правилом трехчленный состав отделений и благодаря этому увеличить их число, уповая на то, что таким способом удастся облегчить труд сенаторов⁴⁵. В распорядительном заседании ГКД, состоявшемся в конце 1914 г., сенатор Змирлов настаивал на преобразовании Департамента: по его мысли, следовало устроить постоянные по составу секции по восемь сенаторов, со специализацией, что позволит выработать «прочную, неколеблющуюся практику и даст возможность каждому из сенаторов совершенствоваться в своей специальности и стоять всегда на высоте своих обязанностей — истолковы-

⁴⁰ РГИА. Фонд 1364. Опись 18. Дело 937.

⁴¹ Завадский С.В. Памяти Якова Васильевича Сабурова // Вестник гражданского права. 1915. № 1. С. 8. О деле Климова см.: Верещагин А.Н. «Дело Климова» и статья 683 Свода законов гражданских в практике Правительствующего Сената // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 9. С. 189–205.

⁴² См.: решения ГКД 1912 г. № 124, 1914 г. № 62 и 75, 1915 г. № 37, 1916 г. № 15.

⁴³ Рейнке Н.М. Указ. соч. С. 322. Право пропуска, т.е. опротестования состоявшихся решений, имелось у обер-прокуроров других департаментов Сената.

⁴⁴ Змирлов К.П. Желательная реформа в нашем кассационном производстве и судоустройстве // Журнал министерства юстиции. 1896. № 5. С. 50.

⁴⁵ Дело о замене совещательных заседаний в гражданском кассационном департаменте постоянными заседаниями по специальным разделам права (1914 г.). РГИА. Фонд 1364. Опись 15. Дело 222. Л. 21.



вать истинный разум закона»⁴⁶. Это позволило бы и упразднить совещательные заседания ГКД, которые, по мнению Змирлова, шли вразрез с коренными началами судостроительства и судопроизводства. По всем этим вопросам были созданы сенаторские комиссии; итог их работы нам неизвестен. Возможно, деятельность их была приостановлена с началом Второй (Великой) Отечественной войны⁴⁷. Во всяком случае, прошло больше года, и Винавер вновь сетовал:

«Не сделано также ничего для устранения или изменения сверхзаконного порядка разрешения департаментских дел в тайном, не предусмотренном законом, предварительном совещании, в отсутствии сторон и публики. По-прежнему эти предварительные совещания состояются из случайного числа пожелавших явиться сенаторов, по-прежнему разыгрывается на следующий после решения день нелепая комедия выслушивания адвокатских речей... На днях разрешен был один из самых спорных теоретических вопросов 18 сенаторами из числа 50. Значит, две трети состава сената остались в стороне, а одна треть состава, никаким законом на то не уполномоченная, навязала свой взгляд судебной коллегии, призванной разрешить дело, принудительным для нее образом. Может, конечно, случиться, что в составе официального присутствия образуется большинство инакомыслящих. Но сенатская тайная конституция позаботилась и об этом случае. Судебная коллегия не вправе тогда разрешить дело, а обязана отложить объявление резолюции до заседания, в котором соберется большинство, согласное с решением совещания. Выхода из тисков решения незаконной коллегии нет, — начала гласности и устности изгнаны из строя кассационного процесса в самые решительные, самые ответственные его моменты.

И для чего только в течение десятилетий ведется непонятная игра с тяжущимися, с адвокатами? Отчего им не объявляют, что старания их напрасны, что процесс у нас стал письменный и что все произносимые в департаменте речи есть кимвал бряцающий? Для чего каждую среду открывается торжественно зал с росписным плафоном, для чего восседают в мундирах,

украшенных золотом, семь судей, для чего съезжаются с дальних концов России адвокаты, — для чего заставляют их волноваться и горячиться и сотрясать воздух словами, которым наперед прегражден доступ к ушам судей? Зачем все это издевательство над людьми, не знающими, в большинстве случаев, что они являются участниками несколько смешного лицедейства?» — патетически вопрошал Винавер⁴⁸.

Эта филиппика весьма характерна для предреволюционных лет, когда леволиберальная пресса всемерно усиливала натиск на официальные институты и подвергала их безоглядной критике, бичеванию по поводу и без повода. Критика эта неточна и не очень справедлива: к тому времени в теории уже давно установилось мнение, что, разъясняя истинный смысл законов, кассационный суд блюдет не столько частный, сколько государственный интерес⁴⁹.

Существование отделений в кассационном суде было уступкой частному интересу, но деятельность департамента *in corpore* призвана была удовлетворять преимущественно интерес публично-правовой. Власть давать обязывающие толкования, т.е. власть фактически правотворческая, была вверена целому составу, так сказать «пленуму», Департамента, почему и требовалось собирать, по возможности, мнения всех его членов по поводу прецедентообразующих (департаментских) дел или как минимум давать возможность высказаться о них всем сенаторам, а не только членам семерки.

Именно достижению этой цели служило предварительное совещание. В УКД его не было, поскольку там возникало гораздо меньше прецедентных дел, и этот Департамент мог себе позволить окончательно

⁴⁶ См. отчет о заседании, опубликованный в газете «Право». 1914. 7 дек. С. 8401.

⁴⁷ Официальное название войны с германо-австрийским блоком, начавшейся в 1914 г.

⁴⁸ Винавер М.М. Гражданская хроника // Вестник гражданского права. 1916. № 2. С. 131.

⁴⁹ «В частном интересе тяжущихся и подсудимых устанавливаются обстоятельства каждого дела двумя судебными инстанциями, кассационная же инстанция наблюдает за интересом государственным, состоящим в том, чтобы законы государства применялись в том смысле, который давал им законодатель при издании закона. Поэтому доступ в высший кассационный суд должен быть открыт лишь для тех тяжущихся и подсудимых, по делам которых возникает вопрос о точном смысле закона, требующего нового разъяснения» (Рейнке Н.М. Указ. соч. С. 292). «Кассационный суд учрежден более в интересах государственных, а не частных» (Там же. С. 318).

решать дела в полном присутствии, без каких-либо предварительных совещаний. ГКД же, где количество «департаментских» дел примерно вчетверо превосходило их число в УКД, позволить себе подобную трату ресурсов не мог, так как состязания сторон бывали подчас весьма продолжительны. По этой причине в публичном заседании с участием сторон участвовало лишь семеро сенаторов; но каждое департаментское дело предварительно рассматривалось в закрытом заседании полного присутствия Департамента — без участия сторон, а потому более свободно, неформально и оперативно. Вопреки словам Винавера, решение предварительного совещания окончательным не было: выступления сторон могли впоследствии переубедить членов семерки, и тогда дело откладывалось, новые доводы рассматривались на расширенном предварительном совещании, и его первоначальное мнение могло быть изменено, что порой и случалось⁵⁰.

Эту систему легко было критиковать с точки зрения идеалов судопроизводства, которым она не вполне соответствовала, но ввиду реальных условий — растущий поток гражданских дел, нехватка времени, многочисленность состава ГКД в начале XX в. — трудно было придумать что-нибудь более оптимальное.

Винавер, впрочем, пытался:

«Действительно ли нельзя иначе? Не возможно ли, чтобы те судьи, которые накануне собираются судить тайно, явились бы судить гласно? ...И если для большой коллегии физически затруднительно не только решать, но и слушать определенную порцию дел в течение одного дня, то ведь можно труд этот разделить на два дня, как он делится, впрочем, и теперь»⁵¹.

Но эти предложения не смогли бы выдержать соприкосновение с действительностью, как видно из простого расчета. Скажем, 33 сенатора, заседающие в течение двух дней, как предлагал Винавер, — это

выходило бы 66 полных трудовых дней. Однако принятая в ГКД система позволяла обходиться гораздо меньшей затратой времени (в чем, собственно, и заключалось ее оправдание), а именно: 33 сенатора в первый день, когда происходило совещание, и только 7 во второй — итого 40 трудовых дней вместо 66. А после увеличения штатов ГКД до 49 человек, произошедшего в 1914 г., контраст стал еще сильнее: лишь 56 человеко-дней вместо 98. Имея же в виду, что сенаторам в предварительном совещании не приходилось выслушивать прения сторон, есть все основания полагать, что порицаемая Винавером «сенатская конституция» сокращала департаментскую нагрузку сенаторов как минимум вдвое и при этом все-таки позволяла каждому из них высказаться и проголосовать по любому прецедентному делу.

Вторая идея Винавера — избирать из состава ГКД полтора десятка сенаторов, более других интересующихся общими вопросами, для предварительного совещания — также не имела шансов на осуществление: она означала бы обидное для сенаторов разделение их на первосортных и второсортных, да и весь смысл предварительного совещания заключался именно в том, чтобы знакомить всех сенаторов с вопросами, лежащими вне их узкой специальности.

Таким образом, даже умнейшему из критиков этой системы не удалось найти и указать достойную альтернативу: все свелось к доктринерскому требованию рассматривать дела в соответствии с духом Судебных уставов, или как того требовал умозрительный идеал состязательного процесса. Подобная критика была в буквальном смысле слова неконструктивной: настаивая, чтобы все шло гладко, как будто на бумаге, критикующие слишком легко забывали про «овраги». Забывали они и о том, что состязание сторон вообще не является всеобщей и неотъемлемой чертой касационного правосудия, и потому не случайно состязание сторон в Сенате вовсе не предусматривалось Уставом гражданского судопроизводства: его допустил только сам ГКД. Следовательно, вышеизложенный механизм его работы не умалял права сторон по сравнению с законом: ведь по букве закона эти права были еще меньшими, нежели в реальной сенатской практике. В Сенате же никогда не забывали, что дело обстоит именно так и что состязательность процедуры не вытекает из буквы Судебных уставов. У адвокатов же и простые намеки на это обстоятельство вызыва-

⁵⁰ Такие решения в сенатских сборниках обычно выделялись двойной датой, поскольку дела рассматривались повторно в другой день. В исключительных случаях бывала и тройная дата (см., напр.: решение ГКД 1909 г. № 35 по делу Вартика).

⁵¹ Винавер М.М. Гражданская хроника // Вестник гражданского права. 1916. № 2. С. 132.



ли понятное раздражение. В начале 1917 г. Винавер писал:

«Мы знаем, что имеется еще в составе Сената небольшая группа лиц, проникнутых дореформенным духом, продолжающих и доньше с особым наслаждением, но без особого успеха, буквоедски твердить, что адвокатура вообще в сенате нетерпима. Но большинство сената — и в том числе как нынешний обер-прокурор [П.Н. Гуссаковский], так и его предшественник [Я.Ф. Ганскау] — не принадлежат, насколько известно, к числу лиц, проникнутых этой специфической адвокатофобией»⁵².

Нужно заметить, что во всей истории правосудия мало найдется примеров, когда конкретные дела решались бы в открытом заседании огромной коллегией, состоящей из трех десятков, а то и полусотни судей, тем более если рассматривается добрая дюжина дел в одно заседание; но вместе с тем публичное, прецедентное значение сенатских решений в департаментских делах не позволяло всецело обходиться узкими коллегиями, каковыми являлись пресловутые семерки, и вовсе устранить остальных сенаторов от участия в рассмотрении какого-либо дела.

Это не только шло бы вразрез с политико-правовой традицией, согласно которой сенатор не мог быть отстранен от общих дел своего департамента, но и привело бы рано или поздно к раздроблению ГКД на несколько верховных судов: ведь состав узкой коллегии мог быть либо специализированным и постоянным, либо текущим, переменным. В первом случае получились бы совершенно отдельные и самостоятельные специальные верховные суды для Царства Польского, Прибалтийских губерний или железнодорожных дел; во втором случае сохранился бы призрак единства, зато резко упало бы качество решений, а степень колебаний сенатской практики, напротив, сильно возросла бы. Видимо, сознавая это, критики не столько настаивали на решении департаментских дел узкой коллегией, сколько требовали «опубликовать» заседания пленума ГКД, превратив их из предварительных в окончательные. Но поскольку это требование было, как выше указано, явно непрактичным, то приходится

сделать вывод, что возникавшая в недрах ГКД система предварительных совещаний все-таки была разумным компромиссом между идеалом и жизнью — компромиссом хотя и неуклюжим, но единственно возможным в сложившихся объективно и не по вине Сената условиях.

Однако породившие ее причины состояли, по всей видимости, не в одной только нехватке времени и чрезмерной нагрузке на суд. Приниженное значение прений сторон отражало, в сущности, подчиненное положение частного интереса в сенатских прецедентных делах. Хотя тяжущиеся редко являлись в Сенат самолично (чаще они были представлены поверенными), сама по себе необходимость решать личные судьбы заодно с общими правовыми вопросами представляла собой известное осложнение и вызывала трудности, неведомые низшим инстанциям: частное и личное могло повлиять на общее и абстрактное, универсальный прецедент мог быть установлен так или иначе в зависимости от человеческих симпатий судей-сенаторов к одной из сторон. Хотя ГКД, как известно, сам окончательных решений по существу дела никогда не принимал, а после отмены решения отправлял дело в нижестоящую инстанцию на новое рассмотрение, очевидно и то, что во многих случаях формулировка в сенатском решении правовой позиции по делу могла детерминировать его исход и означала несомненную победу одной из сторон, поскольку пересмотр дела иначе как в ее пользу представлялся уже невыносимым. Следовательно, был определен резон в том, что правовой вопрос решался большинством сенаторов в закрытом предварительном совещании, а в непосредственный контакт со сторонами входило лишь меньшинство — судьи в открытом заседании. Это придавало рассмотрению дела большую отвлеченность и защищало большинство кассационных судей от непосредственных впечатлений. В то же время тяжущимся или их адвокатам предоставлялась возможность донести свои аргументы до всех сенаторов через посредство узкой коллегии из семи человек.

Конечный смысл этой оригинальной процедуры, которая может с первого взгляда показаться чрезмерно затянутой и вообще не очень понятной, заключался в тщательной подготовке и обсуждении прецедентных дел, призванных служить руководством судам. Совещательное заседание Департамента в полном составе

⁵² Винавер М.М. Гражданская хроника // Вестник гражданского права. 1917. № 1. С. 140.

должно было гарантировать, по мере возможности, знакомство всех сенаторов со складывающейся судебной практикой и вместе с тем использовать интеллектуальный ресурс каждого из них. Единство судебной практики было ценностью, за сохранение которой в России упорно держались и которой ни в коем случае не хотели пожертвовать.■



REFERENCES

- Dobrin, S.I. "Regular Issues of Civil Law Doctrine (A Literary Review)" [*Ocherednyye voprosy v literature grazhdanskogo prava (literaturnoye obozreniye)*]. Civil Law Review [*Vestnik grazhdanskogo prava*]. 1915. No. 1.
- Isachenko, V.L. "Interaction of Legal Forces as a Condition for Successful Judicial Reform" [*Vzaimodeystviye yuridicheskikh sil, kak usloviye uspekha sudebnoy reformy*]. Civil Law Review [*Vestnik grazhdanskogo prava*]. 1914. No. 7.
- Reynke, N.M. "Court of Cassation" [*Kassatsionnaya instantsiya*]. Fifty Years of Judicial Regulations of 1864. Vol. 2 [*Sudebnyye ustavy 1864 goda za pyat'desyat let. T. 2*]. Petrograd, 1914.
- Vereshchagin, A.N. "Klimov Case and Article 683 of the Code of Civil Laws in the Jurisprudence of the Ruling Senate" [*"Delo Klimova" i stat'ya 683 Svoda zakonov grazhdanskikh v praktike Pravitel'stvyushchego Senata*]. Herald of the Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya RF*]. 2019. No. 9. P. 189–205.
- Vereshchagin, A.N. "Judicial Law-Creation in the Russian Empire" [*Sudebnoye normotvorchestvo v Rossiyskoy Imperii*]. Herald of the Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya RF*]. 2014. No. 11. P. 20–23.
- Vinaver, M.M. "Vasiliy L. Isachenko" [*Vasiliy Lavrentyevich Isachenko*]. Civil Law Review [*Vestnik grazhdanskogo prava*]. 1914. No. 4.
- Vinaver, M.M. Civil Chronicle [*Grazhdanskaya khronika*]. Civil Law Review [*Vestnik grazhdanskogo prava*]. 1913. No. 2, 7, 8; 1914. No. 2; 1915. No. 7; 1916. No. 2; 1917. No. 1.
- Zavadskiy, S.V. "An Homage to Yakov V. Saburov" [*Pamyati Yakova Vasil'yevicha Saburova*]. Civil Law Review [*Vestnik grazhdanskogo prava*]. 1915. No. 1.
- Zmirlov, K.P. "Preferable Reform in our Cassation Procedure and Judicial System" [*Zhelatel'naya reforma v nashem kassatsionnom proizvodstve i sudoustroystve*]. Journal of the Ministry of Justice [*Zhurnal ministerstva yustitsii*]. 1896. No. 5.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Alexander N. Vereshchagin

Editor-in-Chief of "Zakon" Journal, PhD in Law (University of Essex) (e-mail: avere@igzakon.ru).



**БРАНОВИЦКИЙ
КОНСТАНТИН
ЛЕОНИДОВИЧ**

доцент кафедры
гражданского процесса
УрГЮУ, доктор
юридических наук,
магистр права, LL.M
(Киль, ФРГ)

**РЕНЦ
ИГОРЬ
ГЕННАДЬЕВИЧ**

доцент кафедры
гражданского
процесса УрГЮУ,
доктор юридических
наук, доктор права
(Университет Париж-
Восток, Франция)

**ЯРКОВ
ВЛАДИМИР
ВЛАДИМИРОВИЧ**

профессор кафедры
гражданского процесса
УрГЮУ, доктор
юридических наук,
заслуженный деятель
науки РФ

ОБЕСПЕЧЕНИЕ ЕДИНСТВА СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ В РОССИИ И ЗА РУБЕЖОМ: В ПОИСКАХ БАЛАНСА

В статье со сравнительно-правовых позиций рассматривается актуальный в любом правовом порядке вопрос об обеспечении единства судебной практики, а также соотношение единства практики с принципом независимости судей. Дана характеристика существующих немецкой и французской моделей обеспечения единства судебной практики, с учетом которых сделаны предложения по возможным направлениям совершенствования отечественного правового порядка. Одним из ключевых моментов зарубежного опыта выступает не столько согласительный и не слишком формализованный порядок согласования разногласий/отклонений судебной практики в согласительных органах, сколько эффективный механизм обнаружения проблемных моментов, а также открытое обсуждение необходимости изменения/сохранения судебной практики (в Германии даже с возможным участием сторон разбирательства). Открытое обсуждение при выработке единообразных подходов по наиболее сложным, важным и/или новым правовым проблемам, допуск к их открытому обсуждению представителей научного и профессионального сообщества, несомненно, могли бы повысить эффективность существующего механизма в отечественном правовом порядке.

Ключевые слова: единство судебной практики, гражданский процесс Германии, Кассационный суд Франции, зарубежный гражданский процесс

Судебная практика: значение и пределы. Вопрос о статусе судебной практики традиционно является дискуссионным и важным для россий-



**KONSTANTIN L.
BRANOVITSKY**

Associate Professor of
the Department of Civil
Procedure at Ural State
Law University, LLD,
Master of Law, LLM (Kiel,
Germany)

ENSURING UNIFORMITY OF JUDICIAL PRACTICE IN RUSSIA AND ABROAD: SEARCHING FOR BALANCE

IGOR G. RENTS

Associate Professor of
the Department of Civil
Procedure at Ural State
Law University, LLD,
Doctor of Law (University
of Paris-East, France)

VLADIMIR V. YARKOV

Professor, Head of
the Department of Civil
Procedure at Ural State
Law University, LLD

This article considers from a comparative legal point of view the issue of ensuring the uniformity of judicial practice, as well as the relation of the uniformity of judicial practice to the principle of independence of judges, which is relevant in any legal order. It offers general characteristics of the existing German and French models of ensuring the uniformity of judicial practice and suggests improvements in the domestic legal order. One of the key points of foreign experience is not so much about conciliation or overly formal procedures for reconciling differences / deviations in judicial practice through conciliation bodies, but it consists in an effective mechanism for detecting problematic issues and initiating an open discussion of the need to change / maintain judicial practice (in Germany, even with the possible participation of the parties). Such open discussions in the development of uniform approaches to the most complex, important and / or new legal issues along with open discussions involving representatives of the academia and professional community could undoubtedly increase the effectiveness of the existing mechanism in the domestic legal order.

Keywords: *unification of judicial practice, German civil procedure, French Court of Cassation, foreign civil procedure*

ской правовой системы. Он поднимался в работах многих специалистов еще советской эпохи¹. Не по-

гружаясь в детали и перипетии его доктринального обсуждения², достаточно сказать, что без судеб-

¹ *Алексеев С.С.* Право на пороге нового тысячелетия. М., 2000. Глава 8; *Гурвич М.А.* Судебное решение. Теоретические проблемы. М., 1976; *Братусь С.Н.* Юридическая природа судебной практики в СССР // Советское государство и

право. 1975. № 6; Судебная практика в советской правовой системе / под ред. С.Н. Братуся. М., 1975.

² Тем не менее см.: *Фархтдинов Я.Ф.* Возникновение и развитие источников гражданского процессуального права

ной практики сегодня уже никуда: ни в суд, ни за кафедру юридического вуза.

Очевидно также, что в обстоятельствах конкурентного взаимодействия правовых систем проникновение к нам элементов прецедентного права из ряда иностранных юрисдикций является, в общем-то, обыденным делом и, как бы к нему ни относиться, неизбежно возвышает судебную практику в глазах специалистов и обычных потребителей права. Чувство меры и научной сдержанности не позволяет нам присоединиться к крайним подходам: вряд ли правильно считать, что без «судоговорения» нет и самого права, но не вполне верным в современных условиях будет и обратный довод, лишаящий устоявшееся судебное толкование какого-либо эффекта. Немедленно возникает множество самых разных вопросов, начиная с того, что есть сегодня судебная практика, и заканчивая тем, как, собственно, с ней работать в рамках строго формализованного, но при этом высоко-казуистичного законодательства и правоприменения, к сожалению, не всегда богатого на развернутую аргументацию.

Мы неспособны сходу ответить на эти фундаментальные вопросы: скупой формат юридического глянца располагает больше к постановке проблем, чем к неспешному перебору опций для их разрешения. Поэтому, опустившись на несколько уровней вниз, постараемся обнаружить точку опоры (или даже несколько!) в довольно техническом, но не менее важном аспекте, определяющем конечную успешность судебного прецедента, — в его относительной универсальности³. Иначе говоря, в традиционном смысле речь идет об

оценке эффективности существующих и перспективных механизмов обеспечения единства судебной практики в заданных условиях места и времени.

Для начала, однако, полагаем нелишним представить «передовой» иностранный опыт — по крайней мере двух родственных нам по духу юрисдикций, германской и французской, — чтобы с большей уверенностью рассуждать об адекватности российской модели поддержания искомого единообразия судебной практики.

1. Германия

Общие положения. Наверное, сложно найти правопорядок, который на первый взгляд так нуждался бы в эффективных механизмах обеспечения единства судебной практики, как правопорядок Федеративной Республики Германия. Иностранный юрист-исследователь, знакомясь с ее судебной системой и процессуальным законодательством, невольно задумывается не столько об эффективности, сколько о работоспособности системы в целом.

Первое и главное, что видит иностранный наблюдатель, — сравнительно большое число видов судопроизводств и подсистем судебной системы. В стране существуют суды общей юрисдикции, суды по финансовым спорам, суды по административным спорам, суды по социальным спорам и суды по трудовым спорам (ст. 92, п. 1 ст. 96 Основного закона Германии). То есть законодатель, в сравнении с большинством правопорядков, пошел по пути специализации судов, а не судей внутри единой системы⁴.

Каждая из подсистем судов имеет суды первой, апелляционной инстанций (уровень федеральных земель) и соответствующий федеральный суд, выполняющий роль суда кассационной инстанции⁵. Порядок рассмо-

России. Казань, 2001; *Загайнова С.К.* Судебный прецедент: проблемы правоприменения. М., 2002; *Котов О.Ю.* Влияние решений Конституционного Суда России на гражданское судопроизводство. М., 2002; *Жилин Г.А.* Правосудие по гражданским делам. Актуальные вопросы. М., 2010. С. 250–260; *Рожкова М.А.* Судебный прецедент и судебная практика // Иски и судебные решения. М., 2008. С. 320–353; *Боннер А.Т.* Судебный прецедент в российской правовой системе // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса / под ред. В.В. Яркова. 2004. № 3. СПб., 2005. С. 160; *Каралетов А.Г.* Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2011. 308 с.; *Марченко М.Н.* Судебное правотворчество и судейское право: учебное пособие. М., 2017.

³ Это не отменяет того обстоятельства, что позитивному праву и актам его толкования внутренне присущи противоречивость и неопределенность, преодолеваемые лишь

на отдельных временных отрезках: периоды правовой стабильности неизбежно сменяют потрясения, и так по кругу.

⁴ При этом внутри каждой подсистемы специализация судей также существует. Например, для судов общей юрисдикции традиционно деление на уголовные и гражданские коллегии. Подробнее см.: *Franke S.* Wieviele Gerichtsbarkeiten brauchen wir? // *Zeitschrift fuer Rechtspolitik.* 1997. S. 333–336.

⁵ Исключение составляют суды по финансовым спорам, для которых согласно § 2 Закона о судопроизводстве в финан-

тения дел регулируется отдельными процессуальными законами для каждой подсистемы, с субсидиарным применением Гражданского процессуального уложения (ГПУ) Германии (*Zivilprozessordnung*)⁶. Кроме того, отдельные нормы Закона о судоустройстве (*Gerichtsverfassungsgesetz*)⁷ в части выбора компетентного суда, языка судопроизводства, принципа гласности, нарушения разумных сроков судопроизводства также носят общий характер. Наряду с этим функционируют Федеральный конституционный суд⁸ и Федеральный патентный суд, компетенция которых определяется ст. 93 Основного закона (для Федерального конституционного суда) и отдельными законами⁹.

Принимая во внимание то, что каждая из подсистем действует независимо от другой, а суды из разных систем не подчиняются друг другу¹⁰, руководствуясь собственным процессуальным законом, неудивительно, что в Германии ранее уже предпринимались попытки их объединения, в том числе с целью добиться единства судебной практики.

совых судах (*Finanzgerichtsordnung*) предусмотрено только два уровня судов (нет суда апелляционной инстанции).

⁶ Например, порядок рассмотрения отводов урегулирован § 41–49 ГПУ Германии и является общим для всех судов (§ 51 Закона о судопроизводстве в финансовых судах, § 60 Закона о судопроизводстве в судах по социальным спорам, § 46 Закона о судопроизводстве в судах по трудовым спорам, § 54 Закона об административно-судебном процессе). Общими для всех являются также нормы о процессуальной дееспособности, соучастии, представительстве, исследовании доказательств, судебных расходах и т.д.

⁷ RGBl. 1877. S. 41.

⁸ В отечественной литературе анализу статуса и порядка деятельности Федерального конституционного суда Германии уделяется самое серьезное внимание. См., напр.: Ахметзянова Э.Р. Влияние концепции судебного федерализма на организацию судебных систем России и Германии // Российская юстиция. 2009. № 10. С. 11–14; Вересова Н.А. Нормотворческая функция Федерального Конституционного Суда РФ: теоретические и практические аспекты // Журнал конституционного правосудия. 2009. № 2. С. 15–16; Гриценко Е.В. Роль конституционного суда в обеспечении прямого действия Конституции в Германии и России // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 1. С. 14–15, 27–28; Колоколов Н.А. Судебная власть как общеправовой феномен. М., 2007. С. 23; Арановский К.В., Князев С.Д. Судьба судебного прецедента в романо-германском праве // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 4. С. 30–39.

⁹ См.: Закон о Федеральном конституционном суде (*Gesetz über Bundesverfassungsgericht, BVerfG*), а также Патентный закон (*Patentgesetz*).

¹⁰ BVerfG 8, 174 (177).

Самая известная из них — это разработка в 1985 г. нового закона об административно-судебном процессе, в процессе которой представители экспертного сообщества, выступающие за *Schlanker Staat*¹¹, настаивали на объединении всех подсистем в две — административные суды и суды общей юрисдикции, — призывая также к объединению процессуального законодательства¹². Впрочем, дальше дискуссии в Бундесрате инициатива не пошла ввиду как слабости аргументации, так и наличия контраргументов в виде высокого качества рассмотрения дела при существующей специализации¹³, а также иных механизмов обеспечения единства судебной практики.

Таких механизмов с учетом федерального устройства несколько.

Как уже отмечалось, каждую из подсистем возглавляет соответствующий федеральный суд (нижестоящие суды являются судами федеральных земель), одной из задач которого является кассационный пересмотр дел в целях обеспечения единства судебной практики нижестоящих судов (*единство практики по вертикали*)¹⁴. В этом смысле значение имеют правовые позиции высших судов, выходящие за рамки простого решения по конкретному делу.

На уровне страны и судебной системы в целом таким механизмом выступают большие сенаты внутри отдельных федеральных судов¹⁵ и совместный

¹¹ Повышение эффективности государства через снижение бюджетных трат (в данном конкретном случае трат на правосудие) (перевод наш. — К.Б., И.Р., В.Я.).

¹² Подробнее см.: *Vollkommer G.* Verfahrensvielfalt oder einheitliche Prozessrecht? — Zur Ueberwindung des Rechtspartikularismus auf dem Gebiet des gerichtlichen Verfahrens // *Juristenzeitung*. 1987. Vol. 42. S. 105, 108 ff.; *Rosenberg L., Schwab K.H., Gottwald P.* Zivilprozessrecht. C.H. Beck, 2018. S. 59.

¹³ Подробнее см.: *Redeker K.* Vereinheitlichung der öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten? // *Neue Juristischen Wochenschrift*. 2004. S. 496.

¹⁴ BVerfG 19, 323 (327); BVerfG 10, 285 (295).

¹⁵ Речь идет о преодолении различных подходов внутри федерального суда между отдельными судебными коллегиями. Общий порядок урегулирован § 132, 138 Закона о судоустройстве. В рамках настоящей статьи будет подробно рассмотрен порядок деятельности совместного Сената.



Сенат высших федеральных судов страны, которые призваны обеспечить единство практики между различными коллегиями / федеральными судами (*единство практики по горизонтали*). Существование совместного Сената прямо предусмотрено абз. 3 § 95 Основного закона, а порядок его образования и деятельности регулируется специальным законом¹⁶. Следует подчеркнуть, что это — единственное прямое упоминание о необходимости единства судебной практики в Основном законе. В сегодняшнем виде норма была принята в 1968 г. в виде Закона о поправке к Основному закону¹⁷ после продолжительной дискуссии.

Конституционно-правовые аспекты единства судебной практики. Федеральный конституционный суд Германии отмечал, что в случае, когда одна норма права применяется по-разному, возникает угроза единству правопорядка в целом¹⁸. Единообразие в правоприменении составляет суть справедливости, достигаемой в правовом государстве через принцип равенства всех перед законом (абз. 1 § 3 Основного закона)¹⁹.

В свою очередь, принцип равенства всех перед законом с точки зрения доктрины конституционного права Германии связывает все ветви власти, в том числе и судебную — но в очень ограниченном мас-

штабе, из-за наличия проверочных инстанций внутри судебной системы²⁰. Соответственно, конституционная жалоба «последней надежды» должна не просто содержать ссылку на разницу в правоприменении или судебную ошибку, но и обосновать, что судебное решение таково, каким не должно быть ни при каких обстоятельствах (например, мотивировочная часть не подходит под фактические обстоятельства дела)²¹.

Нарушение абз. 1 § 3 Основного закона произойдет и в том случае, когда очевидная в применении норма закона не была применена в принципе, а также при абсурдном толковании²². Причина ограниченного понимания компетенции Федерального конституционного суда — отсутствие у последнего правомочия по даче связывающего правоприменителей толкования обычного законодательства, за исключением дел о проверке соответствия Основному закону²³.

Единство судебной практики по вертикали. Принципы правового государства применительно к судебной практике обуславливают требования не только к ее единству, но и к постоянности/неизменности правовых позиций, что вытекает из принципа правовой определенности. Для изменения сложившейся судебной практики должны быть веские аргументы, если только этого не требует изменившееся законодательство. Постоянство правовых позиций судов по общему правилу обеспечивается инстанционностью рассмотрения дел и представляет собой механизм обеспечения единства судебной практики по вертикали²⁴.

В немецкой доктрине подчеркивается, что судебное познание в процессе рассмотрения дела не может и не должно сводиться к простому следованию нормативным предписаниям, при котором судье отводится роль *Subsumtionsautomat*²⁵. Скорее судебную

¹⁶ Речь идет о принятом в 1968 г. Законе об обеспечении единства судебной практики высших федеральных судов (*Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshoeefe des Bundes*; далее — Закон об обеспечении единства судебной практики).

¹⁷ *Sechzehntes Gesetz zur Aenderung des Grundgesetzes*. Интересно заметить, что законодатель при этом был вынужден отказаться от первоначального варианта, придающего одному суду статус высшего, отвечающего за единство судебной практики в целом. В качестве причин называлось: малое количество противоречащих друг другу подходов судов, особый статус и значение Федерального конституционного суда («первый среди равных»), а также нежелание полностью «развязывать руки» третьей власти в виде повышенного статуса единого суда, как это было в Третьем рейхе. Подробнее см.: *Schmidt-Raentsch G.* Zur Bildung des Gemeinsamen Senates der obersten Gerichtshoeefe des Bundes // *Deutsche Richterzeitung*. 1968. S. 325; *Vosskuhle A.* Rechtsschutz gegen den Richter. Muenchen, 1993. S. 50.

¹⁸ «Denn Einheit der Rechtsordnung ist in Kern bedroht, wenn gleiches Recht ungleich gesprochen wird» (BVerfG 54, 277 (196)).

¹⁹ *Meyer Ch.* Die Sicherung der Einheitlichkeit hoechststrichtlicher Rechtsprechung durch Divergenz — und Grundsatzvorlage. Baden-Baden, 1994. S. 14.

²⁰ *Schmidt B., Klein F., Hofmann H., Henneke H.-G.* Kommentar zum Grundgesetz. Carl Heymanns Verlag, 2018. S. 254.

²¹ *Ibid.* S. 255.

²² BVerfG 89, 1; BVerfG 96, 189.

²³ *Muench I.* Philip Kunig. Grundgesetz-Kommentar. Muenchen, 2003. S. 652.

²⁴ Механизмом, обеспечивающим такое единство по горизонтали, является совместный Сенат высших судов (подробнее см. далее в статье).

²⁵ Машина по квалификации (перевод наш. — К.Б., И.Р., В.Я.). BVerfG, Beschluss vom 22.08.2016 — 2 BvR 2953/14. Rn. 20.

деятельность можно представить как установление содержания нормы закона (всегда носящей общий, абстрактный характер) и сферы ее действия с помощью определенных методов в целях последующего применения. Правоприменение есть не что иное, как процесс создания нового, ранее отсутствующего права в соответствии и на основании действующего закона, содержание и смысл которого нужно выяснить с помощью методов юридического познания²⁶. В этом свете связанность суда законом и правом (абз. 3 § 20 Основного закона) и его независимость (абз. 1 § 97 Основного закона) не являются чем-то абсолютным и допускают широкий диапазон вариантов толкования между абстрактной нормой и конкретизацией ее содержания судом.

При этом принцип независимости судов и связанность их только законом действуют как по горизонтали (между тремя ветвями власти)²⁷, так и по вертикали (между судами различного уровня). Суд вправе самостоятельно давать оценку фактическим обстоятельствам, а также в процессе толкования и применения нормы создать собственную правовую позицию, даже в том случае, если все остальные суды придерживаются прямо противоположного подхода²⁸. **В каком-то смысле независимость в ее конституционно-правовом понимании является одной из причин отсутствия единства судебной практики**²⁹. Исключением из этого правила, прямо предусмотренным в законе (абз. 2 § 563 ГПУ Германии), является обязательность учета правовой позиции и указаний суда кассационной инстанции в случае отмены судебного решения и возврата дела в суд апелляционной инстанции³⁰.

Можно сказать, что на преодоление хаотичного и противоречивого толкования нацелена не столь-

ко деятельность суда кассационной инстанции, сколько сама инстанционность рассмотрения дел. Конечно, суды всех инстанций участвуют в правоприменении и тем самым в развитии права, но тот факт, что последнее слово всегда остается за вышестоящим судом, также способствует единству судебной практики. С учетом механизма допустимости обжалования³¹ решение суда кассационной инстанции по каждому делу невозможно, что значительно снижает количество таких решений и повышает их значимость. Следует отметить, что процессуальным законом в качестве одного из оснований разрешения кассационного обжалования прямо установлена необходимость обеспечения единства судебной практики (п. 2 абз. 2 § 543 ГПУ Германии)³².

Таким образом, решение любого из федеральных судов кассационной инстанции не только ставит точку в споре и действует *inter parties*, но и создает правовую позицию для разрешения будущих аналогичных дел. Федеральный конституционный суд при этом отмечает, что **связанность нижестоящих судов должна возникать не из-за страха гарантированной отмены их решения, а в силу убедительности и исчерпывающего характера мотивировки, а также профессиональности суждений**³³. Назначение правовых позиций в том, чтобы повысить эффективность судебной защиты путем быстрого разрешения аналогичных процессов в будущем, а также облегчать судье формирование собственной убежденности по делу³⁴. Для граждан

²⁶ BVerfG, Beschluss vom 22.08.2016 — 2 BvR 2953/14. Rn. 20.

²⁷ BVerfG 12, 67 (71); BVerfG 31, 137 (140).

²⁸ BVerfGE 87, 273 (278); BVerfGE 78, 123 (126).

²⁹ Kraft I. Die Regulierungsfunktion der Obersten Verwaltungsgerichte — Bericht des deutschen Bundesverwaltungsgerichts. S. 3. URL: http://www.verdif.de/fileadmin/verwaltungsrichter/pdf/Kraft_-_Regulierungsfunktion_BVerwG.pdf (дата обращения: 27.01.2020).

³⁰ В соответствующем разъяснении совместного Сената высших судов от 06.02.1972 (*Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshoefe des Bundes*) не только указывается на допустимость такого рода вторжения в независимость нижестоящего суда, но и делается вывод о связанности позицией и самого суда кассационной инстанции.

³¹ По общему правилу (§ 543 ГПУ Германии) кассационное обжалование возможно в двух случаях: (1) суд апелляционной инстанции в своем решении прямо разрешил кассационное обжалование или (2) по результатам рассмотрения жалобы на запрет суда апелляционной инстанции суд кассационной инстанции пришел к выводу о допустимости обжалования. При этом кассация обязательно должна быть разрешена в случае, (1) когда правовой вопрос по делу имеет большое значение, а также (2) если этого требует развитие права или обеспечение единства судебной практики.

³² Речь может идти о Высшем суде земли (*Oberlandsgericht*), который, рассматривая апелляционную жалобу, придерживается другой, отличной от мнения иных апелляционных судов правовой позиции. В этом случае он может/должен разрешить кассационное обжалование в целях правовой определенности.

³³ BVerfG 126, 369 (394).

³⁴ Kriele M. Theorie der Rechtsgewinnung. Duncker & Humblot, 1976. S. 262.



правовая позиция высших судов — это важный аспект в планировании и подготовке обращения в суд. С точки зрения доктринального обоснования недопустимости ограничения принципа независимости в немецком праве разработана теория предположительной связанности³⁵. Суть ее в том, что судья при принятии решения обязан учитывать правовые позиции как в пользу, так и против собственного решения по делу, должным образом аргументируя и сохраняя при этом возможность принять «новый» подход.

Роль совместного Сената высших судов. С учетом того, что образование совместного Сената высших судов прямо предусмотрено абз. 3 § 95 Основного закона, любая попытка его ликвидации простым законом³⁶ будет рассматриваться как нарушение Основного закона³⁷. Местом нахождения Сената согласно абз. 2 § 1 Закона об обеспечении единства судебной практики является город Карлсруэ, где расположен Федеральный Верховный суд Германии. Как уже упоминалось ранее, сама идея совместного Сената возникла как противовес позиции сторонников Высшего суда, следящего за единством судебной практики. Выбор в пользу совместного Сената с политико-правовой точки зрения создал **своеобразное разделение власти внутри судебной власти, цель которой — исключить концентрацию власти в руках одного судебного органа**³⁸.

Персональный состав Сената напрямую Основным законом не предусмотрен. Норма абз. 3 § 95 делает отсылку к абз. 1 данной статьи, указывая лишь, что совместный Сенат должен состоять из представителей всех подсистем судов (общей юрисдикции, финансовые, административные суды, суды по социальным и по трудовым спорам). Кроме того, имеется формулировка, что членство в совместном Сенате не является основным местом работы, а речь идет о

судьях соответствующих судов. В случае наложения рабочих графиков приоритет все же отдается работе в совместном Сенате (§ 7 Закона об обеспечении единства судебной практики)

В то же время § 3 данного Закона разделяет персональный состав совместного Сената на две категории. Первая — это постоянные члены, которыми в силу должности являются председатели всех высших федеральных судов страны. Вторая — это судьи *ad hoc*, к которым относится председательствующий в деле судья — докладчик по делу из одного из федеральных судов, а также его коллеги из соответствующего сената как судьи, подробно изучившие все материалы дела. Помимо того, в обязательном порядке привлекается тот сенат, от правовой позиции которого хотят отойти (абз. 1 § 4). Обеспечивает деятельность совместного Сената собственный аппарат служащих (§ 9).

В силу абз. 1 § 2 Закона об обеспечении единства судебной практики на разрешение совместного Сената передается абстрактный правовой вопрос в том случае, когда один из федеральных судов хочет отойти от подхода другого федерального суда или прежнего подхода совместного Сената (внешнее противоречие). Следует отметить, что правом инициировать производство в совместном Сенате обладают только федеральные суды, но не стороны процесса. Если соответствующий суд вопреки существующей необходимости не инициирует процесс, это не свидетельствует о незаконности принятого решения, поскольку с точки зрения права на законного судью³⁹ именно данный суд, а не совместный Сенат обладал компетенцией. Стороны в таком случае могут лишь обратиться с жалобой в Федеральный конституционный суд⁴⁰.

Процедура начинается с внесения представления, в котором должны быть зафиксированы участники процесса, правовой вопрос и прежняя правовая позиция одного из судов, а также аргументация необходимости изменения существующего подхода. Совместный Сенат, получив представление,

³⁵ Theorie der praesumptiven Verbindlichkeit. Подробнее см.: Kriele M. Op. cit. S. 261 ff.

³⁶ Основной закон устанавливает для законодательной власти лишь обязанность принять соответствующее регулирование.

³⁷ Maunz Th., Herzog R., Herdegen M. Grundgesetz. Kommentar. Muenchen, 2010. Band. VI. Art. 95. Rn. 155.

³⁸ Leisner W. Gewaltenteilung innerhalb der Gewalten. Festgabe zur Theodor Maunz zum 70. Geburtstag. Muenchen, 1971. S. 267.

³⁹ Речь идет конституционным праве на рассмотрение дела тем судьей, к подсудности которого оно отнесено (абз. 1 § 101 Основного закона).

⁴⁰ Maunz Th., Herzog R., Herdegen M. Op. cit. Art. 95. Rn. 160.

направляет его сторонам процесса, а также во все федеральные суды, которые могут сообщить, как и на основании каких мотивов они разрешают данный правовой вопрос. Совместный Сенат также имеет право прямо поручить одному из федеральных судов подготовить позицию (абз. 2 § 15), а решение о том, какая из коллегий (с учетом специализации судей) подготовит ответ, принимается самим федеральным судом. Поступившие мнения федеральных судов доводятся до сведения сторон разбирательства.

Сам процесс рассмотрения в научной литературе⁴¹ **сравнивается с примирительной процедурой**, поскольку Закон (§ 15) **предоставляет суду, правовая позиция которого ставится под сомнение, месячный срок для ее изменения**. Если позиция будет официально изменена, производство в совместном Сенате прекращается. В правовом смысле совместный Сенат может считаться не судебной инстанцией, а скорее промежуточным процессом, в котором решение сложного правового вопроса изымается из компетенции конкретного суда и передается на разрешение совместного Сената. Процедура необязательно осуществляется в устной форме, но в любом случае сторонам должна быть предоставлена возможность быть заслушанными (абз. 1 § 103 Основного закона).

К рассмотрению может привлекаться генеральный прокурор в двух случаях (абз. 2 § 13): (1) если он участвовал в основном процессе или (2) если не участвовал, но, по мнению председателя совместного Сената, вопрос имеет важное для правовой сферы значение, на которую распространяется компетенция прокуратуры.

Результат рассмотрения оформляется постановлением, основным содержанием которого является разрешение абстрактного правового вопроса, а не фактические обстоятельства конкретного дела. **Правовая квалификация связывает тот суд, которой обратился в совместный Сенат с представлением.**

2. Франция

Главенствующая роль Кассационного суда Франции и его подразделений в обеспечении единства судебной практики. Без особой натяжки можно утверждать, что во Франции судебная практика формируется и живет прежде всего в постановлениях Кассационного суда (*Cour de cassation*)⁴². При этом как в количественном, так и в качественном измерении основная роль принадлежит **специализированным палатам** высшего суда, принимающим в пределах своей компетенции постановления по кассационным жалобам на акты нижестоящих судов.

Априори в этом нет ничего удивительного: «Каждая из палат Суда в полной мере способна давать ответ на принципиальные правовые вопросы, вызвавшие затруднения, при условии, что они не выходят за пределы их предметной компетенции»⁴³. Поэтому общие полномочия каждой палаты по формированию единообразной судебной практики естественным образом ограничены ее предметом ведения: если существенный вопрос права за него выходит и, скажем, затрагивает интересы уже нескольких палат, его рассмотрение обычно производится в особо торжественных процессуальных формах (*formations solennelles*) — **пленарной ассамблеи и смешанной палаты** (см. далее). В связи с этим часто можно встретить предложения о том, что всякий кардинальный разворот сложившейся судебной практики с учетом его исключительной важности и дестабилизирующих последствий провозглашался только в пленарном составе⁴⁴.

⁴² О судебной организации Франции см.: *Боботов С.В.* Правосудие во Франции. М., 1994; *Елисеев Н.Г.* Гражданское процессуальное право зарубежных стран: источники, судостроительство, подсудность: учеб. пособие. М., 2000. Глава «Франция». Непосредственно по системе пересмотра см.: Проверка судебных постановлений в гражданском процессе стан ЕС и СНГ / под ред. Е.А. Борисовой. М., 2012. Глава «Франция».

⁴³ *Perdriau A.* La chambre mixte et l'assemblée plénière de la Cour de cassation // JCP. 1994. Vol. I. P. 3798.

⁴⁴ *Perdriau A.* Les formations restreintes de la Cour de cassation // JCP. 1994. Vol. I. P. 3768. No. 23 ss.; *Molfessis N.* Les revirements de jurisprudence. Litec, 2005. P. 2.5.4; *Delaporte V.* Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation // L'image doctrinale de la Cour de cassation, actes du colloque des 10 et 11 déc. 1993, sous l'égide de l'Institut des Hautes études sur la justice. La Documentation française, 1994. P. 161.

⁴¹ *Meyer Ch.* Op. cit. S. 21.



Однако если границы для выработки обязательной судебной практики на уровне специализированной палаты Кассационного суда теоретически и существуют, то сомнительно, чтобы они соблюдались всегда⁴⁵. Например, отчет о деятельности Кассационного суда за 2013 г. содержит целый ряд постановлений палат, значение которых выходит далеко за рамки их материально-правовой специализации; взять хотя бы постановления, положившие конец «разночтениям в судебной практике между двумя юрисдикционными порядками — общих и административных судов» по вопросу о качестве «профессионального» журналиста⁴⁶, или «производящие масштабный разворот судебной практики»⁴⁷, или «выражающие знаменательную эволюцию судебной практики в области избирательного права»⁴⁸ и т.д.⁴⁹ Во всех этих случаях значимые для формирования судебной практики подходы не принимались на пленарных заседаниях Кассационного суда или хотя бы его палат, а стали результатом рассмотрения конкретных дел по жалобам заинтересованных лиц.

При рассмотрении подведомственных дел специализированная палата Кассационного суда может заседать **в пленарном составе** или **по секциям**. Закон прямо упоминает такую возможность, но не уточняет взаимное значение пленарного и секционного форм заседаний Кассационного суда⁵⁰. Доктрина предпочитает говорить о пленарной формации палаты как о предназначенной для

разрешения наиболее чувствительных вопросов, возникающих, например, при наличии разногласий между ее секциями или в случае, когда рассмотрение дела может повлечь разворот судебной практики⁵¹. Однако пленарные заседания судебных палат не являются стандартной процедурой при рассмотрении сложных правовых вопросов. В частности, из 270 наиболее важных постановлений так называемой категории *I*, вынесенных специализированными палатами Кассационного суда с января 2013 по май 2015 г., только 6 были приняты на их пленарных заседаниях⁵². Как было показано выше, не менее важные вопросы, зачастую влекущие серьезные изменения сложившейся судебной практики, не всегда попадают в сферу внимания пленарного состава соответствующей палаты. Поэтому судебная практика Кассационного суда Франции — это даже не практика его палат, а скорее прецеденты, складывающиеся внутри их отдельных секций. Такой подход вызывает опасения из-за неизбежной «персонализации судебной практики и привязки отдельных юридических направлений к двум, а чаще — одному судье, с неизбежными рисками доминирования мнения изолированного индивида в соответствующей области»⁵³. Именно эти соображения нередко приводятся в качестве причин неожиданного разворота практики, произошедшего в ряде особых категорий дел, таких как, скажем, споры в области СМИ: колебания в подходах высшего суда связывались в доктрине с «их передачей из первой во вторую палату по гражданским делам Кассационного суда»⁵⁴, «сменой советников в аппарате суда»⁵⁵, «внутренними разногласиями между судьями первой палаты по гражданским делам»⁵⁶. Очевидно, что риск расхождений в позициях по одному во-

⁴⁵ Статистику и примеры см.: *Deumier P.* Accès a la Cour de cassation et traitement des questions jurisprudentielles, D. 2015. 1720 // L'accès au juge de cassation. SLC, 2015. P. 83–105.

⁴⁶ Rapport 2013, p. 540, Soc. 25 sept. 2013, No. 12-17.516.

⁴⁷ Rapport 2013, p. 577, Civ. 3e, 30 oct. 2013, No. 12-19.870.

⁴⁸ Rapport 2013, p. 553, Soc. 13 févr. 2013, No. 11-25.696.

⁴⁹ Rapport 2013, p. 596, Civ. 1^{re}, 24 avr. 2013, No. 12-18.180; Rapport 2013, p. 618, Soc. 14 nov. 2013, No. 12-14.070.

⁵⁰ См.: ст. R.421-3 («Кассационный суд включает пять палат по гражданским делам и одну палату по уголовным делам. Каждая палата состоит из одной или нескольких секций. Каждая палата заседает внутри каждой палаты количество секций и правила распределения дел между ними. Он распределяет каждое дело в пользу компетентной секции или при необходимости решает о его рассмотрении в пленарном составе») Кодекса судебной организации (*Code de l'organisation judiciaire*).

⁵¹ *Loriferne M.* La technique de cassation en matière judiciaire // Le juge de cassation en Europe. Dalloz, 2012. P. 73, spéc. p. 77.

⁵² Из наиболее обсуждавшихся см.: GPA, Civ. 1^{re}, 13 sept. 2013, No. 12-30.138; Kerviel, Crim. 19 mars 2013, No. 12-87.416; Civ. 2^e, 28 févr. 2013, No. 11-21.015; Soc. 6 févr. 2013, No. 11-23.738.

⁵³ *De Castries H., Molfessis N.* Sécurité juridique et initiative économique. Club des juristes, mai 2015. P. 162.

⁵⁴ *Bigot J.* Note sous Cass., ass. plén., 15 févr. 2013, No. 11-14.637, Recueil Dalloz. 2013. P. 718, No. 5.

⁵⁵ *Dreyer E.* Responsabilités civile et pénale des médias. Presse. Télévision. Internet. LexisNexis, 2011. No. 376 ss.

⁵⁶ *Dreyer E.* Note sous Civ. 1^{re}, 26 sept. 2012, No. 11-20.406, Recueil Dalloz. 2012. P. 2636.

просу у различных судей и составов несовместим с задачей по обеспечению единообразия судебного толкования, возложенной на Кассационный суд Франции, которому «надлежит во всех случаях преодолевать разницу в подходах отдельных палат, множественность вариантов толкования норм права и естественные последствия разнообразия человеческой природы»⁵⁷.

Способы преодоления расхождений судебной практики в деятельности Кассационного суда Франции. Прежде всего к таким способам можно отнести предупредительное выявление таких расхождений и их обсуждение с выработкой единообразных подходов⁵⁸. Так, в Кассационном суде сложился неформальный обычай заблаговременно преодоления возможных разночтений закона за счет, например, запроса мнения у судьи-докладчика или привлечения к участию в разбирательстве прокурора в интересах универсального анализа применимых норм⁵⁹.

Иногда согласительный механизм, направленный на выработку общих позиций, прямо следует из закона — например, в случае **консультаций между палатами**, предусмотренных Гражданским процессуальным кодексом Франции (*Code de procédure civile*) с 1999 г.⁶⁰

⁵⁷ Cadiet L., Normand J., Amrani Mekki S. *Théorie générale du procès*. PUF, 2013. No. 43. P. 152.

⁵⁸ Например, подобную функцию в системе административных судов Франции выполняют тройки Государственного совета, дополнительно см.: Labetoulle D. *Une histoire de troika* // *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*. Paris, 2002. P. 83. Применительно к Кассационному суду можно отметить созидательную роль его Бюро, способного по запросу давать разъяснения по отдельным сложным вопросам правоприменения, дополнительно см.: Bizot J-C. *Les contrariétés de solutions: point de vue de l'auteur* // LPA. 2007. 25 janv. No. 19. P. 39. Подробнее по всем судебным юрисдикциям см.: Ancel P., Rivier M-C. *Les divergences de jurisprudence*. PU, 2003.

⁵⁹ *Perdriau A.* La chambre mixte et l'assemblée plénière de la Cour de cassation. *Doctr.* 3798. No. 70.

⁶⁰ Статья 1015-1: «Палата, возбудившая производство по кассационной жалобе, может запросить мнение другой палаты по вопросу права, входящего в компетенцию последней. Стороны информируются об этом председателем палаты, рассматривающей жалобу. Они вправе представить свои соображения в палату, запрошенную высказать свое мнение». О предыдущей практике «запроса мнений» между палатами Кассационного суда см.: *Perdriau A.* Les avis entre chambres de la Cour de cassation // *Juris-Classeur périodique*. 1999. *Doctr.* P. 190. Пример по-

Здесь можно заметить, что в некоторых правовых системах законодатель идет вплоть до установления обязательности консультаций внутри высшего суда при реальном риске изменения устоявшейся судебной практики. В Швейцарии закон запрещает судьям одной секции Федерального суда отступать от подходов в толковании применяемых правовых норм, сформированных в другой его секции, без согласия последней (ст. 16 Закона Швейцарии о судебной организации (*Loi sur l'organisation judiciaire*)). Иначе говоря, при невозможности избежать расхождений в толковании права следует незамедлительно с ними разобраться, выбрав один из потенциальных подходов и обеспечив тем самым предсказуемость правоприменения. Необходимость такой реакции вполне выводится и из целого ряда постановлений ЕСПЧ: признавая в целом естественный характер подобных расхождений, соответствующих самой природе права и процессу формирования судебной практики, Страсбургский суд однозначно требует от государств использования адекватных механизмов их преодоления⁶¹.

Во Франции устранение судейской разногласности зачастую происходит спонтанно, когда одна палата Кассационного суда неожиданно выравнивает свою позицию по дискуссионному вопросу, восстанавливая разрушенное ранее единообразие в толковании конкретной нормы. Не случайно первые постановления палат Кассационного суда с так называемой расширенной мотивировкой (*a motivation enrichie*) касались устранения разницы в подходах между несколькими ранее принятыми прецедентными решениями⁶². В целом совершенно однозначным представляется вывод о том, что основной объем значимой судебной практики формируется именно на

становления, принятого «на основании мнения палаты по уголовным делам»: Civ. 1^{re}, 22 nov. 2007, No. 04-19.774, *Bull. civ. I*, No. 364.

⁶¹ См., напр.: постановления ЕСПЧ от 20.10.2011 по делу «Недждет Шахин и Перихан Шахин (*Nejdet Sahin and Perihan Sahin*) против Турции (жалоба № 13279/05). § 49–58; от 30.07.2015 по делу «Феррейра Сантуш Пардадь (*Ferreira Santos Pardal*) против Португалии (жалоба № 30123/10). § 42 и след.; от 10.06.2008 по делу «Мартинс Кастро и Алвеш Коррейя де Кастро (*Martins Castro and Alves Correia de Castro*) против Португалии» (жалоба №33729/06). § 56; от 13.11.2012 по делу «Фриму (*Frimu*) против Румынии» (жалоба № 45312/11). § 51.

⁶² См.: Com. 22 mars 2016, No. 14-14.218; Civ. 1^{re}, 6 avr. 2016, No. 15-10.552.



уровне специализированных палат Кассационного суда, во всяком случае до возникновения серьезных противоречий между ними.

В исключительных ситуациях для преодоления значимых разногласий между отдельными судебными палатами Кассационного суда возможно проведение его заседаний в двух особенно торжественных формах: (1) пленарной ассамблеи (*Assemblée plénière*) и (2) смешанной палаты (*Chambre mixte*).

Пленарная ассамблея собирается, «если в деле ставится принципиальный вопрос, в частности при наличии различных решений либо между судьями, рассматривавшими дело по существу, либо между ними и Кассационным судом»; «ее проведение также требуется, когда после отмены первого постановления или решения по существу вновь принятое после возвращения дела решение обжалуется по тем же самым основаниям» (ст. L.431-6 Кодекса судебной организации). В заседаниях пленарной ассамблеи участвуют председатель Кассационного суда, председатели палат и наиболее квалифицированные судьи и по одному советнику от каждой палаты (ст. L.421-5).

Смешанная палата, как еще одна торжественная форма заседаний Кассационного суда Франции, появилась только в 1947 г. Она может использоваться, «если в деле ставится вопрос, входящий в предмет ведения сразу нескольких палат или если вопрос получил или способен получить различное решение в разных палатах» (ст. L.431-5 Кодекса судебной организации). Для образования этой судебной формации необходимо участие судей как минимум трех палат Кассационного суда, во главе которых находится председатель суда, председатели и наиболее квалифицированные судьи соответствующих палат, а также по два советника от каждой из этих палат (ст. L.421-4).

Несмотря на отсутствие специального нормативного закрепления, постановления, принимаемые по результатам рассмотрения дела в одной из торжественных форм, пользуются особым доверием и «квазинормативным авторитетом»⁶³, обладая,

по сути, обязательной силой, что неудивительно с учетом персональных качеств и должностного положения участвующих в таких заседаниях судей. В доктрине Конституционного совета Франции также признается, что даже одно постановление пленарной ассамблеи «по своему авторитету соответствует постоянной судебной практике»⁶⁴.

Если говорить о количественных результатах функционирования пленарной ассамблеи и смешанной палаты Кассационного суда, то они всегда были довольно скромны, что, впрочем, не уменьшает их системообразующего значения. Например, с 1979 по 1993 г. смешанная палата приняла всего порядка 20 постановлений, пленарная ассамблея — 65. В последнее время активность суда в данных формациях оставалась низкой: например, смешанная палата в 2013 г. приняла 2 постановления, в 2014 г. — 4, в 2015 г. — 3 и ни одного в 2016 г.; для пленарной ассамблеи, кроме пиковых значений 2015 г. (12 постановлений), тенденция аналогична: в 2013 г. — 5 постановлений, в 2014 г. — 4, в 2016 г. — 4. Среди прочих возможных объяснений это свидетельствует и об успехах специализированных палат Кассационного суда, в целом справляющихся с обеспечением единства судебной практики по своим направлениям⁶⁵.

Закон от 15.05.1991, реформировавший Кодекс судебной организации, предусматривает специфический способ для заблаговременного формирования единой судебной практики и исключения в будущем ее расхождений: **запрос мнения Кассационного суда по вопросам права** (*saisine pour avis*). Его суть состоит в том, что «до разрешения нового правового вопроса, представляющего серьезные затруднения и возникающего во многих спорах, суд может своим определением, не подлежащим обжалованию, запросить мнение Кассационного суда» (ст. L.441-1 Кодекса судебной организации). Считается, что данный способ позволяет усовершенствовать созидательную функцию высшего суда по формированию «полезной» судебной практики,

⁶³ См.: *Libchaber R.* Un revenant: l'arrêt de la Chambre mixte. RTD civ. 1999. P. 734; *De Gouttes.* Avis sous Cass.,

ass. plén., 21 déc. 2006, No. 05-17.690. RTD civ. 2007. P. 789.

⁶⁴ *Commentaire aux Cahiers de la décision* No. 2013-311 QPC du 17 mai 2013.

⁶⁵ *Weber J-F.* La Cour de cassation. La Documentation française, 2010. P. 65, 96.

причем помимо (до) рассмотрения дел по жалобам заинтересованных лиц, что в целом повышает стабильность и предсказуемость правовых решений, а значит, и юридическую безопасность в целом⁶⁶. Однако отмечаются и возможные риски «атипичной процедуры формирования судебной практики», связанные с разрывом субстанциональной связи с основным процессом по делу и нормальным его прохождением по стадиям: Кассационный суд, отвечая на абстрактный правовой вопрос, лишается возможности опереться на само дело, прошедшее сито состязательного разбирательства. Между тем «право судить питается процессом и состязательными дебатами, без которых оно лишается основательности»⁶⁷. Легитимность суда по выработке судебной практики с необходимостью производна от его юрисдикционной функции. Искусственно сокращая дистанцию между пунктами стандартной процедуры, вырывая вопрос из контекста спора, «заблаговременное мнение» Кассационного суда лишается части своей силы и, как всякая абстрактная позиция, может оказаться преждевременным и, следовательно, ошибочным. К счастью, высказанное высшим судом мнение по новому правовому вопросу не связывает суд, рассматривающий дело по существу. Поэтому считается, что при должной самостоятельности и компетентности нижестоящих судей этого достаточно, чтобы гарантировать приемлемый с точки зрения качества правосудия результат, для которого главным остается аргументированность той или иной правовой позиции, а не авторитетность ее источника как таковая⁶⁸.

Исходя из данных судебной статистики, механизм «запроса мнения» пользуется относительным спросом у нижестоящих судей, что отчасти обусловлено «узко селективным подходом, принятым в Кассационном суде, при отборе вопросов для разъяснения»⁶⁹. При

этом вряд ли оправданно сожаление, по примеру некоторых авторов, о частом использовании этого способа для решения очень технических вопросов, имеющих в основном вторичный характер⁷⁰. Впрочем, встречаются и довольно громкие, по крайней мере с точки зрения производимого медийного шума, разъяснения: например, по вопросу об усыновлении однополый парой ребенка, зачатого с использованием технологий искусственного оплодотворения⁷¹.

За 15 лет с момента появления данной процедуры в законодательстве Кассационным судом было выдано по запросам нижестоящих судов 95 мнений. В большинстве случаев за этим не следовало принятия кассационного постановления по тому же вопросу; 28 мнений были в дальнейшем воспроизведены в том же виде в постановлениях суда, иногда после короткого периода разночтений, урегулированного в смешанной палате; 15 мнений были восприняты в постановлениях кассации с привнесением в них определенных уточнений; в одном случае — по вопросу о представлении новых доказательств при рассмотрении дела в апелляционной инстанции — судебная практика пошла в другом направлении⁷²; и в двух случаях последовало соответствующее изменение законодательства⁷³. Редкость последующего отступления Кассационного суда от высказанного им ранее мнения по абстрактному правовому вопросу позволяет в целом положительно оценивать эффект данного механизма для обеспечения единства судебной практики и облегчения участи судей первой инстанции, столкнувшихся с неизвестной ранее правовой материей. Логика процессуальной экономии позволяет здесь перешагнуть инстанционность разбирательства в интересах широко понимаемой юридической безопасности.

⁶⁶ См. дополнительно: *Zenati F.* La saisine pour avis de la Cour de cassation // *Dalloz Recueil*, 1992. P. 247; *De Rivéry-Guil-laud M.* La saisine pour avis de la Cour de cassation // *Juris-Classeur périodique*. 1992. Doctr. P. 3576.

⁶⁷ *Zenati F.* Op. cit. P. 247.

⁶⁸ См.: *Brenner C.* Les différentes missions du juge de cassation // L'accès au juge de cassation. P. 33; *Molfessis N.* Les avis spontanés de la Cour de cassation // *Dalloz Recueil*. 2007. P. 37.

⁶⁹ *Chauvin P.* La saisine pour avis // L'image doctrinale de la Cour de cassation, actes du colloque des 10 et 11 déc. 1993. La Documentation française, 1994. P. 109.

⁷⁰ *Pouyaud D.* Les avis contentieux du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation. La pratique // *Mouvement du droit public*. Du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de F. Moderne. Paris, 2004. P. 354.

⁷¹ Cass., avis, 22 sept. 2014, No. 14-70.006 et 14-70.007.

⁷² Cass. plénière, 5 déc. 2014, No. 13-19.674, JCP 2015. 10, note Fricero.

⁷³ *Pelletier C.* Quinze ans après: l'efficacité des avis de la Cour de cassation // Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz. Paris, 2006. P. 429, 433.



3. Россия

Последствия судебной реформы: между новшествами и традицией. Построение жесткой судебной вертикали как один из промежуточных итогов судебной реформы 2010-х гг. формально укрепило позиции, прежде всего, Верховного Суда (ВС) РФ в обеспечении единства судебной практики. Строгая судебная иерархия, окончательно сложившаяся к концу 2019 г., и устранение главного конкурента в системе арбитражных судов наконец позволили ему занять монопольное положение при производстве обязательных «судебных смыслов», пусть даже где-то — лишь в теории.

Состоявшееся перераспределение проверочных юрисдикционных полномочий в пользу судебных коллегий ВС и особенно заметная в последнее время пассивность его Президиума перенесли, на наш взгляд, основную тяжесть по повседневному поддержанию единой практики в масштабах всей страны на судебные коллегии, выполняющие функции второй кассации в ущерб эффективному надзору. Насколько правильно такое решение в российских условиях — покажет время, хотя каких-либо явно негативных проявлений, например с последовательным разрушением сложившихся концептуальных подходов или негласным соревнованием коллегий друг с другом при выработке толкования тех или иных норм, похоже, не произошло. Скорее, напротив: с выходом второй кассации на проектную мощность качество и скорость реагирования на изъяны судебного толкования в нижестоящих судах будут только повышаться, не в последнюю очередь за счет значительно большей специализации ее судей. При этом почивающий на лаврах Президиум, как и ранее, сохраняет в своих руках «ядерное оружие» правосудия, позволяющее ему в любой момент вмешаться, в порядке ревизии, для корректировки значимых отклонений судебной практики от желаемого вектора. Другой вопрос: насколько рациональным с позиций обеспечения единства судебной практики является существование в национальном правопорядке пяти самостоятельных инстанций, даже если две последние из них носят экстраординарный характер? Не приведет ли, например, дискреция отдельных должностных лиц ВС РФ, позволяющая многократно пересматривать одно и то же дело, к ослаблению прецедентного

действия кассационных постановлений? Пока эти вопросы остаются без ответа, однако, учитывая опыт советского периода, негативный сценарий не исключен.

Несмотря на отмечаемое иногда снижение в последние годы качества и глубины проработки вопросов, в частности уход от ответов на наиболее острые из них, Пленум ВС РФ и его обобщающие постановления по отдельным правовым вопросам и/или категориям дел продолжают оставаться одной из «лучших практик», развитие которой с определенными оговорками следует только приветствовать.

В чем-то даже более позитивны регулярно публикуемые ВС РФ обобщения судебной практики, которые позволяют «усадить» толкование на конкретные обстоятельства рассмотренных дел, вписав его в контекст спора. В свою очередь, это дает возможность избежать ненужного абстрагирования и, как следствие, обвинений в попытке подменить законодателя.

Сегодня проблемой остается наличие существенных расхождений судебной практики на региональном уровне, особенно в судах общей юрисдикции. Радикальное решение могло бы состоять в исключении полномочий по обобщению и координации судебной практики даже на уровне судебных округов (первой кассации). Но с учетом положительного опыта работы арбитражных судов округов, размеров страны и ограниченных возможностей ВС РФ нет причин не признать шансов для постепенного выравнивания подходов на межрегиональном уровне с ориентиром на подходы, формируемые специализированными коллегиями ВС РФ.

Вместо заключения: некоторые перспективы. Во-первых, вряд ли еще пришло время отказываться от зарекомендовавших себя механизмов поддержания стабильности судебной практики в национальной правовой системе. Поэтому, несмотря на отмеченные теоретические изъяны, сохранение абстрактного разъяснения норм права в постановлениях Пленума ВС РФ выглядит оправданным в условиях в целом невысокого качества

правоприменения на низовых уровнях судебной системы. Судьи «на земле», перегруженные делами и статистическим отчетами, до сих пор нуждаются в простых инструкциях по применению закона: пусть будут! Во-вторых, возможно, стоит рассмотреть вопрос о дальнейшей институционализации работы по обеспечению единства судебной практики с более четким определением ответственных лиц и детализацией самих процедур. Например, можно задуматься о преодолении кулуарности при выработке единообразных подходов по наиболее сложным, важным и/или новым правовым проблемам, допуская к их открытому обсуждению представителей научного и профессионального сообщества. Может быть также небесполезным использование по примеру некоторых иностранных правовых порядков дополнительных механизмов заблаговременного согласования толкования применимых в деле норм с вышестоящим судом. Наконец, в-третьих, новые возможности обеспечения единства судебной практики способны открыть современные цифровые технологии, осторожное и вдумчивое использование которых (например, в рамках систем так называемого предиктивного правосудия) позволит избежать рутинных ошибок в судебном толковании на любой инстанции. ■

REFERENCES

- Akhmetzyanova, E.R. "The Influence of the Concept of Judicial Federalism in the Organization of Judicial Systems in Russia and Germany" [Vliyaniye kontseptsii sudebnogo federalizma na organizatsiyu sudebnykh sistem Rossii i Germanii]. Russian Justitia [Rossiyskaya yustitsiya]. 2009. No. 10. P. 11–14.
- Alekseev, S.S. Law on the Brink of the New Millennium [Pravo na poroge novogo tysyacheletiya]. Moscow, 2000. 256 p.
- Ancel, P. and Rivier, M.-C. Les divergences de jurisprudence. Presse Universitaire, 2003. 372 p.
- Aranovskiy, K.V. and Knyazev, S.D. "Destiny of Judicial Precedent in Romano-Germanic Law" [Sud'ba sudebnogo pretsedenta v romano-germanskoy prave]. Journal of Constitutional Justice [Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya]. 2013. No. 4. P. 30–38.
- Bigot, J. "Note sous Cass., ass. plén., 15 févr. 2013, No. 11-14.637". Recueil Dalloz. 2013. P. 718–719. No. 5.
- Bizot, J.-C. "Les contrariétés de solutions: point de vue de l'auteur". LPA. 2007. No. 19. P. 39.
- Bobotov, S.V. Justice in France [Pravosudiye vo Frantsii]. Moscow, 1994. 198 p.
- Bonner, A.T. "Judicial Precedent in Russian Legal System" [Sudebnyy pretsedent v rossiyskoy pravovoy sisteme], in: Yarkov, V.V. (ed.). Russian Yearbook of Civil and Arbitrazh Process [Rossiyskiy ezhegodnik grazhdanskogo i arbitrazhnogo protsesssa]. 2004. No. 3. Saint Petersburg, 2005. P. 151–161.
- Borisova, E.A. (ed.). Verification of Court Rulings in Civil Proceedings in the EU and CIS Countries [Proverka sudebnykh postanovleniy v grazhdanskom protsesse stan ES i SNG]. Moscow, 2012. 768 p.
- Bratus, S.N. (ed.). Judicial Practice in the Soviet Legal System [Sudebnaya praktika v sovetskoy pravovoy sisteme]. Moscow, 1975.
- Bratus, S.N. "Legal Nature of Judicial Practice in the USSR" [Yuridicheskaya priroda sudebnoy praktiki v SSSR]. Soviet State and Law [Sovetskoye gosudarstvo i pravo]. 1975. No. 6.
- Brenner, C. "Les différentes missions du juge de cassation", in: Drago, G., Fauvarque-Cosson, B. and Goré, M. (eds.). L'accès au juge de cassation. SLC, 2015, P. 29–36.
- Cadiet, L., Normand, J. and Amrani Mekki, S. Théorie générale du procès. PUF, 2013. 1006 p.
- Chauvin, P. "La saisine pour avis", in: L'image doctrinale de la Cour de cassation, actes du colloque des 10 et 11 déc. 1993. La Documentation française, 1994. 251 p.
- De Castries, H. and Molfessis, N. Sécurité juridique et initiative économique. Club des juristes, mai 2015. 356 p.
- De Gouttes. "Avis sous Cass., ass. plén., 21 déc. 2006, No. 05-17.690". RTD civ. 2007. P. 789.
- De Rivery-Guillaud, M. "La saisine pour avis de la Cour de cassation". Juris-Classeur périodique. 1992. P. 3576.
- Delaporte, V. "Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation", in: L'image doctrinale de la Cour de cassation, actes du colloque des 10 et 11 déc. 1993, sous l'égide de l'Institut des Hautes études sur la justice. La Documentation française, 1994. 251 p.
- Deumier, P. "Accès à la Cour de cassation et traitement des questions jurisprudentielles", in: Drago, G. Fauvarque-Cosson, B. and Goré, M. (eds.). L'accès au juge de cassation. SLC, 2015. P. 83–105.
- Dreyer, E. "Note sous Civ. 1re, 26 sept. 2012, No. 11-20.406". Recueil Dalloz. 2012. P. 2636–2637.
- Dreyer, E. Responsabilités civile et pénale des médias. Presse. Télévision. Internet. 3^e éd. LexisNexis, 2011. 592 p.



Eliseev, N.G. Civil Procedure Law of Foreign Countries: Sources, Court System, Jurisdiction: A Learning Guide [*Grazhdanskoye protsessual'noye pravo zarubezhnykh stran: istochniki, sudoustroystvo, podsudnost': ucheb. posobiye*]. Moscow, 2000. 270 p.

Farkhtdinov, Y.F. Emergence and Development of Sources of Civil Procedure Law in Russia [*Vozniknoveniye i razvitiye istochnikov grazhdanskogo protsessual'nogo prava Rossii*]. Kazan, 2001. 200 p.

Franke, S. "Wieviele Gerichtsbarkeiten brauchen wir?". *Zeitschrift fuer Rechtspolitik*. 1997. P. 333–336.

Gritsenko, E.V. "The Role of Constitutional Courts in Ensuring the Direct Effect of the Constitution in Germany and Russia" [*Ro' konstitutsionnogo suda v obespechenii pryamogo deystviya Konstitutsii v Germanii i Rossii*]. *Journal of Constitutional Justice [Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya]*. 2013. No. 1.

Gurvich, M.A. Decision of a Court. Theoretical Issues [*Sudebnoye resheniye. Teoreticheskiye problemy*]. Moscow, 1976. 176 p.

Kolokolov, N.A. Judicial Power as a Common Legal Phenomenon [*Sudebnaya vlast' kak obshchepравovoy fenomen*]. Moscow, 2007.

Kotov, O.Yu. Impact of the Decisions of the Constitutional Court of Russia on Civil Proceedings [*Vliyaniye resheniy Konstitutsionnogo Suda Rossii na grazhdanskoye sudoproizvodstvo*]. Moscow, 2002. 192 p.

Kraft, I. Die Regulierungsfunktion der Obersten Verwaltungsgerichte — Bericht des deutschen Bundesverwaltungsgerichts, available at: http://www.verdif.de/fileadmin/verwaltungsrichter/pdf/Kraft_-_Regulierungsfunktion_BVerwG.pdf (accessed 27 January 2020).

Kriele, M. Theorie der Rechtsgewinnung. Duncker & Humblot, 1976. 366 p.

Labetoulle, D. "Une histoire de troika". *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*. Paris, 2002. P. 81–87.

Leisner, W. "Gewaltenteilung innerhalb der Gewalten". *Festgabe zur Theodor Maunz zum 70. Geburtstag*. Muenchen, 1971. P. 267–283.

Libchaber, R. "Un revenant: l'arrêt de la Chambre mixte". *RTD civ*. 1999. P. 734.

Loriferne, M. "La technique de cassation en matière judiciaire". *Le juge de cassation en Europe*. Dalloz, 2012. P. 73–77.

Maunz, Th., Herzog, R. and Herdegen, M. *Grundgesetz. Kommentar*. Muenchen, 2010. 3984 p.

Meyer, Ch. Die Sicherung der Einheitlichkeit hoehststrichtlicher Rechtsprechung durch Divergenz — und Grundsatzvorlage.

Baden-Baden, 1994, available at: <http://agatif.org/wp-content/uploads/2017/03/Relazione-tedesca.pdf> (accessed 27 January 2020).

Molfessis, N. "Les avis spontanés de la Cour de cassation". *Recueil Dalloz*. 2007. P. 37–48.

Molfessis, N. *Les revirements de jurisprudence*. Litec, 2005. 293 p.

Muench, I. and Kunig, Ph. *Grundgesetz-Kommentar*. Muenchen, 2003. 2857 p.

Pelletier, C. "Quinze ans après: l'efficacité des avis de la Cour de cassation". *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*. Paris, 2006. 644 p.

Perdriau, A. "La chambre mixte et l'assemblée plénière de la Cour de cassation". *Juris-Classeur périodique*. 1994. Vol. I. P. 3798.

Perdriau, A. "Les avis entre chambres de la Cour de cassation". *Juris-Classeur périodique*. 1999. P. 189–193.

Perdriau, A. "Les formations restreintes de la Cour de cassation". *Juris-Classeur périodique*. 1994. Vol. I. P. 3768.

Pouyaud, D. "Les avis contentieux du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation. La pratique", in: *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits*. Mélanges en l'honneur de F. Moderne. Paris, 2004. P. 327–355.

Redeker, K. "Vereinheitlichung der oeffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten?". *Neue Juristischen Wochenschrift*. 2004. P. 496–498.

Rosenberg, L., Schwab, K.H. and Gottwald, P. *Zivilprozessrecht*. C.H. Beck, 2018. 1191 p.

Rozhkova, M.A. "Judicial Precedent and Judicial Practice" [*Sudebnyy pretsedent i sudebnaya praktika*], in: Rozhkova, M.A. (ed.). *Actions and Judicial Decisions: Collected Papers [Iski i sudebnyye resheniya: sb. st.]*. Moscow, 2008. P. 320–353.

Schmidt, B., Klein, F., Hofmann, H. and Henneke H.-G. *Kommentar zum Grundgesetz*. Carl Heymanns Verlag, 2018. 3389 p.

Schmidt-Raentsch, G. "Zur Bildung des Gemeinsamen Senates der obersten Gerichtshoeefe des Bundes". *Deutsche Richterzeitung*. 1968. P. 298–302.

Veresova, N.A. "The Normative Function of the Federal Constitutional Court of Germany: Theoretical and Practical Aspects" [*Normotvorcheskaya funktsiya Federal'nogo Konstitutsionnogo Suda FRG: teoreticheskiye i prakticheskiye aspekty*]. *Journal of Constitutional Justice [Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya]*. 2009. No. 2.

Vollkommer, G. "Verfahrensvielfalt oder einheitliche Prozessrecht? — Zur Ueberwindung des Rechtspartikularismus auf dem

Gebiet des gerichtlichen Verfahrens". Juristenzeitung. 1987. P. 105–110.

Vosskuhle, A. Rechtsschutz gegen den Richter. Muenchen, 1993. 387 p.

Weber, J.-F. La Cour de cassation. La Documentation française, 2010. 224 p.

Zagaynova, S.K. Judicial Precedent: Problems of Law Enforcement [*Sudebnyy pretsedent: problemy pravoprimereniya*]. Moscow, 2002. 176 p.

Zenati, F. "La saisine pour avis de la Cour de cassation". Recueil Dalloz. 1992. P. 247–254.

Zhilin, G.A. Civil Justice. Topical Issues [*Pravosudiye po grazhdanskim delam. Aktual'nyye voprosy*]. Moscow, 2010. 576 p.

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

Konstantin L. Branovitsky

Associate Professor of the Department of Civil Procedure at Ural State Law University, LLD, Master of Law, LLM (Kiel, Germany) (e-mail: branovitsky@mail.ru).

Igor G. Rents

Associate Professor of the Department of Civil Procedure at Ural State Law University, LLD, Doctor of Law (University of Paris-East, France) (e-mail: igor.oursoff@gmail.com).

Vladimir V. Yarkov

Professor, Head of the Department of Civil Procedure at Ural State Law University, LLD (e-mail: yarkov5995@gmail.com).



**БЛОХИН
ПАВЕЛ
ДМИТРИЕВИЧ**

советник судьи
Конституционного
Суда РФ, старший
преподаватель
Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»
(Санкт-Петербург),
кандидат юридических
наук

УЧАСТИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РФ В ДЕЛЕ ФОРМИРОВАНИЯ ЕДИНООБРАЗНОЙ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

Автор отмечает, что в ряде европейских государств, включая Россию, единообразие судебной практики обеспечивается как при рассмотрении высшими судами конкретных дел в качестве кассационной инстанции, так и при издании ими (или созданными на их базе квазисудебными коллективными органами) абстрактных «руководящих разъяснений». Это вполне сочетается с наличием в таких правовых системах специализированного судебного конституционного нормоконтроля, который, используя присущие ему методы (включая принцип соразмерности), осуществляет тонкую настройку, корректировку таких руководящих разъяснений. Тем самым различные звенья судебной системы органично дополняют друг друга, сопрягая между собой задачи обеспечения правовой определенности, предсказуемости судебной практики и полноты, беспроblemности судебной защиты основных прав личности.

Ключевые слова: единообразие судебной практики, руководящие разъяснения, судебный прецедент, конституционный нормоконтроль

1. Некоторые сравнительно-правовые замечания (вместо введения)

В ряде европейских государств высшие инстанции в системе судов общей, хозяйственной и иных специализированных юрисдикций наделены полномочием по унификации толкования и применения законов не только при разрешении конкретного дела в качестве суда кассационной инстанции, но и при издании разного рода руководящих разъяснений (*guiding interpretation*) в абстрактной, обобщенной форме. Верховный Суд (ВС) РФ, который также, во-первых, осу-



PAVEL D. BLOKHIN

Judicial Advisor at
the Constitutional Court
of the Russian Federation,
Senior Lecturer at National
Research University Higher
School of Economics,
PhD in Law

PARTICIPATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT IN THE UNIFICATION OF JUDICIAL PRACTICE

The author argues that in certain European states, including Russia, the uniformity of judicial practice is provided both in the consideration by higher courts of specific cases at cassation level and in the publication by higher courts (or their quasi-judicial panels) of abstract “guiding explanations”. This is perfectly in line with the specialised judicial constitutional oversight which exists in these legal systems and, using its inherent methods (including the principle of proportionality), fine-tunes and adjusts such guiding clarifications. In this way, the different parts of the judicial system organically complement each other, thereby reconciling the tasks of ensuring legal certainty, predictability of judicial practice and its completeness, and the smoothness of judicial protection of fundamental rights of the individual.

Keywords: *uniformity of judicial practice, guiding explanations, judicial precedent, constitutional review*

ществляет в предусмотренных законом процессуальных формах судебный надзор за деятельностью нижестоящих судов и, во-вторых, дает разъяснения по вопросам судебной практики (ст. 126 Конституции РФ), в этом смысле не является уникальным.

Далее приводятся два примера — Верховного суда (Курии) Венгрии и Совместного сената высших федеральных судов Германии, — которые используют похожие, хотя и не идентичные, инструменты обеспечения

единообразия судебной практики в масштабах государства. Опыт этих стран интересен тем, что в них, в отличие от стран англосаксонской правовой семьи, наряду с де-факто существующим прецедентом также практикуется принятие высшими судами обязательных руководящих разъяснений; это сочетается с наличием, в противовес многим скандинавским, прибалтийским и иным европейским странам, конституционных судов, не встроенных в общую судебную вертикаль, чьи решения также являются общеобязательными.

В контексте настоящей статьи нас интересуют прежде всего две характеристики этих правовых систем: (1) степень абстрактности таких руководящих разъяснений (иными словами, оторванность их от фактических обстоятельств конкретного спора) и (2) возможность корректировки (тонкой настройки) содержащихся в них правовых позиций средствами конституционного нормоконтроля. Основная наша гипотеза состоит в том, что чем сильнее в правовой системе выражен первый фактор, тем большую роль должен играть второй — с тем, чтобы механизм сдержек и противовесов внутри судебной системы реально функционировал, а право каждого на судебную защиту имело всеобъемлющий, беспроblemный характер¹.

1.1. Согласно ч. 2 ст. 25 Основного закона Венгрии 2011 г. Курия (высший орган в системе общих судов) принимает решения о единообразии (*uniformity decisions*), которые являются обязательными для судов общей юрисдикции². Для этого внутри каждого из трех департаментов Курии (по гражданским, уголовным и административным делам) выделяется палата в составе пяти судей, ответственная за принятие решений о единообразии. *Оперативная часть* такого решения представляет собой выжимку в несколько строк — собственно, правовую позицию, которая предшествует мотивировочной части.

Во-первых, таким судебным актом ставится цель «разрешить противоречивую правовую проблему, которая приводит к конфликтующим решениям нижестоящих судов»; при этом он «формулируется как судебное решение, но — за редкими исключениями — разрешает лишь спорный правовой вопрос, стоящий перед судом»³. Следовательно, содержащаяся в нем позиция

опирается на ряд конкретных судебных споров, обстоятельства которых кратко излагаются в обосновании решения.

Во-вторых, согласно ч. 2 ст. 37 Закона о Конституционном суде Венгрии 2011 г. Конституционный суд по жалобам граждан, запросам судов и иным обращениям проверяет решения о единообразии на соответствие их Основному закону и международным договорам⁴. То есть соответствующие правовые позиции непосредственно вовлечены в орбиту конституционного нормоконтроля наряду с нормами статутного характера.

Достаточно проиллюстрировать указанные общие суждения конкретным примером из практики Конституционного суда Венгрии⁵.

Решением о единообразном применении уголовного права № 2/2016 Курия разъяснила, что член семьи жертвы, не достигшей 12 лет, должен наказываться лишением свободы сроком от 5 до 15 лет в случае действий сексуального характера как с применением насилия или угроз, так и при наличии согласия самой жертвы (п. 8 решения Конституционного суда). По мнению заявителей — двух региональных судов, оспаривших этот подход, такое толкование влечет более серьезное наказание за ненасильственные половые преступления, чем предусмотренное законом (п. 4–5).

Как указал Конституционный суд, в обоснование своего решения Курия сослалась на конкретные уголовные дела, а также на положения прежнего законодательства и нормы директив ЕС (п. 13). Не согласившись с этим обоснованием, Суд счел, что ни один из известных способов толкования уголовного закона не подтверждает данное Курией разъяснение (п. 25); между тем «решение о единообразном правоприменении, хотя и имеет нормативный характер, проистекающий из его обязательной силы для судов, все же судебное решение» (п. 27); в настоящем же случае Курия «приняла на себя полномочия законодательной власти» (п. 30), поскольку соответствующая норма уголовного закона была достаточно ясной и не поднимала вопрос о ее толковании (п. 31). Отменяя решение Курии, Суд особо отметил, что сам законодатель вправе при изменении Уголовного кодекса избрать такой же по

¹ Следует отметить, что ученые ранее сформулировали эту проблему более остро, допуская либо признание за абстрактными толкованиями сугубо рекомендательного значения, либо, по крайней мере, возможность непосредственной их проверки органом конституционной юрисдикции. См.: Морщакова Т.Г. Прецедент: подсказка или указка? // ЭЖ-Юрист. 2010. № 15; Она же. Конституционный Суд Российской Федерации в системе судебной власти // Морщакова Т.Г. Российское правосудие в контексте судебной реформы. М., 2004. С. 34.

² The Fundamental Law of Hungary, 2011.

³ Подробнее см.: Zödi Z. Is the Hungarian Legal System Converging to a Case Law System? Results of a Computer-Based Citation Analysis of Hungarian Judicial Decisions. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2410070 (дата обращения: 24.01.2020).

⁴ Act CLI on the Constitutional Court of Hungary, 2011.

⁵ Constitutional Court Decision № 19/2017 (VII. 18).

существом подход, какой был отражен в оспариваемом разъяснении (п. 32).

1.2. Согласно ч. 3 ст. 95 Основного закона ФРГ Совместный сенат высших федеральных судов (Верховного, а также Административного, Финансового, Трудового и Социального) учреждается с целью обеспечить единообразие их решений; детали регулируются федеральным законом⁶. Сенат состоит из председателей каждого из названных пяти судов и двух членов соответствующих сенатов этих судов (исключая тем самым Федеральный конституционный суд ФРГ) и собирается *ad hoc*. В начале решения — так же, как и в случае с венгерским судом, — формулируется руководящий принцип (*Leitsätze*), который содержит квинтэссенцию принятого решения.

Обращение в Совместный сенат возможно лишь в случае, если один из федеральных судов, рассматривающий конкретное дело, намеревается отклониться от истолкования статутной нормы, данного ранее иным федеральным судом (здесь заметно отличие от венгерского варианта). В начале решения приводится подробное описание спора, при рассмотрении которого федеральный суд обратился с так называемой *дивергенцией*, а также правовая позиция этого суда и конфликтующее с ней толкование иных высших судов. «Базовая предпосылка состоит в том, что суды первой и второй инстанций будут следовать (унифицирующему) толкованию федеральных судов норм статутного права»⁷.

Статья 13 Закона о Федеральном конституционном суде (ФКС) ФРГ 1951 г., перечисляя конституционные полномочия данного Суда, не упоминает о возможности оспаривания таких решений Совместного сената в порядке конституционной жалобы или, тем более, посредством запроса суда⁸ (ср. с венгерским законом). Между тем это не означает, что ФКС не может под-

вергнуть их оценке, хотя бы и косвенной, при рассмотрении конкретного конституционно-правового спора.

Поскольку самих таких решений за все годы существования этого органа было принято всего четыре, то и практика их оценки ФКС весьма скудна. В одном таком деле⁹ заявитель обратился с конституционной жалобой в отношении решения Верховного суда, в котором тот счел, что немецкое законодательство о ценах на лекарственные препараты также применяется к голландским лекарственным средствам, ввозимым фармацевтической компанией по почте на территорию Германии (абз. 1). По мнению заявителя, такое ограничение нарушает его права и лишает его конкурентного преимущества (абз. 13). При этом суд исходил из того, что согласно решению Совместного сената № GmS-OGb 1/10 немецкие правила об отпускных ценах также применяются к лекарствам, отпускаемым по рецепту, которые продаются конечным потребителям в Германии через аптеки, расположенные в другом государстве — члене Европейского союза (ЕС), посредством почты (абз. 6).

Отказывая в рассмотрении жалобы по существу, ФКС ФРГ счел, что она не поднимает нового вопроса фундаментального значения и не имеет шансов на успех (абз. 20). В частности, ряд доводов заявителя был основан не на конституционном праве, а на праве ЕС (абз. 23) либо не учитывал, что оспариваемое ограничение отвечает принципу пропорциональности (абз. 24). Кроме того, высокий суд отдельно указал, что разъяснение Совместного сената не расходится с ныне действующим законодательством страны, а равно не встречает убедительной критики в научной доктрине (абз. 29).

Исходя из изложенного, можно заключить следующее.

В ряде государств на конституционном уровне признано полномочие высших судов обеспечивать единообразное применение и толкование закона посредством формулирования общеобязательных абстрактных велений. Вместе с тем в случае Венгрии и тем более Германии поводом к формированию таких разъяснений выступает конкретный правовой спор, находящийся на рассмотрении судов.

⁶ Basic Law for the Federal Republic of Germany, 1949.

⁷ Steiner E. Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions. Springer, 2015. P. 117. Ср.: «правовой обязанности применять судебный прецедент по другим решениям в немецкой судебной системе не существует»; «в Германии не существует абстрактного толкования (по результатам обобщения практики), функция судов заключается в разрешении конкретных споров» (Рекцигель Ш. Значение законной силы судебных решений для налоговых правоотношений в Германии // Налоговед. 2010. № 10. С. 72–79).

⁸ Federal Constitutional Court Act, 1951.

⁹ BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 31. März 2016 — 2 BvR 929/14. Rn. (1–30).



Поскольку в то же время такие разъяснения выходят далеко за рамки этого спора и приобретают нормативное значение, возможна их оценка — прямая, как в Венгрии, или опосредованная, как в ФРГ, — в рамках судебного конституционного *нормоконтроля*.

2. Взаимодействие Конституционного Суда РФ с иными судами в целях унификации судебной практики

Подобно тому, как огранка драгоценного камня предполагает несколько последовательных стадий (обточка, шлифовка и др.), на которых работают мастера разного профиля, так и обретение правовым материалом качества нормы обычно предполагает прохождение им ряда этапов, на которых задействованы несколько субъектов. Если условно назвать первым из них издание некоторого правила законодательным органом, то вторым может выступать авторитетное его истолкование, которое дается ВС РФ; на третьем этапе Конституционный Суд (КС) РФ осуществляет более тонкую настройку этого правила уже с учетом такого истолкования; наконец, судам общей и арбитражной юрисдикции предписывается применять его в единстве с правовыми позициями обоих высших судов. При этом аналогично тому, как в некоторых случаях требуется переогранка драгоценного камня (к примеру, при огранке старинной формы или при сильном его повреждении), процесс настройки правовой нормы может требовать возвращения к предыдущим стадиям (см. примеры далее).

На каждом из этих этапов компетентные органы, как представляется, преследуют несовпадающие цели, вытекающие из их конституционно очерченных полномочий. Так, для законодателя принципиальным является установление некоего общественно полезного — например, с точки зрения актуальной экономической повестки — правила поведения. ВС РФ в лице его Пленума и Президиума имеет серьезные ресурсы для обеспечения ясного, формально определенного, единообразного в масштабах страны толкования и применения этого правила. КС РФ, в свою очередь, не вдаваясь в вопросы политической или экономической целесообразности, может точно скорректировать это правило исходя из соображений правовой справедливости (соразмерности

ограничений прав)¹⁰. Задача же остальных правоприменителей — проводить это правило в жизнь с учетом всех тех разъяснений и уточнений, которым оно подверглось в процессе «огранки».

Обеспечение единообразной правоприменительной практики прямо не отнесено ни Конституцией РФ, ни Федеральным конституционным законом от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» (далее — Закон о КС РФ) к целям конституционного правосудия. К таковым отнесены «защита основ конституционного строя, основных прав и свобод человека и гражданина, обеспечение верховенства и прямого действия Конституции» (ст. 3 Закона) с учетом признания человека, его прав и свобод «высшей ценностью» (ст. 2 Конституции). Сам КС РФ неоднократно проводил границу между собственными полномочиями, с одной стороны, и полномочиями иных судов и законодателя — с другой: «...проверка законности и обоснованности правоприменительных решений по делу заявителя не входит в компетенцию Конституционного Суда, равно как *не относится к его компетенции и судебный надзор за единообразием в толковании и применении норм судами* (здесь и далее в цитатах курсив мой. — П.Б.)»¹¹. Равным образом, указывает Суд в качестве общего правила, «вопрос об имеющейся, по мнению заявителя, несогласованности между различными нормами законодательства не может быть предметом рассмотрения Конституционного Суда, поскольку *унификация и приведение в соответствие друг с другом положений нормативных актов не входят в его компетенцию*»¹².

Безусловно, среди защищаемых средствами конституционного правосудия основополагающих прав и свобод названо право на равенство каждого перед законом и судом (ч. 1 ст. 19 Конституции), которое «мо-

¹⁰ В отличие от актов правотворческих органов, обладающих дискреционными полномочиями, «решения Конституционного Суда принимаются исключительно в режиме конституционной законности, но не нормотворческой целесообразности», и в этом смысле он является своеобразным «метрологическим властным учреждением» (Кокотов А.Н. Решения Конституционного Суда Российской Федерации как акты правотворчества // Современные проблемы конституционной доктрины и практики: сб. науч. тр., приуроченный к юбилею проф. А.Н. Кокотова. М., 2016. С. 20, 22–23).

¹¹ Определения КС РФ от 20.03.2007 № 209-О-О, от 20.10.2011 № 1451-О-О, от 24.03.2015 № 507-О, от 26.03.2019 № 661-О.

¹² Определения КС РФ от 20.11.1998 № 157-О, от 05.07.2001 № 135-О.

жет быть обеспечено лишь при условии единообразного понимания и толкования правовой нормы всеми правоприменителями», поскольку иное «допускает возможность неограниченного усмотрения в процессе правоприменения и ведет к произволу»¹³. А именно, как отметил Суд в ряде дел, «самого по себе нарушения требования определенности правовой нормы вполне может быть достаточно для признания такой нормы не соответствующей Конституции»¹⁴. Технически важным средством устранения такой неопределенности является учет КС РФ при принятии решения не только буквального смысла проверяемого акта, но и смысла, придаваемого ему официальным и иным толкованием или сложившейся правоприменительной практикой (ч. 2 ст. 74 Закона о КС РФ). Причем указанным мерилom Суд пользуется как при оценке оспариваемой нормы по существу, так и при принятии обращения к рассмотрению¹⁵. В каком-то смысле унификация практики является не конечной целью, а полезным побочным продуктом работы КС РФ — так же, как золотая пыль является важным побочным продуктом шлифовки драгоценного изделия.

Ниже рассматриваются несколько форм, в которых КС РФ прямо или косвенно оказывается вовлечен в процесс генерирования единообразной практики правоприменения.

КС РФ вносит вклад в совершенствование механизмов унификации судебной практики, очерчивая конституционные условия применения таких механизмов. Так, Суд признал допустимым пересмотр по вновь открывшимся обстоятельствам вступившего в законную силу судебного акта на основании правовых позиций, выраженных после принятия этого акта в постановлении Пленума или Президиума Высшего Арбитражного Суда (ВАС) РФ, но лишь при наличии в этом постановлении прямого указания на придание такой правовой позиции обратной силы, при учете конституционных рамок действия правовых норм с обратной силой и необходимости установления законодателем срока, в течение которого допустим такой пересмотр¹⁶.

КС РФ фиксирует непоследовательность, рассогласованность судебной практики и дает в постановлении конституционно-унифицирующее толкование норме. Например, КС РФ, признавая не соответствующими Конституции ряд норм природоохранного законодательства, учитывал, что общие и арбитражные суды придерживаются противоположного подхода к вопросу о том, должны ли вносить плату за негативное воздействие на окружающую среду организации, образующие в результате своей деятельности промышленные отходы, или же специализированные организации, эксплуатирующие полигон для таких отходов¹⁷.

Напротив, КС РФ констатирует наличие единообразной судебной практики по спорному вопросу, отвергая доводы заявителя о нарушении его прав в силу неопределенности закона. Так, Суд счел, что в отсутствие до 2014–2015 гг. в законодательстве явно выраженного запрета на включение в кредитный договор (оговорки о ничтожности) условия о сложных процентах, «сформировалась единообразная судебная практика», в частности по делам с участием АО «Банк Русский Стандарт», признавая право сторон согласовывать в договоре условие о кредитовании имеющейся у клиента перед банком задолженности по уплате процентов с начислением на сумму такого кредита таких же процентов¹⁸.

Принимая решение, КС РФ исходит из того, что правовой пробел, указанный заявителем, восполняется за счет разъяснений, данных другими высшими судами применительно к оспариваемым нормам. Так, изучая вопрос о стоимости недвижимого имущества, полученного налогоплательщиком в дар, с которой ему надлежит уплатить налог на доход физических лиц, КС РФ сослался¹⁹ на п. 6 Обзора практики рассмотрения судами дел, связанных с применением главы 23 Налогового кодекса РФ (утв. Президиумом ВС РФ 21.10.2015), в силу которого налоговая база при дарении недвижимости между физическими лицами «может определяться исходя из кадастровой (инвентаризационной) стоимости полученного гражданином имущества».

¹³ Постановление КС РФ от 17.06.2004 № 12-П.

¹⁴ См., напр.: Постановление КС РФ от 17.01.2019 № 4-П.

¹⁵ См. особенно: Определения КС РФ от 12.02.2019 № 274-О и от 12.02.2019 № 275-О.

¹⁶ Постановления КС РФ от 21.01.2010 № 1-П и от 17.10.2017 № 24-П во взаимосвязи.

¹⁷ Постановление КС РФ от 05.03.2013 № 5-П. Подробнее об этом аспекте см.: Коваленко К.А. Понятие «сложившаяся правоприменительная практика» в федеральном конституционном судопроизводстве // Журнал конституционного правосудия. 2012. № 1.

¹⁸ Определение КС РФ от 05.12.2019 № 3275-О.

¹⁹ Определение КС РФ от 27.09.2018 № 2464-О.



КС РФ своим определением устраняет наметившееся в практике искажение (игнорирование) ранее высказанной им в постановлении правовой позиции. Так, в недавнем Определении по жалобе К. Котова Суд напомнил, что применение судами ст. 212.1 УК РФ возможно лишь при безусловном соблюдении ее смысла, выявленного им в Постановлении от 10.02.2017 № 2-П по жалобе И. Дадина; поэтому при принятии решения он (КС) и вправе проверить, не выходя за рамки своей компетенции, была ли эта норма применена в конкретном уголовном деле с учетом его правовых позиций. Далее Суд разъяснил, что лишение свободы за неоднократное нарушение правил организации или проведения митингов возможно лишь при установлении «реальности» (лицо призывает к нарушению закона, использует средства для сокрытия личности и т.д.) и «существенности» (наличие предметов, могущих быть использованными в качестве оружия и т.п.) угрозы охраняемым интересам²⁰.

Один из высших судов содержательно воспринимает, заимствует правовую позицию, сформулированную ранее иным судом, формально не ссылаясь на нее. Например, положение о случаях, в которых недопустимо удовлетворение судебным приставом-исполнителем ходатайства взыскателя о временном ограничении права должника на выезд из Российской Федерации, сформулированное в ряде развернутых определений²¹ КС РФ, принятых по докладу судьи, было воспроизведено без изменений в п. 22 Постановления Пленума ВС РФ от 17.11.2015 № 50 «О применении судами законодательства при рассмотрении некоторых вопросов, возникающих в ходе исполнительного производства».

Пленум ВС РФ вносит изменения в свое постановление в целях согласования его с содержащимися в постановлении КС РФ правовыми позициями. Так, после принятия Постановления КС РФ по вопросу о допустимости пересмотра вступившего в законную силу судебного решения в связи с заявлением лица, по административному иску которого положенный в основу этого решения нормативный акт признан судом недействующим, Постановлением Пленума ВС РФ от 20.09.2018 № 33 были внесены соответствующие изменения в более раннее Постановление²².

КС РФ, по существу, мягко корректирует ранее выраженную им в определении точку зрения вслед за принятием постановления Пленума ВС РФ. В частности, КС РФ признал, что сделанный им вывод о принципиальной допустимости избранного законодателем решения вопроса об установлении родителей ребенка, родившегося по договору суррогатного материнства²³, не исключает необходимости с учетом всех фактических обстоятельств дела разрешить возникающий спор в интересах ребенка²⁴, как на это указано Пленумом ВС РФ в п. 31 Постановления 16.05.2017 № 16 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел, связанных с установлением происхождения детей».

КС РФ продолжает, творчески развивает правовую позицию, высказанную в постановлении Пленума ВС РФ, формируя на ее основе новую позицию. Так, учитывая, наряду с практикой Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ), положение п. 44 Постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» о том, что обнаружение изображения лица без его согласия допустимо, если такое лицо является публичной фигурой, в связи с политической или общественной дискуссией, КС РФ пришел к выводу, что сведения о частной жизни (в особенности интимного характера) не могут автоматически признаваться общественно значимой информацией, даже если они касаются известного деятеля искусства²⁵.

Разрешая в конкретном деле вопрос о применимости правовой позиции КС РФ, суд самостоятельно артикулирует условия, параметры действия этой позиции. Так, суды признают приоритет сведений, содержащихся в ЕГРН, перед результатами очередной кадастровой оценки, для целей определения размера налоговой базы по земельному налогу²⁶, лишь в тех

та 7 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30 июня 2011 года № 52 „О применении положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре судебных актов по новым или вновь открывшимся обстоятельствам“». См. также раздел 3.3 настоящей статьи.

²³ Определение КС РФ от 15.05.2012 № 880-О.

²⁴ Определение КС РФ от 27.09.2018 № 2318-О.

²⁵ Определения КС РФ от 12.02.2019 № 274-О и № 275-О. Анализ этих Определений в интересующем нас аспекте см.: Гаджиев Г.А. О принципе пропорциональности и конституционной кассации // Судья. 2019. № 7.

²⁶ Постановление КС РФ от 28.02.2019 № 13-П. См. также раздел 3.2 настоящей статьи.

²⁰ Определение КС РФ от 27.01.2020 № 7-О.

²¹ Определения КС РФ от 03.07.2014 № 1561-О и 1563-О.

²² Постановление Пленума ВС РФ от 20.09.2018 № 33 «О признании не подлежащим применению абзаца третьего пунк-

случаях, когда у налогоплательщика в отчетном периоде действительно имелась неопределенность относительно стоимости его имущества; в ином случае ссылка на соответствующее постановление КС РФ расценивается ими как попытка уклонения от уплаты налога²⁷.

Суды осуществляют универсализацию правовой позиции КС РФ, т.е. применяют ее к иным обстоятельствам, нежели указанные в его постановлении.

Так, ВС РФ в ряде своих решений применил позицию КС РФ о невозможности истребования публичным собственником жилого помещения, являвшегося выморочным имуществом, — притом, что он не принял своевременных мер по его установлению и надлежащему оформлению права собственности, — от добросовестного приобретателя²⁸, зарегистрировавшего свое право и полагавшегося на данные ЕГРН, также и к земельным участкам²⁹.

3. Примеры корректировки КС РФ руководящих разъяснений по вопросам судебной практики

Авторитетными учеными достаточно подробно описаны формы правотворчества высших судов Российской Федерации — как *конкретного* (формирование президиумом такого суда своеобразных прецедентов при рассмотрении им конкретного дела), так и *абстрактного* (принятие постановлений пленума, являющихся для нижестоящих судов обязательными в силу закона, и издание информационных писем президиума, являющихся обязательными на практике)³⁰. Такое правотворчество может преследовать и

различные цели: «восполнения пробелов в законе», «разъяснения и уточнения смысла правовых норм», а иногда и «фактического исправления неудачных или устаревших норм закона» под видом их толкования. Также справедливо замечено, что основная цель такого судебного правотворчества — «оперативно и качественно удовлетворять колоссальный регулятивный голод», в том числе путем создания «абстрактных правовых позиций». Это порождает, в свою очередь, следующую проблему: «...нормы законодательства или судебного правотворчества оказываются иногда неоправданно широкими по охвату». В этой абстрактности состоит коренное отличие от тех случаев, когда правовая позиция в своей гипотезе содержит «осмысленный и исчерпывающий набор фактических обстоятельств», имеющих «решающее влияние на сделанный вывод».

Впрочем, как указывают авторы, прецедентное правотворчество (не исключая, видимо, и решения КС РФ по жалобам граждан и запросам судов) не лишено похожего недостатка, когда правило может оказаться как избыточно широким, так и неоправданно узким. Представитель германской правовой науки ставит вопрос таким образом: «...почему прежний судья сформулировал прецедент А в конкретном деле А определенным образом, а не иначе? Возможно, мы, сегодняшние судьи, могли бы сделать выбор в пользу иного *ratio*»³¹. Более искушенные американские ученые раньше и рельефнее описали эту проблему: в прецедентном праве большую роль играют так называемые «доктринальные мосты» между уже существующими правилами и требующимся новым регулированием»; это связано с тем, что суд склонен формулировать новое правило излишне узко, подобно тому, как «сознание человека опасается делать слишком большие скачки»; все это добавляет «элемент случайности в развитии прецедентного права, ставящий права участника спора в зависимость от хронологической

но объяснить рядом причин: во-первых, разъяснения по вопросам судебной практики, данные Пленумом ВАС РФ, сохраняют свою силу до принятия соответствующих решений Пленумом ВС РФ; во-вторых, отдельные ее положения в равной степени применимы и к нормотворчеству, осуществляемому ВС сегодня.

³¹ Müller F. Observations on the Role of Precedent in Modern Continental European Law from the Perspective of "Structuring Legal Theory" // Stellenbosch Law Review. 2000. Vol. 11. Iss. 3. P. 434.

²⁷ Постановления Семнадцатого ААС от 17.04.2019 № 17АП-2625/2019-АК по делу № А60-59894/2018, от 26.06.2019 № 17АП-6691/2019-АК по делу № А50-4458/2019.

²⁸ Определения КС РФ от 21.09.2017 № 1791-О; от 23.11.2017 № 2570-О.

²⁹ Определения Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 23.04.2018 № 117-КГ18-11, от 24.04.2018 № 33-КГ17-28, от 13.02.2018 № 33-КГ17-24. Проблема универсализации правовых позиций исследуется здесь: Блохин П.Д. Обоснование по аналогии в конституционно-правовых спорах // Аргументация в праве и морали: монография / под ред. Е.Н. Лисанюк. СПб., 2018. С. 212–224.

³⁰ Здесь и далее цит. по: Верещагин А.Н., Карапетов А.Г., Тай Ю.В. Пути совершенствования правотворческой деятельности Высшего Арбитражного Суда РФ // Вестник ВАС РФ. 2013. № 6. С. 4–81. Актуальность данной работы мож-



последовательности, в которой его дело возникает перед судом»³².

Итак, в ряде случаев задача формирования единого образа, предсказуемости правоприменительной практики может войти в состояние напряженности с целью максимально гибкой, всесторонней защиты основных прав. В основе методологии конституционного нормоконтроля многих стран, включая Россию, уже давно лежит правильная идея соразмерности (иначе: справедливости, пропорциональности, дифференцированности) ограничительных, запретительных, карательных мер³³. Конечно, суды иных юрисдикций также используют категорию соразмерности, справедливости — например, при назначении административного наказания ниже низшего предела³⁴, — но не с целью нуллификации применяемой нормы закона. Значительная же часть выводов КС РФ о конституционно-правовом толковании нормы содержит систему условий, критериев, при соблюдении которых правило, обладающее свойством обобщенности, огрубленности, только и может считаться конституционно-приемлемым³⁵. Такая корректировка, настройка статутных норм и результатов судебного правотворчества, однако, не означает, что КС стремится занять главенствующую позицию в судебной иерархии: скорее, как уже говорилось в предыдущем разделе, он выполняет функцию специализированного суда

по отношению к иным судам (хотя и не поименован таковым в Федеральном конституционном законе от 31.12.1996 № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»), поскольку проверяет определенный перечень правовых актов по ограниченному кругу оснований.

Вообще, идея о том, что отношения между высшими судебными органами могут быть основаны на принципах координации и *специализации*, а не субординации, уже давно нашла обоснование в правовой науке: в коммуникативной теории права³⁶ (применительно преимущественно к отношениям внутри одной правовой системы) и в работах А. Фоскуле о так называемой многоуровневой кооперации³⁷ (применительно к отношениям между внутригосударственными судами и судами интеграционных образований).

3.1. Указанные далее примеры такой корректировки объединяет то, что все они касаются реализации права каждого на судебную защиту, которое, как многократно указывал КС РФ, «выступает гарантией всех иных прав и свобод... и не подлежит ограничению»³⁸.

По смыслу п. 13 Постановления Пленума ВС РФ от 27.12.2007 № 52 «О сроках рассмотрения судами Российской Федерации уголовных, гражданских дел и дел об административных правонарушениях», исходя из ст. 29.6 КоАП РФ, при наличии ходатайств от участников производства возможно продление двухмесячного срока рассмотрения дел об административных правонарушениях; в то же время *продление сокращенных сроков рассмотрения дел* (в частности, 48 часов с момента задержания лица) *недопустимо*. Указанное разъяснение, на первый взгляд, не вызывает вопросов: более того, оно способствует тому, чтобы неукоснительно соблюдался установленный ч. 2 ст. 22 Конституции РФ запрет на задержание лица на срок более 48 часов в отсутствие на то предварительной судебной санкции. Вместе с тем применение указанного общего правила не должно приводить к парализации иных конституционно значимых

³² Fuller L.L. American Legal Realism // University of Pennsylvania Law Review. 1934. Vol. 82. P. 441–442. Ярчайшим примером такого «доктринального моста» является Определение КС РФ от 09.06.2015 № 1275-О с позитивным содержанием по делу о врачебной тайне, приведшее спустя некоторое время к принятию полноценного Постановления от 13.01.2020 № 1-П по той же, по существу, проблеме.

³³ Судья Г.А. Гаджиев точно заметил, что взятый на вооружение конституционным правосудием многих стран принцип пропорциональности «существует для того, чтобы создать гибкую, справедливую правовую систему»; при этом «применение принципа пропорциональности является конституционной прерогативой КС РФ»; у российского КС «нет возможности принимать решения исходя из принципа... „все или ничего“. Необходимо искать золотую середину!» (Гаджиев Г.А. Указ. соч. С. 57–59).

³⁴ И также не без подачи КС РФ: см. знаменитое Постановление КС РФ от 17.01.2013 № 1-П, остроумно названное некоторыми практикующими юристами «инъекцией справедливости» Кодекса РФ об административных правонарушениях (КоАП).

³⁵ В качестве наиболее яркого примера см.: Постановление КС РФ от 31.10.2019 № 32-П по вопросу о возможности возврата работодателем уплаченных страховых взносов, сведения о которых уже учтены на индивидуальных счетах работников.

³⁶ Ван Хук М. Право как коммуникация. СПб., 2012. С. 152, 235.

³⁷ Фоскуле А. Пирамида или мобиль? Защита прав человека европейскими конституционными судами // Права человека. 2014. № 4. С. 8–12.

³⁸ Постановление КС РФ от 17.01.2019 № 4-П.

ценностей, в том числе права каждого задержанного на получение квалифицированной юридической помощи с момента задержания (ст. 48) и права представлять в суде доказательства своей невиновности (ст. 49). Лицо не может быть поставлено в ситуацию выбора — реализовать одно право и поступиться тем самым другим.

Поэтому в ряде случаев суды, не учитывая это разъяснение, со ссылками на нормы Конституции РФ и международного права указывали, что «лицо, в отношении которого ведется производство по делу, вправе иметь достаточно времени и возможности для подготовки своей защиты и сноситься с выбранным им защитником»³⁹; или суды принимали во внимание, что судебное заседание уже откладывалось, лицо воспользовалось помощью защитника для составления письменных объяснений, не были указаны причины неявки защитника в суд, лицо воспользовалось услугами защитника при апелляционном рассмотрении⁴⁰. Напротив, в иных случаях суды отвергали доводы лица, привлекаемого к административной ответственности, о необходимости обеспечить явку защитника, свидетелей, и отказывали в удовлетворении ходатайств об отложении судебного заседания⁴¹, зачастую обосновывая это указанным разъяснением⁴².

Именно такая практика и повлекла принятие КС РФ Определения по жалобе гражданина Давыдова, в котором Суд сформулировал правовую позицию: в системе действующего правового регулирования положение ч. 4 ст. 29.6 КоАП РФ, в соответствии с которым дело об административном правонарушении, влекущем возможность применения административного ареста либо административного выдворения, рассматривается в отношении лица, подвергнутого административному задержанию, в течение 48 часов с момента его задержания, не препятствует лицу, привлекаемому к административной ответственности, пользоваться помощью защитника (адвоката) и ходатайствовать о вызове в судебное заседание сви-

детелей⁴³. Странно, что в литературе это Определение трактуется как адресующее некие обязанности федеральному законодателю⁴⁴, когда оно явным образом адресовано правоприменителю и не требует коренных изменений в правовом регулировании.

По-видимому, судебная практика уже положительно среагировала на тонкую настройку, которую произвел КС. Так, в административном деле об оставлении места ДТП суд, сославшись на данное Определение, указал, что, «поскольку мировым судьей было нарушено право С. пользоваться помощью защитника, а также право потерпевшей М. на участие в судебном заседании, постановление о привлечении С. к административной ответственности нельзя признать законным и обоснованным»⁴⁵. В ином деле, об участии в несанкционированных собраниях, суд, также сославшись на позицию КС РФ, указал: «...судьей не было учтено, что И. не имел реальной возможности привлечь к участию в деле защитника, поскольку... он был доставлен в отдел полиции № 4 УМВД по городу Владивостоку и до рассмотрения дела судом был задержан»⁴⁶.

3.2. По смыслу п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 30.06.2015 № 28 «О некоторых вопросах, возникающих при рассмотрении судами дел об оспаривании результатов определения кадастровой стоимости объектов недвижимости», установленная в размере рыночной кадастровая стоимость применяется до вступления в силу нормативного правового акта, утвердившего результаты *очередной кадастровой оценки*, при условии внесения сведений о новой кадастровой стоимости в государственный кадастр недвижимости. Это разъяснение совершенно оправданно, поскольку иной подход препятствовал бы органам власти в актуализации сведений о стоимости земельного участка, единожды определенной судом (комиссией) в индивидуальном порядке, — независимо от изменений на рынке недвижимости. Однако оно не учитывает такой эксклюзивной ситуации, когда све-

³⁹ Решение Архангельского областного суда от 15.01.2015 по делу № 7п-7.

⁴⁰ Решение Верховного суда Республики Марий Эл от 26.03.2014 по делу № 7п-21.

⁴¹ Решение Самарского областного суда от 27.04.2015 по делу № 12-189/2015.

⁴² Решение Мценского районного суда Орловской области от 13.10.2015 по делу № 12-115/2015.

⁴³ Определение КС РФ от 09.02.2016 № 214-О.

⁴⁴ Кисин В.Р. Некоторые проблемы правового регулирования юридической помощи лицу, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении // Административное право и процесс. 2017. № 1. С. 40–44.

⁴⁵ Постановление заместителя председателя Свердловского областного суда от 29.12.2016 по делу № 4а-1196/2016.

⁴⁶ Решение Приморского краевого суда от 22.10.2018 по делу № 7-12-538.



дения о кадастровой стоимости, определенной судом (комиссией) в размере рыночной, в силу технических причин вносятся в ЕГРН уже после того, как нормативным актом была определена новая кадастровая стоимость, которая тем самым приобретает статус архивной. В результате собственник-налогоплательщик руководствуется данными ЕГРН, а налоговые органы — указанным нормативным актом, причем каждый из них формально прав.

Рассматривая такую нетипичную ситуацию, арбитражный суд руководствовался следующей логикой⁴⁷: поскольку на территории области в установленном порядке утверждены и внесены в ГКН результаты очередной кадастровой оценки (согласно постановлению администрации области от 28.11.2014), то кадастровая стоимость, определенная в размере рыночной (согласно решению комиссии от 12.12.2014) применительно к ранее проведенной государственной кадастровой оценке земель (согласно постановлению администрации области от 11.11.2013) не подлежит применению к налоговому периоду — 2015 г., хотя она и имеет в ГКН статус актуальной.

В 2019 г. КС РФ в Постановлении по жалобе ООО «Парус» сформулировал такую правовую позицию: законодательство не предполагает возложения на налогоплательщика-организацию, добросовестно осуществившего исчисление и уплату земельного налога на основании предоставленных ему сведений из ЕГРН (ГКН), основанных на решении комиссии об определении кадастровой стоимости земельного участка в размере рыночной, неблагоприятных последствий, связанных с проведением очередной государственной кадастровой оценки, сведения о которой в названном реестре (кадастре) имели статус архивных по состоянию на начало соответствующего налогового периода⁴⁸. То, что в настоящем деле КС РФ избрал такую формулу резолютивной части, как признание оспариваемой нормы НК РФ не противоречащей Конституции РФ в выявленном им смысле, свидетельствует о том, что нарушение прав заявителя было связано не столько с содержанием этой нормы, сколько с правоприменительным ее истолкованием, в том числе в конкретном деле.

Следует особо отметить, что в целях обеспечения единообразного применения судами указанной правовой позиции она нуждается в последующей универсализации (т.е. в распространении ее на аналогичные случаи, о чем говорилось выше). Так, КС РФ вынужден подчеркивать, что данная позиция применима и к случаям, когда плательщиком земельного налога является не организация, а физическое лицо⁴⁹; когда кадастровая стоимость была установлена в размере рыночной решением не комиссии, а суда⁵⁰. КС РФ счел возможным ограничиться вынесением определений по указанным жалобам, видимо, имея в виду два обстоятельства: во-первых, правоприменительные акты по этим делам были приняты еще до обнародования данного Постановления; во-вторых, складывающаяся после этого судебная практика без особых трудов распространяет позицию КС РФ как на физических лиц⁵¹, так и на решения судов⁵². Более того, некоторые авторы небезосновательно допускают, что позиция КС РФ «применима и к отношениям, связанным с исчислением и уплатой налога на имущество организаций»⁵³.

3.3. Пункт 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2011 № 52 «О применении положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре судебных актов по новым или вновь открывшимся обстоятельствам» ранее предусматривал: признание судом недействующим нормативного правового акта как не соответствующего закону не может рассматриваться в качестве основания для пересмотра судебного акта по новым обстоятельствам, за исключением случаев, когда данный нормативный правовой акт признан *недействующим с момента его принятия* (абз. 3). Логика указанного разъяснения диктуется общим правилом действия во времени правовых актов (их перспективностью), а также принципом правовой определенности, в силу которого пересмотр вступившего в законную силу судебного акта не должен быть движим лишь ошибкой суда в применении нормы права (чем, по существу, и является применение

⁴⁷ Постановление Девятнадцатого ААС от 21.12.2017 по делу № А64-6012/2017.

⁴⁸ Постановление КС РФ от 28.02.2019 № 13-П.

⁴⁹ Определение КС РФ от 18.07.2019 № 2178-О.

⁵⁰ Определение КС РФ от 24.10.2019 № 2914-О.

⁵¹ Постановление АС Центрального округа от 25.07.2019 № Ф10-3174/2019 по делу № А64-6956/2018.

⁵² Постановление АС Уральского округа от 04.07.2019 № Ф09-3591/19 по делу № А60-59894/2018.

⁵³ Крайнев А. Берем на заметку вердикты Конституционного суда // Новая бухгалтерия. 2019. № 10.

ние незаконного нормативного акта)⁵⁴. Вместе с тем распространение указанного подхода на всех без исключения субъектов правоотношений — включая лицо, добившееся признания нормы незаконной, — опустошало, обесмысливало бы принадлежащее ему право на судебную защиту (ст. 45 и ч. 2 ст. 46 Конституции РФ).

На основании указанного разъяснения тем не менее сформировалась абсолютно единообразная судебная практика: в пересмотре по новым обстоятельствам судебного акта в связи с признанием недействующим на будущее нормативного акта, положенного в его основание, участнику гражданского, административного или иного дела отказывалось, даже если такой нормативный акт был признан ранее недействующим именно по его заявлению⁵⁵. Учитывая это, КС РФ, принимая в 2018 г. Постановление по жалобе ООО «Альбатрос», исходил из «устоявшегося понимания положений статьи 311 АПК Российской Федерации правоприменительной практикой (о чем свидетельствуют в том числе решения, вынесенные в отношении заявителя по настоящему делу)»⁵⁶.

В частности, КС РФ сформулировал следующую правовую позицию: оспариваемое положение п. 1 ч. 3 ст. 311 Арбитражного процессуального кодекса РФ не препятствует пересмотру по новым обстоятельствам вступившего в законную силу судебного акта арбитражного суда по заявлению лица, в связи с административным иском которого положенный в основу этого судебного акта нормативный правовой акт признан недействующим судом общей юрисдикции, вне зависимости от того, с какого момента данный

нормативный правовой акт признан недействующим. Совершенно очевидно, что КС РФ, руководствуясь принципами правового равенства и единства судебной системы, вправе распространить указанную конструкцию и на регулирующие аналогичные правоотношения нормы Гражданского процессуального кодекса⁵⁷ и Кодекса административного судопроизводства РФ (хотя последний сформулирован несколько иначе).

Постановлением Пленума ВС РФ от 20.09.2018 № 33 в связи с принятием данного решения рассматриваемое разъяснение признано не подлежащим применению. Представляется, что из Постановления КС РФ необходимости внесения такого изменения напрямую не следовало. Так или иначе, сегодня в большинстве случаев суды, отказывая в возобновлении производства по делу, указывают на то, что истец или ответчик не являлся административным истцом в деле об оспаривании нормативного правового акта⁵⁸; в отдельных случаях они не исследуют вопрос о том, являлась ли сторона конкретного дела (например, территориальное управление федерального органа исполнительной власти) одновременно и административным истцом⁵⁹; в иных же случаях говорится: «...то обстоятельство, что Общество не являлось административным истцом... само по себе не исключает возможность пересмотра ранее вынесенного в отношении него решения»⁶⁰.

4. Основные тезисы (в качестве заключения)

В ряде государств Европы, включая страны бывшего соцлагеря, формирование единообразной судебной практики обеспечивается путем принятия высшими судами решений по конкретным делам в качестве кассационной (надзорной) инстанции, а также принятия этими судами (или созданными на их основе коллегияльными квазисудебными органами) руководящих разъяснений. Во втором случае формулируемые

⁵⁴ Подробнее см.: Ильин А.В. Признание судом нормативного правового акта недействующим как основание пересмотра судебного акта по новым обстоятельствам // Закон. 2018. № 8. Интересно, что ученый, в целом разделяя эту позицию Пленума из догматических соображений, допускает ее неприменение для стороны гражданского дела, являвшегося административным истцом, исходя при этом из соображений «политико-правовых» и даже в какой-то степени этических. А это — уже область конституционно-судебных оценок.

⁵⁵ Среди многих примеров см.: постановления ФАС Дальневосточного округа от 29.08.2011 № Ф03-4141/2011 по делу № А59-5471/2009; ФАС Центрального округа от 24.09.2012 по делу № А14-8831/2010; ФАС Уральского округа от 06.06.2012 № Ф09-4914/09 по делу № А60-32888/08; ФАС Поволжского округа от 06.03.2013 по делу № А57-6415/2010.

⁵⁶ Постановление КС РФ от 06.07.2018 № 29-П.

⁵⁷ Постановление КС РФ от 11.01.2019 № 2-П.

⁵⁸ Постановления АС Центрального округа от 15.10.2019 № Ф10-3586/2018 по делу № А08-6791/2015; АС Поволжского округа от 25.04.2019 № Ф06-16241/2016 по делу № А12-4384/2016 и др.

⁵⁹ Постановление АС Северо-Западного округа от 03.10.2019 № Ф07-9984/2019 по делу № А56-43350/2015.

⁶⁰ Постановление АС Северо-Западного округа от 03.09.2019 № Ф07-8705/2019 по делу № А56-47155/2016.



такими судами правовые позиции как по способу их изложения, так и по степени воздействия на правоприменительную среду приближаются к нормам статутного характера, хотя могут не признаваться формально общеобязательными. В связи с этим они не должны обладать иммунитетом от оценки на соответствие конституционному праву, в том числе общепризнанному в правовых государствах принципу пропорциональности (баланса ценностей). Таково положение дел в ряде стран Центральной и Восточной Европы, где судебный конституционный контроль прямо или по касательной распространяет свое действие на такие правовые позиции. Именно такую тонкую конституционно-правовую настройку осуществляет в своей практике и КС РФ, используя для этого так называемое конституционно-конформное истолкование, мультиплицируя ранее высказанные им правовые позиции с помощью определений по аналогичным вопросам и используя иные техники. В результате такого, если угодно, синергетического действия достигается сопряжение между задачей унификации судебной практики и целью всеобъемлющей защиты основополагающих прав. ■

REFERENCES

Fuller, L.L. "American Legal Realism". University of Pennsylvania Law Review. 1934. Vol. 82. P. 429–462.

Müller, F. "Observations on the Role of Precedent in Modern Continental European Law from the Perspective of 'Structuring Legal Theory'". Stellenbosch Law Review. 2000. Vol. 11. Iss. 3. P. 426–436.

Steiner, E. Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions. Springer, 2015. XI, 382 p.

Zódi, Z. "Is the Hungarian Legal System Converging to a Case Law System? Results of a Computer-Based Citation Analysis of Hungarian Judicial Decisions", available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2410070 (accessed 24 January 2020).

Blokhin, P.D. "Justification by Analogy in Constitutional Legal Disputes" [*Obosnovaniye po analogii v konstitutsionno-pravovykh sporakh*], in: Lisanyuk, E.N. (ed.). Argumentation in Law and Morality [*Argumentatsiya v prave i morali: monografiya*]. Saint Petersburg, 2018. P. 212–224.

Foscule, A. "Pyramid or Mobile? Human Rights Protection by European Constitutional Courts" [*Piramida ili mobil'? Zashchita prav cheloveka evropeyskimi konstitutsionnymi sudami*]. Human Rights [*Prava cheloveka*]. 2014. No. 4. P. 8–12.

Hoek, M. van. Law as a Communication [*Pravo kak kommunikasiya*]. Saint Petersburg, 2012. 288 p.

Ilyin, A.V. "Recognition of the Regulatory Legal Act by Court Invalid as the Basis of Revision of the Judicial Act on New Circumstances" [*Priznaniye sudom normativnogo pravovogo akta nedeystvuyushchim kak osnovaniye peresmotra sudebnogo akta po novym obstoyatel'stvam*]. Statute [*Zakon*]. 2018. No. 8. P. 122–136.

Kisin, V.R. "Several Issues of Legal Regulation of Legal Assistance to a Person Subject to Administrative Proceedings" [*Nekotoryye problemy pravovogo regulirovaniya yuridicheskoy pomoshchi litsu, v otnoshenii kotorogo vedetsya proizvodstvo po delu ob administrativnom pravonarushenii*]. Administrative Law and Procedure [*Administrativnoye pravo i protsess*]. 2017. No. 1. P. 40–44.

Kokotov, A.N. "Decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation as Law-Making Acts" [*Resheniya Konstitutsionnogo Suda Rossiyskoy Federatsii kak akty pravotvorchestva*], in: Modern Problems of Constitutional Doctrine and Practice: Collected Articles in Commemoration of Professor A.N. Kokotov's Anniversary [*Sovremennyye problemy konstitutsionnoy doktriny i praktiki: sb. nauch. tr., priurochennyy k yubileyu prof. A.N. Kokotova*]. Moscow, 2016.

Kraynev, A. "Let's Take Note of the Verdicts of the Constitutional Court" [*Berem na zametku verdikty Konstitutsionnogo suda*]. New Accounting [*Novaya bukhgalteriya*]. 2019. No. 10, available at "ConsultantPlus" Legal Reference System.

Morshchakova, T.G. "Precedent: A Hint or a Pointer?" [*Pretsedent: podskazka ili ukazka?*]. EJ-Jursit [*EZh-Yurist*]. 2010. No. 15.

Morshchakova, T.G. "The Constitutional Court of the Russian Federation in the System of Judicial Power" [*Konstitutsionnyy Sud Rossiyskoy Federatsii v sisteme sudebnoy vlasti*], in: Morshchakova, T.G. Russian Justice in the Context of Judicial Reform [*Rossiyskoye pravosudiye v kontekste sudebnoy reformy*]. Moscow, 2004.

Rektsigel, Sh. "How Legal Force of Court Decisions Affects Tax Legal Relations in Germany" [*Znachenie zakonnoy sily sudebnykh resheniy dlya nalogovykh pravootnosheniy v Germanii*]. Tax Expert [*Nalogoved*]. 2010. No. 10. P. 72–79.

Vereshchagin, A.N., Karapetov, A.G. and Tay, Yu.V. "Ways of Improving the Law-Making Activity of the Supreme Commercial Court of the Russian Federation" [*Puti sovershenstvovaniya pravotvorcheskoy deyatel'nosti Vysshego Arbitrazhnogo Suda RF*]. Herald of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation [*Vestnik VAS RF*]. 2013. No. 6. P. 4–81.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Pavel D. Blokhin

Judicial Advisor at the Constitutional Court of the Russian Federation, Senior Lecture at National Research University Higher School of Economics, PhD in Law (e-mail: pavel.blokhin@ksrf.ru).



**МЕДУШЕВСКИЙ
АНДРЕЙ
НИКОЛАЕВИЧ**

профессор
департамента
политики и управления
факультета социальных
наук Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»,
доктор философских
наук, ординарный
профессор

ГЛОБАЛЬНЫЙ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМ: ПРЕЦЕДЕНТ В ТРАНСНАЦИОНАЛЬНОЙ ПРАВОВОЙ КОММУНИКАЦИИ*

Глобальный конституционализм — влиятельная теоретическая конструкция, суммирующая весь объем процессов взаимодействия на границе международного и внутреннего права в процессе формирования новой глобальной, транснациональной или наднациональной правовой, и политической реальности. Гипотетически сравнительное уменьшение роли национального конституционализма по отношению к его международному противовесу открывает путь к росту роли международного правосудия в конституционных вопросах. Этот процесс ведет к появлению нового типа конфликтов между международными и национальными судами в понимании конституционализма, его природы и значения в обновленной космополитической реальности. Такие конфликты имеют очевидное выражение в феномене прецедентов глобального, или транснационального, права как противостоящих прецедентам в более традиционном понимании. Автор анализирует процессы интеграции и фрагментации в международном конституционном праве, показывая, как менялся баланс жесткого и мягкого права, новых и традиционных концепций прецедента и судебного активизма в отношении таких предметов, как теория пропорциональности, структура источников права, трансформативная и транзиторная юриспруденция и растущая поляризация по линии многоуровневой конституционной юриспруденции.

Ключевые слова: глобальный конституционализм, транснациональное право, международное конституционное право, интеграция и фрагментация правового порядка, жесткое и мягкое право, источники права, концепция правового прецедента, международные и национальные суды, принцип пропорциональности, конституционная юриспруденция

* Статья подготовлена в ходе проведения исследования (проект № 20-01-006) в рамках Программы «Научный фонд Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ)» в 2020–2021 гг. и в рамках государственной поддержки ведущих университетов Российской Федерации «5-100».



ANDREY N.
MEDUSHEVSKY

Professor of the School of
Politics and Governance
of the Faculty of Social
Sciences at National
Research University
“Higher School of
Economics”, Doctor of
Philosophy, Tenured
Professor

GLOBAL CONSTITUTIONALISM: PRECEDENT IN TRANSNATIONAL LEGAL COMMUNICATION

Global constitutionalism is the influential theoretical construction consolidating the whole scope of interactive processes on the border of international and national law in formation of a new global transnational or supra-national legal and political reality. Hypothetically, the relative diminution of the role of national constitutionalism against its international counterpart paved the way for the growing role of international jurisprudence in constitutional matters. That development produces a new type of conflicts between international and national courts in the understanding of constitutionalism, its nature, and its role in a new cosmopolitan reality. The new conflict has its obvious representation in the new phenomenon of precedents of global or transnational law as opposed to precedents more traditional in nature. The author analyses the processes of integration and fragmentation in international constitutional law showing how the balance shifts between hard and soft law, traditional and new concepts of legal precedent and judicial activism regarding proportionality theory, the structure of the sources of law, transformative or transitional jurisprudence, and the growing polarisation of the multi-layered constitutional jurisprudence.

Keywords: *global constitutionalism, transnational law, international constitutional law, integration and fragmentation of legal order, hard and soft law, sources of law, concept of legal precedent, international and national courts, proportionality principle, constitutional jurisprudence*

Глобальный конституционализм — влиятельная теоретическая конструкция, призванная выразить совокупность интеграционных процессов правового развития, основанных на взаимодействии и пересечении международного и национального конституционного права. Несмотря на спорность данной теории и ее неприятие значительной частью профессионального сообщества (включающей как юристов-международни-

ков, так и конституционалистов), все признают, что в качестве междисциплинарной области знаний данное направление исследований акцентирует внимание на новых принципиальных тенденциях правового развития, заставляющих переосмыслить или как минимум скорректировать традиционные представления о методах, проблематике и понятийном аппарате конституционализма.

В целом констатируется формирование нового вида права, которое определяется как глобальное, наднациональное, международное или транснациональное конституционное право. Если согласиться с этим выводом, то оправданна следующая научная гипотеза: относительное уменьшение роли традиционных национальных конституций с продвижением международного конституционализма коррелирует с параллельным относительным увеличением роли международных судов в развитии конституционных норм и практик. Это делает актуальным обращение к роли судов (как международных, так и национальных) в транснациональной правовой коммуникации, определение границ их вмешательства в национальные юрисдикции, а главное — формулирование повестки глобального конституционализма путем создания новой системы прецедентов международного конституционного права.

1. Международное конституционное право: параметры конвергенции

Глобальный конституционализм традиционно выводится из международного права — представления о последовательном росте его автономности, единства, нормативной иерархии и дифференциации¹; о «прогрессивном движении» через увеличение международной кооперации². Выражением этой тенденции предстает процесс конституционализации в международном праве³, который имеет две стороны — включение в международные договоры положений конституций и обратное влияние этих договоров на национальное право отдельных государств и их судебную практику (которая оказывается все более связана международными нормами)⁴. По мнению сторонников глобального конституционализма, этот процесс ведет

к формированию особого транснационального, наднационального или глобального конституционализма.

В литературе по глобальному конституционализму⁵ называется ряд противоречий данной теории: отсутствие эмпирического объекта изучения (мировой конституции как таковой не существует, если не считать ею Хартию ООН); утопичность устремлений⁶; методологические разногласия основных школ (нормативистской, плюралистической и функциональной)⁷; отсутствие четких дефиниций понятий мирового, глобального, международного, наднационального, многоуровневого и транснационального конституционализма⁸, что ведет к их синонимическому восприятию⁹. Критики указывают, что глобальный конституционализм — не целостная теория со своим предметом и методом, а конгломерат различных научных подходов, относящихся скорее к проблеме легитимности международных институтов и практик, чем к их нормативному эффекту¹⁰. Даже активные сторонники глобального конституционализма определяют его всего лишь как междисциплинарную область исследований и область экспериментирования¹¹.

Отличительная черта этого феномена, формирующегося с начала XXI в., заключается в отказе от традиционных постулатов Вестфальской системы, основывавшей концепцию конституционализма на принципах суверенитета, верховенства права и демократии. В результате эрозии суверенитета государств

¹ Verdross A. Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft. Berlin, 1926.

² Fassbender B. The Meaning of International Constitutional Law // Transnational Constitution Perspectives / ed. by N. Tsagourias. Cambridge, 2007. P. 307–328.

³ Macdonald R. St. The International Community as a Legal Community // Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community / ed. by R. St. Macdonald, D. M. Johnston. The Hague, 2005; Kleinlein Th., Peters A. International Constitutional Law. Oxford, 2017.

⁴ Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance / ed. by J. Dunoff, J. P. Trachtman. Cambridge, 2009.

⁵ Atilgan A. Global Constitutionalism. A Socio-Legal Perspective. Heidelberg, 2018; Peters A. Global Constitutionalism // Encyclopedia of Political Thought / ed. by M. Gibbus. London, 2015. P. 1484–1487; Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives / ed. by T. Suami, M. Kumm, A. Peters, D. Vanoverbeke. Cambridge, 2018.

⁶ Johnston M. World Constitutionalism in the Theory of International Law // Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community. P. 27.

⁷ Wiener A. Global Constitutionalism: Human Rights, Democracy and the Rule of Law // Global Constitutionalism. 2012. № 1. P. 1.

⁸ Dunoff J. L., Trachtman J. P. A Functional Approach to International Constitutionalism // Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance. P. 9.

⁹ Stone Sweet A. Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes // Indiana Journal of Global Legal Studies. 2009. Vol. 16. P. 644.

¹⁰ Delpano R. Fragmentation and Constitutionalisation of International Law: A Theoretical Inquiry // European Journal of Legal Studies. 2013. Vol. 6. № 1. P. 76.

¹¹ Handbook on Global Constitutionalism / ed. by A. F. Lang, A. Wiener. Cheltenham und Northampton, Massachusetts, 2017.



с продвижением к наднациональному правовому регулированию, считают аналитики, возникает пост-вестфальский конституционализм (*Post-Westphalian constitutionalism*), в рамках которого обсуждаются такие понятия, как «глобальное правовое пространство», «правовая глобализация», «конституционная геометрия», «нормативный порядок или беспорядок»; а также вводится ряд новых терминов — «наднациональный конституционализм» (*supranational constitutionalism*), «глобальное управление» (*global governance*); обсуждаются «границы правовых культур», в частности европейской, с особым упором на глобальную юстицию (*global justice*)¹².

Важность конституционных вопросов на международном уровне стала предметом значительных дебатов в последние годы: спорят, что следует охарактеризовать, каковы конституционные особенности международного порядка, чем глобальные вызовы отличаются от тех, которые есть на национальном уровне, каким должно быть взаимодействие между различными международными установлениями, равно как между международным и национальным уровнями правового регулирования, как меняется оценка традиционных конституционных принципов и что может и должен включать конституционализированный мировой порядок.

Один из вопросов заключается в том, какова в этом процессе должна быть роль международных и национальных судов — соотношения их прецедентов на разных этапах многоуровневой регулятивной системы — и не ведет ли растущий судебный активизм к нивелированию конституционных ценностей.

В рамках концепции международного конституционного права его нормы разделены на три категории: 1) фундаментальные нормы, выполняющие конституционную функцию для международной системы в целом; 2) нормы, служащие как конституции для международных организаций или режимов; и 3) нормы, охватывающие или усиливающие конституционные функции внутреннего права государств¹³. Примерами норм международного

конституционного права выступают фундаментальные права, нормы, касающиеся глобального управления или коммерческих отношений.

На практике процесс конституционализации как минимум нелинеен: его противоречия констатируются, с одной стороны, в соотношении глобального (наднационального) уровня и государственного (национального) уровня реализации; с другой — в соотношении категорий права, которые могут вступать в противоречие по объему и уровню регулирования соответствующих прав; с третьей — в различии политических трактовок конституционализма, стандартов глобального управления и прецедентов интерпретации норм в пользу глобального сотрудничества или вопреки ему.

2. Фрагментация международного конституционного права как вызов конституционализации

Конституционализация и фрагментация схематично рассматриваются как выражение процессов интеграции и дезинтеграции в глобализирующейся правовой системе — двух основных тенденций в эволюции международного права. Однако оба понятия получают различные трактовки, представляют собой «логически перенасыщенные термины», поскольку описывают не только реальные правовые процессы, но и установки (сопутствующие дискурсы) в академической дискуссии, юридическом сообществе и практике акторов глобального конституционализма, прежде всего судей¹⁴.

Общая угроза, ощущаемая в дебатах о фрагментации и конституционализации, — появление многочисленных и конкурирующих интерпретаций международного права¹⁵, опасение, что международное право в целом станет фрагментарным и неуправляемым и возникнет вакуум согласованных и предсказуемых правил, воспринимаемых в качестве общепризнанных.

¹² Global Constitutionalism and Its Challenges to Westphalian Constitutional Law / ed. by M. Belov. London, 2018.

¹³ Kleinlein Th., Peters A. International Constitutional Law. Oxford, 2017.

¹⁴ Peters A. Fragmentation and Constitutionalization // The Oxford Handbook of the Theory of International Law / ed. by A. Orford, F. Hoffmann. Oxford, 2016. URL: <https://global.oup.com/academic/product/the-oxford-handbook-of-the-theory-of-international-law-9780198701958?cc=de&lang=en&#> (дата обращения: 20.01.2020).

¹⁵ Prost M. The Concept of Unity in Public International Law. Oxford, 2012.

Три потенциальные области конфликта, фиксируемые аналитиками, — напряженность между различными интерпретациями общего права; между общим правом и специальным правом; между двумя типами специального права. Результатом может стать квазинезависимость различных международных мини-режимов и предписаний, функциональная автоматизация специальных режимов, мультипликация международных трибуналов и, что принципиально, появление конкурирующих, если не противоположных стратегий судебной интерпретации прецедентов международного и национального права¹⁶. Каков выход из этой ситуации?

3. Транснациональный конституционализм и национальная судебная практика — параметры взаимодействия

Транснациональный, или космополитический, конституционализм, по мнению его сторонников, есть результат конвергенции международных и национальных систем и миграции глобальных конституционных принципов поверх стран, институтов и акторов. Данный процесс выражается в новом понимании соотношения международно признанных конституционных принципов прав человека с новой трактовкой суверенитета национальных правительств. В фокусе внимания — взаимодействие национальной юрисдикции с международным (и иностранным) правом, растущее влияние последнего на процесс создания национальных конституций и конституционную интерпретацию, а также использование международных прав человека внутренними судами.

Отмечается, что, несмотря на различие позиций в отношении использования иностранного и международного права, конституционализм и судебное толкование (*judicial review*) стали глобальными, а растущая горизонтальная коммуникация между конституционными системами действительно существует. Следствием этого признано зарождение транснационального или космополитического конституционализма. Данный процесс, как предполагается, будет ускорен неизбежной конституционализацией международного права¹⁷. Воз-

растающая роль международных трибуналов — следствие этой трансформации международного права.

Все больше содержательных областей права ставится под международный контроль, включая области, долгое время рассматривавшиеся как зона ответственности национальных правительств. Выражением этого является признание конституционных функций международных трибуналов — в том смысле, что они могут осуществлять заметное вмешательство в деятельность законодательных, исполнительных и судебных органов национальных государств¹⁸.

Оптимистической перспективе линейного развития транснационального правосудия противостоит, однако, ряд контраргументов — о недостатке его легитимности, транспарентности, отсутствии таких механизмов судебной интерпретации, которые могли бы рассматриваться как универсально признанные. Первый и наиболее важный аргумент о недостатке легитимности вытекает из отсутствия глобальной конституции как эмпирической реальности и суверенитета на глобальном (международном) уровне — и это фактор, затрудняющий прямые аналогии с национальными судами. Второй ставит проблему недостатка транспарентности международных судов, во всяком случае в традиционном понимании этого термина, и делает актуальным ее анализ в кросс-культурном разрезе — международном правотворчестве и судопроизводстве, исходя из предположения, что транспарентность является источником легитимности интернациональных правовых процессов. Третьей проблемой выступает отсутствие консенсуса акторов международных отношений в части правил и процедур международного правосудия — они выступают с различными идеологическими проектами формирующегося глобального правосудия (например, предлагают дополнить его либеральную версию социал-демократической)¹⁹, отстаивая при этом больший или меньший уровень космополитичности²⁰.

¹⁶ The Constitutionalization of International Law / ed. by J. Klabbers, A. Peters, G. Ulfstein. Oxford, 2011.

¹⁷ Halmai G. Perspectives on Global Constitutionalism: the Use of Foreign and International Law. The Hague, 2014.

¹⁸ Ulfstein G. The International Judiciary // The Constitutionalization of International Law.

¹⁹ Allen T. Liberalism, Social Democracy and the Value of Property under the European Convention on Human Rights // International and Comparative Law Quarterly. 2010. Vol. 59. P. 1055.

²⁰ Nagel T. The Problem of Global Justice // Philosophy and Public Affairs. 2005. Vol. 33. P. 113–147.



Показательна острая дискуссия о принципе пропорциональности как механизме принятия решений в транснациональном правосудии. В международном праве фиксируются как минимум три версии принципа пропорциональности с различными конституционными функциями: 1) горизонтальная применяется (среди прочего) в области контрмер — трактовка принципа здесь отсылает к отношению между действием (нарушение международного права) государства и приемлемой (допустимой) реакцией другого государства; 2) диагональная касается отношений между национальным публичным интересом и частными интересами индивидов (в международном гуманитарном праве) или инвесторов; 3) вертикальная относится к отношениям между глобальным публичным интересом, например свободной торговли, и частными интересами государств²¹. В интернациональной литературе, посвященной принципу пропорциональности (и балансированию как его элементу), нет однозначного мнения о перспективах его использования вообще и в транснациональном правосудии в частности. Акцентируется неопределенность принципа пропорциональности, доступного различным (и все более широким) истолкованиям со стороны судов. Говорят даже о его слишком вольной трактовке, напоминающей споры средневековых схоластов о метафизических проблемах выявления различных форм иррациональности, и призывают свести структуру судебного усмотрения к вопросам иррациональности и компетенции. Поскольку принцип пропорциональности оказывается все более широко востребованным как критерий судебного решения, юрисдикции создают различные дискреционные инструменты с целью смягчить его явный эффект. Упоминаются такие термины, как *margin of appreciation*, *margin of discretion*, *due deference*, *variable intensity of review*, *sliding scale of review*, создающие широкую свободу усмотрения — источник разочарования для носителей судебной власти, т.е. судей, которые надеялись на большую определенность²².

Трудности в этот спор добавляет позиция регионов и стран, заимствовавших западную систему право-

судия, но столкнувшихся с тем, что ее формальное применение ведет к дискриминации значительных сегментов общества. Ответом на этот вызов стали различные интерпретации транснационального конституционализма²³, а также появление ряда новых концепций, пытающихся совместить состязательную судебную систему с задачами модернизации. Это — концепция *трансформативного правосудия*, ставшая популярной в контексте перехода Южной Африки от апартеида к конституционной демократии, настаивающая на необходимости выхода судей за пределы «негативных прав», приоритете содержательных аспектов судебной защиты фундаментальных прав над формальными и большей роли судейского активизма²⁴; концепция *транзитного правосудия*, актуализированная процессами демократизации, указывающая на постепенность перехода от авторитаризма к демократии в судебном правотворчестве, а также различные концепции *правовой идентичности*, например в странах Восточной Европы, настаивающие (иногда с позиций популизма) на учете специфики судебных доктрин и практик, связанных с особенностями культуры, истории и общественного сознания отдельных регионов мира. Их общим недостатком признается тенденция к политизации правосудия, хотя на деле речь часто идет о поиске адекватной легитимации судебных решений в незападных правовых культурах.

С этих позиций в центре внимания оказываются следующие вопросы: как далеко может пойти аналогия космополитических и национальных судов; должны ли международные трибуналы быть подчинены демократическому контролю и гарантиям, сопоставимым с теми, которые известны в национальных конституциях; в какой мере международная судебная власть должна быть организована в иерархические структуры, известные в национальных судебных системах, и какова должна быть, соответственно, конституционная роль международных и национальных судов в выработке универсально значимых прецедентов интерпретации.

²¹ Peters A. Proportionality as a Global Constitutional Principle // Handbook on Global Constitutionalism. P. 248–264.

²² Rivers J. Proportionality and Discretion in International and European law // Transnational Constitutionalism. P. 107–132.

²³ Transnational Constitutionalism.

²⁴ Kibert E., Fombat Ch. Transformative Constitutionalism and the Adjudication of Constitutional Rights in Africa // African Human Rights Law Journal (Pretoria). 2017. Vol. 17. № 2.

4. Пересмотр структуры источников права: области формирования транснациональных прецедентов интерпретации

В перспективе глобализации актуальна артикуляция фундаментальных прав на стыке национальных и глобальных конституционных трендов. Ряд универсальных проблем вообще не поддается регулированию исключительно с позиций международного права, поскольку ресурс его принципов, связанных с конституционализмом (*jus cogens, ergo omnes*) и иерархией норм, выглядит ограниченным. Определенность требуется прежде всего в обсуждении «перекрестных сюжетов» (*crosscutting issues*), таких как космополитический конституционализм, плюрализм, права человека и демократическая легитимность на транснациональном уровне²⁵. Это относится в первую очередь к темам экологии, безопасности, глобального управления и особенно Интернета²⁶. Но какова должна быть система источников права и методы толкования для достижения этой определенности?

В новейших исследованиях судебной практики отмечаются изменения структуры источников права, появление их новых разновидностей и взаимодействий, связанных с применением судами международных норм прав человека во внутреннем праве государств.

Первое направление изменений связано с формированием международного гуманитарного права, предполагающего выстраивание соотношения между национальным правом и конвенциями по правам человека. В фокусе анализа (А.С. Свит и Х. Келлер) — включение (*incorporation*), поскольку национальные и наднациональные суды дают прямой ход искам, отсылающим к международным правам человека, и, следовательно, должны выстраивать иерархию и интерпретировать нормы как международного, так и внутреннего права в их взаимосвязи.

Другим направлением (Р. Пост и Р. Абелла) выступает трактовка принципа светского государства —

изменение статуса религиозных норм как источника права одновременно в религиозных и светских государствах: в несекулярных государствах суды должны определить, какие религиозные доктрины центральны для их вердиктов; в секулярных порядках судьям при решении вопросов соблюдения индивидуальных религиозных свобод (например, в независимых конфессиональных ассоциациях) приходится учитывать положения соответствующих религиозных доктрин и практик, причем обязательно с позиций их соответствия принципам светского государства.

Третье направление представлено нормами о защите персональных данных в контексте безопасности и роли новых технологий. Желая выяснить, как стремление государств обеспечить национальную безопасность и новые информационные технологии влияют на защиту приватности, аналитики (К.Л. Шеппеле, А. Капчинский, А. Розас) ставят вопросы: какой закон (или страна) либо транснациональные системы могут и должны регулировать внутреннюю и трансграничную слежку; как различные юрисдикции защищают индивидуальные права автономии, свободы выражения, свободы ассоциации, устанавливая барьеры для сбора информации правительствами; как регулировать технические инновации, возникшие на стыке публичного и частного секторов, открывающие широкие возможности по сбору информации?

Четвертое направление связано с интерпретацией принципов равенства и справедливости в контексте усилий по обеспечению равного гражданства (*equal citizenship*) путем так называемых *positive action*, направленных на развитие включенности групп, исторически лишенных этих преимуществ. С учетом поляризации общества по этому вопросу исследователи (Дж. Резник, Р. Сигел, С. Баер) фокусируются на том, как взаимодействия между судами и законодателями меняют понимание целей и форм допустимой позитивной акции. Пятое направление (К. Стит, Д. Куртис, Н. Гертнер, С. Кассезе) выдвигает проблему соотношения международных и национальных норм для определения границ и полномочий национальной законодательной, исполнительной и судебной власти по вынесению приговоров, с учетом изменения этих границ под влиянием международных норм (таких, как признание человеческого достоинства, недо-

²⁵ Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance.

²⁶ Медушевский А.Н. Конституция Интернета: идея, проекты и перспективы // Общественные науки и современность. 2019. № 1. С. 71–86.



пустимости жестоких и произвольных наказаний, определения границ делегированных полномочий и усмотрения и др.)²⁷.

Эффективными путями формирования транснациональных прецедентов интерпретации фундаментальных прав признаются, во-первых, общая доктрина судов (определяющая рамки определения фундаментальности прав и варианты институциональных решений); во-вторых, семантический анализ понятий (наполнения их определенным содержанием); в-третьих, рассуждение по аналогии (с учетом известных авторитетных прецедентов национального или международного права); в-четвертых, сравнительный анализ решения сходных проблем иностранными юрисдикциями (включающий интерактивное взаимодействие между судами); в-пятых, расчет социальных последствий принятия решений и критериев легитимации судебных решений (что предполагает соединение правового и социологического анализа, учет культуры, истории и ожиданий в обществе)²⁸. Подход с позиций транснациональности позволяет национальным судам понять, какие принципы действительно фундаментальны, не преувеличивать национальной специфики и угроз правовой системе, ограничив собственные дискреционные установки. Иллюстрацией этих тезисов может служить обращение к трактовке и применению спорной немецкой доктрины «неконституционных конституционных поправок» в странах с нестабильной демократией, амбивалентность которой позволяет использовать ее как для защиты правового государства, так и для его ниспровержения²⁹, требуя от судов при вынесении соответствующих решений анализа не только конституционных норм, но также политического контекста, механизмов партийной борьбы и процедур политической конкуренции³⁰.

Частью проблемы выступает поиск новых принципов взаимодействия международных, региональных и

национальных судов и гармонизации их решений. Эти вопросы рассматриваются главным образом на материале Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и роли прецедентов ЕСПЧ в ее интерпретации национальными государствами — членами ЕС³¹. Однако в других регионах эта проблема стоит гораздо острее. Например, в отличие от ЕС, интерпретация Американской конвенции прав человека Межамериканским судом по правам человека требует от государств континента отмены внутренних правовых норм, противоречащих Конвенции, что, по мнению критиков, порождает целый ряд негативных последствий: диалог всех судов заменяется монологом одного, игнорируется региональная специфика отдельных государств, прецеденты транснационального суда вытесняют логику юридической аргументации национальных судов, а последние превращаются в простых регистраторов и исполнителей решений высшего института абсолютного конвенционального контроля. Подобное «механическое прецедентное право», считает А. Дулицкий, подрывает независимость латиноамериканских судей и ведет к эрозии легитимности их решений. Выход усматривается в создании интегрированной межамериканской модели, где обеспечен двусторонний диалог судей разных уровней, а национальные суды создают собственное прецедентное право, предваряя интерпретацию Конвенции континентальным судом с целью придания его прецедентам большей легитимности³². В не менее острой форме вопросы защиты национальной конституционной идентичности по отношению к транснациональным судам поставлены в странах Восточной Европы — членах ЕС (например, Польше и Венгрии), а также России и других странах постсоветского пространства, где конституционные суды стремятся определить «пределы уступчивости» в отношении прецедентов ЕСПЧ³³.

²⁷ Sources of Law and of Rights / ed. by J. Resnik, A. Liman. Yale, 2014.

²⁸ Jackson V. Constitutional Engagement in a Transnational Era. Oxford, 2010.

²⁹ Dixon R., Landau D. Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments // ICON. 2015. Vol. 13. P. 606–638.

³⁰ Po Jen Yap. The Conundrum of Unconstitutional Constitutional Amendments // Global Constitutionalism. 2015. Vol. 4. P. 114–136.

³¹ См., напр.: Де Сальвиа М. Прецеденты Европейского суда по правам человека. СПб., 2004; «Совесть Европы» в действии: 350 решений Европейского суда по правам человека. М., 2019.

³² См.: Dulitzky A.E. The Constitutionalization of International Law in Latin America: An Alternative Approach to the Conventionality Control Doctrine // American Journal of International Law. 2015. Vol. 109. P. 100–108.

³³ См.: Медушевский А.Н. Конституционная ретрадиционализация в Восточной Европе и России // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 1. С. 13–32.

В значимых областях глобальной юриспруденции ведется поиск общих стандартов интерпретации на уровне международных и национальных судов и сближение позиций последних, выражающееся в появлении знаковых судебных решений, оказывающих влияние на последующую юридическую практику разных стран, т.е. попытки формирования определенных прецедентов комбинированной интерпретации источников международного и национального происхождения с позиций транснационального конституционализма. Но ясно, что их принятие национальными юрисдикциями возможно лишь постольку, поскольку они считают себя связанными соответствующими международными обязательствами.

5. Дилемма глобализации: на пути к новой интерпретации прецедента?

Итак, глобальный конституционализм — скорее вызов, чем решение проблемы гармонизации правовых отношений в мире. Несмотря на оптимистические оценки, вклад данной теории остается ограниченным. С одной стороны, она действительно обобщает на междисциплинарном уровне значимые новые параметры глобального правового развития — конвергенция международного и конституционного права, конституционализация и фрагментация правовых режимов, анализ акторов глобального производства норм и практик правового регулирования — в виде законотворческой роли международных организаций, общественных движений, правительств и судов. С другой стороны, вклад теории глобального конституционализма и основанных на ней судебных практик не простирается далее ограниченной конвергенции международного и конституционного права (прежде всего — включения блока фундаментальных конституционных прав в международные договоры); процессы конституционализации международного права сталкиваются с противоположной тенденцией к его фрагментации (которая сегодня представляется преобладающей), а проблема легитимности институтов транснационального конституционализма не решена как в теоретическом, так и в практическом отношении, демонстрируя феномен ложной унификации, мнимой легитимности и кризиса глобального управления, связанного с отказом

наиболее сильных государств играть по единым правилам.

С учетом объективного падения роли национальных конституций в условиях усиления глобальных (наднациональных) факторов правового регулирования возрастает значение транснациональных правовых коммуникаций, в идеале призванных снять противоречия между основными акторами и уровнями правового регулирования. Ключевая роль в этом отводится судам всех трех уровней, в качестве метода выступает их интерактивное взаимодействие — транснациональный судебский диалог, а ожидаемым результатом предполагается снятие противоречий как по горизонтали, так и по вертикали глобального правового регулирования. В центре внимания оказывается совокупность знаковых решений международных судов, которые можно определить как своеобразные *прецеденты транснационального конституционализма*, однако с той оговоркой, что они выполняют эту роль только в случае готовности признания их легитимности соответствующими правительствами — готовности, выраженной в принятии ими положений соответствующих международных договоров (и судебных вердиктов) как части национального права. Следствием расширения этой практики становится пересмотр концепции прецедента, связанный с включением в нее ряда новых компонентов.

На транснациональном уровне устойчивой тенденцией стало размытие традиционной жесткой трактовки прецедента, выработанной в англосаксонском праве (прецедент как решение высшей судебной инстанции, не допускающее пересмотра и обязательное к исполнению всеми нижестоящими судами национальной юрисдикции при решении сходных дел).

Во-первых, меняется система источников права, вынужденная реагировать на появление новых кросс-национальных областей регулирования (она включает не только традиционные источники международного и конституционного права, но и фактически широкую область судебной интерпретации их соотношения по конкретным вопросам). *Во-вторых*, прослеживается тенденция к более мягкой трактовке прецедента (чем та, что присутствует в суверенных государствах), акцентирующей не столько прецедент решения, сколько интерпретации, и допускающей его пересмотр высши-



ми судами с учетом изменения ситуации, по итогам транснационального судейского диалога. В-третьих, очевиден тренд к иерархизации производства прецедентов и плюрализации их видов по уровням правового регулирования — прецеденты международных судов (прежде всего ООН, ВТО, Международного уголовного суда); прецеденты региональных международных объединений (как ЕСПЧ, Межамериканский суд, суд ЕАЭС); прецеденты национальных государств.

Поиск баланса конституционализации и фрагментации отражен в конфликтности взаимодействий по всей цепочке межсудебных отношений — международных и региональных судов (например, между Советом Безопасности ООН и Судом ЕС в деле Я. Кади); региональных и национальных судов (например, заочный диалог между ЕСПЧ и Конституционным судом Германии в деле Горгилю, ставший источником вдохновения для всех «протекционистских» решений в других странах Европы); в подчеркнутом стремлении ряда стран ограничить роль прецедентов международных и региональных судов в национальной юрисдикции с целью защиты идентичности (позиция судов ряда стран Восточной Европы и постсоветского региона, например Конституционного Суда РФ в деле Анчугова и Гладкова) или дать их иную интерпретацию с позиций трансформативного либо транзиторного права, соответствующего местным задачам (активистские суды ЮАР и Индии); наконец, в прямом отказе государств от участия в международной судебной интеграции (особая позиция Китая или Ирана, вовсе не признающих решений транснациональных судов). В целом актуальны вопросы о том, является ли транснациональный диалог судов реальным путем продвижения глобального конституционализма или, напротив, демонстрирует скорее его неэффективность в рамках растущих дезинтеграционных тенденций; выступает ли прецедент инструментом интеграции различных правовых систем или, напротив, демонстрирует избирательность этих процессов с отсечением периферийных регионов; может ли судейское правотворчество (в виде создания цепочек транснациональных прецедентов) стать источником стабильности и легитимности формирующегося нового мирового порядка.

При общей позитивной оценке данного вектора глобальной правовой интеграции (которому нет, по-видимому, разумной инициативы) возникает устойчивое

ощущение противоречивости всей конструкции. Стабильная легитимация транснациональных институтов возможна только на уровне политического (а не правового) консенсуса и опирается фактически на баланс сил всех акторов (важнейшими из которых остаются суверенные государства), а не на универсальные правовые нормы (или только ту их незначительную часть, которую принимают все участники процесса). Международное конституционное право (или его формирующиеся компоненты) может способствовать достижению этой цели, но не заменяет ее. Транснациональный прецедент — результат международного консенсуса, а не его источник.

Гармонизация глобальных правовых отношений и системы управления с помощью диалога судей и конкуренции судебных прецедентов различного уровня — инструмент полезный, но таящий в себе опасность политизации правосудия. Она стала очевидна в результате размывания жесткой концепции прецедента и замены ее мягкой в сочетании с гибкостью интерпретации (в частности, в рамках принципа пропорциональности и различных тестов балансирования), позволяющей использовать судебные решения как канал проведения политических интересов.

Негативными следствиями этих процессов становятся мнимое единство (компромисс не интересов, но правовых конструкций), иллюзорная легитимность и превращение судов в политические институты, демонстрирующие актуальность тезиса о правлении судей. Не целесообразно ли в этих условиях назвать вещи своими именами — интерпретировать глобальный конституционализм как политическую теорию, а соответствующие прецеденты — как выражение формирующегося международного обычного права или политики права? ■

REFERENCES

- Allen, T. "Liberalism, Social Democracy and the Value of Property under the European Convention on Human Rights". *International and Comparative Law Quarterly*. 2010. Vol. 59.
- Atilgan, A. *Global Constitutionalism. A Socio-Legal Perspective*. Heidelberg, 2018.

- Belov, M. (ed.). *Global Constitutionalism and Its Challenges to Westphalian Constitutional Law*. London, 2018.
- De Salvia, M. *ECHR Precedents [Pretsedenty Evropeyskogo suda po pravam cheloveka]*. Saint Petersburg, 2004.
- Delpano, R. "Fragmentation and Constitutionalisation of International Law: A Theoretical Inquiry". *European Journal of Legal Studies*. 2013. Vol. 6. No. 1. P. 67–89.
- Dixon, R. and Landau, D. "Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments". *ICON*. 2015. Vol. 13. P. 606–638.
- Dulitzky, A.E. "The Constitutionalization of International Law in Latin America: An Alternative Approach to the Conventionality Control Doctrine". *American Journal of International Law*. 2015. Vol. 109. P. 100–108.
- Dunoff, J. and Truchtmann, J.P. (eds.). *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. Cambridge, 2009.
- Fassbender, B. "The Meaning of International Constitutional Law", in: Tsagourias, N. (ed.). *Transnational Constitution Perspectives*. Cambridge, 2007. P. 307–328.
- Halmi, G. *Perspectives on Global Constitutionalism: The Use of Foreign and International Law*. The Hague, 2014.
- Jackson, V. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford, 2010.
- Johnston, M. "World Constitutionalism in the Theory of International Law", in: Macdonald, R.St. and Johnston, D.M. (eds.). *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*. The Hague, 2005.
- Kibert, E. and Fombat, Ch. "Transformative Constitutionalism and the Adjudication of Constitutional Rights in Africa". *African Human Rights Law Journal (Pretoria)*. 2017. Vol. 17. No. 2.
- Klabbers, J., Peters, A. and Ulfstein, G. (eds.). *The Constitutionalization of International Law*. Oxford, 2011.
- Kleinlein, Th. and Peters, A. *International Constitutional Law*. Oxford, 2017.
- Kleinlein, Th. and Peters, A. *International Constitutional Law*. Oxford, 2017.
- Lang, A.F. and Wiener, A. (eds.). *Handbook on Global Constitutionalism*. Cheltenham und Northampton, Massachusetts, 2017.
- Macdonald, R.St. "The International Community as a Legal Community", in: Macdonald, R.St. and Johnston, D.M. (eds.). *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*. The Hague, 2005.
- Medushevsky, A.N. "Constitution of Internet: The Idea, Projects and Prospects" [*Konstitutsiya Interneta: ideya, proyekty i perspektivy*]. *Social Sciences and Contemporary World [Obshchestvennyye nauki i sovremennost']*. 2019. No. 1. P. 71–86.
- Medushevsky, A.N. "Constitutional Re-traditionalization in Eastern Europe and Russia" [*Konstitutsionnaya retraditsionalizatsiya v Vostochnoy Evrope i Rossii*]. *Comparative Constitutional Review [Sravnitel'noye konstitutsionnoye obozreniye]*. 2018. No. 1. P. 13–32.
- Nagel, T. "The Problem of Global Justice". *Philosophy and Public Affairs*. 2005. Vol. 33. P. 113–147.
- Peters, A. "Fragmentation and Constitutionalization", in: Orford, A. and Hoffmann, F. (eds.). *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*. Oxford, 2016, available at: <https://global.oup.com/academic/product/the-oxford-handbook-of-the-theory-of-international-law-9780198701958?cc=de&lang=en&#> (accessed 20 January 2020).
- Peters, A. "Global Constitutionalism", in: Gibbus, M. (ed.). *Encyclopedia of Political Thought*. London, 2015. P. 1484–1487.
- Peters, A. "Proportionality as a Global Constitutional Principle", in: Lang, A.F. and Wiener, A. (eds.). *Handbook on Global Constitutionalism*. Cheltenham und Northampton, Massachusetts, 2017. P. 248–264.
- Po Jen Yap. "The Conundrum of Unconstitutional Constitutional Amendments". *Global Constitutionalism*. 2015. Vol. 4. P. 114–136.
- Prost, M. *The Concept of Unity in Public International Law*. Oxford, 2012.
- Resnik, J. and Liman, A. (eds.). *Sources of Law and of Rights*. Yale, 2014.
- Rivers, J. "Proportionality and Discretion in International and European Law", in: Tsagourias, N. (ed.). *Transnational Constitutionalism*. Cambridge, 2009. P. 107–132.
- Stone Sweet, A. "Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes". *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2009. Vol. 16.
- Suami, T., Kumm, M., Peters, A. and Vanoverbeke, D. (eds.). *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives*. Cambridge, 2018.
- Tsagourias, N. (ed.). *Transnational Constitutionalism*. Cambridge, 2009.
- Verdross, A. *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*. Berlin, 1926.
- Wiener, A. "Global Constitutionalism: Human Rights, Democracy and the Rule of Law". *Global Constitutionalism*. 2012. No. 1. P. 1–15.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Andrey N. Medushevsky

Professor of the School of Politics and Governance of the Faculty of Social Sciences at National Research University "Higher School of Economics", Doctor of Philosophy, Tenured Professor (101000, Russia, Moscow, Myasnikskaya St., 20; e-mail: amedushevsky@mail.ru).



СОРОКИН
МАКСИМ
ЮРЬЕВИЧ

юрист

В ПОИСКАХ «ПОЛИТИЧЕСКОГО» КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА В РОССИИ (РОЛЬ НЕСУДЕБНОЙ ИНТЕРПРЕТАЦИИ ОСНОВНОГО ЗАКОНА)

В российской доктрине конституционного права практически не уделяется внимания неписаным источникам — конвенциональным практикам интерпретации конституционного текста, создаваемым политическими акторами в ходе его применения на практике, которым эти акторы следуют. Считается, что такие практики характерны для стран Вестминстерской модели, где они восполняют отсутствие кодифицированного акта. Однако в реальности политические конвенции играют весомую роль и при наличии писаной конституции — например, во Франции, поскольку в системе разделения властей ветви власти конкурируют между собой за перетягивание оси государственной системы. С учетом иностранного опыта в статье рассматриваются многочисленные политико-правовые практики, сложившиеся в современной России, которые не только дополняют Основной закон (*praeter legem*), но и идут вразрез с ним (*contra legem*). Вместе с тем дальнейшее развитие и институционализация этих практик сдерживается существующей конструкцией политической системы.

Ключевые слова: конституционные конвенции, конституционные соглашения, политический конституционализм, российская Конституция, французский конституционализм

Входящем году российская публика, следящая за перипетиями «Брексита», наблюдала «тест-драйв» Вестминстерской парламентской модели, основанной на приверженности конституционных акторов неформальным правилам. Вряд ли можно было остаться равнодушным к эпизоду, когда спикер палаты общин Д. Беркоу, защищая парламентариев от прессинга исполнительной власти, воспротивился повторному рассмотрению ранее отклоненного проекта, сославшись при этом на прецедент, восходящий к 1604 г. и занесенный в сборник парламентских практик. Настаивая на своей политической автономии, палата ссылалась



MAXIM YU. SOROKIN

Lawyer

LOOKING FOR “POLITICAL” CONSTITUTIONALISM IN RUSSIA (THE ROLE OF NON-JUDICIAL INTERPRETATION OF THE BASIC LAW)

The Russian constitutional doctrine generally overlooks the constitutional conventions that link various constitutional understandings as a source of law mainly with a system of uncodified constitution. However, these conventions are equally important even for the governments having codified constitutional acts. The French Third Republic and Fifth Republic serve as a good example. In Russia, there is a number of permanent constitutional practices related to the operation of executive, legislative and judicial branches. The constitutional conventions could give both *praetor legem* and *contra legem* interpretations of formal rules. However, the institutionalisation of constitutional practices is hindered by the actual state of the Russian political system.

Keywords: constitutional conventions, political constitutionalism, French Constitution, Russian constitutional conventions, living constitution

на конвенциональные нормы, конституирующие ее в качестве самостоятельного института. Впрочем, даже в российском правовом порядке, в котором за неписаными источниками не признается важное значение, мы видим, что попытка усиления парламентского института реализуется в том числе путем изменения сложившихся практик (недопуск представителей Администрации Президента к совещаниям руководства Думы) и навя-

зывания правил игры, которые имеют мало общего с формальным соблюдением думского регламента (например, досрочное прекращение правительственного часа в связи с «неподготовленностью» приглашенного министра, вызов высокопоставленных чиновников в Совет Думы). Вообще, использование прецедентов и сложившихся обыкновений в области государственного права — старая русская традиция: ограничение са-

модержавной власти началось в 1866 г. «прецедентом Любоцинского», который закрепил несменяемость судей¹, а постепенная парламентаризация верховного управления в эпоху «думской монархии» состояла именно из цепочки прецедентов². Сама же Государственная дума Российской Империи в процессе своего становления вырабатывала так называемые парламентские прецеденты, которые затем систематизировались правоведами³.

Существование подобного рода практик, обычаев, конвенций, прецедентов указывает на существование неписаной части Конституции, которая регулирует порядок функционирования верховных органов государственной власти путем выбора из конкурирующих вариантов интерпретации, казалось бы, четких формальных правил, закрепленных в конституционных и иных актах. Обращаясь к непростой и почти не изученной проблеме соотношения «формальной» и «реальной» Конституции в российском праве, далее мы остановимся на исследовании места и роли неписаных конституционных норм в отечественной и зарубежных системах.

Нужно отметить, что конституционные прецеденты, несмотря на невнимание к ним отечественной конституционно-правовой доктрины, играют в российском правопорядке значимую роль, однако их развитие и институционализация находятся в замороженном состоянии и намеренно сдерживаются в рамках существующей конструкции политической системы.

Впрочем, не стоит исключать, что провозглашенная совсем недавно, в январе 2020 г., конституционная реформа сможет и в этом отношении что-то изменить.

1. Конституционный прецедент: феномен, выходящий за рамки неписаной Конституции

В доктрине конституционного права неписаная Конституция — это прежде всего конституционные или политические конвенции. Классическое определение конституционных конвенций (соглашений) было дано британским юристом А. Дайси в конце XIX в. применительно к британской парламентской модели, выработанной в отсутствие кодифицированного конституционного акта. Конституционно-политические конвенции, по Дайси, это разного рода обычаи, приемы, правила, принципы, которые хотя и регулируют осуществление суверенной власти, но не подкреплены судебным контролем⁴ и являются «конституционной или политической нравственностью»⁵.

Отсутствие судебного контроля здесь обусловлено тем, что речь идет об осуществлении дискреционных полномочий («прерогатив»), которыми наделен глава государства, — подписание актов парламента (неприменение абсолютного вето), назначение премьер-министра (лидера партии, победившей на выборах), роспуск парламента (по совету премьер-министра). Другие конвенции регулируют взаимоотношения палат парламента — ведущую роль избираемой палаты парламента в финансово-бюджетных вопросах, равно как и договоренность о том, что палата лордов не отвергает законодательные инициативы, направленные на реализацию правительственной программы (конвенция Солсбери — Аддисона (*Salisbury — Addison Convention*) 1949 г.).

Формирование конституционно-политических соглашений — процесс постоянный, не сводящийся к следованию тех или иных обычаев: и одного прецедента может быть достаточно, чтобы конституционные акторы считались с новым правилом.

¹ Верецагин А. Служители закона вместо государевых слуг // Ведомости. 2015. 27 апр.

² См. об этом: Куликов С.В. Бюрократическая элита Российской империи накануне падения старого порядка (1914–1917). М., 2004. С. 48–49, 74, 92, 95, 294. Обильный материал на эту тему см.: Он же. Государственно-правовой дискурс, императорское правительство и думская оппозиция в начале XX в. // Власть, общество и реформы в России (XVI — начало XX в.). СПб., 2004. Прим. на с. 364–366.

³ См.: Пиленко А. Русские парламентские прецеденты: Порядок делопроизводства в Гос. думе. Вып. 1–2. СПб., 1907–1908. URL: https://rusneb.ru/catalog/000199_000009_003985813/viewer/?page=9 (дата обращения: 23.01.2020).

⁴ В деле Миллер 2017 г. Верховный суд Соединенного Королевства подчеркнул, что «судьи не являются ни отцами, ни гарантами политических конвенций». Судебные органы могут признать наличие политической конвенции в контексте разрешения правового вопроса, однако сама проблема выполнения конвенции и сферы ее применения рассматривается в рамках политического сообщества и выходит за пределы судебной власти (High Court Judgment of 24 January 2017. Case R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union). P. 47. URL: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-judgment.pdf>; дата обращения: 23.01.2020).

⁵ Дайси А.В. Основы государственного права Англии. Введение в изучение английской конституции. СПб., 1907. С. 416.

Так, наших глазах появляются новые конвенции — об обязательности получения одобрения парламента на использование воинских сил за рубежом (2003 г.) или обязательности для парламента решения, принятого на референдуме (2016 г.). Вместе с тем конституционные конвенции направлены на регулирование конституционно-правовых отношений и не затрагивают сферы внутрипартийной «политической кухни» — взаимоотношений внутри политических партий, в том числе «фракционной дисциплины» партии большинства, партийное лидерство и т.д. Следует отметить, что неформальный характер политических договоренностей не препятствует их кодификации в руководящих принципах, парламентских сборниках и даже в законодательных актах (см., напр., конвенцию Сьюэла (*Sewel Convention*) 1999 г.⁶). Наиболее же важное отличие конвенций от неформальных практик состоит в том, что, хотя их нормы не закреплены в письменном источнике, они тем не менее считаются обязательными правилами поведения для составных частей конституционного механизма, поскольку исходят из, как бы мы сказали, «духа Конституции» и позволяют структурировать его, сделать функционирование конституционной системы понятным для самих акторов и общественного мнения. В то же время нарушение конвенций может повлечь за собой политический или конституционный кризис, что заставляет политиков следовать по крайней мере наиболее авторитетным неписаным правилам. Так что, по мнению И. Дженнингса, конвенция, как правило, удовлетворяет трем критериям: наличие прецедентов, осознание акторов, что они действуют согласно правилу, и мотив, лежащий в основе правила (*reason for the rule*)⁷.

Конституционно значимое признание определяющей роли неписаных правил не исчерпывается странами Вестминстерской модели, а играет важную роль и в странах с письменным конституционным актом. Помимо США, о которых писал еще Дайси, есть более

неожиданный пример — Франция⁸, которая известна как «лаборатория» конституционных текстов. Так, французская Третья республика (1871–1940 гг.) обязана своей парламентской системой с абсолютным главенством законодательного органа вовсе не конституционным актам 1871 г., которые наделяли полнотой исполнительной власти президента и не предусматривали пост главы правительства, а отказу президента от претензии на институциональное первенство после неудачного роспуска палаты депутатов, предпринятого президентом-монархистом маршалом Мак-Магоном, и его последующей отставке в 1875 г. Вновь избранный глава государства, Ж. Гриви, публично заявил о своей приверженности парламентской интерпретации институтов и примату народного представительства, в рамках которого президенту остаются лишь представительные функции, а исполнительную власть реально осуществляет кабинет во главе с председателем совета министров (так называемая Конституция Гриви)⁹. Эти парламентские практики оказались настолько сильными, что в период Четвертой республики (1946–1958 гг.) вынуждали кабинеты министров, потерпевшие неудачу в результате голосования депутатов по важному вопросу, уходить в отставку невзирая на то, что формально речь не шла о выражении вотума недоверия. Именно поэтому в 1958 г. генерал де Голль, намеревавшийся путем учреждения Пятой республики лишить законодательное учреждение главенствующей роли, опирался не столько на текст Конституции, сколько на практику функционирования институтов¹⁰. По его словам, свою основную задачу

⁸ О конституционных конвенциях во Франции и США подробнее см. соответственно: *Avril P.* Les conventions de la Constitution. PUF, 1997; *Amar A.R.* America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principles We Live By. N.Y., 2012.

⁹ В послании к парламентским палатам, написанном по случаю вступления в должность, Ж. Гриви под аплодисменты парламентариев объявил: «Сознательно подчиняясь великому закону парламентского строя, я ни при каких обстоятельствах не вступаю в конфликт с национальной волей, выраженной ее институциональными органами». См.: *Message du 6 février 1879 de M. Jules Grévy, Président de la République, au Sénat // Journal Officiel. 1879. 7 févr. P. 819. URL: <http://droitpolitique.com/publications/document/86/6-fevrier-1879-journal-officiel-du-7-fevrier-1879> (дата обращения: 23.01.2020).*

¹⁰ Де Голль описывает свои намерения по созданию «президентских» прецедентов следующим образом: «Все, что записано на пергаменте, имеет ценность лишь тогда, когда осуществляется на практике. Ибо совершенно ясно, что в

⁶ Эта конвенция гласит: в сферах, переданных регионам в рамках деволюции, британский парламент, будучи носителем верховной власти, не будет принимать законов без согласия региональных органов. Конвенция была закреплена в Акте о Шотландии 2016 г., но в 2017 г. Верховный суд в деле Миллер отказался признавать за ней правовое значение, не выявив намерение Парламента придать ей силу закона.

⁷ *Jennings I.* The Law and the Constitution. London, 1959. P. 136.



он видел именно в том, чтобы добиваться «правильных» прецедентов, поскольку Конституция — это «дух, институты, практика» (так называемая Конституция 1964 г., сформулированная им как ответ на вопрос на пресс-конференции). Расширительно толкуя президентские prerogatives, де Голль возвращает полномочия, утраченные должностью президента в годы Третьей республики после длительного неиспользования, такие как право роспуска парламента, назначение главы правительства и его смещение (через формально добровольную отставку премьера, поскольку у президента нет такого полномочия), преобладающая роль в вопросах внешней и оборонной политики. В 1962 г. де Голль создает и легитимизирует прецедент проведения конституционной реформы (введение всенародных выборов президента) с помощью референдума по президентской инициативе, в обход нормальной процедуры пересмотра конституционного текста.

Вместе с тем политическое доминирование института президентства обеспечивается и другим фактором, который явно не имели в виду создатели Конституции 1958 г., поставившие парламент в довольно жесткие конституционные рамки. Этот фактор — дисциплинированное парламентское большинство. Как правило, президент Франции имеет за собой парламентское большинство, что в большей или меньшей степени делает его руководителем исполнительной власти. Однако в той нечастой ситуации, когда на выборах в палату депутатов побеждает оппозиционная коалиция, президент вынужден передавать реальную власть сформированному ею кабинету министров. Это не единственно возможный вариант, однако прочие альтернативы — отставка президента или формирование технического кабинета — не были одобрены ведущими конституционными акторами, вероятнее всего, по тактическим соображениям в 1986 г., когда начался первый период сосуществования президента с оппозиционной ему правительственной коалицией.

существо своем моя концепция отличается от концепции сторонников уходящего режима. Какое бы толкование ни захотели придать той или иной статье конституции, все равно взоры всех французов обращаются к де Голлю... Следовательно, мне самому надлежит выработать правила и условия, при которых я буду их осуществлять, и это никак не нарушит того, что записано в законодательных текстах» (Голль Ш. де. Мемуары надежд: Обновление 1958–1962. Усилия 1962... М., 2000. С. 35–36, 245–271).

Иными словами, конституционные прецеденты, становясь конвенциями, позволяют нормализовать, сделать более понятной и предсказуемой систему Пятой республики, которая может похвастаться скорее умением политической, а при необходимости и силовой мобилизации в кризисных, экстраординарных ситуациях, нежели социально-экономическими успехами.

История развития конституционных конвенций во Франции — стране, по лекалам которой во многом скроена политическая система РФ, — побуждает задуматься: есть ли шанс отыскать аналогичные стабилизаторы и в российской конституционной системе?

2. Российские конституционные практики

Несмотря на привычное отрицание роли неформальных установлений, в российской конституционной системе можно обнаружить примеры политических интерпретаций не только *praeter legem* (в дополнение закона), но даже и *contra legem* (вразрез с законом), которым придаются глобальные конституционно-правовые последствия.

Наиболее эмблематичный и известный пример политической интерпретации — устоявшееся на практике толкование ч. 3 ст. 81 Конституции, закрепляющей, что *одно и то же лицо не может занимать должность Президента РФ более двух сроков подряд*. Как известно, ограничение пребывания в должности главы государства двумя сроками подряд было интерпретировано как не препятствующее лицу, выполнявшему эти функции два последовательных срока, после необходимого перерыва исполнения мандата другим лицом вновь занять этот пост. Однако эта интерпретация, очевидно, не является единственно допустимой — благодаря «подрядной» оговорке в *равной мере* возможны и конкурирующие интерпретации¹¹.

¹¹ С одной стороны, исходя из телеологического толкования, лицо, дважды занимавшее пост президента, не могло бы и после перерыва избираться в третий раз, поскольку в этом случае размывается очевидная цель введения данного конституционного ограничения — обеспечение регулярной сменяемости лиц, занимающих высший государственный пост, в рамках республиканского правления.

Конституционный Суд (КС) РФ высказался применительно к упомянутой норме лишь в формате отказного определения по вопросу о том, следует ли рассматривать пятилетний срок, на который был избран президент РСФСР Б.Н. Ельцин в 1991 г., в качестве первого срока по Конституции РФ 1993 г. Из толкования, данного КС РФ, не следовало никакого вывода о том, мог бы Б.Н. Ельцин баллотироваться после перерыва, т.е. в 2004 г. Суд лишь сказал, что «два срока полномочий подряд, о чем идет речь в статье 81 (часть 3) Конституции Российской Федерации, составляют конституционный предел, превышения которого Конституция Российской Федерации, включая пункт 3 ее раздела второго „Заключительные и переходные положения“, не допускает»¹². Это замечание тривиально: третий срок подряд невозможен. Но возможен ли он «не подряд»? Надо признать, что КС РФ оставил этот вопрос открытым.

В настоящее время этот пробел — отсутствие полноты относительно смысла нормы — восполняется политическим прецедентом.

Избрание В.В. Путина Президентом в 2012 г. и переизбрание в 2018 г. означало именно политическую интерпретацию конституционного текста: предложенная им трактовка не оценивалась судебными органами, а была подтверждена электоратом, согласившимся с такой интерпретацией конституционного акта, т.е. подверглась демократической легитимации.

Данную интерпретацию нельзя назвать нарушением, поскольку в ней соблюдается определенный баланс между республиканскими ценностями о сменяемости власти и свободным характером выбора электората. Правда, в 2018 г. баллотировка Путина в президенты была неудачно оспорена в Верховном Суде одним из кандидатов без последующего обращения в КС, который бы мог высказаться принципиально по проблеме, и без оспаривания легитимности итогов выборов с его участием. Таким образом, политическая интерпретация стала возможной во многом благодаря молчанию

конкурирующей судебной-юридической интерпретации конституционного ограничения.

Целая серия **конвенций *praeter legem*** охватывает взаимоотношения Президента, федеральной исполнительной власти и палат Федерального Собрания:

— место размещения палат парламента определяется главой государства. После разгона Съезда народных депутатов в 1993 г. народное представительство было выселено из Белого дома, и место размещения палат новоизбранного федерального парламента оперативно устанавливалось президентскими указами¹³ (тогда как, например, во Франции этот вопрос является предметом законодательной регламентации). Примечательно, что даже в 2019 г. переезд Думы из-за ремонта занимаемого ею здания потребовал распоряжения Президента, как если бы парламенту не хватало собственной легитимности для совершения этого шага¹⁴;

— сложилась конвенция, допускающая «напутственное» выступление Президента после открытия первого заседания вновь избранной Государственной Думы, хотя главой 5 Постановления ГД ФС РФ от 22.01.1998 № 2134-II ГД «О Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» (далее — Регламент Думы) о начале работы палаты обращение Президента не предусмотрено;

— Президент полномочен по своему усмотрению созывать Федеральное Собрание, определять место и время совместного заседания палат;

— также можно упомянуть награждение депутатов Думы по окончании парламентских сессий в зале

С другой стороны, принципы политической демократии вкупе с ограничительным толкованием ограничений прав человека, в том числе пассивного избирательного права, говорят в пользу того, что Конституция не исключает третий срок «не подряд».

¹² Определение КС РФ от 05.11.1998 № 134-О.

¹³ Указы Президента РФ от 18.02.1994 № 334 «О размещении Государственной Думы Федерального Собрания»; от 02.12.1993 № 2072 «О размещении палат Федерального Собрания Российской Федерации». URL: https://yeltsin.ru/uploads/upload/2015/06/12/up-1993_2072.pdf#viewer.action=download (дата обращения: 23.01.2020).

¹⁴ См.: Распоряжение Президента РФ от 03.10.2019 № 336-рп, предметом которого формально выступают вопросы переезда в соседнее здание силовых структур. Во Франции, в силу исторических традиций и законодательной нормы, силовые структуры, в том числе военные, подчиняются председателю палаты, чьи распоряжения для них являются обязательными (см. ст. 3 Ордонанса от 17.11.1958 № 58-1100 «О функционировании палат Парламента»). URL: [https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000705067&cat](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000705067&categorieLien=cid)



пленарного заседания палаты государственными наградами, присваиваемыми по решению Президента. Данная процедура не предусмотрена думским регламентом. Во Франции аналогичные меры — присвоение ордена Почетного легиона и т.п. гражданских отличий действующим парламентариям — запрещены законодательно исходя из того, что соответствующее решение находится в руках исполнительной власти, и иной порядок может нарушить разделение властей, независимость парламента¹⁵;

— в рамках процедуры заслушивания отчета Правительства, введенной в 2008 г., сложилась традиция представления отчета на заседании нижней палаты именно главой Правительства, а также выступления руководителей парламентских фракций, хотя это и не предписано официальными текстами.

|| Парламентские прецеденты охватывают также практическую реализацию процедур внутри палат.

Так, известен принцип пакетного соглашения, предполагающий распределение ключевых постов в руководстве парламентских комитетов единым решением, согласованным с фракциями (вместе с тем эта конвенция не страхует от последующих перестановок по решению парламентского большинства). Можно привести другой пример — так называемые нулевые чтения перед внесением законопроекта о бюджете, т.е. неформальные консультации руководства парламентского большинства с Минфином, чтобы утрясти отдельные вопросы. Такого рода парламентские конвенции показательны и свидетельствуют о ситуации, когда правовые рычаги политических акторов в парламенте становятся подвержены существенным ограничениям. Более того, если речь идет о бюджетной дискуссии, то конвенция нулевого чтения фиксирует упадок роли пленарного заседания и, говоря шире, публичных политических дискуссий. В этих условиях, когда парламент надежно контролируется только одной политической силой, благоприятной атмосферы для выработки парламентских конвенций и прецедентов не может быть, поскольку парламентские конвенции направлены на согласование интересов противоборствующих политических акторов. Однако и в таком случае трудно избежать спонтанного возник-

новения прецедентов, поскольку нормы регламента не могут предвидеть все спорные ситуации, — например, в 2008 г. при рассмотрении в Думе проекта конституционной реформы об увеличении срока президентских полномочий палата, с подачи председателя Комитета по законодательству, отказалась рассматривать поправки, внесенные отдельными депутатами¹⁶; или совсем недавно, в 2019 г., после принятия поправок на стадии второго чтения законопроект, к которому поступили поправки, существенно изменяющие концепцию законодательной инициативы, принятой в первом чтении, был возвращен на доработку в ответственный комитет¹⁷.

В соответствии с Конституцией РФ кандидатуры членов федерального Правительства вносятся на рассмотрение Президента по представлению премьер-министра. В связи с этим интересно то, что, в отличие от практики парламентских систем при образовании нового состава Правительства, каждый министр назначается отдельным указом Президента: тем самым уже на стадии формирования Правительства подчеркивается отрицание политической солидарности высшего органа исполнительной власти и его зависимость от президентуры¹⁸. Правда, спикер Государственной Думы В.В. Володин предложил конкурирующую интерпретацию, состоящую в том, что ведущая роль в подборе кабинета принадлежит именно премьер-министру, а участие Президента ограничивается одобрением представленных им кандидатур¹⁹.

|| Другим, более спорным типом конституционных соглашений выступают конвенции *contra legem*, которые применяются не в отсутствие конкретной нормы, а, напротив, в очевидном противоречии буквальной формулировке текста.

¹⁵ См.: ст. 12 Ордонанса о функционировании палат Парламента.

¹⁶ См.: Стенограмма заседания от 19.11.2008. URL: <http://duma.gov.ru/legislative/transcripts/> (дата обращения: 23.01.2020).

¹⁷ См.: Стенограмма заседаний от 10.07.2019. URL: <http://transcript.duma.gov.ru/node/5232/> (дата обращения: 23.01.2020).

¹⁸ См. указы о назначении «Второго» Правительства Д. Медведева в 2018 г.: <http://kremlin.ru/acts/news/57495> (дата обращения: 23.01.2020).

¹⁹ «Формирование самого Правительства на практике, исходя из опыта моей работы и в Правительстве Российской Федерации, и Администрации Президента, осуществляется самим председателем Правительства. Президент Российской Федерации принимает решение о составе Правительства по представлению председателя Правительства» (Володин В. Живая Конституция развития // Парламентская газета. 2019. 17 июля. URL: <https://www.pnp.ru/politics/zhivaya-konstituciya-razvitiya.html> (дата обращения: 23.01.2020)).

Одним из наиболее ярких примеров такого рода конвенций является сложившаяся практика принятия федеральных законов Государственной Думой: присутствующие депутаты участвуют в голосовании за отсутствующих коллег, как правило, без соблюдения порядка передачи голоса. Еще в 1999 г. КС РФ дал отрицательную оценку нарушению в стенах нижней палаты принципа личного голосования парламентариев как отступление от конституционных предписаний, регулирующих статусные характеристики народного представительства²⁰. Этот принцип был также дополнительно закреплён в ч. 3 ст. 12 Закона о статусе депутатов²¹ и ст. 85 Регламента Думы. Тем не менее, поскольку на деле парламентская работа структурирована позицией партийных фракций, практические соображения по сей день берут вверх над юридической логикой, и практика массового голосования за отсутствующих коллег среди парламентариев остается неискоренимой, невзирая ни на отрицательную позицию общественного мнения, ни на предпринимаемые в последние годы внутренние административные меры²².

Аналогичным образом, конституционным требованием является последовательное рассмотрение законопроектов в нескольких чтениях, причем поправки, вносимые в ходе обсуждения, не должны подвергаться сомнению общие начала (концепцию) законодательной инициативы. На практике в отечественном парламентаризме получила широкое распространение (также широко встречающаяся за рубежом) практика включения на стадии второго чтения «поправок-наездников», которые значительно отклоняются от первоначальной идеи или вовсе не имеют прямой связи с внесенным законопроектом. Примечателен инцидент на заседании Думы от 10.07.2019, когда потребовалось вмешательство председателя палаты, руководителей фракции большинства и оппозиции и ответственного комитета, чтобы не допустить принятия изменений на-

логового регулирования нефтедобывающей отрасли в рамках проекта закона, касающегося добычи редкоземельных металлов²³. То есть буквальное следование формальным правовоположениям рассматривается, скорее, как исключительный случай, а вовсе не как норма.

В отношении предметного законодательного регулирования примерами правотворчества *contra legem* можно считать и практику исчерпывающего «законодательства» Федерацией в рамках совместной и исключительной компетенции субъектов РФ, которая фактически сводит на нет их исключительные полномочия. Свежий пример — «мусорная реформа» с созданием федеральных структур, тогда как вывоз и утилизация мусорных отходов, исходя из остаточного принципа, вытекающего из ст. 73, ч. 4 ст. 76 Конституции РФ, должны относиться к исключительной компетенции субъектов. Однако не было ощутимых попыток отстаивать региональную автономию ни политическими, ни судебными способами. В рамках федерального законотворчества наблюдается еще одна любопытная тенденция, схожая с французской практикой принятия «декретов-законов» (1920–1930 гг.), которые не соответствовали функционалу исполнительной власти в рамках «парламентцентричной» модели: речь идет о наделении регуляторными полномочиями российской президентуры вместо соответствующих правительственных структур²⁴. Великое разнообразие охватываемых сфер общественных отношений, отданных в президентский домен, уводит на второй план вопрос о том, каким образом такая делегация соотносится с конституционной ролью Президента как верховного арбитра и гаранта государственности.

Конституционные нормы, гарантирующие политико-правовую автономию исполнительной власти, находятся в диссонансе с практикой президентской «опеки» над Правительством, которая наиболее концентрированно проявляется в президентских поручениях, адресованных главе Правительства, руководителям федеральных органов исполнительной власти и даже председателям палат парламента и руководи-

²⁰ Постановление КС РФ от 20.07.1999 № 12-П.

²¹ Федеральный закон от 08.05.1994 № 3-ФЗ «О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации».

²² Следует отметить, что КС РФ, по-видимому, отказался от «инфорсменты» данной правовой позиции, подобно Конституционному совету Франции, отказавшемуся санкционировать принятый закон из-за нарушения широко распространенного на практике принципа личного голосования, закрепленный в ст. 27 Конституции 1958 г., если только невозможно установить волеизъявление большинства парламентариев (Décision No. 86-225 DC du 23 janvier 1987).

²³ См.: Стенограмма заседаний от 10.07.2019.

²⁴ Краснов М.А. Законодательно закрепленные полномочия президента России: необходимость или сервилизм? // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 4. С. 91–103.



телям судебной власти. Ежегодно главой государства издаются несколько сотен поручений, охватывающих массу проблем текущего характера, которые выходят за рамки государствообразующих проблем и относятся к компетенции органов исполнительной власти. Например, поручения главы государства (сначала Д. Медведева, а затем и В. Путина) неоднократно затрагивали вопросы субсидирования пригородного электротранспорта²⁵, хотя принятие соответствующих решений относится к полномочиям исполнительной власти. Во Франции некоторое время наблюдалась попытка внедрить схожие практики в виде общих и специальных писем-директив — в период президентства Ж. д'Эстена, а также Н. Саркози, главным образом в начальный (президенталистский) период их правления.

Другим примером интерпретации *contra legem* могло бы стать политическое соглашение 1998 г. между основными органами власти, в соответствии с которым Президент России отказывался от реализации своего права на отставку Правительства по собственному усмотрению в обмен на утверждение парламентом предложенного им кандидата в премьер-министры²⁶. Очевидно, что тем самым ставилось под сомнение право Президента распоряжаться судьбой Правительства именно без согласия парламента, в противовес предшествующим установлениям, обязывавшим Президента согласовывать отставку с Верховным советом. Это политическое соглашение, усиливающее роль главы Правительства и открывающее путь к парламентаризации исполнительной власти, оказалось мертворожденным и было отвергнуто Государственной Думой.

В сфере судебной власти примером конвенции, сложившейся на основе интерпретации *contra legem*, стал порядок назначения, точнее неназначения судей КС РФ.

Как известно, в ч. 1 ст. 125 Конституции зафиксировано, что судебный орган конституционного правосудия состоит из 19 судей. Однако в 2014 г. в Закон о КС²⁷ были внесены изменения, которые закрепляют, что КС правомочен принимать дела к рассмотрению при наличии двух третей от общего числа судей, причем фиксированный срок для внесения Президентом в Совет Федерации кандидатуры на освободившуюся вакансию установлен только в том случае, если в суде окажется меньше двух третей судей. Эта законодательная новелла, корректирующая конституционную норму, могла бы рассматриваться как дозволение для экстраординарной ситуации, однако она заложила новую конвенцию, при которой срок, отводимый для внесения Президентом кандидатур новых судей, не ограничивается. Действительно, начиная с 2014 г. Совет Федерации не произвел ни одного назначения на освободившиеся судебские вакансии, в результате чего КС на текущий момент включает 15 судей вместе с председателем Суда. Остается ли ждать, пока освободятся вакансии еще двух судей, чтобы глава государства внес на рассмотрение сенаторов новых кандидатов (или одного кандидата)? Тем не менее сложившаяся практика ни Советом Федерации, ни тем более самим КС под сомнение не ставится²⁸. Означает ли это, как и в других случаях, что молчание вовлеченных конституционных акторов породило новое правило, которого они придерживаются, или речь идет о ситуативном раскладе?

3. Особенность российских конвенций: создают ли сложившиеся практики обязательные правила игры?

Выше было показано, что постсоветский российский конституционализм, несмотря на увлечение юридическим формализмом, не может обойтись без использования неписаных конституционных практик, которые способны очерчивать применение существующих норм, восполнять пробелы или вовсе сводить на нет, казалось бы, ясные и определенные конституционные нормы.

²⁵ Подробнее о поручениях Президента РФ и отчетных докладах Правительства РФ за 2009–2011 гг. см.: Гаазе К. Реформы по кругу: президент вернул электрички, которые сам отменил. URL: <https://www.forbes.ru/mneniya-column/vertikal/279533-reformy-po-krugu-prezident-vernul-elektrichki-kotorye-sam-otmenil> (дата обращения: 23.01.2020).

²⁶ Политическое соглашение между Президентом, Советом Федерации и Государственной Думой Российской Федерации от 30.08.1998. URL: <https://www.yabloko.ru/Themes/sogl-98.html> (дата обращения: 23.01.2020).

²⁷ Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» в ред. Федерального конституционного закона от 04.06.2014 № 9-ФКЗ.

²⁸ И с учетом внесенного в январе 2020 г. законопроекта о внесении изменений в Конституцию РФ (законопроект № 885214-7) вряд ли уже будет ставиться.

Однако в отличие от английской модели, где конституционные прецеденты и конвенции сформулированы на базе парламента, и французской модели, где конкурируют президентская и парламентская интерпретации, в российском случае неписаные нормы, регулирующие взаимоотношения высших государственных органов, отражают доминирование президентской власти, которая благодаря сложившимся неформальным практикам «абсорбирует» политико-правовую автономию остальных ветвей власти.

Попытка парламентаризации нынешней конституционной конструкции, предпринятая в 1998 г., потерпела крах, поскольку конституционные акторы были обеспокоены конъюнктурными соображениями и не искали долгосрочных решений, согласившись с тем, что действующая Конституция не содержит иной модели, кроме как «президента, чья власть больше, чем царя и генсека», и предпочтя забыть, что какое-то время сама президентура была готова довольствоваться в лучшем случае церемониальной ролью в рамках особого порядка осуществления президентских функций²⁹.

Неудивительно поэтому, что при сложившемся разнообразии конституционных практик трудно найти пример конституционных конвенций, которые были выработаны на основе компромисса между вовлеченными конституционными акторами. Речь идет в основном о конвенциях по умолчанию, которые нередко навязываются одним из конституционных акторов в целях безусловного преобладания. Поэтому такие односторонние конвенции создаются скорее из тактических соображений и подвержены значительным вариациям. Например, если взять вполне устоявшуюся конвенцию о единоличном полномочии Президента по созыву Федерального Собрания для обращения к нему с посланием, то и тут обнаружится неустойчивость: в отличие от англо-американских или французских аналогов, не сложилось обычая относительно того конкретного промежутка времени, когда Президент должен обратиться с этим посланием. Варьировалась его функция (обращение в декабре, марте, январе), не говоря уже о том, что значительным изменениям подвергалось и

место созыва Федерального Собрания (в Кремле, в Манеже, Гостином дворе, снова Манеже), и даже формы обращения — письменные послания Президента как приложение к устным посланиям, а позднее — как бюджетное послание в 1997–2013 гг.

То есть даже конвенции, обеспечивающие преобладание президентуры, на поверку оказываются не столь уж солидными и могут очень быстро измениться под воздействием политической конъюнктуры. Так, общеизвестно, что роль президентуры сильно просела в 2008–2012 гг., когда и формальный глава государства, и сильный премьер-министр фактически заявляли о наличии диархии (двоевластия) во главе государства. В 2012 г. от мнимого сосуществования не осталось и следа. С 2008 г. главой Правительства является лидер партийного списка, победившего на думских выборах, — означает ли это робкие попытки формирования партийного кабинета и парламентаризации существующей конституционной модели?

Иными словами, если существующая модель гибка, адаптивна, мобильна (что-то подобное есть и в Пятой республике), то понятные правила ее адаптации — перераспределение власти, что призваны выполнять конституционные соглашения (конвенции), — не просвечиваются и долгосрочные перспективы представляются туманными в условиях открывающегося политико-правового цикла.■

REFERENCES

- Amar, A.R. *America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principles We Live By*. New York, 2012. 615 p.
- Avril, P. *Les conventions de la Constitution*. PUF, 1997. 208 p.
- Barry, N., Miragliotta, N. and Nwokora, Z. "The Dynamics of Constitutional Conventions in Westminster Democracies". *Parliamentary Affairs*. 2019. Vol. 72. Iss. 3.P. 664–683.
- Beaud, O. "Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle. À propos d'un ouvrage récent". *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*. 1999. No. 6. P. 68–77.
- Dicey, A.V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis, 1982. 423 p., available at: <https://oll.libertyfund.org/titles/1714> (accessed 23 January 2020).

²⁹ Куцыло В. Ельцин сдан, Ельцин принят // Коммерсант «Власть». 1998. 20 окт. С. 9. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/14858> (дата обращения: 23.01.2020).



Jennings, I. *The Law and the Constitution*. London, 1959. 354 p.

Krasnov, M.A. "Legislative Authorities of the President of the Russian Federation: Necessity or Servility?" [*Zakonodatel'no zakreplennyye polnomochiya prezidenta Rossii: neobkhodimost' ili servilizm?*]. *Comparative Constitutional Review* [*Sravnitel'noye konstitutsionnoye obozreniye*]. 2011. No. 4. P. 91–103.

Kulikov, S.V. "State and Legal Discourse, Imperial Government and *Duma* Opposition in the Beginning of XX Century" [*Gosudarstvenno-pravovoy diskurs, imperatorskoye pravitel'stvo i dumskaya oppozitsiya v nachale XX v.*], in: *Power, Society and Reforms in Russia (XVI — Beginning of XX Century)* [*Vlast', obshchestvo i reformy v Rossii (XVI — nachalo XX v.)*]. Saint Petersburg, 2004.

Kulikov, S.V. *The Bureaucratic Elite of the Russian Empire on the Eve of the Fall of the Old Order (1914–1917)* [*Byurokraticheskaya elita Rossiyskoy Imperii nakanune padeniya starogo poryadka (1914–1917)*]. Moscow, 2004.

McHarg, A. "Reforming the United Kingdom Constitution: Law, Convention, Soft Law". *The Modern Law Review*. 2008. No. 6. P. 853–877.

Meny, Y. "Les conventions de la Constitution". *Pouvoirs: Revue française d'études constitutionnelles et politiques*. 1989. No. 50. P. 53–68.

Pilenko, A. *Russian Parliamentary Precedents: Office Procedures in the State Duma*. Iss. 1–2 [*Russkiye parlamentskiye pretsedenty: Poryadok deloproizvodstva v Gos. dume. Vyp. 1–2*]. Saint Petersburg, 1907–1908, available at: https://rusneb.ru/catalog/000199_000009_003985813/viewer/?page=9 (accessed 23 January 2020).

Rials, S. "Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle: A propos du dixième anniversaire du referendum de 1969". *La Revue Administrative*. 1979. No. 189. Vol. 32. P. 265–273.

Troper, M. "Chapitre VIII. Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement", in: Troper, M. (ed.). *Pour une théorie juridique de l'État*. Presses Universitaires de France, 1994. P. 127–140.

Vedel, G. "Le hasard et la nécessité". *Pouvoirs: Revue française d'études constitutionnelles et politiques*. 1989. No. 50. P. 50–78.

Whittington, K.E. "The Status of Unwritten Constitutional Conventions in the United States". *University of Illinois Law Review*. 2013. No. 5. P. 1847–1870.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Maxim Yu. Sorokin

Lawyer (e-mail: maxim.sorokin2020@gmail.com).



**ВЕРЕЩАГИН
АЛЕКСАНДР
НИКОЛАЕВИЧ**

главный редактор
журнала «Закон»,
доктор права
(Эссекский
университет)



**РУМАК
ВЛАДИМИР
БОРИСОВИЧ**

шеф-редактор
журнала «Закон»

НА ПОРОГЕ КОНСТИТУЦИОННОЙ РЕФОРМЫ

Конституционные затеи Кремля — Новый состав Правительства и новый Генпрокурор — Бизнес и уголовный закон — Продолжение «московского дела» — Презумпция добросовестности в ЕГРН и прочие законодательные новеллы — Юбилей Постановления КС РФ о прецеденте

Обычно спокойный, небогатый на крупные новости январь оказался взорван событием года, а то и десятилетия — предложением Президента РФ Владимира Путина обновить Конституцию. Это было похоже на падение метеорита посреди тихого летнего дня: над сонным болотом российской политики взметнулись стаи взбудораженных экспертов, комментаторов и депутатов, не ожидавших ничего подобного и в смятении силящихся понять, что же именно произошло и чего следует ожидать дальше. А тем временем из Кремля в это болото летели все новые камни, только уже размером поменьше: отставка Правительства (говорят, что добровольная — но это слово в здешней системе координат давно утратило смысл), назначение нового излучающего энергию премьера и обновление Кабинета министров; созыв рабочей группы по составлению поправок в Конституцию, в которой (группе) были среди прочих замечены и несколько юристов; выработка ею поправок в рекордные сроки (злые языки утверждают, что их подготовили совершенно другие люди и сильно заранее) и, наконец, внесение этих поправок в Государственную Думу, которая



ALEXANDER N.
VERESHCHAGIN

Editor-in-Chief of “Zakon”
Journal, PhD in Law
(University of Essex)

VLADIMIR B. RUMAK

Managing Editor
of “Zakon” Journal

ON THE VERGE OF A CONSTITUTIONAL REFORM

Constitutional affairs of the Kremlin — New Government and new Prosecutor General — Business and criminal law — Continuation of the “Moscow case” — Presumption of good faith in the Unified State Register of Rights on Real Estate and other legislative novelties — Anniversary of the RF Constitutional Court’s Resolution on precedent

не замедлила их принять в первом чтении — разумеется, единогласно¹. Все эти нерядовые свершения уложились в недолгие восемь дней. Конечно, это не рекорд: советская власть проворачивала подобные дела еще быстрее. На памятной встрече Сталина с митрополитами в сентябре 1943 г. последние просили не менее месяца, чтобы собрать первый после четверти века жестоких гонений церковный собор. «А нельзя ли проявить большевистские темпы?» — поинтересовался Сталин. И они были проявлены — собор собрался через четыре дня. С тех пор сталин-

ская закалка несколько ослабла как в народе, так и в номенклатуре, но в целом, как видим, еще неплохо работает, и темпы проведения государственных спецопераций — по-прежнему большевистские.

Стахановский настрой будет, по всей вероятности, выдерживаться и далее, хотя конституционное нормотворчество имеет не так много общего с добычей угля. Желанием обрести надежную опору в советской традиции следует объяснить и нетривиальную мысль о проведении всенародного голосования (предполагается, что в День космонавтики), которое, не являясь собственно референдумом и ни к чему не обязывая наших конституционных затейников, призвано тем не менее придать дополнительную легитимность и, так

¹ Проект закона № 885214-7 «О поправке к Конституции Российской Федерации „О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации публичной власти“».

сказать, необходимую весомость этим поправкам. За успешный исход дела вряд ли стоит сильно тревожиться: наши граждане не подводили начальство и в более трудные времена — упомянутый Сталин мог бы это легко подтвердить. Разумеется, мы исключаем тех сравнительно немногочисленных критиков, которые безуспешно пытаются задавать власти неудобные вопросы по поводу проектируемых ею мер. Как и подобает подлинной власти, она величественно их игнорирует, полагая единственно правильным, по слову поэта, никому отчета не давать, одной только себе служить и угождать. Так было — так будет. На то она и власть. И надо заметить, что в этом ее поведении нет ничего arrogantного или эгоистического, так как оно полностью соответствует нашей политической теологии: «Нет Путина — нету России», — выразился спикер Думы Вячеслав Володин, отождествив тем самым общее с частным и даже растворив первое во втором.

Мы со своей стороны также не сомневаемся, что помыслы власти направлены ко всеобщему благу и добру, но все же, как юридический журнал, не можем совершенно избежать разбора ее предложений по существу. Пока они довольно туманны, и комментаторы сбились с толку, пытаясь понять, к чему они клонятся. В Конституцию включается Государственный Совет, принадлежащий к неизвестно какой ветви власти и стоящий как бы над ними всеми; полномочия Президента как будто бы ослабляются, поскольку не только премьер, но и отдельные министры должны будут назначаться после одобрения их кандидатур Думой, однако вместе с тем и усиливаются, потому что Президент может отныне не только налагать свое вето на законопроект, но и передавать его на предварительное рассмотрение Конституционного Суда. Казалось бы, это дополнительное полномочие усиливает и Конституционный Суд (КС), но в то же время его состав сенсационно сокращается до 11 судей, а прекращение их полномочий становится процедурой менее затруднительной, чем была до сих пор: «разжаловать» судей сможет Совет Федерации по представлению Президента. Итак, попробуем по мере сил разобраться и уловить некую мелодию в том, что пока представляется конституционной какофонией.

Полномочия Государственного Совета предлагается описать следующим образом: Президент «формирует

Государственный Совет Российской Федерации в целях обеспечения согласованного функционирования и взаимодействия органов государственной власти, определения основных направлений внутренней и внешней политики Российской Федерации и приоритетных направлений социально-экономического развития государства; статус Государственного Совета Российской Федерации определяется федеральным законом». Эта формулировка отчасти напоминает приснопамятную ст. 6 Конституции СССР, провозгласившую КПСС «руководящей и направляющей силой советского общества», определяющей «генеральную перспективу развития общества, линию внутренней и внешней политики СССР». Но, разумеется, в данном случае дым заведомо жиже, а труба пониже, поскольку Политбюро ЦК КПСС возглавляло массивную пирамиду власти, состоящую из партийных организаций разных уровней, вплоть до самых мелких предприятий, а Государственному Совету приискать подобную опору невозможно — ей попросту неоткуда взяться. Кроме того, статус Государственного Совета будет определяться не Конституцией и даже не конституционным законом, а всего лишь федеральным законом, который можно очень легко поменять в любую сторону, приведя, при желании, этот статус к совершенно ничтожному. Все, что Конституция будет отныне гарантировать, — это то, что Государственный Совет в России должен существовать; а каким именно он станет, никто предсказать не возьмется. Иными словами, данная поправка вполне гуттаперчевая и сама по себе не значит почти ничего. Состав же Государственного Совета будет зависеть от усмотрения Президента, который его формирует. Следовательно, статус руководителя этого органа и членство в нем не обеспечены ничем, кроме благоволения главы государства. Разумеется, можно и нужно удивляться тому, что гражданам предлагают проголосовать за нечто неизвестное, обозначенное почти одним только названием, т.е. купить кота в мешке; но на общем фоне это еще не самый серьезный недостаток предлагаемых мер.

Поправки предполагают не только принятие закона о Государственном Совете, но и внесение изменений во множество других законов, от чего и будет в немалой степени зависеть итоговый конституционно-правовой расклад и дизайн институтов. Но уже сейчас ясно, что значительного ослабления власти Президента ожидать не приходится, поскольку нет и



речи о том, чтобы отменить систему выборов Президента всенародным голосованием, а ведь во всех странах, где президент выбирается именно так, он имеет легитимность, равную легитимности парламента, и обладает значительной властью. Скорее наоборот: все предложения в совокупности наводят на мысль, что власть Президента будет усилена. Это подчеркивается и тем обстоятельством, что цензовые требования к высшей должности существенно повышаются: кандидатом на нее должен быть человек, «достигший 35 лет, постоянно проживающий в Российской Федерации не менее 25 лет, не имеющий и не имевший ранее гражданства иностранного государства либо вида на жительство или иного документа, подтверждающего право на постоянное проживание гражданина Российской Федерации на территории иностранного государства». Если бы имелось в виду превращение этой должности в церемониальную, вряд ли понадобилось бы налагать на кандидатов столь суровые ограничения, идущие вразрез с растущей год от года подвижностью населения и глобализацией. Заметим, что и эта поправка гуттаперчевая: что такое «право на постоянное проживание» и что за «иной документ»? Студенческая виза сойдет за таковой? А что, если кандидат имел документ, дающий право постоянного проживания в иностранном государстве, но по какой-то причине им не воспользовался? А что, если он имел такое право и даже воспользовался им, но будучи еще несовершеннолетним, т.е. не совсем по своей воле? Наконец, что будет с Президентом, утаившим подобный факт своей биографии, если последний выйдет наружу во время пребывания его на посту?

В отношении президентской должности кажется важным, что из 81-й статьи убирается пресловутое слово «подряд». Отныне можно быть Президентом только два срока, и всё. Но мы поостереглись бы гарантировать, что эта поправка абсолютно исключает баллотировку В.В. Путина на новый срок в 2024 г.: теоретически допустима трактовка, по которой, ввиду принятия этих поправок, сроки обнуляются и его текущий срок признается первым сроком для целей нового регулирования. В случае возникновения такого вопроса последнее слово будет за КС.

Между тем КС, пребывающий сейчас в неполном составе (15 судей и 4 вакансии), сокращается до 11 человек. Для подобного органа это довольно узкий,

компактный состав. Правда, наш КС был едва ли не самым многочисленным среди конституционных судов, но теперь он становится сравнительно малолюдным: такое количество конституционных судей более характерно для небольших государств Восточной Европы. Но о том, чтобы одновременно уменьшить и нагрузку Суда — прежде всего, количество обращений, — никто не позаботился, этого не обещают. Посему интересно будет посмотреть, как уменьшенный Суд станет справляться с прежним количеством обращений. Это неизбежно должно усилить роль аппарата КС: именно он сделается реальным фильтром, отсеивающим необоснованные обращения.

Лишать судей Конституционного, а равно Верховного (ВС), кассационных и апелляционных судов их полномочий в случае проступка, порочащего честь и достоинство судьи, сможет Совет Федерации по представлению Президента. Нет нужды говорить, что это усиливает роль Президента, который становится как бы судьей над судьями, а также роль Совета Федерации. В настоящее время пока еще действует порядок, по которому право делать представление в Совет Федерации принадлежит самому КС (большинством $\frac{2}{3}$ голосов), а в отношении других судей вопрос об отрешении их от должности передается квалификационным коллегиям судей. Президенту никакой функции в этой процедуре доселе не отводилось, теперь же она становится ключевой. Для сравнения: в императорской России кассационные сенаторы (ближайший аналог судей КС и ВС РФ) пользовались несменяемостью, как и все судьи общих судов, и не подлежали никакой дисциплинарной ответственности; возможна была только уголовная ответственность сенаторов. Дисциплинарная ответственность других судей, включая увольнение от должности, возникала по решению общего собрания кассационных департаментов, а впоследствии — Высшего дисциплинарного присутствия, состоявшего из судей же. Таким образом, Российская Федерация, считая себя правовым государством, собирается еще больше удалиться от либеральных образцов, некогда привнесенных в Россию Судебными уставами Александра II.

Отдельно отметим неясность по вопросу о том, какова будет процедура отрешения от должности в отношении судей, заседающих в Суде по интеллектуальным правам, — ведь это не апелляционный и не кассаци-

онный суд: наряду с кассационным производством он выносит и решения по первой инстанции. В законе он именуется специализированным.

Поправки возлагают на КС РФ маленькое, но ответственное поручение: давать оценку законопроектам на предмет их конституционности. Понятно, что таких случаев не будет много, но они могут быть очень важны. Право выносить законопроект на рассмотрение КС резервируется исключительно за Президентом РФ. Он может воспользоваться им в случае, если палаты Федерального Собрания преодолеют вето, наложенное Президентом на федеральный закон. Относительно федеральных конституционных законов право вето у него, как известно, отсутствует, но планируется, что проекты нежелательных ему конституционных законов также могут быть отправлены им на проверку в КС. Отрицательный вердикт Суда будет во всех случаях означать возвращение законопроекта в Государственную Думу без подписания — такое «конституционное вето» преодолеть уже невозможно, оно абсолютное. По-видимому, достаточно будет наличия хотя бы одной неконституционной нормы в обширном законопроекте, чтобы вернуть его целиком *to the square one*, как выражаются наши британские друзья, и заставить законодателей начать весь процесс его принятия с начала. И это право тоже скорее усиливает Президента, нежели КС, и совершенно явно ослабляет палаты. Президент и раньше мог вынести на рассмотрение КС вопрос о конституционности любого закона — как простого федерального, так и конституционного, — но признание какой-нибудь нормы закона не соответствующей Конституции не лишало юридической силы все прочие его положения. Как долго КС может рассматривать законопроект — об этом поправки умалчивают. Теоретически он может положить законопроект под сукно, что фактически блокирует его принятие на неопределенно долгое время. Остается питать надежду, что какой-либо срок будет указан в Законе о КС², и Суд не превратится в место ссылки для неугодных Президенту законопроектов. Кстати, аналогичные права вручаются Президенту и КС и в отношении проектов региональных законов!

За ослабление должности Президента некоторые комментаторы выдают то обстоятельство, что поправками предлагается назначать отдельных министров президентским указом после их утверждения Государственной Думой, в то время как прежде Государственная Дума утверждала только Председателя Правительства. Но впечатление, будто значение парламента усиливается, а Президент от Правительства дистанцируется, совершенно обманчиво, поскольку Дума не может выдвинуть своего кандидата в министры, зато Президент может предлагать ей своего бесконечное количество раз, т.е. брать Думу измором, а до этого министерством будет руководить назначенный им же исполняющий обязанности министра, ибо не может же ведомство жить без фактического руководителя. Но еще важнее то, что политически важные министерства и службы (МВД, Минобороны, МИД, МЧС, Минюст, ФСБ) как бы обособляются и окончательно переводятся под президентскую длань: Президент не только непосредственно руководит ими (это было и раньше), но и назначает их глав единолично, в утверждении Государственной Думой эти министры не нуждаются. Правда, вводится правило о необходимости консультаций по их кандидатурам с Советом Федерации, но консультации эти потому и называются консультациями, что ни к чему Президента не обязывают: послушал мнения — и все равно сделал по-своему. Если в США президент назначает министров с совета и согласия Сената, то у нашего «Сената» будут спрашивать только совет, согласия же не требуется.

По существу, все сказанное означает, что в РФ вполне официально оформляются два правительства: одно президентское (силовое и политическое) и другое премьерское (хозяйственно-экономическое). Согласно поправкам, статус членов этих правительств разный и порядок назначения различен тоже. Силловые и политические министры являются чисто президентской номенклатурой и становятся выше вице-премьеров, потому что последних Дума вправе утверждать, а первых — нет. Главное же в том, что увольняет их всех по-прежнему только Президент по своему собственному усмотрению, а назначение при условии утверждения Думой не делает положение министра более прочным. Равным образом и премьер остается в своем привычном положении громоотвода или управляющего имением при большом барине: он по-прежнему несет ответственность за экономическую ситуацию, ибо

² Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации».



весь смысл существования премьерской должности только в том всегда и состоял, чтобы позволить Президенту руководить Правительством из-за кулис, путем произвольных интервенций, но не принимать на себя ответственность за принимаемые решения и не обременяться скучной работой³. Более того, должность премьера ослабляется теперь и в том отношении, что его можно будет отправить в отставку отдельно от Правительства, в индивидуальном порядке. Таким образом, увольнение премьера теперь становится еще более легкой задачей для его единственного начальника — Президента РФ.

И вот что любопытно: новое Правительство назначено еще по старинке, путем утверждения в Думе одного премьера, хотя кто мешал применить новый порядок уже сейчас, раз он признан более целесообразным? Никакой закон не препятствует Президенту заявить о том, что новые члены Правительства будут им назначены лишь после одобрения их кандидатур Думой или после консультаций с Советом Федерации. Но ничего подобного не было сделано, и упущена прекрасная возможность создать достойный прецедент.

Остальные поправки — даже такие, о которых много говорят, — не представляются нам особенно важными. Они либо не заключают в себе никаких строго определенных и проверяемых обязательств (индексация пенсий), либо закрепляют то, что и так уже стало практикой (неисполнение отдельных решений межгосударственных органов). В конечном счете самая примечательная черта всех предлагаемых поправок — та, что они не исключают никаких сценариев в будущем и даже, более того, увеличивают количество вариантов как транзита, так и «нетранзита» власти около 2024 г. В этом смысле их нельзя не признать весьма своевременными и, пожалуй, хорошо обдуманными, несмотря на спешку и кажущийся сумбур.

Какой бы ни была новая система государственного управления, но роль личности в истории никто не

отменял. Неудивительно, что новостей о составе Правительства после отставки Дмитрия Медведева ждали с большим нетерпением, тем более что новый премьер Михаил Мишустин пообещал перемены и слово свое сдержал: добрая половина министерств и ведомств получили новых возглавителей.

Впрочем, на поверку изменения в Кабинете министров можно сравнить с перетасованной колодой: свежих лиц среди новоиспеченных руководителей почти не обнаружилось. Да и сам новый премьер уже получил реноме технократа, который вряд ли намерен серьезно влиять на общий политический курс. Но у налоговых экспертов он пользуется репутацией реформатора, и возлагаемые на него большие ожидания касаются в первую очередь области цифровизации, где ФНС в последнее время особенно преуспела.

Одним из первых закономерно состоялось назначение в ФНС: новым главой Службы стал 44-летний Даниил Егоров, и его кандидатура была воспринята в профессиональном сообществе с одобрением — возможно, по той причине, что именно он отвечал в ФНС за развитие цифровизации. Стоит еще отметить, что это первый юрист на должности руководителя ФНС за долгие годы ее существования. И юридический бэкграунд уже дает о себе знать — одним из заместителей новой главы стал бывший судья ВАС РФ Виктор Бациев, пользующийся заслуженным авторитетом в среде налоговых юристов. А это — повод надеяться на изменение политики ведомства в сторону более тонкого выстраивания баланса интересов казны и налогоплательщиков.

Другие два заместителя Михаила Мишустина в бытность его главой ФНС — Алексей Оверчук и Дмитрий Григоренко — пошли на повышение и получили в новом Правительстве должности вице-премьеров. Последний при этом стал новым руководителем аппарата Правительства, а занимавший эту должность Константин Чуйченко — министром юстиции. Такое решение можно отнести к одной из загадок нового Кабинета министров. Ведь именно аппарат Правительства отвечал за реформу контрольно-надзорной деятельности, которая в последний год была сориентирована на так называемую регуляторную гильотину, а саму эту идею нередко ассоциировали с личностью Дмитрия Медведева. Теперь же непонят-

³ См.: *Верецагин А.* «Кто здесь главный?» А нужен ли России премьер-министр? URL: <https://echo.msk.ru/blog/planperemen/2125108-echo/> (дата обращения: 30.01.2020).

но, будет ли этот курс продолжен: очевидно, что если спустить задачу на уровень Минюста, то реформа может застопориться в межведомственных согласованиях — здесь нужен уровень именно аппарата Правительства, состав которого претерпит кардинальные изменения после смены руководителя. И хотя контуры реформы были очерчены еще в декабре внесением ключевых законопроектов в Думу, их дальнейшая судьба остается под вопросом — новейшая история России знает немало случаев, когда на этом этапе реформа замораживалась (взять, например, недавние реформы вещного права и судебно-экспертной деятельности). В целом переназначение К. Чуйченко, кажется, не грозит какими-либо существенными корректировками в работе Минюста, тем более что информации о перестановках внутри министерства пока нет. А значит, пока нет оснований полагать, что взгляд на актуальные и волнующие юристов преобразования изменится, будь то реформа адвокатуры, нотариата или арбитража.

Остальной состав нового Правительства вряд ли вызовет живой интерес у большинства юристов, за исключением разве что вице-премьера Андрея Белоусова, который наряду с новым главой Минэкономразвития Максимом Решетниковым будет задавать тон в экономическом законодательстве, и перешедшего из Ростелекома нового главы Минкомсвязи Максута Шадаева, от которого будет зависеть реализация государственной программы «Цифровая экономика».

Юристы, практикующие в сфере недвижимости, наверняка обратили внимание на превращение Марата Хуснуллина из вице-мэра в вице-премьера. Он уже успел анонсировать кардинальные изменения в регулировании строительной отрасли и «освобождение стройки от излишних ограничений»⁴. Еще одно громкое заявление касается планов по проведению реновации жилья по всей стране⁵ — похоже, их реализации может воспрепятствовать только недостаток денег в регионах. Остается надеяться, что эмансипация стройкомплекса от последних ограничений не

выльется в очередную «ночь длинных ковшей» и не станет зауспокойной молитвой для исторических зданий — ибо нет таких ограничений, которые вошедшие в раж и во вкус строители не сочли бы стеснительными для себя, а потому излишними.

Интересно также назначение нового главы Росреестра Олега Скуфинского, который запомнился конструктивной критикой кадастровой оценки недвижимости в ходе реформирования налога на имущество еще в 2013 г. и даже давал на сей счет комментарий нашему журналу⁶.

Что касается пресловутого правоохранительного блока, то здесь обошлось без потрясений и громких назначений — правда, только в Правительстве. Главным событием можно назвать смену Генерального прокурора, произошедшую синхронно с отставкой Правительства. Вместо ушедшего в отставку (и перешедшего на другой ответственный пост — полномочного представителя Президента в Северо-Кавказском федеральном округе) Юрия Чайки надзорное ведомство возглавил заместитель председателя Следственного комитета Игорь Краснов, внешне удивительно похожий на своего далекого предшественника Николая Муравьева и тоже достигший этого поста в возрасте 44 лет. Новый Генпрокурор хорошо известен своим участием в расследовании резонансных уголовных дел, в том числе об убийстве Бориса Немцова, и, судя по всему, является надежным соратником главы Следственного комитета Александра Бастрыкина. Неудивительно, что в одном из первых своих публичных заявлений на новой должности Игорь Краснов подчеркнул, что никакой конкуренции между главным надзорным и главным следственным ведомством быть не может⁷, так что, наверное, в непростых отношениях ведомств победу стоит признать за условной «партией Бастрыкина». Своей главной задачей новый Генпрокурор называет борьбу с коррупцией, что не может не радовать благонамеренных граждан: ведь с этим злом давно уже борется, хотя и другими средствами, известный разоблачитель Алексей Навальный — а следовательно, здесь от-

⁴ См.: Марат Хуснуллин провёл первое рабочее совещание в Минстрое. URL: <http://government.ru/news/38811/> (дата обращения: 30.01.2020).

⁵ См.: Реновация примеряется к территориям страны // Коммерсант. 2020. 27 янв. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4233683> (дата обращения: 30.01.2020).

⁶ См.: Кадастровая стоимость и новый налог на недвижимость в России // Закон. 2013. № 3. С. 22–24.

⁷ См.: Краснов заявил об отсутствии противостояния между Генпрокуратурой и СКР. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4226864> (дата обращения: 30.01.2020).



крывается обширное поприще для плодотворного взаимодействия между властью и оппозицией.

В президентском Послании Федеральному Собранию сквозила еще одна набившая порядочную оскомину тема — давление на бизнес со стороны правоохранительных органов. Эту застарелую болезнь, наносящую нам не меньший ущерб, чем коронавирус Китая⁸, решено лечить надежным и проверенным способом — путем внесения очередных поправок в уголовное законодательство. С этой целью уже подготовлены пакетные изменения, направленные на декриминализацию ряда деяний в валютной и налоговой сферах, а также на ограничение использования ст. 210 УК РФ. Здесь нужно сказать, что поручение Президента по ограждению предпринимателей от обвинений в создании преступных сообществ муссируется давно, и, судя по последнему заседанию Клуба имени Замятнина, к его выполнению подключился и Верховный Суд РФ⁹, а значит, поправки должны быть весьма взвешенными и с точки зрения правоприменения. Впрочем, судя по настороженной реакции бизнеса и бизнес-юристов, такие предложения их уже не впечатляют, и крепнет убежденность в том, что необходимы более действенные меры, чем простая либерализация уголовного законодательства¹⁰.

Состояние уголовного правоприменения волнует не только бизнес, но и общество в целом. В продолжающемся «московском деле» в декабре и январе были

вынесены приговоры большей части фигурантов. Как и ожидалось, большинству подсудимых не повезло — при всей неоднозначности обвинения ни одно из дел не окончилось оправданием. Тем не менее реальные сроки получили не все¹¹. Среди тех, кто вышел из зала суда не под конвоем, оказался и самый известный из подсудимых — студент Егор Жуков. Обвинения в организации массовых беспорядков в отношении него (как и в отношении ряда других подсудимых) были предусмотрительно сняты, оставлено лишь обвинение в публичных призывах к экстремистской деятельности (ч. 2 ст. 280 УК РФ), за которые он и получил три года лишения свободы условно. Много это или мало — тут мнения расходятся. Новый глава Совета при Президенте РФ по развитию гражданского общества и по правам человека (СПЧ) Валерий Фадеев, например, считает приговор сбалансированным¹², правозащитники же высказываются в том духе, что этот компромисс выдуман самой властью¹³. Остается лишь констатировать, что частичное снятие обвинений случилось после неординарного давления со стороны взволнованной общественности, что можно считать ее маленькой победой.

Большинство приговоренных к реальному лишению свободы были осуждены по еще одной нетривиальной норме УК РФ — ст. 318 «Применение насилия в отношении представителя власти», и здесь основные споры развернулись вокруг того, как отличить реальную угрозу от мнимой, поскольку самого факта насилия в большинстве случаев установить не удалось. Как оказалось, бросание в сторону росгвардейцев любых предметов, будь то урна или просто пластиковый стаканчик, воспринимается судами как преступное деяние, и на заседании СПЧ Президент доходчиво объяснил удивленным

⁸ Одна из главных общественных фобий января, диковинный вирус, начинает влиять и на инвестиционный климат в России. См. об этом: Инвесторы избегают осложнений. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4233358> (дата обращения: 30.01.2020).

⁹ Подробнее об этом см.: Румак В. Верховный Суд готовит новые разъяснения по преступлениям в сфере предпринимательства // Закон.ру. 2019. 18 дек. URL: https://zakon.ru/blog/2019/12/18/verhovnyj_sud_gotovit_novye_razyasneniya_po_prestupleniyam_v_sfere_predprinimatelstva_81276 (дата обращения: 30.01.2020).

¹⁰ О скепсисе бизнеса в отношении грядущих поправок см.: Бизнес предложил поправить проект Путина о сокращении уголовных рисков // Ведомости. 2019. 28 янв. URL: <https://www.vedomosti.ru/economics/articles/2020/01/27/821583-biznes-predlozhit> (дата обращения: 30.01.2020).

¹¹ Подробнее о второй волне приговоров по «московскому делу» см.: Осужденные за протесты в Москве. URL: <https://www.kommersant.ru/gallery/4094747>. Более подробный разбор кейсов с задержаниями см.: Дурново Г., Чертова А. После лета. Московский эксперимент продолжается. URL: <https://ovdinfo.org/reports/mgd2-2019> (дата обращения: 30.01.2020).

¹² См.: Глава СПЧ назвал условный приговор Жукову сбалансированным // Коммерсант. 2019. 6 дек. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4182105> (дата обращения: 30.01.2020).

¹³ См.: Приговорчики в строю // Коммерсант. 2019. 7 дек. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4186772> (дата обращения: 30.01.2020).

правозащитникам, почему¹⁴. Принцип логического вывода бесконечно большого из бесконечно малого («сегодня он играет джаз — а завтра Родину продаст») получил из его уст очередное авторитетное подтверждение.

Особняком в этом списке стоит дело Константина Котова, который был обвинен по «дадинской» ст. 212.1 УК, — и оно предсказуемо¹⁵ стало предметом разбирательства в КС. Результат¹⁶ не мог не порадовать правозащитников: приговор признан подлежащим пересмотру, а правоприменители получили очередной ориентир — необходимость доказывания ответственности вреда, причиненного действиями подсудимого, а также влияния этих действий на характер акции, которая, по идее, после этих самых действий должна перестать быть мирной, — в противном случае наказание в виде реального лишения свободы не будет соразмерно степени общественной опасности содеянного.

Возможно, раздражение в обществе от того, как ведется «московское дело», возымело определенный эффект, потому что первым из поручений, полученных г-ном Красновым от Президента, стала именно оценка законности дела К. Котова¹⁷. Более того, теперь Генеральная прокуратура в числе своих приоритетов видит и ограничение в использовании заключения под стражу в случае нетяжких преступлений¹⁸.

За всей этой шумной информационной повесткой легко упустить из виду изменения, вступившие в

силу с нового года. Их немного, но среди них есть несколько важных.

В первую очередь стоит упомянуть поправки в ст. 8.1 ГК РФ, которые вкупе с изменениями ст. 302 Кодекса дают существенное повышение уровня гарантий прав добросовестных приобретателей недвижимости, делают принцип внесения более полновесным, а Единый реестр прав на недвижимое имущество — достоверным¹⁹, поскольку покупатель, положившийся на госреестр, отныне презюмируется добросовестным, а публичные субъекты через три года после утраты ими недвижимости не могут истребовать жилье у добросовестных приобретателей, даже если оно было против их воли. Можно констатировать, что право собственности в России упрочилось, и, кажется, теперь для полного счастья не хватает лишь реализованной реформы вещного права, работы по которой были возобновлены не так давно.

Среди прочих январских новелл можно отметить введение электронных трудовых книжек и Закон о краудфандинге²⁰. Впрочем, эти новеллы, в отличие от предыдущих, воспринимаются не столь однозначно. Например, специалисты по трудовому праву оценивают электронные трудовые книжки в переходный период скорее как дополнительную нагрузку, нежели как послабление²¹.

Что же касается Закона о краудфандинге, о котором мы писали еще в августе 2019 г.²², то о его пользе для привлечения инвестиций пока рано говорить: Банком России так и не зарегистрировано ни одного оператора инвестиционных платформ, составляющих основу так называемого народного инвестирования. Виной всему запаздывающее подзаконное регулирование при обилии в тексте Закона отсылочных норм.

¹⁴ См. об этом: Путин высказался о наказании за брошенный в полицию стаканчик // Ведомости. 2019. 10 дек. URL: <https://www.vedomosti.ru/politics/news/2019/12/10/818354-stakanchik> (дата обращения: 30.01.2020).

¹⁵ Такой ход событий предугадывался еще в августе. См., напр.: *Верещагин А.Н., Румак В.Б.* Между запретом и дозволением // Закон. 2019. № 8. С. 93.

¹⁶ См.: Определение КС РФ от 27.01.2020 № 7-О.

¹⁷ См.: Путин поручил Генпрокуратуре проверить законность приговора Котову // РИА Новости. 2020. 25 янв. URL: <https://ria.ru/20200125/1563865660.html> (дата обращения: 30.01.2020).

¹⁸ См.: Генпрокуратура предложила реже сажать в СИЗО подозреваемых в нетяжких преступлениях // Коммерсант. 2020. 29 янв. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4235031> (дата обращения: 30.01.2020).

¹⁹ Федеральный закон от 16.12.2019 № 430-ФЗ. Подробнее об этих поправках см.: *Бевзенко Р.* Что такое добросовестность при приобретении недвижимости? // Новелла ст. 8.1 ГК РФ // Закон.ру. 2019. 18 дек. URL: https://zakon.ru/blog/2019/12/18/chto_takoe_dobrosovestnost_pri_priobretenii_nedvizhimosti_novella_st_81_gk_rf (дата обращения: 30.01.2020).

²⁰ Федеральный закон от 02.08.2019 № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

²¹ См.: *Кузнецов Д.Л.* В современных условиях трудовое право в России все больше играет роль тормоза экономического развития: интервью // Закон. 2019. № 11. С. 20.

²² См.: *Верещагин А.Н., Румак В.Б.* Указ. соч. С. 94–95.



Между тем краудфандинг оказался очень востребован в необычной для себя области — не среди предпринимателей, а у правозащитных организаций. Виной тому — законодательство об иностранных агентах²³, которое при кажущейся безобидности своих предписаний (по заверениям властей при его введении) на поверку оказалось настоящим волком в овечьей шкуре²⁴.

Вот с таким, преимущественно политическим, оттенком январь 2020 г. и останется в летописях российского права.

В завершение вспомним о событии, произошедшем ровно 10 лет тому назад. Двадцать первого января 2010 г. КС вынес Постановление № 1-П, которым, как многим тогда показалось, узаконил судебный прецедент в России. Решение КС с нетерпением ожидалось в юридическом сообществе, его вынесению предшествовала полемика в СМИ между сторонниками и противниками судебного нормотворчества. Собственно, в КС было оспорено право Пленума и Президиума Высшего Арбитражного Суда (ВАС) выносить решения, способные служить основанием для пересмотра решений нижестоящих судов в качестве «вновь открывшегося обстоятельства». Механизм такого пересмотра был введен Пленумом ВАС в феврале 2008 г.²⁵ Главной целью было избавить Президиум ВАС, высшую инстанцию в системе ар-

битражных судов, от наплыва однотипных дел. Суть нововведения заключалась в том, что коллегия из трех судей ВАС, предварительно изучавшая обоснованность надзорной жалобы в Президиум, получала право отправить дело для пересмотра вместо Президиума в суд первой инстанции — при условии, что к моменту поступления жалобы соответствующий правовой вопрос был иным образом разрешен либо в разъяснении Пленума ВАС, либо в постановлении Президиума по аналогичному делу. Сделано это могло быть в трехмесячный срок с момента вынесения последнего судебного решения по спорному делу. Таким способом ВАС, Председатель которого Антон Иванов никогда особенно не скрывал своих симпатий к прецедентному праву, удалось ввести лишь некий «прецедент наоборот». Ведь позиция ВАС, на основании которой осуществлялся пересмотр дел, хронологически не предшествовала им, а, напротив, формулировалась позднее и получала обратную силу в пределах указанного трехмесячного срока. Этот механизм не имел прямой опоры в законе, а, скорее, дополнял его в направлении, желательном для ВАС. С этой точки зрения он выглядел весьма уязвимым, а шансы его противников на успех в КС — довольно высокими. Однако, вопреки их ожиданиям, КС оставил этот механизм в силе, сочтя, что он «продиктован актуальными потребностями арбитражного судопроизводства». КС лишь обставил его некоторыми оговорками. Вот важнейшие из них:

— недопустимо придание обратной силы толкованиям, ухудшающим положение лиц, на которых распространяется их действие (это важно в случае налоговых и прочих административных споров с госорганами);

— требуется специальное указание в решениях Пленума и Президиума на то, что данное ими толкование имеет обратную силу;

— указание коллегии ВАС на возможность пересмотра дела по вновь открывшимся обстоятельствам не является обязательным для судей. Они должны сами решать, применима ли новая правовая позиция ВАС к этому делу (так КС защитил принцип независимости судей).

Но в целом введенный ВАС механизм был одобрен. И если бы КС ограничился таким одобрением, уже

²³ Федеральный закон от 20.07.2012 № 121-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части регулирования деятельности некоммерческих организаций, выполняющих функции иностранного агента», впоследствии дополненный мерами государственного принуждения в виде административных штрафов за действия без внесения в реестр иностранных агентов и без соответствующей маркировки (Федеральный закон «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» от 12.11.2012 № 192-ФЗ).

²⁴ Подробнее об этом см.: «Нападение делает нас сильнее» // Коммерсант. 2020. 10 янв. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4215502> (дата обращения: 30.01.2020).

²⁵ Постановление Пленума ВАС РФ от 14.02.2008 № 14 «О внесении дополнений в постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12.03.2007 № 17 „О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре вступивших в законную силу судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам“».

это можно было бы считать принципиальным новшеством. Однако КС пошел значительно дальше, недвусмысленно указав, что на основании позиции ВАС не только могут быть пересмотрены некоторые прежние решения, но и должны решаться дела будущие. По мнению КС, в правовой системе России существует «установленная законом возможность отмены судебных актов... в случае их расхождения с актами высшего суда в системе арбитражных судов Российской Федерации, дающими разъяснения по вопросам судебной практики». Не уточняя, каким именно законом или законами такая возможность установлена, КС далее подчеркнул, что толкование закона высшими судебными органами «фактически... является обязательным для нижестоящих судов на будущее время». Важно, что в отличие от «прецедентов с обратной силой», введенных в 2008 г. Пленумом ВАС, принцип следования решениям высших инстанций, сформулированный КС, не имеет каких-либо оговорок и ограничений по времени или категориям дел. Таким образом, одной рукой КС несколько урезал значение позиций ВАС для пересмотра недавно вынесенных судебных решений, а другой рукой резко повысил статус этих позиций в отношении бесконечно большей массы дел: тех, которые судам предстоит рассматривать в будущем. На поверку баланс был весьма выгодным для ВАС.

Строго говоря, обязательность для судей толкований, данных высшей инстанцией, в научной доктрине уже обосновывалась. Говорилось, что это необходимо прежде всего в целях обеспечения единства правоприменения и реального равенства лиц перед законом и судом²⁶. Однако и у противников данного принципа аргументов хватало: они постоянно апеллировали к принципу разделения властей и требовали защитить независимость судей от указаний сверху. Постановлением 2010 г. КС сделал лишь одну, но совершенно кардинальную вещь: он санкционировал принцип обязательности решений высших судов для нижестоящих инстанций, превратив его из доктринальной позиции, требующей довольно сложного косвенного обоснования, в один из основополагающих постулатов российского права.

КС недвусмысленно дал понять, что толкования ВАС РФ не просто являются точкой зрения (пусть и очень авторитетной) судей высшей инстанции, а становятся неотъемлемой частью толкуемых норм. К ним применимы те же принципы (например, касающиеся их действия во времени, в пространстве и по кругу лиц), которые обычно применяются к нормам закона. А это означает, что фундаментальный для зарубежных систем прецедентного права принцип *stare decisis* («стоять на решенном») был официально санкционирован российским КС.

В тот момент вполне могло показаться, что этот принцип был утвержден окончательно — так сказать, отлит в граните. В процессуальные кодексы были внесены поправки о разъяснениях высших судов как новых обстоятельствах, позволяющих пересматривать судебные решения²⁷; в решениях ВАС РФ стали появляться специальные оговорки о возможности пересмотра иначе решенных дел. Однако спустя четыре года неожиданное упразднение ВАС развернуло процесс на 180 градусов. Постановление КС никто, разумеется, пересмотреть не мог — о нем предпочли просто забыть и стали считать «яко не бывшим». В судебных актах снова участились отказы следовать прежним решениям и заложенным в них правовым позициям, сопровождаемые стандартной фразой о том, что «прецедентное право в Российской Федерации не установлено». Однако не все суды подчинились этой бессмысленной мантре и подошли под общий шаблон. Приведем похвальные примеры здравого взгляда на вещи:

«Довод Администрации о неправомерности ссылки суда первой инстанции на Постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации... поскольку в Российской Федерации судебный прецедент не имеет силу закона, отклоняется апелляционным судом по следующим основаниям. В Постановлении от 21.01.2010 № 1-П Конституционный Суд Российской Федерации сформулировал правила применения судебных прецедентов: судебный прецедент распространяет свое действие на будущее, если не имеется специального указания об обратной силе в тексте соответствующего судебного акта; введен запрет

²⁶ См., в частности: *Верещагин А.Н.* Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты. М., 2004. С. 138.

²⁷ См.: ст. 392 ГПК, ст. 311 АПК, ст. 350 КАС.



на придание обратной силы судебным прецедентам Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, в которых дается толкование норм налогового права, ухудшающих права налогоплательщиков; схожесть фактических обстоятельств рассматриваемого дела и дела, по которому Высший Арбитражный Суд Российской Федерации сформулировал судебный прецедент»²⁸;

«Доводы пенсионного фонда о том, что такая ссылка неправомерна, поскольку прецедент не является источником права, отклоняются апелляционным судом, так как суд первой инстанции сослался на них не как на источник права, а заявил о согласии с уже ранее сформулированными позициями, что согласуется с принципом единства законности, принципом

единообразия судебной практики и не противоречит ч. 4 ст. 170 АПК РФ»²⁹.

Так что не все еще потеряно: если верно, что даже рукописи не горят, то постановления КС — тем более. ■

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

Alexander N. Vereshchagin

Editor-in-Chief of “Zakon” Journal, PhD in Law (University of Essex) (e-mail: avere@igzakon.ru).

Vladimir B. Rumak

Managing Editor of “Zakon” Journal (e-mail: rumak@igzakon.ru).

²⁸ Постановление Второго ААС от 23.07.2015 № 02АП-5650/2015 по делу № А29-2708/2015.

²⁹ Постановление Четвертого ААС от 16.05.2018 № 04АП-1294/2018 по делу № А19-24831/2017.



**ЗАРИПОВ
ВАДИМ
МАРАТОВИЧ**

руководитель
аналитической службы
юридической компании
«Пепеляев Групп»

МОЖНО ЛИ ОСПАРИВАТЬ ПОСТАНОВЛЕНИЯ ПЛЕНУМОВ ВЫСШИХ СУДОВ?

На примере Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 № 53 ставится вопрос о правовой природе постановлений пленумов ВАС и ВС РФ в свете возможности их оспаривания в КС РФ. Автор приводит аргументы в пользу нормативной природы подобных актов.

***Ключевые слова:** понятие нормативного акта, официальное толкование, Пленум Верховного Суда РФ, судебное оспаривание нормативного акта*

1. Повод для дискуссии

Фабула спора в Определениях Конституционного Суда (КС) РФ от 26.11.2018 № 3044-О и от 25.04.2019 № 873-О — весьма типичная для нашего времени, «налоговая», связанная с налоговой неисполнительностью контрагентов.

Нетипичен предмет жалобы в КС — это не только привычные нормы 21-й и 25-й глав Налогового кодекса (НК) РФ, но и положения Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда (ВАС) РФ от 12.10.2006 № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды» (далее — Постановление № 53).

Содержание Определений в отношении обжалуемых норм законов ничем не примечательно. Что же касается Постановления № 53, то, как пишет КС РФ в упомянутом Определении № 3044-О, «будучи актом толкования закона, в силу статьи 125 (часть 4) Конституции Российской Федерации и пункта 3 части пер-

**VADIM M. ZARIPOV**

Head of Analytical
Department at Pepeliaev
Group

CAN PLENARY RESOLUTIONS OF SUPREME COURTS BE CHALLENGED?

In terms of Plenary Resolution No. 53 of the Russian Supreme Arbitrazh (Commercial) Court dated 12 October 2006, an issue is raised regarding the legal nature of plenary resolutions passed by the Russian Supreme Arbitrazh Court and the Russian Supreme Court, and whether such resolutions can be challenged before the Russian Constitutional Court. The author uses arguments for the regulatory nature of such legal instruments.

Keywords: *definition of regulation, official interpretation, Plenary Session of Russian Supreme Court, challenging regulation in court*

вой статьи 3 Федерального конституционного закона „О Конституционном Суде Российской Федерации“ оно само по себе не может выступать самостоятельным предметом проверки Конституционного Суда Российской Федерации».

Казалось бы, очевидный вывод, ведь граждане и их объединения вправе жаловаться в КС РФ только на законы.

На наш взгляд, вполне можно считать, что, по смыслу Федерального конституционного закона от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации», т.е. для целей конституционного нормоконтроля, Постановление № 53 — это закон.

2. Аргументы формального свойства

Формальные доводы хотя и требуют дополнительной проверки, но в совокупности выступают серьезным подтверждением защищаемого тезиса.

2.1. История принятия

Как известно, при подготовке проекта федерального закона о совершенствовании налогового администрирования, практически полностью переписавшего первую часть НК (Федеральный закон от 27.07.2006 № 137-ФЗ), всерьез обсуждалось предложение включить в НК антизлоупотребительные нормы, подобные положениям ст. 10 Гражданского кодекса (ГК) РФ.

В Государственной Думе это предложение было заблокировано, и тогда было принято решение другим способом урегулировать подогретую делом «ЮКОСа» ситуацию с повальным обвинением основных российских налогоплательщиков — организаций и индивидуальных предпринимателей — в недобросовестности. Иного варианта, кроме как принять обязательное для всех арбитражных судов постановление Пленума ВАС РФ, не оставалось. Поэтому, как только весной 2006 г. стало понятно, что поправки в НК РФ внести не получится, началась подготовка разъяснения ВАС РФ.

2.2. Указание разъясняемых норм

Обычно предмет разъяснения указывается в преамбулах пленарных постановлений, например:

— законодательство о заключении и толковании договора (Постановление Пленума Верховного Суда (ВС) РФ от 25.12.2018 № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора»);

— глава 21 НК РФ (Постановление Пленума ВАС РФ от 30.05.2014 № 33 «О некоторых вопросах, возникающих у арбитражных судов при рассмотрении дел, связанных с взиманием налога на добавленную стоимость») и т.д.

В других постановлениях пленумов разъясняемые нормы указываются непосредственно в тексте.

Посмотрим, какие нормы и какого закона упоминаются в Постановлении № 53:

— ст. 65, 71 и 162 Арбитражного процессуального кодекса (АПК) РФ, содержащие общие нормы об обязанности доказывания, а также об исследовании и оценке доказательств;

— п. 1 ст. 45 (сейчас подп. 3 п. 2 ст. 45) НК РФ о судебном порядке взыскания при изменении квалификации сделки, статуса и характера деятельности налогоплательщика;

— ст. 166, 168 и 170 ГК РФ, содержащие нормы о действительности сделок.

Надо заметить, что нормы ГК и НК РФ упоминаются локально в одном лишь п. 8 Постановления только для того, чтобы разграничить их применение в налоговых спорах. Тем более что норму о судебном порядке взыскания при налоговой переквалификации, как и сам п. 8, можно отнести к спящим, как говорят юристы, нормам (хочется надеяться, что не к мертвым).

Можно ли сделать вывод, что процессуальные нормы ст. 65, 71 и 162 АПК составляют предмет разъяснения Пленумом ВАС РФ? Можно ли считать, что из этих норм, пусть даже в совокупности и взаимосвязи, вытекает то, что изложено в тексте Постановления № 53 о понятии налоговой выгоды, деловой цели, ответственности налогоплательщика за контрагента? Если да, то какова глубина и ширина этих уникальных по емкости процессуальных норм — что еще они могут в себе содержать? Соответственно, могут ли налогоплательщики рассчитывать на конституционно-правовую проверку этих норм с учетом смысла, придаваемого им положениями Постановления № 53 как акта официального толкования? Вопросы по крайней мере риторические.

2.3. Последующие действия законодателя

С 2017 г. в НК РФ присутствует ст. 54.1, в которой сказано и про уменьшение налогов, т.е. налоговую выгоду, и про деловую цель, и про ответственность за контрагента. Те же положения, что и в Постановлении № 53. И ни у кого нет сомнений, что это нормы закона.

«Суть изменений заключается в том, что законодателем определены конкретные действия налогоплательщика, которые признаются злоупотреблением правами, и условия, которые должны быть соблюдены налогоплательщиком для возможности учесть расходы и заявить налоговые вычеты по имевшим место сделкам (операциям). Налоговым органам следует учитывать, что статья 54.1 НК РФ не содержит положений о расширении полномочий налоговых органов по сбору доказательственной базы, в связи с чем при применении положений указанной статьи действуют применяемые налоговыми органами законодательно предусмотренные процедуры по сбору, фиксации и оценке доказательств», — разъяс-



няет Федеральная налоговая служба (ФНС России) нижестоящим органам¹.

Положения статьи про деловую цель и про ответственность за контрагента — это, по мнению ФНС России, материальные, а не процессуальные нормы, не про доказательства и доказывание. Значит, на поставленный выше риторический вопрос можно ответить так: отнюдь не нормы АПК РФ разъяснялись в Постановлении № 53.

Введение в НК РФ ст. 54.1 подтверждает, что ранее имел место законодательный пробел, восполненный Постановлением № 53. В отсутствие федерального закона его положения заменили, по существу, законодательные нормы.

2.4. Правозащитное понимание закона

Как отмечают авторитетные авторы, постепенно Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) пришел к выводу, что понятием «закон», используемым в Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (заключена 04.11.1950 в Риме), охватываются как позитивный закон, так и судебная практика². Для целей применения Конвенции понятие «закон» может включать не только акты законодательной власти, но и судебные прецеденты, международно-правовые обязательства, а также ряд вторичных источников, к примеру королевские декреты, чрезвычайные декреты и различные внутренние предписания, основанные на законе³.

Следует подчеркнуть, что сейчас мы обсуждаем не абстрактный вопрос о понятии закона, а процессуальный вопрос о том, могут ли граждане и их объединения рассчитывать на проверку существенно влияющих на их правовое положение юридических актов, проверка которых в ином порядке вряд ли возможна.

2.5. Практика КС РФ

Специалисты соглашаются, что КС РФ понимает закон достаточно широко, притом что «в доктрине конституционного права понятие „закон“ является довольно абстрактным и неоднозначно определяемым»⁴.

Так, КС РФ принимает к рассмотрению жалобы о проверке конституционности постановлений Государственной Думы об амнистии, поскольку они «в системе действующих нормативных правовых актов по своему уровню и материально-правовому содержанию могут быть приравнены только к принимаемым Государственной Думой законам»⁵.

Суд отнес к закону и постановления Правительства РФ, принятые на основе специального делегирующего положения закона.

Даваемое КС РФ толкование «направлено на то, чтобы охватить понятием „закон“ все нормативные правовые акты, которые по своей природе выполняют роль первичного правового регулятора прав и свобод, имеют непосредственную связь с Конституцией и в этом своем значении приравниваются к формальному закону»⁶.

Как мы видим, КС РФ исходит из достаточно широкого понимания закона: в качестве такового можно обжаловать не только то, что прямо именуется законом, и не только то, что принято парламентом.

Например, могут обжаловаться постановления Правительства, принятые на основе законодательного делегирования полномочий, даже если при этом не был применен делегирующий закон⁷. К таким актам относятся также законы и иные нормативные правовые акты бывшего СССР, сохраняющие свое действие

¹ Письмо ФНС России от 31.10.2017 № ЕД-4-9/22123@ «О рекомендациях по применению положений статьи 54.1 Налогового кодекса Российской Федерации».

² См., напр.: Гаджиев Г.А., Коваленко К.А. Принцип правовой определенности в конституционном правосудии // Журнал конституционного правосудия. 2012. № 5.

³ См.: Захаров Н.О. Ограничение субъективных прав — законность, целесообразность, пропорциональность // Адвокат. 2016. № 8.

⁴ Комментарий к Федеральному конституционному закону «О Конституционном Суде Российской Федерации» (постатейный) / под ред. Г.А. Гаджиева. М., 2012.

⁵ Казанцев С.М. Проверка подзаконных нормативных правовых актов Конституционным Судом Российской Федерации // Журнал конституционного правосудия. 2015. № 1.

⁶ Гриценко Е.В., Розмари В. Защита прав местного самоуправления средствами конституционного правосудия в России и Германии // Журнал конституционного правосудия. 2015. № 4.

⁷ Постановление КС РФ от 14.05.2009 № 8-П.

после вступления в силу Конституции РФ и регулирующие права и свободы человека и гражданина. Так, в Определении от 02.03.2006 № 16-О⁸ КС РФ пришел к выводу, что нормы, даже если они содержатся в акте, по форме не отвечающем конституционным требованиям, могут применяться, если эти нормы не противоречат Конституции РФ по содержанию.

2.6. Международный опыт

Руководящие разъяснения высших судов распространены на постсоветском пространстве. Что же мы видим у наших казахстанских коллег? Они совершенно не стесняются называть постановления Пленума Верховного суда Республики Казахстан нормативными. Любой может в этом убедиться, посмотрев специальный раздел на официальном сайте ВС РК.

Пора и нам отбросить ложную стыдливость и называть вещи своими именами.

Подготовка и издание постановлений пленумами высших судов — по существу не судебная, а нормотворческая деятельность.

Соответственно, она должна вестись с учетом позиции всех заинтересованных сторон в процедуре, близкой к парламентской, возможно, по модели существующей оценки регулирующего воздействия нормативных актов. Несомненно, это потребует большей открытости и демократизации процедуры подготовки проектов пленарных постановлений ВС РФ.

3. Аргументы содержательного (сущностного) характера

Они более важны, хотя и труднее в доказывании.

3.1. Наличие норм права

Постановление № 53 является актом официального толкования, обладающим нормативными свойствами, потому что содержит нормы права, т.е. правила, обязательные для всех арбитражных судов, а посред-

ством их деятельности — для неограниченного круга налоговых органов и налогоплательщиков.

Здесь логика ровно та же, что и в Постановлении КС РФ от 31.03.2015 № 6-П по делу ОАО «Газпром нефть» о проверке возможности оспаривания разъясняющих писем ФНС России в ВС РФ. Письма ФНС адресованы непосредственно налоговым органам и их должностным лицам; обязательность содержащихся в них разъяснений для налогоплательщиков нормативно не закреплена. Тем не менее КС пришел к выводу, что «поскольку в силу принципа ведомственной субординации территориальные налоговые органы обязаны в правоотношениях с налогоплательщиками руководствоваться исходящими от Федеральной налоговой службы разъяснениями норм налогового законодательства — такие акты опосредованно, через правоприменительную деятельность должностных лиц налоговых органов, приобретают, по сути, обязательный характер и для неопределенного круга налогоплательщиков».

Оставлять случаи появления правовых норм без конституционного нормоконтроля нельзя, так как у государства возникает обходной (теневой) путь установления правовых норм, а это противоречит идее правового государства.

Очевидно, что положения Постановления № 53 не воспроизводят нормы закона, а формулируют новые правовые понятия и определенные правила поведения. В этом смысле можно признать, что Постановление № 53 во многом уникально. Конечно, можно назвать множество постановлений, где пленумы вольно обходятся с содержанием разъясняемых норм, порой намеренно их расширяя или изменяя. И здесь тоже нужен нормоконтроль. Но так, чтобы почти с нуля выстроить целую концепцию, которая стала определяющей в рассмотрении весьма распространенной категории споров, т.е. первичным правовым регулятором, — такого не было и нет, на наш взгляд.

3.2. Регулирование важнейших общественных отношений

Постановление № 53 регулирует наиболее важные общественные отношения в налоговой сфере, что подтверждается широкой практикой принятия — более 100 тыс. ссылок в судебных решениях на этот акт,

⁸ См.: Определение КС РФ от 02.03.2006 № 16-О.



сотни научных и практических публикаций, масса диссертаций и т.п. Постановление действует до сих пор и, несмотря на вступление в силу ст. 54.1 НК РФ, еще довольно долго может применяться.

Фактически Постановление № 53 долгое время выступает основным правовым регулятором определенной группы отношений.

Оно активно применяется судами, и не только арбитражными. Только Судебная коллегия по экономическим спорам ВС РФ в 2018 г. семь (!) раз сослалась на этот документ в своих определениях по многим громким делам⁹. В 2019 г. суды указали это Постановление в своих актах более чем 3700 раз.

3.3. Высшая сила

К определяющим признакам закона теория права относит его высшую (наибольшую после конституции) юридическую силу, обеспечивающую верховенство закона над подзаконными актами¹⁰.

Постановление № 53 обладает высшей силой, поскольку принято судом, возглавлявшим экономическое правосудие судебной ветви власти. Это можно сравнить с делегированными постановлениями Правительства РФ: законодатель в ст. 127 Конституции РФ прямо уполномочил ВАС РФ давать разъяснения, имеющие общеобязательный характер. Важно проследить, насколько правильно это делегированное полномочие используется.

3.4. Несущественные признаки

Остается вопрос с таким признаком закона, который многие теоретики называют «особая, парламентская, усложненная процедура принятия». Опять же, вспоми-

мая уроки дела «Газпром нефти» 2015 г., надо признать, что этот критерий не может быть определяющим.

И субъект, и порядок принятия акта как критерии были отринуты КС РФ в этом деле как слишком формальные, потому что иначе невозможен судебный контроль за органами власти, под видом разъяснений формирующими нормы и таким образом присваивающими себе нормотворческие функции.

Опять же сам КС РФ на примере делегированных постановлений Правительства признал, что субъект принятия — не всегда парламент или референдум.

Определенный порядок принятия — это требование к принятию того, что является по сути законом, а не критерий выделения закона среди других нормативных актов. Точно так же нельзя считать налогом только то, что установлено законом, хотя Конституция говорит о законно установленных налогах: сначала мы выделяем из массы платежей налоги, а затем к тому, что признали налогом, предъявляем обязательное требование его законного установления. Иное — нарушение правил формальной логики.

Под влиянием правовой позиции КС РФ от слишком формального подхода в отношении обязательных разъяснений отказался и Пленум ВС РФ. В п. 3 Постановления от 25.12.2018 № 50 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов и актов, содержащих разъяснения законодательства и обладающих нормативными свойствами» он разъяснил, что существенными признаками, характеризующими акты, содержащие разъяснения законодательства и обладающие нормативными свойствами, являются издание их органами государственной власти, органами местного самоуправления и иными органами, уполномоченными организациями или должностными лицами, а также наличие в них результатов толкования норм права, которые используются в качестве общеобязательных в правоприменительной деятельности в отношении неопределенного круга лиц.

Таким образом, для признания акта официального толкования подлежащим проверке в том же порядке и тем же судом, что и нормативный акт, достаточно его издания органом государственной или иной публичной власти, а также обязательно сти разъяснений для неопределенного круга лиц.

⁹ Определения Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 26.01.2018 по делу № А40-128277/2015, от 29.01.2018 по делу № А76-26431/2016, от 06.03.2018 по делу № А27-25564/2015, от 05.04.2018 по делу № А40-176513/2016, от 07.09.2018 по делу № А50-16961/2017, от 27.09.2018 по делу № А40-32793/2017, от 16.10.2018 по делу № А68-10573/2016.

¹⁰ См.: Общая теория государства и права: академический курс в 2 т. / под ред. М.Н. Марченко. Т. 2. Теория права. М., 1998. С. 177; Комаров С.А., Малько А.В. Теория государства и права. М., 2001. С. 314–315; Общая теория права и государства / под ред. В.В. Лазарева. М., 1994. С. 116.

4. Вывод

Постановление № 53, будучи актом толкования закона с нормативными свойствами, в силу ч. 4 ст. 125 Конституции РФ и п. 3 ч. 1 ст. 3 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» может выступать предметом проверки КС РФ.

Оно подлежит проверке исходя из его буквального смысла, а также смысла, придаваемого ему официальным и иным толкованием или сложившейся правоприменительной практикой, а также исходя из его места в системе правовых актов. Тем более что практика, к сожалению, заметно отклонилась от изначального содержания этого документа.

Поскольку КС РФ высказался в том духе, что само по себе Постановление № 53 не может быть самостоятельным предметом обжалования, то во всяком случае оно подлежит проверке во взаимосвязи с законодательными нормами о том, что постановления Пленума ВАС РФ сохраняют силу, пока не отменены, и о том, что на эти постановления могут содержаться ссылки в мотивировочной части решений арбитражных судов, а также во взаимосвязи с нормами ст. 13 Федерального конституционного закона от 28.04.1995 № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации», которая предусматривала полномочия Пленума ВАС РФ, поскольку постановления, изданные в соответствии с этими нормами, продолжают применяться.

По мнению Т.Г. Морщаковой, несмотря на то, что это прямо не оговорено в Конституции РФ, и сейчас КС РФ может проверять постановления пленумов высших судов; называется при этом документ законом или нет, роли не играет¹¹.

Следуя принципу последовательности своим прежним правовым позициям о понятии закона и значении официальных разъяснений, КС РФ должен вернуться к вопросу о возможности проверки им постановлений пленумов высших судебных органов. 

REFERENCES

Gadzhiev, G.A. (ed.). Annotated Commentary on Federal Constitutional Law “On Constitutional Court of the Russian Federation” [*Kommentariy k Federal'nomu konstitutsionnomu zakonu “O Konstitutsionnom Sude Rossiyskoy Federatsii” (postateyny)*]. Moscow, 2012, available at “ConsultantPlus” Legal Reference System.

Gadzhiev, G.A. and Kovalenko, K.A. “Principle of Legal Certainty in Constitutional Justice” [*Printsip pravovoy opredelennosti v konstitutsionnom pravosudii*]. Journal of Constitutional Justice [*Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya*]. 2012. No. 5, available at “ConsultantPlus” Legal Reference System.

Gritsenko, E.V. and Rosemary, W. “Local Self-Government Rights Protection by Means of Constitutional Justice in Russia and Germany” [*Zashchita prav mestnogo samoupravleniya sredstvami konstitutsionnogo pravosudiya v Rossii i Germanii*]. Journal of Constitutional Justice [*Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya*]. 2015. No. 4. P. 22–38.

Kazantsev, S.M. “Constitutionality Control of Subordinate Normative Legal Acts by the Constitutional Court of the Russian Federation” [*Proverka podzakonnykh normativnykh pravovykh aktov Konstitutsionnym Sudom Rossiyskoy Federatsii*]. Journal of Constitutional Justice [*Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya*]. 2015. No. 1. P. 1–6.

Komarov, S.A. and Malko, A.V. Theory of State and Law [*Teoriya gosudarstva i prava*]. Moscow, 2001, available at “ConsultantPlus” Legal Reference System.

Lazarev, V.V. (ed.). General Theory of State and Law [*Obshchaya teoriya prava i gosudarstva*]. Moscow, 1994, available at “ConsultantPlus” Legal Reference System.

Marchenko, M.N. (ed.). General Theory of State and Law: Academic Course in 2 vol. Vol. 2. Theory of Law [*Obshchaya teoriya gosudarstva i prava: akademicheskii kurs v 2 t. T. 2. Teoriya prava*]. Moscow, 1998, available at “ConsultantPlus” Legal Reference System.

Morshchakova, T.G. “Precedent: A Hint or a Pointer?” [*Pretsedent: podskazka ili ukazka?*]. EJ-Jursit [*EZh-Yurist*]. 2010. No. 15, available at “ConsultantPlus” Legal Reference System.

Zakharov, N.O. “Restrictions of Subjective Rights — Legality, Appropriateness, Proportionality” [*Ogranicheniye sub"yektivnykh prav — zakonnost', tselesoobraznost', proporsional'nost'*]. Advocate [*Advokat*]. 2016. No. 8. P. 53–60.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Vadim M. Zaripov

Head of Analytical Department at Pepeliaev Group (e-mail: info@pgplaw.ru).

¹¹ Морщакова Т.Г. Прецедент: подсказка или указка: интервью // ЭЖ-Юрист. 2010. № 15.



**СЕРГЕЕВ
АЛЕКСАНДР
ПЕТРОВИЧ**

профессор кафедры
гражданского права и
процесса Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»
(Санкт-Петербург),
доктор юридических
наук

ОБ ОШИБОЧНОМ ПОНИМАНИИ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ НОРМ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ*

В статье рассматриваются вопросы применения отдельных положений гражданского права в уголовном судопроизводстве. В частности, анализируются случаи вменения членам советов директоров коммерческих организаций совершения такого преступления, как злоупотребление полномочиями, и применения к ним меры процессуального принуждения в виде отстранения от должности; привлечения к уголовной ответственности за должностные преступления лиц, занимающих управленческие должности в компаниях, имеющих государственное участие; неверного толкования правоохранными органами и органами уголовного судопроизводства понятия ущерба, причиненного преступлением.

***Ключевые слова:** член совета директоров, злоупотребление полномочиями, управленческие и контрольные функции, отстранение от должности, контрольный пакет, гражданский иск в уголовном деле, понятие ущерба*

Как свидетельствует правоприменительная практика последних лет, силовые структуры все чаще используют уголовно-правовые механизмы при разрешении корпоративных конфликтов, навязывании бизнесу своего крышевания¹ в ходе рейдерских захватов бизнеса. В частности, возбуждаются уголовные дела по наду-

* При написании этой работы автор преследовал исключительно исследовательские цели и заявляет об отсутствии каких-либо финансовых или других существенных конфликтов интересов, которые могли бы повлиять на результаты исследования или их интерпретацию. Это означает, что автор не являлся участником (представителем) какой-либо из сторон в судебных делах, анализируемых в настоящей статье, и не имеет коммерческого интереса в результатах их рассмотрения.

¹ В настоящее время понятие «крышевание» стало настолько известным, что попало даже в «Википедию», где определяется как «обеспечение защиты бизнеса, в том числе незаконного, со стороны государственных, правоохранных или криминальных структур („крыши“) за вознаграждение на постоянной основе... поборами с предпринимателей в обмен на „решение проблем“ стали активно заниматься сотрудники правоохранных органов, таких как МВД („синяя крыша“) и ФСБ („красная крыша“). С точки зрения бизнеса, переход под „милиейскую крышу“ имел важные преимущества: более низкая плата за услуги, высокая квалификация, меньший риск, использование ресурсов своих ведомств. К 2000-м и 2010-м годам „красные“ и „синие“ крыши стали доминировать в сфере легального бизнеса».



ALEKSANDR P. SERGEEV

Professor of Civil
Law Department of
the Faculty of Law at
National Research
University "Higher School
of Economics" (Saint
Petersburg), LLD

MISINTERPRETATION OF CIVIL LAW PROVISIONS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

This article deals with the application of certain civil law provisions in criminal proceedings. In particular, it analyses imputing abuse of office to the corporate board members and applying against them measures of procedural compulsion such as removal from office; criminal liability for misconduct of senior management officials in companies with state participation; and misinterpretation by law enforcement and criminal justice authorities of the concept of criminal damage.

Keywords: board member, abuse of office, management and control functions, removal from office, controlling interest, civil action in criminal case, concept of damage

манным имущественным преступлениям, применяются необоснованно широкие обеспечительные меры, совершенно парализующие хозяйственную деятельность предприятий, без законных на то оснований отстраняются от должностей руководители хозяйственных обществ и т.д.² При этом органы следствия и уголовного судопроизводства, хочется им того или нет, вынуждены обращаться к положениям гражданского права, т.е. к области, в которой они, как правило, либо вообще не разбираются, либо имеют о ней искаженное представление. Подчас в ситуациях, когда правоохранительные органы или суд вольно или невольно участвуют в разрешении

корпоративного конфликта, перешедшего в уголовно-правовую плоскость³, положения гражданского права в обвинительных заключениях и приговорах искажаются вполне осознанно, что подрывает всякое доверие к российскому правосудию. Приходится также констатировать, что в отдельных случаях необоснованное привле-

² См., напр.: Косалс Л. Бизнес-активность работников правоохранительных органов в современной России: Приложение к лекции. URL: <https://polit.ru/article/2005/06/07/kossals/> (дата обращения: 13.01.2020).

³ Показательным в этом аспекте является возбуждение уголовного дела в отношении М. Калви, в основе которого лежал гражданско-правовой по своей сути спор (такое мнение выражал не только сам обвиняемый, но и видные представители бизнес-сообщества, такие как уполномоченный при Президенте РФ по защите прав предпринимателей Б. Титов и президент РСПП С. Шохин). Отметим также, что автор настоящей статьи использует выражение «участвуют в разрешении конфликта» условно, поскольку, конечно же, формально ни правоохранительные органы, ни суд такой функции не выполняют, однако результат разрешения уголовного дела в подобных ситуациях оказывает прямое влияние на положение сторон в споре.

чение предпринимателей к уголовной ответственности и применение к ним мер процессуального принуждения обусловлено противоречиями, которые имеются между нормами уголовного и гражданского права.

В данной статье я остановлюсь лишь на трех вопросах, которые, на мой взгляд, наглядно демонстрируют только что сказанное⁴.

1. Начну с распространенного на практике **вменения членам советов директоров совершения такого преступления, как злоупотребление полномочиями** (ст. 201 Уголовного кодекса (УК) РФ), а также применения к ним меры процессуального принуждения в виде **временного отстранения от должности**. Объединяет эти два случая то обстоятельство, что согласно гражданскому законодательству члены советов директоров выполняют в хозяйственных обществах не управленческие, а контрольные функции. Соответственно, они не занимают в обществах должностей, дающих основание для привлечения их к уголовной ответственности по ст. 201 УК РФ или для временного отстранения их от исполнения обязанностей в совете директоров. Есть, однако, и разница между рассматриваемыми ситуациями: процессуальное законодательство не содержит никаких прямых указаний для временного отстранения членов советов директоров от исполнения их обязанностей, зато в примечании к ст. 201 УК РФ указано, что «выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, а также в некоммерческой организации, не являющейся государственным органом, органом местного самоуправления, государственным или муниципальным учреждением, признается лицо, выполняющее функции единоличного исполнительного органа, члена совета директоров или иного коллегиального исполнительного органа, а также лицо, постоянно, временно либо по специальному полномочию выполняющее организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в этих организациях».

Данная формулировка является ошибочной в отношении лиц, выполняющих управленческие функции в ком-

мерческих организациях. Из буквального текста нормы следует, что к числу лиц, осуществляющих управленческие функции в коммерческой организации, относятся среди прочих члены совета директоров. Такое неверное решение обусловлено отнесением совета директоров к числу коллегиальных исполнительных органов. Это прямо противоречит п. 4 ст. 65.3 Гражданского кодекса (ГК) РФ, согласно которому совет директоров (наблюдательный совет) создается наряду с исполнительными органами юридического лица для осуществления контроля за деятельностью исполнительных органов и выполнения иных функций, предусмотренных законом или уставом.

Вывод о том, что управленческие функции осуществляют лишь исполнительные органы юридического лица, находит прямое подтверждение в п. 11 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 16.10.2009 № 19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий». В частности, в качестве лиц, выполняющих организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в коммерческих организациях, Пленум назвал лишь единоличные и коллегиальные исполнительные органы юридического лица, включая директора, генерального директора, члена правления акционерного общества, председателя производственного или потребительского кооператива, руководителя общественного объединения, религиозной организации.

Вывод о том, что члены советов директоров не выполняют в обществе организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций, наглядно подтверждает статус совета директоров, определенный ГК РФ и законами о хозяйственных обществах, в том числе Федеральным законом от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее — Закон об АО).

Совет директоров (наблюдательный совет) представляет собой коллегиальный орган управления, который осуществляет общее руководство деятельностью общества (абз. 1 п. 1 ст. 64 Закона об АО), контролирует деятельность исполнительных органов и выполняет иные функции, возложенные на него законом или уставом (п. 4 ст. 65.3 ГК РФ). В законе не раскрывается, что конкретно следует понимать под «общим руководством деятельностью общества». Тем не менее определить содержание этого понятия можно, опираясь на положение закона о его компетенции и Кодекс корпоративного

⁴ Вопросы, затронутые в настоящей статье, анализируются с позиций уголовного права в содержательной публикации Г.А. Есакова, см.: *Есаков Г.А.* Уголовное и корпоративное законодательство: современные точки соприкосновения (на примере субъекта преступления) // Закон. 2018. № 10. Выводы, к которым приходит автор настоящей статьи, во многом совпадают с выводами Г.А. Есакова.

управления (утв. письмом Банка России от 10.04.2014 № 06-52/2463).

Как следует из подп. 2.1.1–2.1.7 п. 2.1 раздела II «Совет директоров общества» (часть А) Кодекса корпоративного управления, совет директоров осуществляет стратегическое управление обществом, определяет основные принципы и подходы к организации в обществе системы управления рисками и внутреннего контроля, контролирует деятельность исполнительных органов общества, а также реализует иные ключевые функции.

Следовательно, содержание понятия «общее руководство деятельностью общества» составляют действия совета директоров, которые так или иначе направлены на обеспечение внутренних корпоративных отношений, возникающих между акционерным обществом и его акционерами, а также между органами управления юридического лица для целей обеспечения функционирования акционерного общества в качестве субъекта права.

Соответственно, хотя российское законодательство не определяет четко статус совета директоров, а в тексте нормативных актов используются как термин «управление», так и термин «контроль», анализ полномочий совета директоров позволяет утверждать, что функции советов директоров имеют контрольный, а не управленческий характер.

Значит, члены совета директоров также обладают контрольными, а не управленческими полномочиями. А поскольку у членов советов директоров нет управленческих полномочий, то они не могут ими злоупотреблять и, соответственно, не могут привлекаться к ответственности по ст. 201 УК РФ.

Кроме того, на статус члена совета директоров оказывает существенное влияние то, что все решения совета директоров принимаются коллективно и только при наличии необходимого кворума (п. 1, 3 ст. 66, п. 2, 3 ст. 68 Закона об АО). Иными словами, член совета директоров не вправе принимать индивидуальные решения, а может лишь участвовать в выработке и принятии коллегиальных решений совета директоров.

Особый статус членов советов директоров вытекает также из трудового законодательства.

С ними не заключаются трудовые договоры, на них не распространяются трудовые льготы и гарантии, в частности они не имеют прав на ежегодный оплачиваемый отпуск, право на ежемесячную оплату труда, не обязаны соблюдать правила внутреннего трудового распорядка организации и т.д. Более того, если бы члены совета директоров были работниками общества, они считались бы состоящими в его штате и в силу этого должны были бы подчиняться генеральному директору компании, что противоречит роли совета директоров в системе корпоративного контроля. Исключение составляют те члены совета директоров, которые являются работниками хозяйственного общества, но заключенные с ними трудовые договоры никак не регулируют их права и обязанности как членов совета директоров.

Таким образом:

— поскольку член совета директоров не осуществляет каких-либо публичных (властных) или управленческих функций, а значит, не может ими злоупотреблять;

— поскольку член совета директоров избирается на должность общим собранием акционеров и, как следствие, его полномочия могут быть прекращены принудительно и досрочно тоже только по решению общего собрания (п. 1 ст. 66 Закона об АО);

— поскольку понятие должности, используемое в корпоративном законодательстве, в том числе применительно к должности членов советов директоров, эквивалентно обозначению правового статуса и не несет специальной смысловой нагрузки;

— поскольку член совета директоров не обладает правом на принятие единоличных решений, а лишь участвует в выработке и принятии коллегиальных решений совета директоров (п. 3 ст. 68 Закона об АО),

постольку член совета директоров не может быть временно отстранен от должности на основании ст. 114 Уголовно-процессуального кодекса (УПК) или привлечен к уголовной ответственности по ст. 201 УК РФ.

2. Следующий вопрос касается распространенных на практике случаев необоснованного **привлечения к уголовной ответственности за должностные преступления, в частности по ст. 285 «Злоупотребление должностными полномочиями» и некоторым дру-**



гим статьям главы 30 УК РФ. Речь пойдет о тех предпринимателях, которые занимают управленческие должности в компаниях, имеющих государственное участие. Напомню, что согласно примечанию 1 к ст. 285 УК РФ должностными лицами в статьях главы 30 Кодекса признаются среди прочих лица, выполняющие организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в акционерных обществах, контрольный пакет акций которых принадлежит Российской Федерации, субъектам Российской Федерации или муниципальным образованиям.

При применении этого положения на практике возникают два вопроса: (1) какое количество акций, принадлежащих публичным образованиям, должно считаться контрольным пакетом акций и (2) применимо ли данное положение к тем хозяйственным обществам, в которых публичное образование владеет акциями не напрямую, а через другое хозяйственное общество, в котором оно обладает контрольным пакетом акций?

Отвечая на первый вопрос, следует указать, что хотя понятие «контрольный пакет акций» встречается в отдельных законах⁵, подзаконных актах⁶, постановлениях и определениях высших судебных инстанций⁷, но ни в одном из них оно не раскрывается. В акционерном законодательстве легальное определение данного понятия также отсутствует, тем более что в Законе об АО термин «контрольный пакет акций» даже не используется.

Вместе с тем данное понятие широко применяется в доктрине и в судебной практике. В юридической и экономической литературе предложено немало его доктринальных определений, которые различаются в нюансах, но по существу совпадают друг с другом.

Чаще всего контрольный пакет акций определяется учеными как доля голосующих акций, дающая их владельцу возможность самостоятельно принимать решения в вопросах функционирования акционерного общества, в

том числе назначать совет директоров и генерального директора общества. Поскольку решения на собрании акционеров по большинству вопросов принимаются большинством голосов, то контрольным пакетом чаще всего считается владение 50% акций плюс одна акция общества.

Однако на практике для контроля над акционерным обществом владение таким количеством акций может и не требоваться, поскольку на собрании акционеров редко бывают представлены все держатели бумаг. Это касается в первую очередь крупных акционерных обществ, в которых преобладают миноритарные акционеры. Как правило, чем крупнее компания, тем более распылены ее акции между акционерами, в силу чего для получения контроля над обществом бывает достаточно 20–30% всех акций.

В то же время согласно российскому законодательству для принятия обществом отдельных решений, например для ликвидации или преобразования общества, контрольного пакета (50% плюс одна акция) недостаточно, так как решения по этим вопросам принимаются квалифицированным ($\frac{3}{4}$) большинством голосов.

Данное обстоятельство, равно как и упомянутая выше возможность получить реальный контроль над обществом при владении гораздо меньшим пакетом акций, чем 50% плюс одна акция, по-видимому, и служит причиной отсутствия в законодательстве легального определения понятия «контрольный пакет акций». В самом деле, реальное содержание данного понятия во многом зависит от конкретных обстоятельств, в том числе от типа акционерного общества, количества акций, находящихся в обороте, вопросов, по которым принимается решение, и т.д.

Сказанное позволяет сделать общий вывод о том, что хотя в российском законодательстве отсутствует легальное определение понятия «контрольный пакет акций», однако на практике это не вызывает особых трудностей и вопрос о наличии у акционера (группы акционеров) контрольного пакета акций решается в каждом отдельном случае индивидуально и подлежит доказыванию.

Ответ на второй вопрос — может ли дочерняя компания также считаться компанией, в которой контрольный пакет акций принадлежит публичному образованию, —

⁵ См.: примечание 1 к ст. 285 УК РФ.

⁶ См., напр.: Постановления Правительства РФ от 04.11.2006 № 645 и от 17.12.2012 № 1317.

⁷ См., напр.: Постановление от 01.07.1996 Пленума ВС РФ № 6, Пленума ВАС РФ № 8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»; Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 24.07.2003 № 72 «Обзор практики принятия арбитражными судами мер по обеспечению исков по спорам, связанным с обращением ценных бумаг».

выводится из следующих положений корпоративного права.

Во-первых, любое акционерное общество, независимо от того, кто владеет его акциями, признается собственником принадлежащего ему имущества. Так, согласно п. 3 ст. 2 Закона об АО **«общество является юридическим лицом и имеет в собственности обособленное имущество»** (выделено мной. — А.С.), учитываемое на его самостоятельном балансе, может от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права, нести обязанности, быть истцом и ответчиком в суде». Поскольку состав имущества акционерного общества законом не ограничен, в собственности общества могут находиться акции других акционерных обществ.

Во-вторых, акционерное общество, независимо от состава его акционеров, является коммерческой организацией. Это положение прямо закреплено п. 1 ст. 2 Закона об АО: «...акционерным обществом... признается **коммерческая организация** (выделено мной. — А.С.), уставный капитал которой разделен на определенное число акций, удостоверяющих обязательственные права участников общества (акционеров) по отношению к обществу».

Имущество, включая акции других акционерных обществ, принадлежащее коммерческой организации, является **частной собственностью данной организации**⁸. Имущество (в том числе акции), принадлежащее непосредственно Российской Федерации, образует публичную собственность.

В-третьих, в основе механизма реализации государством своих полномочий как акционера лежит назначение представителей государства в органы управления акционерных обществ — советы директоров (наблюдательные советы), а также назначение представителей для участия в общих собраниях акционеров. Представители государства реализуют свои полномочия посредством участия в голосовании при принятии решений.

Постановлением Правительства РФ от 03.12.2004 № 738 «Об управлении находящимися в федеральной собственности акциями акционерных обществ и использовании специального права на участие Российской Федерации в управлении акционерными обществами („Золотой акции“») определен перечень вопросов, по которым голосование представителей государства в органах управления осуществляется в соответствии с директивами.

Как следует из данного Постановления, назначение представителей государства в органы управления акционерных обществ осуществляется лишь тогда, когда акциями обществ непосредственно владеет Российская Федерация.

В тех случаях, когда публичное образование осуществляет косвенный контроль над акционерным обществом, действуя через другую коммерческую организацию (материнское общество), в собрании акционеров подконтрольного (дочернего) общества участвует не представитель публичного образования, а представитель контролирующей коммерческой организации.

Как отмечается в литературе, «здесь управление (участие в управлении) дочерними и зависимыми обществами для государства (в лице его представителей в органах управления материнской компании) практически недостижимо, поскольку лишь исключительные вопросы, связанные с деятельностью дочерних и зависимых обществ, выносятся на рассмотрение совета директоров или общего собрания акционеров материнского общества. При этом практически все права акционера дочерних и зависимых обществ реализует руководитель материнской компании непосредственно либо через назначенных им представителей в органах управления рассматриваемых обществ»⁹.

В-четвертых, то обстоятельство, что Российская Федерация или иное публичное образование владеет контрольным пакетом акций в материнской компании, которой, в свою очередь, принадлежит контрольный пакет акций дочерней компании, не меняет сути дела. Действительно, публичное образование в этом случае

⁸ Подробнее см.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая (постатейный) / под ред. А.П. Сергеева. М., 2018. С. 668 и след. (автор комментария к главе 13 — Н.Н. Аверченко); Гражданское право: учебник в 3 т. Т. 1 / под ред. А.П. Сергеева. М., 2008. С. 693 и след. (автор соответствующей главы — С.В. Тychинин).

⁹ Винницкий А.В. Проблемы участия государства в акционерных обществах и управления ими: правовой аспект // Вопросы государственного и административного управления. 2009. № 3.



имеет возможность проводить необходимые ей решения на общем собрании акционеров дочерней компании, но действует оно при этом не напрямую, а через материнскую компанию. Таким образом, с юридической точки зрения волеизъявление при принятии любых решений на собрании акционеров выражает не публичное образование через своего назначенного представителя, а материнская компания как частный собственник акций дочерней компании. Поэтому нет оснований для вывода о том, что контрольным пакетом акций дочерней компании владеет публичное образование. Соответственно, в данном случае действия лиц, занимающих управленческие должности в дочерней компании, не могут рассматриваться в качестве злоупотребления должностными полномочиями и квалифицироваться по статьям главы 30 УК РФ.

К сожалению, на практике нередко наблюдается обратная картина, когда следственные органы и суды не учитывают приведенные выше положения гражданского законодательства, не разбираются в сути дела и вменяют руководителям таких дочерних компаний совершение преступлений, предусмотренных главой 30 УК РФ. Подобная практика является незаконной¹⁰.

3. Последний вопрос, на котором я хотел бы остановиться, касается неверного толкования правоохранительными органами и органами уголовного судопроизводства **понятия ущерба, причиненного преступлением**. Как известно, одним из процессуальных средств возмещения ущерба, причинного преступлением, является предъявление потерпевшим гражданского иска в уголовном деле. На данную возможность указывает ст. 44 УПК РФ, согласно которой потерпевший признается гражданским истцом и может предъявить гражданский иск о возмещении причиненного ему имущественного вреда. Очевидно, что цель введения в российское законодательство норм о гражданском иске в уголовном деле состоит в том, чтобы позволить потерпевшему в упрощенном и ускоренном порядке восстановить свои нарушенные преступлением имущественные права. Это достигается посредством предоставления ему ряда допол-

нительных процессуальных прав и льгот, в частности освобождения гражданского иска от уплаты государственной пошлины, дозволения формулировать иски-вые требования в упрощенной форме, возложения на следователя (дознавателя) обязанности по оказанию помощи в сборе необходимых доказательств и т.д.

Рассмотрение судом гражданского иска, предъявленного в рамках уголовного дела, обладает рядом особенностей. В частности, суду предоставляется право принять решение об удовлетворении иска, но без указания на размер возмещения. Вопрос о размере возмещения в этом случае передается на рассмотрение в порядке гражданского судопроизводства (ч. 2 ст. 309 УПК РФ). Суд также может оставить данный иск без рассмотрения (ч. 2 ст. 306 УПК РФ), предложив потерпевшему предъявить иск о возмещении вреда, причиненного преступлением, в гражданский суд. Это свидетельствует о том, что для уголовного процесса разрешение гражданско-правового спора является не главной, а всего лишь сопутствующей задачей и не должно вступать в противоречие с таким принципом уголовного судопроизводства, как его осуществление в разумный срок (ст. 6.1 УПК РФ). Кроме того, безусловно, учитывается, что судьи, рассматривающие уголовные дела, в силу своей специализации не всегда способны столь же квалифицированно разрешать гражданско-правовые споры. Поэтому если вопрос о защите имущественных прав потерпевшего представляет сложность, у суда имеется возможность передать этот вопрос на разрешение в порядке гражданского судопроизводства. Иначе говоря, предполагается, что в рамках уголовных дел должны рассматриваться относительно простые по праву и размеру требования потерпевшего. Поэтому, как свидетельствует судебная практика, суды, рассматривающие сложные уголовные дела, связанные с имущественными преступлениями, крайне редко принимают окончательные решения по гражданско-правовым искам потерпевших.

Если же суд все-таки берет на себя такую ответственность, очевидно, что он в таком случае должен руководствоваться нормами гражданского законодательства, в том числе исходить из того понимания ущерба (вреда, убытков — это синонимы), которое содержится в гражданском законодательстве. Прямой и четкий ответ на вопрос о том, что считается убытками в гражданском праве, содержит ст. 15 ГК РФ: «Под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено,

¹⁰ О недопустимости подобной практики см. также: Есаков Г.А., Шиткина И.С., Кудрявцев В.В. Должностные лица в акционерных обществах: уголовно-правовое и корпоративное понимание признаков специального субъекта // Уголовное право. 2018. № 6.

произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

Если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого доходы, лицо, право которого нарушено, вправе требовать возмещения наряду с другими убытками упущенной выгоды в размере не меньшем, чем такие доходы».

По мнению некоторых цивилистов и практически всех криминалистов, исходящих из буквального толкования ст. 44 УПК РФ, гражданский иск, предъявленный в рамках уголовного дела, всегда носит деликтный характер, т.е. является иском из причинения вреда. На мой взгляд, это неверно, поскольку права потерпевших, в зависимости от характера правонарушения и наступивших последствий, могут защищаться и с помощью других гражданско-правовых средств, например путем предъявления виндикационного иска (иска об изъятии имущества из чужого незаконного владения), иска из неосновательного обогащения, применения правил о реституции и т.п.

Впрочем, в данном случае это не столь важно. Действительно, чаще всего в рамках уголовного дела предъявляется иск из причинения вреда, условия удовлетворения которого предусмотрены ст. 1064 ГК РФ. Не вдаваясь в их подробный анализ, сразу констатируем главное относительно распределения бремени доказывания по такому иску: вред, включая его объем, и причинная связь между поведением причинителя вреда и наступившим у потерпевшего ущербом доказываются самим потерпевшим, а вина причинителя вреда и противоправность его действий презюмируются.

Все это — достаточно очевидные положения гражданского права, которые бесспорны и должны быть известны каждому юристу. К сожалению, в некоторых случаях они совершенно не учитываются судами при рассмотрении гражданского иска, предъявленного в рамках уголовного дела. Что лежит в основе такого подхода — непонимание судьями этих азбучных истин или их сознательное игнорирование — сказать сложно, наверное, бывает по-разному. Однако независимо от

конкретной причины это приводит к вынесению несправедливых и незаконных решений.

Проиллюстрируем сказанное на примере одного уголовного дела, решение суда по которому вызывает массу вопросов. Речь идет о приговоре, вынесенном 5 июля 2019 г. судьей Комсомольского районного суда г. Тольятти Самарской области А.А. Кирилловым в отношении бенефициарных владельцев и руководителей ПАО «ТольяттиАзот» и ряда других лиц¹¹. Данным документом в числе прочего удовлетворен гражданский иск двух акционеров данной компании — АО «ОХК „Уралхим“» и Е.А. Седыкина — о возмещении причиненного им имущественного вреда. Из 265 страниц приговора гражданскому иску потерпевших посвящено всего семь (с. 243–249), большую часть которых занимают суждения судьи по процессуальным вопросам, в частности о подсудности данных исков и о праве АО «ОХК „Уралхим“» на предъявление иска в интересах ПАО «ТольяттиАзот» в условиях, когда сама эта компания никаких имущественных требований к подсудимым не предъявляет и прямо заявляет, что ей не был причинен какой-либо ущерб. Собственно вопросу о размере вреда, подлежащего взысканию, посвящен всего один абзац на с. 248, где судья просто констатирует, что АО «ОХК „Уралхим“» был причинен материальный ущерб на сумму 10,3 млрд руб., а ПАО «ТольяттиАзот» — на сумму 77,3 млрд, и в этой части иск АО «ОХК „Уралхим“» подлежит удовлетворению. Через две страницы также один абзац посвящен гражданскому иску Е.А. Седыкина: «Право собственности на большее количество акций Седыкиным не доказано, поэтому его иск подлежит удовлетворению исходя из владения им 192 и 189 акциями [ПАО «ТольяттиАзот»], то есть в размере [164,9 тыс. руб.]».

О том, откуда взялись эти суммы и как они были рассчитаны, в приговоре не говорится ни слова. Можно лишь предположить, что указанный ущерб был заявлен самими потерпевшими, а суд их только немного скорректировал, вычтя из суммы якобы похищенного подсудимыми у ПАО «ТольяттиАзот» выручку реализации

¹¹ Приговор по данному уголовному делу получил широкий общественный резонанс (см., напр: Юристы назвали приговор по уголовному делу «Тольяттиазота» легализацией рейдерского захвата // Новые известия. 2019. 9 июля; Дело «Тольяттиазота»: как его оценивают юристы // Право.ру. 2019. 25 сент.; Юристы раскритиковали приговор в отношении ПАО «Тольяттиазот» // ИА REGNUM. 2019. 5 сент.).



продукции комбината на внутреннем рынке в сумме 801,2 млн руб. и уменьшив количество акций, принадлежащих Е.А. Седыкину.

Из чего исходили потерпевшие, а вслед за ними следствие и суд при определении размера ущерба, якобы причиненного комбинату и двум его акционерам? Таким ущербом (он же размер похищенного) суд признал весь объем продукции, проданной за 2007–2012 гг. швейцарской компании «Нитрохем», которая была единственным покупателем продукции комбината на внешнем рынке. Стоимость этой продукции составила, как подсчитал суд, 84,2 млрд руб., что и было признано судом денежным эквивалентом причиненного комбинату ущерба.

Чем руководствовался суд, делая подобный вывод, остается только гадать. Поскольку подсудимых обвиняют в том, что они продавали продукцию комбината компании «Нитрохем» по ценам ниже рыночных, любой здравомыслящий человек способен сделать единственный возможный вывод. Этот вывод состоит в том, что ущербом в данном случае может быть признана лишь разница между ценой реализации продукции по якобы заниженной цене и рыночной стоимостью поставленной продукции. Только такой вывод следует из ст. 15 ГК РФ, в которой одним из видов ущерба признается недополученный потерпевшим доход.

Спрашивается: куда же подевались те суммы, которые компания «Нитрохем» все эти годы исправно платила за поставленную ей продукцию? За счет чего ПАО «ТольяттиАзот» существовало весь этот период, в частности закупало сырье, модернизировало производство, выплачивало работникам зарплату, а акционерам дивиденды? Я оставляю в стороне вопрос, насколько обоснованным является вывод суда о том, что цена поставленной комбинатом продукции была нерыночной, поскольку для этого нужно иметь специальные знания и располагать необходимой информацией. Но даже если условно согласиться с тем, что продукция комбината действительно поставлялась все эти годы компании «Нитрохем» по заниженной цене, то ведь совершенно очевидно, что ущербом может быть признана лишь недополученная комбинатом сумма, а не вся стоимость поставленной за эти годы продукции.

Однако это еще не все. В приговоре суда неоднократно утверждается, что стоимость похищенного (оно же

ущерб комбината) составляет 84,2 млрд руб. Однако без каких-либо объяснений суд присудил 77,3 млрд ПАО «Тольяттиазот», 10,3 млрд АО «ОХК „Уралхим“» и 164,9 тыс. руб. Е.А. Седыкину. Если сложить эти суммы, получается 87,6 млрд руб. Откуда взялись дополнительные 3,4 млрд? Вряд ли этот вопрос получит от кого-либо вразумительный ответ.

Как я уже упомянул, совершенно неясно, чем руководствовался суд при определении ущерба, причиненного двум акционерам — АО «ОХК „Уралхим“» и Е.А. Седыкину. Если условно согласиться с тем, что продукция комбината действительно поставлялась компании «Нитрохем» по цене ниже рыночной, то очевидно, что единственным потерпевшим может считаться лишь само ПАО «ТольяттиАзот». Именно оно недополучило разницу между рыночной ценой и ценой, по которой поставлялась продукция комбината на внешний рынок. Данный вывод следует из того, что собственником всего имущества комбината, включая выручку от поставленной продукции, является само ПАО. Акционеры общества никакими правами на имущество комбината не обладают, поскольку являются только собственниками акций, которые дают им определенные организационные и имущественные права, в том числе право на получение дивидендов. Поэтому ущерб акционерам может быть причинен лишь в тех случаях, когда они незаконно лишаются прав на акции или не получают дивиденды, которые им полагаются тогда, когда по решению общего собрания общество выплачивает дивиденды своим акционерам. В данном случае АО «ОХК „Уралхим“» и Е.А. Седыкин прав на свои акции не лишились и получали те дивиденды, которые распределялись обществом в установленном законом порядке.

Откуда же взялись те суммы ущерба, которые суд присудил в пользу этих двух акционеров? Можно лишь предположить, что суд исходил из того, что оба они владели определенным количеством процентов акций комбината, и рассчитал причиненный им ущерб по общей сумме ущерба, якобы причиненного ПАО «ТольяттиАзот», соразмерно этим процентам. Если суд руководствовался этой логикой (а другой никакой не остается, сам суд ничего на этот счет не объясняет), то придется признать, что им совершено ни много ни мало открытие в области корпоративного права. Правда, это так называемое открытие не согласуется не только с азами корпоративного права, но и с элементарным здравым смыслом.

Как уже отмечалось, акционеры не имеют права собственности на имущество акционерного общества, которое принадлежит только самому обществу. Это положение является краеугольным в корпоративном праве. Поэтому если имуществу общества причинен какой-либо ущерб, требовать его возмещения может лишь само общество.

При этом, разумеется, косвенно защищаются имущественные интересы самих акционеров, которые могут рассчитывать на то, что увеличится стоимость их акций и они в будущем получат большие дивиденды, если собрание акционеров примет решение об их начислении. Но сами акционеры не могут требовать возмещения им убытков, которое понесло общество, исходя из количества принадлежащих им акций. Если бы это было возможно, акционеры бы неосновательно обогащались, поскольку получали бы, по сути, двойное возмещение — через присуждение убытков в их пользу и через увеличение имущества акционерного общества, акционерами которого они продолжают оставаться.

Наконец, несколько слов еще об одном удивительном положении, касающемся причиненного вреда, которое содержится в рассматриваемом приговоре. В нем уделено много внимания обоснованию того, что ПАО «ТольяттиАзот» находилось под полным контролем некоторых из подсудимых. В частности, на с. 217 утверждается, что члены семьи Махлаев владели от 83,643 до 83,707% акций комбината через подконтрольные им офшорные компании. Я не берусь утверждать, соответствует ли это действительности или нет. Допустим, это действительно так. Что же тогда получается? А то, что подсудимые, похитив имущество комбината на сумму свыше 84 млрд руб., похитили его у самих себя и теперь обязаны возместить вред в основном самим же себе. Разве это не парадоксальная ситуация? Напомню, что само ПАО «ТольяттиАзот» не считает, что ему причинен какой-либо ущерб и не требует его возмещения.

Таким образом, выводы суда относительно ущерба, причиненного комбинату, определения размера ущерба, присуждения возмещения в пользу якобы потерпевших акционеров, размер возмещения которым взят с потолка, расходятся с элементарными положениями

гражданского права, касающимися понятия вреда и определения его размера.

Рассмотренные в настоящей статье вопросы далеко не исчерпывают собой проблемы соотношения норм гражданского, уголовного и уголовно-процессуального права. Однако они наглядно демонстрируют, насколько важно правильное понимание и корректное применение норм одной отрасли права в другой его отрасли. ■

REFERENCES

Esakov, G.A. "Criminal Legislation and Corporate Legislation: Points of Interaction in a Nutshell (Constructs of Persons Who Commit Crimes)" [*Ugolovnoye i korporativnoye zakonodatel'stvo: sovremennyye tochki soprikosnoveniya (na primere sub'yekta prestupleniya)*]. Statute [*Zakon*]. 2018. No. 10. P. 38–49.

Esakov, G.A., Shitkina, I.S. and Kudryavtsev, V.V. "Executives in Joint-Stock Companies: Criminal Law and Corporate Comprehension of Elements of a Special Subject" [*Dolzhnostnyye litsa v aktsionernykh obshchestvakh: ugolovno-pravovoye i korporativnoye ponimaniye priznakov spetsial'nogo sub'yekta*]. Criminal Law [*Ugolovnoye pravo*]. 2018. No. 6. P. 43–55.

Kosals, L. Business Operations of Law Enforcement Officers in Modern Russia: An Appendix to the Lecture [*Biznes-aktivnost' rabotnikov pravookhranitel'nykh organov v sovremennoy Rossii: prilozheniye k lektsiy*], available at: <https://polit.ru/article/2005/06/07/kossals/> (accessed 13 January 2020).

Sergeev, A.P. (ed.). Annotated Commentary on the Civil Code of the Russian Federation. Part One [*Kommentariy k Grazhdanskomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii. Chast' pervaya (postateynyy)*]. 2nd ed. Moscow, 2018. 1410 p.

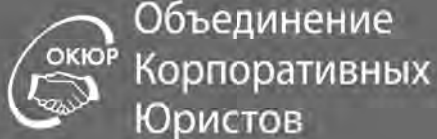
Sergeev, A.P. (ed.). Civil Law: A Coursebook in 3 vol. Vol. 1 [*Grazhdanskoye pravo: ucheb. v 3 t. T. 1*]. Moscow, 2008. 880 p.

Vinnitskiy, A.V. "Problems of the State Participation in Joint Stock and Managing" [*Problemy uchasti gosudarstva v aktsionernykh obshchestvakh i upravleniya imi: pravovoy aspekt*]. Public Administration Issues [*Voprosy gosudarstvennogo i administrativnogo upravleniya*]. 2009. No. 3. P. 126–142.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Aleksandr P. Sergeev

Professor of Civil Law Department of the Faculty of Law at National Research University "Higher School of Economics" (Saint Petersburg), LLD (e-mail: apsergeev2004@mail.ru).



БИЗНЕС-ВСТРЕЧА «ДИАЛОГ С ЛИДЕРАМИ» И КОНФЕРЕНЦИЯ «НАЗАД В БУДУЩЕЕ, ИЛИ ЛУЧШИЕ ПРАКТИКИ УПРАВЛЕНИЯ ПРАВОВОЙ ФУНКЦИЕЙ В ЭПОХУ ИСКУССТВЕННОГО ИНТЕЛЛЕКТА»



Андрей Гольцблат, управляющий партнер *Bryan Cave Leighton Paisner Russia* (ранее в России — *Goltsblat BLP*); **Александра Нестеренко**, президент ОКЮР; **Филипп Генс**, президент группы компаний «ЛАНИТ»

14 ноября 2019 г. в отеле «Балчуг Kempinski» состоялась бизнес-встреча Объединения Корпоративных Юристов (ОКЮР) «Диалог с лидерами» и конференция «Назад в будущее, или Лучшие практики управления правовой функцией в эпоху искусственного интеллекта» при поддержке *Bryan Cave Leighton Paisner Russia* (ранее в России — *Goltsblat BLP*).

Александра Нестеренко, президент ОКЮР, открыла встречу словами о том, что «сбор звезд такой величины установит ориентиры для будущего развития».

С гостем бизнес-встречи **Филиппом Генсом**, президентом группы компаний «ЛАНИТ», беседовал **Андрей Гольцблат**, управляющий партнер *Bryan Cave Leighton Paisner Russia*. Глава крупнейшего холдинга на российском ИТ-рынке, рассказав об опыте работы на руководящих постах,



в том числе на Волгоградском тракторном заводе, поделился своим видением технологических тенденций. По его мнению, простые юридические функции, безусловно, будут автоматизированы — этот процесс уже идет с огромной скоростью. Юристы будут освобождены от рутинных задач и, поскольку юриспруденция — довольно творческий процесс, начнут заниматься креативными вещами.

А. Гольцблат добавил, что юристам важно быть причастными к процессам принятия решений в компании, знать ее изнутри и понимать ее интересы — без этого невозможно оказывать качественные услуги.



Алексей Никифоров, директор юридической поддержки «Сибур Холдинга»; **Дмитрий Тимофеев**, вице-президент по работе с органами государственной власти и корпоративным отношениям Группы компаний «ПИК»; **Андрей Попов**, директор по правовой и корпоративной работе и имущественному комплексу Росатома; **Николай Родионов**, руководитель направления «Сибур Холдинга»; **Елена Чугунова**, директор правового департамента компании «Т Плюс»; **Екатерина Лобачева**, директор по правовым вопросам *X5 Retail Group*; **Сергей Ендуткин**, директор по правовым вопросам, поддержке цифровой трансформации группы и повышению эффективности юридических операций Группы «Аэроклуб»; **Валерия Ковалева**, управляющий директор по правовым вопросам УК «РОСНАНО»; **Мария Абрамова**, заместитель генерального директора «Газпромнефть-Центра»; **Александра Нестеренко**; **Артем Турдаков**, руководитель юридического отдела по поддержке маркетинговых инициатив компании «Филип Моррис Сейлз энд Маркетинг»; **Алексей Поповцев**, руководитель направления «Сибур Холдинга»; **Руслан Ибрагимов**, вице-президент по взаимодействию с органами государственной власти и связям с общественностью компании «МТС»

Первую сессию открыли **Жанна Лобейко**, директор по правовым рискам и compliance Ростелекома, **Любовь Фастовец**, заместитель генерального директора по правовым вопросам компании «Салаир Транс», **Игорь Кондрашов**, директор правового департамента Сбербанка.

И. Кондрашов рассказал о расширении деятельности Сбербанка за счет приобретения новых компаний, осуществляющих деятельность в различных сферах, не связанных напрямую с банковской (здравоохранение, интернет-телевидение, интеллектуальная собственность). Это неизбежно влияет на работу юридического департамента, поскольку увеличивается количество задач, которые выполняются юристами.

Л. Фастовец уделила внимание коммуникации при выстраивании юридической функции в небольшой компании и пояснила, что в некрупной компании персоналу нужно больше внимания, сотрудники больше боятся конкуренции и к ним необходим индивидуальный подход. В качестве инструментов, которые помогают коммуникации, используют деловые игры.

Николай Родионов, руководитель направления «Сибур Холдинга», рассказал о таком применяемом компанией инструменте, как релокация.

Тему выстраивания взаимоотношений с внешними консультантами затронул **Руслан Ибрагимов**, вице-президент по взаимодействию с органами государственной власти и связям с общественностью компании «МТС». Спикер отметил, что между внутренними и внешними консультантами возникает достаточно много острых проблем, которые требуют обобщения и системного обсуждения. На площадке ОКЮР была создана рабочая группа с целью определения базовых принципов, на которых готовы сотрудничать внутренние и внешние консультанты. Далее эксперт рассказал о подготовке стандартов «Формирование счетов и их выставление» и «Конфликт интересов». Результатом этой серьезной работы явилась разработка разделов Свода обычаев делового оборота в сфере юридических услуг бизнесу.

Полина Лебедева, директор юридического департамента Росбанка, добавила, что у юристов есть уникальная возможность для создания лучших практик, которые сделают рынок юридических услуг и жизнь всех его участников не только цивилизованной, но и более прозрачной, более комфортной, более честной и безопасной.

А. Нестеренко пригласила ознакомиться со Сводом обычаев делового оборота на сайтах «Гаранта», Федеральной палаты адвокатов или портале LF «Сфера».

Продолжил сессию **Николас Прайер**, директор направления инновационных решений в Азиатском регионе, Европе, Африке и на Ближнем Востоке *Bryan Cave Leighton Paisner*, раскрывший, как внедрение цифровых технологий снижает корпоративные риски.

Завершила сессию дискуссия «Оценка эффективности деятельности юридического департамента», в которой принимали участие **Валерия Ковалева**, управляющий директор по правовым вопросам ГК «РОСНАНО», **Дмитрий Тимофеев**, вице-президент по работе с органами государственной власти и корпоративным отношениям Группы компаний «ПИК», **Артем Турдаков**, руководитель юридиче-



Николас Прайер, директор направления инновационных решений в Азиатском регионе, Европе, Африке и на Ближнем Востоке *Bryan Cave Leighton Paisner*



Антон Пронин, директор по акселерации Фонда «Сколково»



Полина Лебедева, директор юридического департамента Росбанка



Андрей Бурлаков, директор департамента правового сопровождения операционной деятельности «Газпром нефти»



Николай Родионов; Ольга Войтович, заместитель генерального директора компании «Интеррос»; **Алексей Харитонцев**, заместитель генерального директора *Highland Gold Mining*



Гор Нахапетян, эксперт в области *Human Resource*, соучредитель фонда «Друзья», бизнесмен, математик



Любовь Фастовец, заместитель генерального директора по правовым вопросам компании «Салаир Транс»



Игорь Кондрашов, директор правового департамента Сбербанка

ского отдела по поддержке маркетинговых инициатив компании «Филип Моррис Сейлз энд Маркетинг».

В. Ковалева сообщила, что в «РОСНАНО» для оценки деятельности юристов используются *KPI*. Все сотрудники должны быть заинтересованы в достижении единого результата для компании, а функциональный *KPI* — это оценка того, что ей принесли юристы.

Д. Тимофеев считает, что все критерии по оценке эффективности *KPI* имеются в *HR*. Юрист — это такая же часть бизнеса, как и любое другое подразделение, которое в конечном итоге влияет на результат работы компании в целом.

А. Турдаков также назвал инструменты оценки деятельности юристов, которые используются в его компании: оценочные карты и оценки управления деятельностью.

Вторая сессия открылась выступлением **Андрея Попова**, директора по правовой и корпоративной работе и имущественному комплексу Росатома, который предложил обсудить то, как в компаниях выстроена система удержания кадров. Мнения разделились: одни эксперты считают, что удерживать кадры не нужно, другие — что удерживать сотрудников необходимо, и важно понимать мотивацию каждого сотрудника.

Екатерина Пхаладзе, старший *HR*-партнер компании «Яндекс», подчеркнула, что ведущими ценностями и потребностями сотрудников являются достаточная степень свободы и самостоятельности, доверие со стороны руководителя, достойное вознаграждение, возможность для роста и развития.

Вторая сессия продолжилась дискуссией «Развитие юристами бизнес-компетенций и мягких навыков», модератором которой выступил **Алексей Никифоров**, директор юридической поддержки «Сибур Холдинга». В дискуссии приняли участие **Екатерина Лобачева**, директор по правовым вопросам *X5 Retail Group*, и **Елена Чугунова**, директор правового департамента компании «Т Плюс».



А. Никифоров предложил коллегам задуматься о том, нужен ли юристам диплом *MBA* (*Master of Business Administration*) и если да, то зачем.

Е. Лобачева в ответ рассказала о своем опыте обучения по этой программе и пояснила, что, работая в компании *X5 Retail Group*, она однажды поняла, что ей не хватает профильного образования для участия в управлении сложными бизнес-процессами.

Е. Чугунова добавила, что необходимо комплексно смотреть, какие компетенции «проедают» и требуют развития. У юристов, как правило, нет каких-то специальных мягких навыков, но часть тех, которые есть, могут быть развиты недостаточно.

В рамках третьей сессии **Антон Пронин**, директор по акселерации Фонда «Сколково», предложил обсудить вопросы цифровой трансформации юридической функции.

А. Пронин назвал Сколково *LegalTech* одним из направлений работы Фонда и сообщил, что уже сейчас несколько десятков стартапов получают поддержку, в том числе в зарубежных странах. В последнее время взгляды зарубежных специалистов на российский *LegalTech* изменились, они признают здоровую развивающуюся индустрию технологий.

Андрей Бурлаков, начальник департамента правового сопровождения операционной деятельности «Газпром нефти», рассказал о трансформации правовой функции в компании: ее руководство интересуется вопросами искусственного интеллекта, утверждена стратегия развития цифровой трансформации до 2030 г.

Алексей Поповцев, руководитель направления «Сибур Холдинга», поделился историей о том, как большой опыт по внедрению инновационных решений, систематизация знаний помогли холдингу выработать правила не просто внедрять решения, а «создавать будущее».

Сергей Ендуткин, директор по правовым вопросам, поддержке цифровой трансформации группы и повышению эффективности юридических операций Группы «Аэроклуб», рассказал, как выглядит подход к автоматизации на примере российской компании.

Подводя итоги третьей сессии, А. Пронин заметил, что есть три ключевых драйвера, которые способствуют цифровизации и внедрению инноваций в сферу права, — это требования бизнеса, требования клиентов и поколение Z, которое хочет работать в инновационных компаниях.

Модератором четвертой сессии стал почетный гость — **Гор Нахапетян**, эксперт в области *Human Resource*, соучредитель фонда «Друзья», советник ректора, почетный член Ассоциации содействия развитию Московской школы управления «Сколково». Он попросил спикеров своей сессии — **Ольгу Войтович**, заместителя генерального директора компании «Интеррос», **Алексея Харитонцева**, заместителя генерального директора *Highland Gold Mining*, **Николая Родионова**, руководителя направления «Сибур Холдинга», — привести примеры профессионального выгорания и поделиться опытом его преодоления.

Н. Родионов рассказал о причинах выгорания и способах борьбы с ним. Участники проголосовали и обсудили результаты.

Г. Нахапетян рассказал о фонде «Друзья», которому юристы «Сибура» оказывают помощь в виде интеллектуального волонтерства посредством онлайн-платформы *ProCharity*.



Александра Нестеренко, президент ОКЮР;
Андрей Цыганов, заместитель руководителя
ФАС России

ПУТЬ К «УСПЕХУ»!

ПОЗДРАВЛЯЕМ ПОБЕДИТЕЛЕЙ ПРЕМИИ ОКЮР



12 декабря 2019 г. триумфально прошел торжественный прием Объединения Корпоративных Юристов (ОКЮР) в честь Дня Конституции РФ.

Более 200 лучших представителей юридического сообщества — вице-президенты, руководители юридических департаментов компаний, представители высших органов государственной и судебной власти — собрались в самом сердце Москвы, отеле *Four Seasons Moscow*. Открыла прием **Александра Нестеренко**, президент ОКЮР.



Екатерина Лобачева, директор по правовым вопросам X5 Retail Group; **Ораз Дурдыев**, директор по правовым вопросам и корпоративным отношениям AB InBev Efes; **Максим Степанчук**, партнер коллегии адвокатов «Делькредере»



Дмитрий Чупров, директор юридического департамента компании «Интеррос»; **Марина Цыгулева**, начальник юридической службы Государственного Эрмитажа; **Андрей Корельский**, управляющий партнер адвокатского бюро «КИАП»



Иван Антипов, руководитель направления правовой поддержки продаж и маркетинга компании «Юнилевер Русь»; **Виктория Мищенко**, директор юридического департамента компании «Филипп Моррис Сейлз энд Маркетинг»; **Матве Фабр Маньян**, партнер юридической фирмы *Dentons*



Артур Илиев, партнер *Clifford Chance*; **Виктория Ненадышина**, начальник департамента корпоративного и проектного сопровождения компании «Газпром нефть»; **Руслан Ибрагимов**, вице-президент по взаимодействию с органами государственной власти и связям с общественностью компании «МТС»



Антон Александров, управляющий партнер юридической фирмы «Монастырский, Зюба, Степанов и партнеры»; **Мария Аппак**, руководитель юридической службы компании «Найк Россия»; **Иннокентий Иванов**, партнер компании «Фрешфилдс Брукхаус Дерингер ЛЛП»



Анастасия Шкарина, директор юридического департамента компании «Юнилевер Русь»; **Татьяна Одабашян**, директор по правовым вопросам и комплаенсу компании «Объединенные Пивоварни Хейнекен»; **Рустам Курмаев**, управляющий партнер фирмы «Рустам Курмаев и партнеры»



Алексей Никифоров,
директор юридической
поддержки компании «СИБУР»



Александр Смирнов, вице-президент по правовым вопросам ПАО «Ростелеком»;
Юлия Филиппова, директор юридического департамента компании «Эйвон»;
Андрей Донцов, партнер *White & Case*



Владимир Ярославцев,
судья Конституционного Суда РФ

Владимир Ярославцев, судья Конституционного Суда РФ, в своем приветственном слове сравнил Конституцию с образом строгой, но справедливой матери, которая всегда стояла и будет стоять на страже прав и свобод граждан.

Андрей Цыганов, заместитель руководителя ФАС России, отметил заслуги ОКЮР и лично А. Нестеренко в решении вопросов антимонопольного законодательства: «Корпоративные юристы в своей повседневной деятельности реализуют конституционные принципы свободы конкуренции и с помощью антимонопольного комплаенса защищают конституционные ценности».

Владимир Плигин, председатель Ассоциации юристов России, поблагодарил членов ОКЮР за сотрудничество в 2019 г. и выразил надежду на продолжение совместной работы над кодексами, в том числе Кодексе об административных правонарушениях, и нормативно-правовыми актами, а также подчеркнул значимость второй главы Конституции «Права и свободы человека», которые и призваны защищать юристы.

На приеме состоялась церемония вручения премии ОКЮР «УСПЕХ. Лучший корпоративный юрист», ведущими которой стали **Сергей Войтишкин**, управляющий партнер юридической фирмы *Baker McKenzie*, и **Анастасия Тараданкина**, партнер коллегии адвокатов «Делькредере».

Лауреатом премии в номинации «Лидер года» стал **Ораз Дурдыев**, директор по правовым вопросам и корпоративным отношениям *AB InBev Efes*: за лидерство в создании совместного предприятия, защите интересов отрасли, в сферах корпоративного управления и социальной



ответственности бизнеса. Премию вручили **Максим Степанчук**, партнер коллегии адвокатов «Делькредере», и **Екатерина Лобачева**, директор по правовым вопросам *X5 Retail Group*.

Управляющий партнер адвокатского бюро «КИАП» **Андрей Корельский** и директор юридического департамента компании «Интеррос» **Дмитрий Чупров** поздравили **Марину Цыгулеву**, начальника юридической службы Государственного Эрмитажа, лауреата премии в номинации «Реформатор года», за ключевые инициативы в совершенствовании законодательства о культуре и создании правовых основ осуществления просветительской миссии Эрмитажа.

«Реформатором года» назван также **Иван Антипов**, руководитель направления правовой поддержки продаж и маркетинга компании «Юнилевер Русь», — за уникальную методологию по определению сходства паразитических брендов и новый формат взаимодействия ФАС России и ОКЮР. Награду ему вручили управляющий партнер юридической фирмы *Dentons* **Матье Фабр Маньян** и директор юридического департамента компании «Филипп Моррис Сейлз энд Маркетинг» **Виктория Мищенко**.

В номинации «Карьера года» лауреатом объявлен **Александр Смирнов**, вице-президент по правовым вопросам компании «Ростелеком», — за профессионализм и смелость в покорении новых вершин, с чем его поздравили партнер *White & Case* **Андрей Донцов** и директор юридического департамента компании «Эйвон» **Юлия Филиппова**.



Виктор Бирюков, исполнительный вице-президент по юридическим вопросам и корпоративным отношениям компании «ВымпелКом»; **Михаил Якушев**, исполнительный вице-президент по взаимодействию с органами государственной власти компании «ВымпелКом»; **Любовь Ельцова**, руководитель секретариата заместителя Председателя Правительства РФ; **Владимир Плигин**, председатель Ассоциации юристов России



Любовь Фастовец, заместитель генерального директора по правовым вопросам компании «Салаир Транс»; **Елена Каширина**, директор правового департамента компании «Макдоналдс»; **Александр Краснов**; **Надежда Карпова**, директор правового департамента Минпромторга России; **Александра Нестеренко**; **Ольга Рузакова**, заместитель руководителя аппарата Комитета Государственной Думы по государственному строительству и законодательству



Елена Борисенко, заместитель председателя правления Газпромбанка; **Владимир Груздев**, председатель правления Ассоциации юристов России; **Лидия Михеева**, председатель совета Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева

Виктория Ненадышина, начальник департамента корпоративного и проектного сопровождения компании «Газпром нефть», признана лауреатом премии в номинации «**Достижение года**» за реализацию выдающихся проектов и максимальный вклад в бизнес компании. Награду ей вручили партнер *Clifford Chance* **Артур Илиев** и вице-президент по взаимодействию с органами государственной власти и связям с общественностью компании «МТС» **Руслан Ибрагимов**.

В номинации «Развитие профессии» победила **Мария Аппак**, руководитель юридической службы компании «Найк Россия», получившая награду за лучшие управленческие навыки в руководстве виртуальными юридическими командами разных юрисдикций. С получением премии ее поздравили партнер компании «Фрешфилдс Брукхаус Дерингер ЛЛП» **Иннокентий Иванов** и управляющий партнер юридической фирмы «Монастырский, Зюба, Степанов и партнеры» **Антон Александров**.

Управляющий партнер фирмы «Рустам Курмаев и партнеры» **Рустам Курмаев** и директор юридического департамента компании «Юнилевер Русь» **Анастасия Шкарина** вручили статуэтку и диплом **Татьяне Одабашян**, директору по правовым вопросам и комплаенсу компании «Объединенные Пивоварни Хейнекен», за инновационный подход к управлению юридической функцией компании. Т. Одабашян стала лауреатом премии в номинации «Развитие профессии».

В номинации «Публикация года» победил **Алексей Никифоров**, директор юридической поддержки компании «СИБУР», за новаторскую инициативу по изданию в России книги по контрактному менеджменту и комментария к главе Гражданского кодекса РФ о подряде. Награду он получил из рук партнера *Bryan Cave Leighton Paisner Russia* (ранее в России — *Goltsblat BLP*) **Ивана Веселова** и директора юридического департамента компании «Нестле» в России и Евразии **Веры Колесник**.



Алла Масленникова, член правления ОКЮР, заместитель генерального директора по правовым, корпоративным и имущественным вопросам Объединенной Вагонной Компании, лидер образовательного актива ОКЮР, пригласила на сцену студентов 3-го курса Института частного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), которые поздравили гостей стихами собственного сочинения о лекциях и мастер-классах членов ОКЮР.

Особенное настроение гостям приема создал музыкальный сюрприз от генерального партнера мероприятия — коллегии адвокатов «Делькредере»: выступление Сергея Мазаева и группы «Моральный кодекс».

Благодарим партнеров приема — компании «СИБУР», *MSC*, *X5 Retail Group*, «Вымпелком», *Clifford Chance*, «Интеррос», *White & Case*, «Рустам Курмаев и партнеры», «КИАП», *Dentons*, «Инфралекс», *Bryan Cave Leighton Paisner Russia*, *Baker McKenzie*, *Freshfields Bruckhaus Deringer*, ГК «МЕГАПОЛИС», «МЗС», «МегаФон», *L'Oréal*, «Юнилевер», «Нестле», *Amway*, *AB InBev Efes*, *Avon*, *L'Occitane Rus LLC*, «Уолт Дисней Компани СНГ» — и гостей за волшебный вечер!

ОКЮР получил множество приятных отзывов о вечере: «...с торжественного приема ОКЮР начинается праздничное новогоднее настроение», «лучше праздника не было никогда и нигде», «это было феерично!» и др.



Елена Войниканис, ведущий эксперт, координатор экспертного направления Ассоциации ОКЮР; **Татьяна Одабашян**; **Юрий Любимов**, заместитель руководителя аппарата Правительства РФ; **Александра Нестеренко**; **Анатолий Мальцан**, начальник управления по обеспечению деятельности Штаба по защите бизнеса и Проектного офиса города Москвы; **Иннокентий Иванов**; **Антон Александров**

Более подробную информацию, фотогалерею и видеосюжет о событии см.: okjor.rf.



**ФОГЕЛЬСОН
ЮРИЙ
БОРИСОВИЧ**

профессор-исследователь
Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»,
доктор юридических
наук

РОССИЙСКОЕ ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ СОЦИОЛОГИЧЕСКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ (СТАНДАРТЫ ДОКАЗЫВАНИЯ, ВОЗМЕЩЕНИЕ ВРЕДА ЖИЗНИ ИЛИ ЗДОРОВЬЮ)*

Это — последняя статья цикла с итогами исследования, посвященного оценке отечественного гражданского права и правосознания российских юристов с позиций функционального подхода к праву. В первой публикации были рассмотрены основные теоретические результаты, в остальных эти результаты подтверждаются эмпирически. Материал, составляющий эмпирическую часть, состоит из нескольких эпизодов из жизни современного отечественного гражданского права. Шесть таких эпизодов (верховенство ГК, принцип добросовестности, несправедливые условия договоров, защита владения, принципы регулирования оборота недвижимости и взыскание убытков) были рассмотрены в предыдущих статьях. В этой, завершающей, статье цикла исследуются стандарты доказывания, продолжающие тему взыскания убытков, и возмещение вреда жизни и здоровью.

Ключевые слова: стандарты доказывания, социологическая юриспруденция, возмещение вреда жизни и здоровью

1. Стандарты доказывания — помеха в поисках истины

Продолжу тему взыскания убытков, которая была начата в предыдущей статье цикла¹. В ней было показано, что основная проблема взыскания убытков — их

* Статья подготовлена при информационной поддержке компании «КонсультантПлюс».

¹ Фогельсон Ю.Б. Российское гражданское право с точки зрения социологической юриспруденции (владение, недвижимость, убытки) // Закон. 2019. № 9. С. 132–145.



YURY B. FOGELSON

Research Professor
at National Research
University "Higher School
of Economics", LLD

RUSSIAN CIVIL LAW IN TERMS OF SOCIOLOGICAL JURISPRUDENCE (STANDARDS OF PROOF, COMPENSATION FOR HARM TO LIFE AND HEALTH)

This is the concluding article in the series devoted to the assessment of Russian civil law and legal consciousness of Russian lawyers from the perspective of the functional approach to law. The first publication considered the main theoretical findings, while subsequent articles confirmed these findings empirically. The empirical material consists of several episodes discovering the life of modern Russian civil law. Six of them (Civil Code Supremacy, Principle of Good Faith, Unfair Contract Terms, Protection of Ownership, Principles of Real Estate Turnover Regulation, Collection of Damages) were considered in the previous articles. This article explores the standards of proof as a follow-up on the recovery of damages and compensation for harm caused to life and health.

Keywords: *standards of proof, sociological jurisprudence, compensation for harm to life and health*

доказывание. До сих пор не изжившая себя доктрина состава гражданского правонарушения довлеет в судах и заставляет судей требовать доказывания всех элементов этого состава.

Однако нельзя не обратить внимание на то обстоятельство, что создатели отечественного гражданского права уже сделали очень много для того, чтобы эта

доктрина ушла в прошлое. Во-первых, с марта 2015 г. действует п. 5 ст. 393 Гражданского кодекса (ГК) РФ. По существу, эта норма вводит ту самую презумпцию убытков, вызванных неисполнением договора, о которой и шла речь в предыдущей статье. Конечно, здесь нет текста «при нарушении договора предполагается, пока не доказано иное, что сторона, нарушившая договор, причинила другой стороне убытки» или чего-то

похожего, однако из имеющихся формулировок такая презумпция, с моей точки зрения, несложно выводиться. Во-вторых, ст. 393.1 ГК РФ, позволяя взыскать абстрактные убытки, также подтверждает, по существу, данную презумпцию. Эти исправления тем не менее не возымели эффекта, так как были хотя и необходимыми, но недостаточными².

Но в чем же дело? Почему судьи так цепляются за этот состав гражданского правонарушения, за эту обязанность кредитора доказать наличие причинной связи между нарушением и убытками, вокруг которой сломано столько копий и для определения которой до сих пор не создано универсального теста?³

Один из возможных ответов на этот вопрос лежит, естественно, в сфере общей проблемы доказывания, которая тесно связана с целями судебного процесса. Рассмотрим это на конкретном примере.

Правила страхования имущества часто предусматривают исключение из страхового покрытия «хищение имущества путем мошенничества». Происходит хищение, следовательно возбуждает уголовное дело, указывая на наличие признаков преступления, предусмотренного ст. 159 Уголовного кодекса (УК) РФ (мошенничество), и страховщик, опираясь на постановление следователя, отказывает в выплате. Страхователь идет в суд, и тут оказывается, что наша правовая система в принципе не готова к решению этого спора.

Судебная коллегия по экономическим спорам (КЭС) Верховного Суда (ВС) РФ сформулировала такую позицию: «...содержащаяся в постановлении предварительная квалификация преступления создает... презумпцию по вопросу о юридической квалификации деяния, в результате которого возникли убытки... Истцом... не представлено каких-либо доказательств, направленных на опровержение... презумпции совершения мошенничества»⁴. Во взыскании возмещения было отказано.

Презумпция, на которую указал суд, является изобретением самих судей; в то же время привлекает внимание указание суда на то, что страховщик представил хоть какое-то доказательство своей позиции, а страхователь ничем его не опроверг.

Принципиально иную позицию сформулировала Судебная коллегия по гражданским делам (СКГД): «...описание страхового риска... должно обеспечивать объективную возможность доказывания факта наступления страхового случая на момент причинения вреда... Уголовно-правовая квалификация хищения... указанная в постановлении о возбуждении уголовного дела, является предварительной... Право на получение... страхового возмещения... не может быть поставлено в безусловную зависимость от указанной в постановлении... квалификации деяния»⁵. Страховое возмещение было взыскано. Это также является изобретением суда, причем легко опровергаемым. Множество страховых случаев, например при страховании ответственности, не то что доказываются, а выявляются значительно позже их наступления.

Оба эти решения являются типичным результатом так называемой свободной оценки доказательств судом, практикуемой у нас, как и в большинстве континентальных правовых порядков. Оба суда оценили представленное доказательство как создающее лишь предположение. Однако один суд посчитал это предположение презумпцией, подлежащей опровержению и не опровергнутой, а другой суд — предварительной квалификацией, отказавшись выносить решение не на основе доказанного факта, а на основе предположения. В отсутствие какого-либо ориентира типа нормативных стандартов доказывания (см. далее) приходится положиться на свободное усмотрение судов, хотя решение СКГД очевидно не соответствует вполне разумным ожиданиям страховщика, а решение КЭС попросту незаконно, так как подобного рода презумпции не могут устанавливаться судебным толкованием.

² Фогельсон Ю.Б. Указ. соч.

³ По-видимому, он и не может быть создан. Подробнее об этом см.: Байбак В.В. Причинная связь как условие договорной ответственности. Сравнительно-правовой очерк // Вестник экономического правосудия РФ. 2014. № 6. С. 4–21.

⁴ Определение ВС РФ от 11.10.2017 № 309-ЭС17-9038.

|| Доктрина свободной оценки доказательств судом возникла не в российском и не в советском праве.

⁵ Определение ВС РФ от 21.04.2015 по делу № 18-КГ15-47.



Еще в досоветский период Е.В. Васьковский писал: «...восстановление фактических обстоятельств дела должно производиться в процессе согласно тем же правилам, какими обеспечивается достижение истины при всяком историческом исследовании... таких правил два: ...первое... — работать по первоисточникам... а второе... — принцип свободной оценки доказательств»⁶.

Из этого высказывания видна тесная связь свободной оценки доказательств судом с поиском истины, объективной картины происшедшего. Зачем КЭС понадобилось выдумывать несуществующую презумпцию? Затем, что она не могла просто сказать: доказательства, представленные страховщиком и свидетельствующие о наличии оснований для отказа в выплате, перевесили доказательства об отсутствии таких оснований, представленные страхователем. Коллегия не могла сказать, что страховщик представил постановление следователя, которое суд расценивает как веское доказательство мошенничества, а страхователь не представил ничего в опровержение, поэтому суд разрешает данный спор, исходя из того, что мошенничество доказано. Напомню, что суд на этот перевес указал, но как бы вскользь, а главный акцент был сделан на выдуманной судом презумпции. Коллегия не могла положить этот перевес в основу своего решения, поскольку это означало бы, что судьи отказываются восстанавливать объективную картину происшедшего, отыскивать истину. А наличие презумпции, хоть и выдуманной, позволяет им так сказать. Сказать, что они нашли истину по делу, хоть и с помощью презумпции.

Почему СКГД решила, что мошенничество не доказано, вопреки очевидным разумным ожиданиям? Потому что постановление следователя действительно создает лишь предположение, а суд должен установить истину, которая в данном случае устанавливается не постановлением следователя, а приговором⁷.

Когда целью правосудия считается достижение истины, или, менее пафосно, выяснение объективной кар-

тины происшедшего, естественным является вопрос о средствах, используемых при выяснении. Если ставится такая важная и благородная цель, как выяснение истины, то представляется странным ограничивать людей, ищущих истину, в средствах ее поиска. А как быть, если по разным причинам не удастся достичь истины, восстановить фактические обстоятельства и построить объективную картину происшедшего? В историческом исследовании оно просто не будет завершено⁸.

В уголовном процессе действует презумпция невиновности подсудимого. В гражданском же процессе при полном равенстве сторон спора решение дела против стороны, испытывающей объективные трудности с представлением бесспорных доказательств, равносильно отказу этой стороне в защите ее разумных ожиданий.

В процессе по взысканию убытков возникает, по моему мнению, та же проблема. Отечественный суд пытается понять, какова объективная картина происшедшего, убедиться в том, что убытки вызваны именно нарушением договора. Отсюда и требование к кредитору доказывать причинную связь. Без того, чтобы убедиться в этом, российский суд не может, как считает судья, вынести обоснованное решение. Презумпция, конечно, решает эту проблему, и это отчетливо видно из рассмотренного выше Определения КЭС, однако нужна четко артикулированная презумпция. Норма п. 5 ст. 393 ГК РФ подразумевает презумпцию, но, как мы видим, она судами игнорируется. Стремление выяснить, как же в действительности обстояло дело, стремление отыскать истину перевешивает.

Эта проблема имеет давно и хорошо известное решение — нормативные стандарты доказывания. Они используются в англо-американском общем праве и не позволяют суду свободно оценивать доказательства. Для уголовного права существует нормативный стандарт «за пределами разумных сомнений», для гражданского — «перевес доказательств» и некоторые другие. В приведенном выше страховом примере

⁶ Васьковский Е.В. Курс гражданского процесса: субъекты и объекты процесса, процессуальные отношения и действия. М., 2016. С. 376.

⁷ В наших сегодняшних условиях это очевидно не так, и приговорами часто устанавливаются совсем не истины, но это временная ситуация. А здесь вопрос рассматривается принципиально

⁸ Весьма убедительное опровержение возможности уподоблять процесс создания законов научной деятельности см.: Бреннан Дж., Бьюкенен Дж. Причина правил. Конституционная политическая экономия. СПб., 2005. С. 80–84. На мой взгляд, такие рассуждения справедливы и для процесса применения законов.

американский суд, используя стандарт «перевес доказательств», согласился бы с КЭС, не ссылаясь ни на какие презумпции.

Однако догматика поиска истины как цели судебного процесса противостоит использованию нормативных стандартов доказывания, так как они сильно ограничивают судей в поисках истины. Когда я только начал готовить эту публикацию, я считал данный тезис очевидным, но обнаружилось, что против него имеются серьезные возражения.

Один из рецензентов этой статьи написал в рецензии: «...ничего нового в статье нет. Автор пытается показать, что надо нормативно ввести стандарты доказывания и не бояться, что они будут противоречить поиску истины. Но это тривиальный тезис: стандарты доказывания — это градации вероятности, и ясно, что, если мы говорим о них, мы уже истины не ищем. На эту тему даже в советское время написаны горы литературы».

В недавно опубликованной работе А.Г. Карапетова и А.С. Косырева⁹ содержится похожее понимание стандартов доказывания как градаций вероятности. Рассуждения авторов можно весьма конспективно изложить следующим образом: целью любого судебного разбирательства является прежде всего установление фактов, какими они являлись в период, о котором идет спор. В этом, собственно говоря, и состоит отыскание истины по делу. Однако все понимают, что знания о прошлом нельзя восстановить со 100%-ной достоверностью, поэтому каждый из нас, поставленный в условия, когда ему необходимо установить какой-то факт из прошлого на основе предъявленных доказательств, будет решать, достаточно ли ему доказательств для того, чтобы признать данный факт установленным. Авторы выдвинули гипотезу о том, что существует общая для большинства юристов степень достоверности, когда они готовы признать факт доказанным¹⁰, и проверяли эту гипотезу. Им действительно удалось определить некий уровень достоверности, когда юристы, которых они опрашивали,

признавали факт доказанным. Испытуемым предлагалось решить спор о возврате займа, при этом сначала предъявлялись довольно слабые доказательства выдачи займа, затем они дополнялись и т.д. Начиная с некоторого общего для большинства испытуемых набора доказательств они начинали признавать факт выдачи займа доказанным, т.е. авторы исследования обнаружили наличие позитивного стандарта доказывания¹¹. Иными словами, исходя из логики стандартов доказывания как градаций вероятности, их использование не только не препятствует отысканию истины по делу, но, наоборот, ему способствует — именно стремясь восстановить факт из прошлого и понимая, что полностью это сделать невозможно, люди останавливаются на некотором общем для большинства наборе доказательств.

Однако внимательный анализ изложенной логики показывает, что авторы описанной модели не учли весьма существенный параметр — степень уверенности людей в том, что истина может быть отыскана.

В приведенных выше страховых примерах обе судебные коллегии были убеждены в 100%-ной возможности установления истины приговором суда, но КЭС, ориентированная на осуществление разумных ожиданий, придумала и другой способ — презумпцию, а СКГД не стала ничего придумывать, так как осуществление разумных ожиданий для ее судей, видимо, ценности не представляет.

Дело здесь в том, что понимание стандартов доказывания как градаций вероятностей — это просто одна из разновидностей понимания отыскания объективной картины происшедшего как цели судебного процесса. Неважно, ищет суд объективную картину со 100%-ной уверенностью или с 50%-ной. Суд все равно ее ищет. При этом, если из фабулы дела ясно, что эту картину можно установить со 100%-ной уверенностью, как в приведенных страховых примерах, суд вынужден с этим считаться и не может заявить, что в данном случае он согласен установить истину с 75%-ной уверенностью.

⁹ Карапетов А.Г., Косырев А.С. Стандарты доказывания: аналитическое и эмпирическое исследование // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. Приложение к № 5.

¹⁰ Это называют позитивным стандартом доказывания, противопоставляя нормативному стандарту доказывания, который диктуется правом и принят в странах общего права.

¹¹ Я намеренно опускаю здесь весьма важные и интересные рассуждения авторов о вероятностях и роли интуиции в процессе принятия решения о доказанности фактов. Здесь приведена выжимка лишь из той части работы, где идет речь о наличии позитивного стандарта доказывания.



На мой взгляд, понимание стандартов доказывания как градаций вероятностей выработано континентальными юристами для целей инквизиционного процесса, в котором суд должен устанавливать объективную картину происшедшего.

Несложно показать, что процесс, направленный на установление объективной картины происшедшего, т.е. на достижение истины, воспринимается нами как недостаточно справедливый. Пусть это делается не со 100%-ной, а с меньшей степенью уверенности — это не меняет дело принципиально. Полагаю, те читатели, у которых имеется достаточный опыт представления интересов своих клиентов в арбитражных судах, сталкивались с применением ч. 2 ст. 66 Арбитражного процессуального кодекса (АПК) РФ: «Арбитражный суд вправе предложить лицам, участвующим в деле, представить дополнительные доказательства, необходимые для выяснения обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения дела». А те, кто имеет опыт представления интересов в судах общей юрисдикции, знакомы с применением абз. 2 ч. 1 ст. 57 Гражданского процессуального кодекса (ГПК) РФ: «Суд вправе предложить [лицам, участвующим в деле] представить дополнительные доказательства». Ясно, что обе эти нормы нацелены именно на решение судом его главной задачи — установление (точно или с определенной степенью уверенности) объективной картины происшедшего. Лично я, когда встречаюсь с применением этих норм, остро ощущаю несправедливость происходящего. Стороны представили в дело все, что считали нужным, — с какой это стати суд помогает одной из сторон?! Именно так воспринимается использование судом этого своего права.

Нормативные стандарты доказывания имеют отношение к справедливой процедуре, справедливому и честному разрешению спора, а не к градациям вероятностей.

Позитивные стандарты доказывания, о которых идет речь, в частности, в работе А.Г. Карапетова и А.С. Косарева, действительно могут рассматриваться как степень уверенности судьи в правильности установленных им фактов. Но в англо-американском общем праве, где и возник этот правовой инструмент, нормативные стандарты доказывания являются средством, обеспечивающим справедли-

вость правосудия, а не чью-то степень уверенности в чем-то.

В работе С.Л. Будылина подробно рассмотрен пример уголовного дела об убийстве, в котором адвокатам удалось посеять определенные сомнения в правдивости главного свидетеля обвинения. Присяжные единогласно оправдали обвиняемого. В дальнейшем некоторые из присяжных в интервью прессе рассказали, что они были уверены в том, что убил именно этот человек, но нормативный стандарт «вне всяких разумных сомнений» не позволил им проголосовать иначе. В другом, гражданском процессе присяжные признали, что тот же самый человек «причинил смерть намеренно и неправомерно с жестокостью и злобой», и с него взыскали довольно большую сумму денег, так как нормативный стандарт доказывания в таком процессе был иным¹². Так убийца этот человек или нет, какова объективная картина происшедшего? Американский суд, целью которого является разумное и справедливое разрешения спора, не задается этим вопросом. Суд отвечает на другой вопрос: как должен быть решен этот спор, т.е. следует ли признать этого человека убийцей? В уголовном деле суд ответил «нет», а в гражданском — «да». И оба эти ответа разумные и справедливые. В парадигме поиска объективной картины происшедшего это в принципе невозможно.

Конечно, этот пример представляет собой крайний случай, но я привел его здесь, чтобы показать существенное отличие понимания стандартов доказывания как градаций вероятностей от их понимания как правовой нормы, требующей от суда ориентироваться не на поиск объективной картины происшедшего, пусть и с определенной степенью уверенности, а на оценку доказательств, представленных сторонами, на процедурную справедливость.

В конце 1980-х гг. был проведен так называемый Чикагский эксперимент, авторы которого выясняли, почему люди подчиняются праву¹³. Было показано, что подчинение людей праву вызвано в значительной степени моральными соображениями и именно про-

¹² Будылин С.Л. Внутреннее убеждение или баланс вероятностей? Стандарты доказывания в России и за рубежом // Вестник экономического правосудия РФ. 2014. № 3. С. 41–44.

¹³ Подробное описание этого эксперимента и его результатов см.: Tyler T.R. Why People Obey the Law. Princeton University Press, 2006.

цедурная справедливость при формировании органов власти, при принятии ими правовых норм, при разрешении споров является основным фактором, определяющим отношение людей к праву¹⁴.

Требование поиска истины, объективной картины происшедшего, на мой взгляд, процедурно несправедливо, так как делает суд активным участником спора.

Помимо этого, данное требование глубоко догматично, так как исходит из предположения, что объективная картина происшедшего существует, а значит, ее можно отыскать или как минимум с какой-то степенью уверенности приблизиться к ее отысканию. Однако все практикующие юристы знают, как реальный оборот умеет опровергать любые мыслимые предположения. Есть много случаев, в которых допустимыми средствами вполне можно установить объективную картину мира в тот период, когда происходили события, ставшие впоследствии предметом спора, но по разным причинам эти средства оказались недоступными. Простейший из таких примеров приведен выше в двух решениях коллегий ВС РФ. Известно со 100%-ной достоверностью, что истина в том смысле, как она понимается правом, достигается приговором суда. Тем не менее возможность получения такого приговора станет весьма сомнительной, если, допустим, не удастся установить подозреваемое лицо. В подобных ситуациях можно отказать в иске, сославшись на то, что не удалось установить объективную картину, а можно, взвесив доказательства с той и с другой стороны, решить, чьи доказательства перевешивают. Это будет зависеть от того, насколько данный судья ориентирован на поиск истины. При наличии нормативных стандартов доказывания отказ в иске в такой ситуации практически невозможен.

На мой взгляд, такое догматическое требование — отыскать истину по делу, т.е. восстановить объективную картину происшедшего с определенной степенью уверенности, которую судья считает достаточной, — является и будет являться не только помехой появлению у нас нормативных стандартов доказывания в составе правил, позволяющих суду разумно и справедливо разрешить спор. Оно будет препятствовать

защите разумных ожиданий и в других отношениях, и без устранения такого понимания цели процесса во многих случаях придется принимать специальные меры вроде установления соответствующих презумпций. Уже было сказано, что, по существу, презумпция наличия убытков при нарушении договора установлена в п. 5 ст. 393 и в ст. 393.1 ГК РФ, однако эта подразумеваемая презумпция по-прежнему игнорируется. Догматика цели процесса — выяснить объективную картину происшедшего — перевешивает. Надо устанавливать презумпции в явной форме.

Более радикальным решением вопроса является изменение цели судебного процесса с отыскания судом объективной картины происшедшего на разумное и справедливое разрешение спора. Для этого надо исключить из процессуальных кодексов приведенные выше нормы, а также аналогичные им, например полностью запретить суду по своей инициативе ставить вопрос об экспертизе. И нужно включить в процесс стандарты доказывания — не как градации вероятностей, а как правовые нормы, обязывающие суд.

Все сказанное не следует понимать как предложение автора к юристам поголовно стать агностиками. Совсем нет. Моя позиция в том, что для разрешения спора между двумя тяжущимися совершенно не обязательно отрицать существование объективной картины мира и ее познаваемость или, напротив, признавать наличие объективной картины мира и ее познаваемость. Вопрос о наличии либо отсутствии объективной картины мира и о ее познаваемости не должен влиять на разрешение спора, если мы хотим, чтобы споры разрешались мирно, без насилия и войны всех против всех. Если цель правосудия — разумно и справедливо разрешить спор, не требуется никаких априори выдвинутых предположений, и эта цель абсолютно прагматична.

Два приведенных страховых примера показывают, что у нас невозможно сформировать никаких разумных ожиданий в отношении того, как людям придется доказывать свои интересы при возникновении конфликта. От произвольного усмотрения суда зависит не только оценка доказательств и их достаточности для установления фактов, имевших место в прошлом, но и оценка того, насколько достижимой в данном споре является цель установления истины по делу.

¹⁴ См.: Tyler T.R. Op. cit.



2. Достойное возмещение вреда жизни и здоровью в российском гражданском праве

Этот эпизод из жизни российского гражданского права является естественным продолжением предыдущего, так как проблему достойного возмещения вреда жизни и здоровью также не удастся решить без презумпций.

По российскому деликтному праву в случае причинения смерти человеку, который не был ничьим кормильцем, например при смерти ребенка, никто не получит ни копейки возмещения имущественного вреда (за исключением затрат на похороны), поскольку § 1 главы 59 ГК РФ в части причинения вреда жизни (т.е. смерти) регулирует только прямые убытки, возникшие из-за смерти кормильца. Формально возмещение имущественного вреда, причиненного смертью ребенка, ничем не ограничено и ответ догматического правосознания таков: никто не запрещает возмещать убытки также и тем, кто не потерял кормильца, но убытки должны быть доказаны. При доказанности наличия и размера причиненных убытков они подлежат возмещению.

Однако ясно, чем закончатся любые попытки доказать такие убытки. Родители ребенка ничего от него не получали, а только тратили деньги на то, чтобы его вырастить и воспитать. Они не могут доказать даже само наличие убытков и поэтому не могут требовать никакого возмещения. Это никак не укладывается в представления о разумном, нормальном порядке вещей и полностью противоречит сегодняшнему пониманию роли человеческого капитала.

У нас проводились оценки человеческого капитала, и на одного человека они составляют от 1,2 млн руб. в 2002 г. до 6 млн в 2010 г.¹⁵ Попытки рассчитать убытки в результате смерти человека предпринимались у

нас и в связи с расчетом ущерба от ДТП¹⁶. Результат — убытки в результате смерти человека на 1998 г. оценены примерно в 1,7 млн руб. Видно, что суммы в принципе сопоставимы, но, конечно, доказать, что эти суммы составляют убытки родных погибшего по действующим требованиям к доказыванию убытков, невозможно.

При этом по обязательному страхованию ответственности (ОСАГО, перевозчиков перед пассажирами, владельцев опасных объектов) в случае смерти потерпевшего его родные получают от 475 тыс. руб. при ОСАГО до 2 млн при страховании ответственности перевозчиков перед пассажирами, и никаких доказательств этих сумм не требуется представлять.

Очень похожая ситуация с повреждением здоровья. Потерпевший должен доказать свои расходы, а для этого собрать и представить для возмещения столько справок, что иначе, чем издевательством над людьми, это вряд ли можно назвать¹⁷. Эта практика вызвала массовое возмущение после введения ОСАГО, когда страховщики начали отказывать потерпевшим в выплате возмещения из-за отсутствия или неправильного оформления одной из таких справок, и под давлением оборота правила ОСАГО и других видов обязательного страхования ответственности в этой части были скорректированы. В настоящее время расчет возмещения для целей страхования ответственности за вред здоровью не требует сбора справок, а производится по специальным таблицам¹⁸, но для целей возмещения вреда вся эта унижительная процедура сбора справок сохранилась.

¹⁵ См., напр.: Капелюшников Р.И. Сколько стоит человеческий капитал России? М., 2012. URL: https://www.hse.ru/data/2012/10/10/1247084655/WP3_2012_06_f.pdf (дата обращения: 21.01.2020). По оценкам, имеющимся на с. 51 этой работы, в 2010 г. «среднестатистический россиянин являлся „владельцем“ человеческого капитала в размере 6,1 млн рублей».

¹⁶ См. методику, разработанную НИИАТ: https://znaytovar.ru/gost/2/R_03112199050200_Metodika_ocen.html (дата обращения: 21.01.2020).

¹⁷ См.: п. 27 Постановления Пленума ВС РФ от 26.01.2010 № 1 «О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина».

¹⁸ Таблицы утверждены Постановлением Правительства РФ от 15.11.2012 № 1164. За основу приняты таблицы, широко используемые страховщиками при страховании от несчастных случаев. Сначала возмещение по таблицам появилось в обязательном страховании ответственности перевозчиков за причинение вреда пассажирам, а затем такой способ расчета вреда, причиненного повреждением здоровья, стал использоваться и в остальных видах обязательного страхования ответственности.

Иными словами, в сфере страхования ответственности за причинение вреда жизни или здоровью регулирование создает вполне разумные ожидания возмещения, которые осуществляются на практике. Но в сфере самой ответственности такие ожидания не создаются. Точнее, создаются ожидания необходимости собирать для получения возмещения огромное число никому не нужных бумаг — и вряд ли можно назвать их разумными.

Вернусь к стандартам доказывания. С.Л. Будылин в своей весьма подробной и компетентной работе, посвященной разбору проблемы стандартов доказывания, пишет: «...наблюдения за российской арбитражной практикой наводят на мысль, что в отсутствие „официального“ стандарта доказывания в судах стихийно сложился „подпольный“, предполагающий неоптимально высокие требования к доказыванию»¹⁹. На это обращают внимание и другие авторы²⁰.

Ситуация такова, что из-за необоснованно высоких требований к доказыванию, фактически сложившихся в отечественном гражданском процессе, люди оказываются не в состоянии обосновать свои вполне разумные притязания и осуществить те ожидания, которые дают им декларированные гражданские права.

В действительности никакой «подпольности» в таких требованиях к доказыванию я не вижу. Дело здесь обстоит так же, как и с составом гражданского правонарушения / составом преступления. В советский период гражданский оборот существовал в мизерных объемах и его регулирование изучалось преимущественно догматически. Уголовное же право развивалось реально, так как уголовная практика имела в значительном количестве и у аналитиков был фактический материал для его осмысления. Поэтому догматика доказывания в гражданском процессе во многом копировала догматику доказывания уголовного процесса²¹. Это копи-

вание отражено и в литературе того времени. Чтобы это увидеть, достаточно сопоставить работы двух основоположников советской теории доказывания: А.Я. Вышинского в уголовном процессе и К.С. Юдельсона в гражданском процессе. При сопоставлении видно, что К.С. Юдельсон в базовых идеях ссылается на работы А.Я. Вышинского²².

Всем создателям ГК РФ 1994 г., конечно, было известно, что у нас требования к доказыванию как в гражданском, так и в уголовном процессе практически одинаковы. Это считалось нормальным, и никто даже не задумался о том, что последствием может стать фактическая невозможность защиты интереса, по праву подлежащего защите. Однако с позиций функционального подхода видно, что требование к доказыванию «вне всяких разумных сомнений», по существу, используемое в уголовном процессе, направлено на защиту подозреваемого, обвиняемого, подсудимого. Так же это требование будет работать в любом процессе, в частности в гражданском процессе оно будет защищать неисправного должника, т.е. в данном случае причинителя вреда. Однако, полагаю, мало кто из участников оборота согласится, что в гражданском процессе право должно защищать неисправного должника в той же степени, как оно защищает обвиняемого в уголовном процессе.

Ситуацию с доказыванием вреда, причиненного жизни и здоровью, трудно объяснить чем-либо, кроме парадоксов догматического правосознания, для которого ценность представляет не реальное возмещение вреда потерпевшему, а доктрина состава гражданского правонарушения и обязанность потерпевшего доказывать каждую его составляющую вне всяких разумных сомнений.

Но как же получилось, что требования к доказыванию ответственности за причинение вреда жизни или здоровью и к доказыванию права на получение

¹⁹ Будылин С.Л. Указ. соч. С. 25.

²⁰ См., напр.: Смольников Д.И. Мифы о стандартах доказывания // Закон. 2015. № 12; Курдюмов Г.С. Чекарева А.В. Взыскание убытков с недобросовестного директора: перераспределение бремени доказывания и перевес доказательств // Московский юрист. 2013. № 3. С. 50–67.

²¹ В предыдущей статье цикла было показано, что одним из основных препятствий для работы механизма взыскания убытков является использование в гражданском праве конструкции «состав гражданского правонарушения», ско-

пированной с уголовно-правовой конструкции «состав преступления». См.: Фогельсон Ю.Б. Указ. соч.

²² Вышинский А.Я. Теория судебных доказательств в советском праве. М., 1941, С. 18; Юдельсон К.С. Проблема доказывания в советском гражданском процессе // Юдельсон К.С. Избранное. Советский нотариат. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. М., 2005. С. 351.



страхового возмещения при страховании ответственности за вред жизни или здоровью так различаются друг от друга? Далее рассказана эта история.

Группа юристов НИУ ВШЭ выиграла конкурс Минтранса России по разработке проекта закона об обязательном страховании ответственности перевозчиков перед пассажирами и разработала его. Основная идея, заложенная в проекте, состояла в том, чтобы облегчить людям получение страхового возмещения при аварии на транспорте. Понимая, с какой проблемой доказывания встретятся люди, здоровью которых причинен вред, и их родные, мы перевернули бремя доказывания, предложив использовать законодательную опровержимую презумпцию²³. Получатель выплаты не должен собирать никаких бумаг — сумма выплаты при вреде здоровью определяется по специальным таблицам, а страховщик, считающий, что эта сумма чрезмерна, вправе доказывать иное. То же самое и в случае смерти близкого родственника, не являвшегося кормильцем²⁴.

При обсуждении нашего предложения одна из его участниц — опытный транспортный юрист — заявила, что так делать нельзя. Страхуется ответственность, сказала она, значит, сумма выплаты должна совпадать с размером ответственности; размер ответственности определяется в соответствии с ГК РФ и действующими транспортными уставами и кодексами; следовательно, сначала нужно изменить нормы ГК РФ, транспортных уставов и кодексов об ответственности перевозчиков перед пассажирами и только потом можно будет использовать данную конструкцию для страхования этой ответственности. Всем участникам обсуждения было очевидно, что попытка внести подобные изменения в транспортное законодательство встретит мощное противодействие со стороны крупных транспортных компаний, у которых имеется масса возможностей данные инициативы заблокировать.

Другой участник этого обсуждения — юрист страховой компании — поддержал идею о невозможности формировать обязательство по договору страхования ответственности по-иному, чем саму ответственность, и добавил еще одно возражение. Вводя презумпции, сказал он, обычно закрепляют ситуации, которые чаще всего встречаются на практике, презумпции предназначены именно для этого. В данном случае презумпция использована совершенно для другого — для переложения бремени доказывания того, что практически недоказуемо (скажем себе это честно), с одного лица на другое.

Не вдаваясь в ход этой и дальнейших дискуссий, скажу лишь, что, несмотря на сопротивление, предложенная нами конструкция в законе сохранилась благодаря значительным усилиям сотрудников Минтранса России, занимавшихся этой проблемой. Они хотели реально помочь людям получать возмещение причиненного им вреда.

Приведенная аргументация наших оппонентов, на мой взгляд, типичный пример догматического правосознания. Догматическое, асоциальное правосознание работает с людьми, как с костяшками на счетах. Отщелкнула костяшка — получи 100 руб. за погибшего в аварии сына или дочь. Отщелкнули 100 костяшек — получи 10 тыс. руб. А не отщелкнуло — ничего не получишь. Асоциальному правосознанию нет дела до того, что за всем этим стоят люди, их жизнь и ожидания. Ему нет дела до того, что люди обращаются к правовой системе не для признания, законно это или незаконно, а для исполнения своих разумных ожиданий.

Презумпция, предложенная в законопроекте, позволила решить проблему страховых выплат без издевательств над людьми, без того, чтобы заставлять их доказывать то, чего они в принципе доказать не могут. Возможно, эта правовая конструкция — законодательная опровержимая презумпция — исходно была придумана не совсем для таких целей. Однако она очень пригодилась в решении данного вопроса.

На этом примере видна необходимость сочетания в работе юриста догматического и функционального подходов: функциональный подход требует решения определенной социальной задачи, а догматический

²³ В главе 4 Федерального закона от 14.06.2012 № 67-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности перевозчика за причинение вреда жизни, здоровью, имуществу пассажиров и о порядке возмещения такого вреда, причиненного при перевозках пассажиров метрополитеном» можно увидеть, как это сделано технически.

²⁴ В дальнейшем это решение было использовано также и в ОСАГО, и в других видах обязательного страхования ответственности.

подход предлагает для ее решения известные теоретические конструкции.

Этому, к сожалению, не учат практически ни в одном из отечественных юридических вузов. Основой современного юридического образования является «отщелкивание костяшек». Пока такая тенденция сохраняется, нам нечего и думать о доверии граждан к российской правовой системе. 🐼

REFERENCES

Baybak, V.V. "Causal Connection as Condition for Contractual Liability: Comparison and Adjudication" [*Prichinnaya svyaz', kak usloviye dogovornoj otvetstvennosti. Sravnitel'no-pravovoy ocherk*]. Herald of the Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya*]. 2014. No. 6. P. 4–21.

Brennan, G. and Buchanan, J. The Reason of Rules: Constitutional Political Economy [*Prichina pravil. Konstitutsionnaya politicheskaya ekonomiya*]. Saint Petersburg, 2005. 272 p.

Budylin, S.L. "Inner Conviction or Balance of Probabilities? Standards of Proof in Russia and Abroad" [*Vnutrenneye ubezhdeniye ili balans veroyatnostey? Standarty dokazyvaniya v Rossii i za rubezhom*]. Herald of the Supreme Court of the Russian Federation [*Vestnik VAS RF*]. 2014. No. 3. P. 25–57.

Fogelson, Yu.B. "Russian Civil Law in Terms of Sociological Jurisprudence (Possession, Real Estate, Damages)" [*Rossiyskoye grazhdanskoye pravo s tochki zreniya sotsiologicheskoy yurisprudentsii (vladeniye, nedvizhimost', ubytki)*]. Statute [*Zakon*]. 2019. No. 9. P. 132–145.

Kapelyushnikov, R.I. How Much is Russia's Human Capital? [*Skol'ko stoit chelovecheskiy kapital Rossii?*]. Moscow, 2012, available at: https://www.hse.ru/data/2012/10/10/1247084655/WP3_2012_06_f.pdf (accessed 22 January 2020).

Karapetov, A.G. and Kosyrev, A.S. "Standards of Proof; Analytical and Empirical Research" [*Standarty dokazyvaniya: analiticheskoye i empiricheskoye issledovaniye*]. Herald of the Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya*]. 2019. Appendix to No. 5. P. 3–96.

Kurdyumov, G.S. and Chekareva, A.V. "Recovery of Losses from an Unscrupulous Direct — or: Redistribution of the Burden of Proof and Preponderance of Evidence" [*Vzyskaniye ubytkov s nedobrosovestnogo direktora: pereraspredeleniye bremeni dokazyvaniya i pereves dokazatel'stv*]. Moscow Lawyer [*Moskovskiy yurist*]. 2013. No. 3. P. 50–67.

Smolnikov, D.I. "Myths about Standards of Proof" [*Mify o standartakh dokazyvaniya*]. Statute [*Zakon*]. 2015. No. 12. P. 199–205.

Tyler, T.R. Why People Obey the Law. Revised ed. Princeton University Press, 2006. 308 p.

Vaskovskiy, E.V. A Course of Civil Process: Subjects and Objects of the Process, Procedural Relations and Actions [*Kurs grazhdanskogo protsessa: Sub'yekty i ob'yekty protsessa, protsessual'nyye otnosheniya i deystviya*]. Moscow, 2016. 624 p.

Vyshinskiy, A.Ya. Theory of Judicial Evidence in the Soviet Law [*Teoriya sudebnykh dokazatel'stv v sovetskom prave*]. Moscow, 1941. 219 p.

Yudelson, K.S. "Proof in the Soviet Civil Process" [*Problema dokazyvaniya v sovetskom grazhdanskom protsesse*], in: Yudelson, K.S. Selected Works. Soviet Notary Public. Proof in the Soviet Civil Process [*Izbrannoye. Sovetskiy notariat. Problema dokazyvaniya v sovetskom grazhdanskom protsesse*]. Moscow, 2005. 616 p.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Yury B. Fogelson

Research Professor at National Research University "Higher School of Economics", LLD (e-mail: yfogelson@hse.ru).



**НЕЗНАМОВ
АНДРЕЙ
ВЛАДИМИРОВИЧ**

исполнительный директор по вопросам нормативного регулирования технологий искусственного интеллекта ПАО «Сбербанк», основатель Исследовательского центра «Робоправо», старший научный сотрудник Института государства и права РАН, кандидат юридических наук

О КОНЦЕПЦИИ РЕГУЛИРОВАНИЯ ТЕХНОЛОГИЙ ИСКУССТВЕННОГО ИНТЕЛЛЕКТА И РОБОТОТЕХНИКИ В РОССИИ*

Статья посвящена основным теоретико-правовым вопросам и практическим вопросам развития законодательства о робототехнике и технологиях искусственного интеллекта. В работе описываются подходы к формированию концепции регулирования данных технологий, место концепции в структуре документов стратегического планирования и нормативно-правовых актов в этой сфере. Приводятся ключевые дискуссионные вопросы и направления развития предметного законодательства.

***Ключевые слова:** искусственный интеллект, робототехника, регулирование, законы, концепция, стратегия развития*

1. Концептуальные подходы к проблеме регулирования ИИ и РТ

С принятием в 2019 г. Национальной стратегии развития искусственного интеллекта на период до 2030 г.¹ Россия вошла в число стран, имеющих документы стратегического планирования в сфере искусственного интеллекта (ИИ). И хотя у нас до сих пор отсутствует аналогичная стратегия комплексного стратегического развития в области робототехники (РТ), в 2019 г. была утверждена дорожная

* При подготовке настоящей статьи использован в том числе материал и результаты исследовательской работы, выполненной в рамках гранта РФФИ № 18-29-16015.

¹ См.: Указ Президента РФ от 10.10.2019 № 490 «О развитии искусственного интеллекта в Российской Федерации».

**ANDREI V. NEZNAMOV**

Executive Director for AI Regulation of Sberbank PJSC, Founder of the Robolaw Research Center, Senior Researcher at the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, PhD in Law

CONCEPT FOR ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND ROBOTICS TECHNOLOGY REGULATION IN RUSSIA

The article is devoted to the main theoretical and practical legal issues in developing legislation on robotics and artificial intelligence technologies. It describes approaches to the regulatory concept for these technologies and its place in the structure of relevant strategic plans and applicable regulations. Key discussion questions and directions for the development of substantive legislation in Russia are presented.

Keywords: artificial intelligence, robotics, regulation, laws, concept, development strategy

карта развития сквозной технологии «Компоненты робототехники и сенсорики»².

В обоих документах отмечается важность регулирования как мотиватора развития технологий ИИ и РТ. Так, в дорожной карте отсутствие законодательства, устанавливающего основы регулирования и государственной политики в сфере РТ, обозначено как один из ключевых законодательных и административных барьеров. А в Национальной стратегии развития ИИ

регулирование прямо названо движущим фактором развития.

Важно отметить, что в отечественной доктрине попытки системно подойти к регулированию технологий РТ долгое время не предпринимались. Длительное отсутствие фундаментальных исследований по данной теме связано, на наш взгляд, с новизной общественных отношений. Не случайно большинство правовых работ часто оказывались либо публицистическими³,

² См.: <https://digital.gov.ru/uploaded/files/07102019robototekhnika-i-sensorika.pdf> (дата обращения: 13.12.2019).

³ См., напр.: *Сарбаш С.* Гражданский оборот в цифровую эпоху // Закон.ру. 2017. 21 окт. URL: <https://zakon.ru/blog/2017/10/21/>

либо посвященными отдельным проблемам, возникающим в разных отраслях права в связи с развитием РТ. Так, ряд авторов уделяют внимание тому или иному аспекту проблемы роботизации в конкретных сферах, например в налогообложении⁴ или трудовом праве⁵, либо конкретным проблемам, например ответственности за действия киберфизических систем⁶ или принципам регулирования⁷. Отдельный пласт публикаций связан с проблематикой прав на результаты интеллектуальной деятельности в связи с развитием РТ и ИИ⁸, уголовно-правовыми аспектами⁹, будущим нотариата в контексте развития технологий¹⁰ и т.д.

Как мы неоднократно отмечали ранее¹¹, в зарубежной доктрине ситуация совершенно иная. Можно утверждать, что в работах зарубежных ученых так называемое робоправо, или право роботов, оформляется если

не в самостоятельную отрасль права, то, по меньшей мере, в отдельную предметную область исследования¹². Хорошим подтверждением этого являются такие труды, как, например, «Робоправо» под редакцией Р. Кало¹³ и «Роботы в американском праве» того же автора¹⁴, «Законы роботов: преступления, договоры и деликты» У. Пагалло¹⁵, а также статья коллектива авторов «Робоправо: основы регулирования робототехники в Европе»¹⁶.

В этих и других работах были предложены самые разные подходы к построению системы правового регулирования в предметной сфере — по сути, аналоги российской Концепции. Это, например, концепция регулирования через призму эффекта социального замещения Дж. Балкина¹⁷, теория экстерналий Н. Петти¹⁸ и многие другие.

Как следствие, отмечается существенный перекос в акцентах, расставляемых отечественной и зарубежной доктриной при изучении предметных правоотношений. Иностранные авторы в большей степени акцентируют внимание на фундаментальной проблеме регулирования технологий ИИ и РТ.

Тема комплексного подхода к регулированию так или иначе обсуждается за рубежом в самых разных ракурсах, исследуется в большом количестве статей и монографий¹⁹.

grazhdanskij_oborot_v_cifrovuyu_epohu; Афанасьев С. Роботы по закону // Известия. 2017. 9 окт. URL: <https://iz.ru/651717/robot-v-zakone> (дата обращения: 13.12.2019); Незнамов А. Может ли робот стать президентом // Ведомости. 2017. 20 дек.

⁴ Мочалин А.Ю., Асанов Т.М., Пронин К.В. Перспективные направления роботизации в налогах // Налоговая политика и практика. 2017. № 11. С. 76–80.

⁵ Филипова И.А. Искусственный интеллект и трудовые отношения: социальные перспективы и тенденции правового регулирования // Российская юстиция. 2017. № 11. С. 65–67.

⁶ Ибрагимов Р., Сурагина Е. Право машин. Как привлечь робота к ответственности // Корпоративный юрист. 2017. № 11; Лаптев В.А. Ответственность «будущего»: правовое существо и вопрос оценки доказательств // Гражданское право. 2017. № 3. С. 32–35.

⁷ Ибрагимов Р., Чиркова Т. Принципы регулирования разработки и оборота программ и роботов // Legal Insight. 2017. № 9. С. 10–15.

⁸ Гурко А. Искусственный интеллект и авторское право: взгляд в будущее // ИС. Авторское право и смежные права. 2017. № 12. С. 7–18; Фабричный С.Ю., Рузакова О.А. Коммерциализация интеллектуальной собственности: проблемы регулирования // Патенты и лицензии. 2017. № 7. С. 41–48.

⁹ На уровне обозначения предметной проблематики вопрос отражен здесь: Некрасов В.Н. Актуальные вопросы уголовно-правовой охраны инновационной деятельности в России // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 7. С. 108–114.

¹⁰ Ралько В.В. Будущее нотариата // Нотариус. 2016. № 8. С. 8–11.

¹¹ См., напр.: Незнамов А.В., Смит Б.У. Робот не виноват! Взгляд из России и США на проблему ответственности за вред, причиненный роботами // Закон. 2019. № 5. С. 135–157; Незнамов А. New Laws of Robotics: Towards the Future Regulation // International Conference on Robotics, Control and Automation Engineering. Beijing 6 December 26–28, 2018. P. 91–95.

¹² Незнамов А.В., Наумов В.Б. Стратегия регулирования робототехники и киберфизических систем.

¹³ Robot Law / ed. by R. Calo, M.A. Froomkin, I. Kerr. Edward Elgar Publishing, 2016.

¹⁴ Calo R. Robots in American Law: Legal studies research paper № 2016-04. School of Law University of Washington, 2016.

¹⁵ Pagallo U. The Laws of Robots Crimes, Contracts, and Torts. Springer Science, 2013.

¹⁶ Palmerini E., Bertolini A., Koops B.-J. et al. RoboLaw: Towards a European framework for robotics regulation // Robotics and Autonomous Systems. 2016. Vol. 86. P. 78–85.

¹⁷ Balkin J.B. The Path of Robotics Law // California Law Review. 2015. Vol. 6. P. 45–60.

¹⁸ Petit N. Law and Regulation of Artificial Intelligence and Robots: Conceptual Framework and Normative Implications. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2931339 (дата обращения: 13.12.2019).

¹⁹ См., напр.: Turner J. Robot Rules: Regulating Artificial Intelligence. London, 2019; Guihot M., Matthew A.F., Suzor N. Nudging Robots: Innovative Solutions to Regulate Artificial Intelligence // Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law. 2017. Vol. 20. № 2; Valle-Cruz D., Ruvalcaba-Gomez E.A., Sandoval-Almazan R., Criado I.J. A Review of Artificial Intelligence

Отечественные ученые, как правило, уделяют внимание отдельным отраслевым проблемам или правовым вопросам, что зачастую затрудняет доктринальный анализ концептуальных подходов к регулированию ИИ. Наиболее наглядно это демонстрирует работа П.М. Морхата, посвященная в том числе и системному анализу правовых проблем развития ИИ. Данный автор, рассматривая основные концептуальные подходы к правовому регулированию разработки, производства, программирования, оборота, применения (задействования), функционирования, самообучения и саморазвития, прекращения жизнедеятельности (разрушения) и утилизации юнитов ИИ, сосредоточился на исследовании существующих позиций ученых²⁰. Нетрудно заметить, что значительную часть теоретического материала для своего анализа П.М. Морхат — вынужденно — заимствовал в зарубежной доктрине.

Между тем постепенно комплексные подходы к регулированию технологий ИИ и РТ стали разрабатываться и в нашей стране. Не случайно в последние годы появляются теоретико-правовые исследования в этой области.

В частности, концепция гуманитарного подхода Е. Сурагиной и Р. Ибрагимова²¹ предлагает базировать подходы к регулированию на гуманистических идеях, признающих человека, его права и свободы высшей ценностью (ст. 2 Конституции РФ). Авторы исходят из того, что именно права и свободы человека определяют смысл, содержание и применение законов.

Коллектив авторов Института законодательства и сравнительного правоведения акцентирует внимание как на общетрасловых, так и на локальных пробле-

мах регулирования РТ и ИИ в юридической концепции роботизации²².

В работе ученых Института государства и права РАН фокус сделан на базовых моделях регулирования создания, использования и распространения роботов и систем с ИИ²³.

А.В. Габов, И.А. Хаванова исследуют проблемы концептуального осмысления регуляторных проблем ИИ, особенно правосубъектности²⁴, справедливо при этом отмечая, что тактика нормативного продвижения (через регулирование приоритетных для введения регулирования сфер: безопасность, юридическая ответственность, защита прав потребителей, интеллектуальная собственность) не вызывает возражений при условии, что изменения будут носить комплексный, взаимосвязанный характер, а это невозможно без выработки хотя бы самых общих принципов с осознанием динамики регуляторных усилий²⁵.

Ранее мы уже последовательно обосновывали необходимость концептуального подхода к развитию законодательства в предметной сфере. Так, в 2017 г. нами была предложена многоуровневая система регулирования технологий ИИ и РТ²⁶. Высказывалось предположение, что в основе этой системы должен лежать документ стратегического планирования, часть которого затрагивала бы дальнейшие направления развития регулирования.

В 2018 г. предложения о структуре такой системы были существенно дополнены²⁷. В частности, ука-

in Government and its Potential from a Public Policy Perspective. Proceedings of the 20th Annual International Conference on Digital Government Research; Hagemann R., Huddleston J., Thierer A.D. Soft Law for Hard Problems: The Governance of Emerging Technologies in an Uncertain Future // Colorado Technology Law Journal. 2018. Vol. 17. № 1.

²⁰ Морхат П.М. Правосубъектность искусственного интеллекта в сфере права интеллектуальной собственности: гражданско-правовые проблемы: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2018. С. 98–111.

²¹ Ибрагимов Р.С., Сурагина Е.Д. Гуманитарный подход к регулированию искусственного интеллекта // Право и экономика. Документы. Комментарии. Практика. 2018. № 4. С. 35–47.

²² Юридическая концепция роботизации: монография / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, С.Б. Нанба. М., 2019.

²³ В данной работе мы последовательно продолжили раскрывать те идеи, которые были обоснованы в работах 2017 и 2018 гг. (см. сноски 5 и 6). См. также: Камалова Г.Г., Мосин М.В., Наумов В.Б., Незнамов А.В., Никольская К.Ю. Модели правового регулирования создания, использования и распространения роботов и систем с ИИ: монография. СПб., 2019.

²⁴ Габов А.В., Хаванова И.А. Эволюция роботов и право XXI в. // Вестник Томского государственного университета. 2018. № 435. С. 215–233.

²⁵ Там же. С. 222.

²⁶ Незнамов А.В., Наумов В.Б. Вопросы развития законодательства о робототехнике в России и в мире // Юридические исследования. 2017. № 8. С. 14–25.

²⁷ Незнамов А.В., Наумов В.Б. Стратегия регулирования робототехники и киберфизических систем // Закон. 2018. № 2. С. 69–90.



зывалось, что после принятия документов стратегического планирования следовало бы принять документы, концептуально устанавливающие основы регулирования и развития законодательства в этой сфере.

Почему же столь важно определить нормативные подходы к проблеме регулирования технологий ИИ и РТ?

2. Необходимость концептуального осмысления проблемы регулирования ИИ и РТ

Значение исследуемой проблематики объясняется тем, что традиционные подходы к регулированию основаны, как верно отмечено в работе А. Тьерера, А. Кастилло и Р. Рассела²⁸, на принципе предосторожности (в отечественной правовой науке это обычно характеризуется через категорию инертности права). Действительно, традиционные системы «управления регулированием» можно назвать жесткими, бюрократическими, негибкими — они медленно реагируют на нововведения.

Между тем, как пишут зарубежные исследователи, это верный путь к застою. Сосредоточив внимание на упреждающих средствах, направленных на предсказание гипотетических проблем (которые могут никогда не возникнуть), регулятор рискует сделать плохую ставку. Попытка превентивного планирования для каждого гипотетического наихудшего сценария означает, что многие сценарии наилучшего развития событий никогда не наступят. Более того, накладывая предварительные ограничения на внедрение ИИ, регулятор ограничивает естественное решение многих важных проблем²⁹.

Приведенное мнение зарубежных ученых верно, на наш взгляд, как минимум в том, что определение законодательных подходов к проблеме ИИ действительно неизбежно повлияет на развитие этой технологии.

В такой ситуации создание в России концепции регулирования технологий ИИ и РТ приобретает особую значимость.

К созданию такого документа Россия вплотную подошла в 2020 г., чему способствовали следующие предпосылки:

— формулирование соответствующих предложений в планах законодательного регулирования (в частности, в рамках федерального проекта «Нормативное регулирование цифровой среды» прямо предусмотрено создание Концепции регулирования технологий ИИ и РТ (далее — Концепция));

— появление теоретико-правовых обоснований ключевых подходов к созданию Концепции (в том числе проведено теоретико-правовое исследование о направлениях развития регулирования в этой сфере³⁰);

— разработка необходимых актов стратегического планирования в сфере ИИ и отчасти РТ;

— выявление конкретных правовых проблем в развитии ИИ при подготовке Национальной стратегии развития.

Важным фактором (и во многом причиной) создания Концепции выступает еще и то, что в настоящий момент в России нет специального законодательства, которое учитывало бы специфику технологий ИИ и РТ. Отдельные акты, регулирующие роботов или ИИ на общих основаниях, либо усложняют внедрение технологий, либо прямо этому препятствуют, поскольку зачастую не учитывают определенный

²⁸ Thierer A.D., Castillo A., Russel R. Artificial Intelligence and Public Policy. P. 4–5. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3021135 (дата обращения: 13.12.2019).

²⁹ Ibid.

³⁰ См.: Отчет о научно-исследовательской работе, выполненный ООО «Дентонс Юроп» в соответствии с п. 01.02.001.004.001 Плана мероприятий по направлению «Нормативное регулирование» программы «Цифровая экономика Российской Федерации». На основании исследования также подготовлен ряд научных работ, см.: Регулирование робототехники: введение в «робоправо». Правовые аспекты развития робототехники и технологий искусственного интеллекта / под ред. А.В. Незнамова. М., 2018; Новые законы робототехники. Регуляторный ландшафт. Мировой опыт регулирования робототехники и технологий искусственного интеллекта / под ред. А.В. Незнамова. М., 2018; Основы государственной политики в сфере робототехники и технологий искусственного интеллекта / под ред. А.В. Незнамова. М., 2019.

уровень автономности (самостоятельности) систем ИИ и роботов.

По указанным выше причинам с середины 2019 г. в России велась работа по разработке текста Концепции³¹.

Признавая критическую важность концептуального осмысления направлений дальнейшего развития законодательства, мы хотели бы осветить основные моменты, которые вызвали наибольшие дискуссии или, напротив, были отмечены большинством экспертов как ключевые.

Мы обратим внимание на те из них, которые представляют, на наш взгляд, теоретико-правовую и практическую ценность для понимания возможных подходов к развитию предметного законодательства.

3. Цели регулирования в сфере ИИ и РТ

Полагаем, что в рассматриваемой области должны преследоваться две ключевые цели регулирования.

Первая цель заключается в постоянной корректировке существующей системы регулирования общественных отношений в связи с развитием технологий ИИ и роботов. Она обусловлена тем, что существующие нормы права применяются к отдельным разновидностям роботов или системам с ИИ на общих основаниях, без учета определенного уровня автономности (самостоятельности) систем ИИ и роботов. Это создает условия для возникновения правовых конфликтов, не решаемых обычными средствами, либо для резкого ограничения развития технологий заградительными нормами.

Вторая равнозначная цель состоит в совершенствовании правовых инструментов для развития индустрии. Анализ мирового опыта показывает, что в ряде стран уже существует первичное правовое регулирование применения РТ и ИИ, стимулирующее их развитие, что ставит российских разработчиков и производителей в менее конкурентоспособное положение.

Этим целям корреспондируют своеобразные фундаментальные принципы регулирования, и прежде всего принцип «стимулирование прежде регулирования», согласно которому следует принимать меры, в первую очередь направленные на стимулирование развития отрасли и лишь во вторую — на ее регулирование, избегая «заурегулирования».

Другой принцип — «соблюдение баланса между интересами отрасли и общества». Развитие отрасли не является самоцелью и должно способствовать повышению, а не ухудшению качества жизни граждан. Учитывая это, нужно закрепить базовые этические и правовые нормы, применимые к отношениям в сфере РТ и ИИ.

В этом отношении важно подчеркнуть необходимость расширения применения инструментов мягкого права, развития саморегулирования, создания корпоративных норм, формирования этических правил, построения системы технического регулирования в данной сфере, что могло бы стать альтернативной ограничительному регулированию.

Еще одним принципом регулирования должен стать переход на динамичное регуляторное воздействие с связи со спецификой сфер ИИ и РТ, характеризующихся высокой динамикой изменений и предполагающих создание системы анализа развития индустрий и оценки результата регуляторного воздействия, создание экспериментального регулирования, выявление барьеров развития и угрозы общественным отношениям.

При этом необходимо понимать: невозможно добиться поставленных целей в отсутствие основ регулирования в данной области и баланса между интересами общества и отрасли, без четко выделенных общеправовых и отраслевых направлений развития законодательства, а также при наличии административно-правовых барьеров для использования новых технологий.

³¹ На момент подготовки настоящей статьи текст Концепции не был утвержден и находился в стадии обсуждения. Однако автор принимал участие в его разработке, реализуемой под руководством Министерства экономического развития совместно с представителями Фонда «Сколково». В связи с этим в данной публикации акцент сделан, в том числе, на нескольких идеях и проблемах, которые в ходе многочисленных итераций работы над Концепцией были существенно переработаны, оказались заложенными глубоко в основу Концепции в неявном виде либо были перенесены в иные документы.



Одновременно изменения регулирования должны предполагать и увеличение общественной выгоды; развитие отрасли, как уже было сказано, не является самоцелью. Благополучие человека должно быть в приоритете.

Кроме того, на наш взгляд, концептуальное построение системы регулирования в предметной сфере должно быть максимально практичным. Поскольку технологии ИИ и РТ внедряются в каждую сферу жизнедеятельности, они влияют практически на все отрасли права. Как следствие, затрагивается огромный пласт нормативных актов.

Соответственно, постоянная динамика правовой системы приводит к тому, что на регулирование ИИ и РТ косвенно способно повлиять большое количество самых разных инициатив («треков»), которые могут находиться в разных федеральных проектах, актах разных министерств, могут быть инициированы парламентариями, связаны с развитием международного регулирования и т.д.

Именно поэтому мы считаем, что первичной задачей создания любого концептуального документа должно стать хотя бы минимальное картографирование сложившейся ситуации³².

4. Основные векторы развития регулирования

Можно выделить ряд направлений, которые, по нашему мнению, еще долго будут оставаться актуальными для понимания основных практических векторов развития законодательства в предметной сфере):

1) *системные задачи*, такие как, например, разработка базового законодательства в виде, в том числе, федерального закона о содействии развитию технологий ИИ и РТ; уточнение порядка координации полномочий между органами исполнительной власти в отношении

индустрии РТ и ИИ; создание национальной стратегии РТ и других концептуальных документов;

2) *общепромышленные барьеры*, для снятия которых, на наш взгляд, необходимы такие мероприятия, как создание механизма упрощенного тестирования и внедрение продуктов РТ и ИИ в отдельных отраслях экономики; либерализация экспорта отдельных технологий ИИ двойного назначения; расширение возможности использования ИИ при принятии отдельных юридически значимых решений;

3) *локальные отраслевые барьеры*, для снятия которых требуется, например, уточнение правил регистрации и оборота медицинских систем ИИ; совершенствование отраслевого законодательства для целей развития высокоавтоматизированного и полностью автоматизированного, в том числе беспилотного, транспорта; совершенствование законодательства в области космической деятельности для целей развития технологий ИИ и РТ; совершенствование законодательства для расширения возможностей использования систем автоматизации управления техникой специального назначения; совершенствование законодательства для расширения возможностей использования мобильных (подвижных) роботов и роботизированных механизмов в различных ситуациях и т.д.;

4) *развитие оборота данных* (поскольку развитие ИИ тесно связано с использованием больших массивов данных), например, создание условий для доступа разработчиков ИИ к данным, собираемым при исполнении государственных функций; уточнение процедуры обезличивания данных и расширение доступности обезличенных данных; создание благоприятных правовых условий для сбора, хранения и обработки данных для целей развития технологий ИИ; уточнение правил оборота данных в отдельных отраслях.

5) *решение общеправовых проблем*, к которым относятся наиболее распространенные и часто обсуждаемые дискуссионные вопросы, влияющие на своеобразный баланс между интересами развития технологий и интересами общества и государства, в том числе (и прежде всего) в гарантировании всех прав и свобод человека. Среди таких проблем следует назвать, по нашему мнению, уточнение правил применения ответственности при причинении вреда

³² По этой причине изначально проект Концепции предполагал минимальную теоретическую часть и большую практическую, нацеленную на обозначение конкретных регуляторных проблем и, что не менее важно, уже существующих регуляторных активностей.

в связи с использованием робота или системы ИИ; корректировку страхового законодательства для целей учета специфики использования роботов и ИИ; уточнение правил регулирования в отношении результатов интеллектуальной деятельности, созданных с использованием ИИ и роботов; установление правовых и этических норм социального взаимодействия человека с ИИ и роботами; расширение возможностей использования систем ИИ и роботов в гражданском обороте, в том числе для обеспечения коммуникаций с людьми, совершения сделок и их исполнения и т.д.;

6) *финансовое стимулирование*, которое предполагает создание комплекса налоговых, таможенных и иных финансовых льгот для робототехнических компаний и разработчиков ИИ, а также создание мер финансового стимулирования для внедрения разработок ИИ и робототехнических изделий; создание специализированных инструментов для создания и реализации государственно-частных партнерств, связанных с разработками в сфере РТ или ИИ и т.д.;

7) *нормативное-техническое регулирование*, создание и совершенствование национальной системы стандартизации в сферах ИИ и РТ, которая является важнейшим инструментом регулирования, во многих случаях позволяющим избежать излишне жесткого нормативно-правового вмешательства в общественные отношения.

5. Ключевые дискуссионные вопросы развития законодательства об ИИ и РТ

При анализе проблем регулирования РТ можно выделить ряд теоретико-правовых и практических развилки — дискуссионных вопросов. Их важность обусловлена тем, что в зависимости от выбора того или иного варианта их решения будет формироваться определенный правовой режим. В частности, следует понять, нужно ли:

1) закрепить какие-либо принципы на уровне законодательства и если да, то какие (например, запрет на причинение вреда по инициативе системы ИИ / робота, подконтрольность человеку, проектируемое соответствие закону и проектируемая безопасность, и т.д.);

2) закрепить обязательное правило самоидентификации системы ИИ или робота при взаимодействии с человеком;

3) ускорять оборот данных для целей развития технологий ИИ посредством более лояльного регулирования или лучше придерживаться консервативного подхода (близкого к *GDPR*);

4) делегировать принятие отдельных решений системам ИИ и роботам и если да, то в каких сферах;

5) корректировать гражданское законодательство для учета особенностей ответственности за причинение вреда с использованием роботов и ИИ;

6) корректировать институты ответственности за вред, причиненный роботом или системой ИИ, и если да, то в каком направлении;

7) корректировать законодательство с учетом того, что системы ИИ и роботы могут участвовать в создании результатов интеллектуальной деятельности;

8) использовать этические нормы для регулирования отдельных отношений с использованием роботов и ИИ и если да, то какие;

9) разрабатывать отдельный федеральный закон, устанавливающий основы регулирования в данной сфере, и если да, то в какой временной перспективе и с каким содержанием;

10) осуществлять координацию на уровне существующих органов государственной власти или через создание специального органа (по аналогии с ОАЭ, инициативами Англии и ЕС);

11) придерживаться определений, зафиксированных в документах по стандартизации в этой сфере, или необходимо предложить другие определения на уровне закона (законов) (если да, то какие);

12) закрепить в законодательстве требования обеспечения полной алгоритмической прозрачности решений, принимаемых системой ИИ (право на объяснение);

13) рассматривать возможность наделения умных роботов или систем ИИ правосубъектностью; и многие другие.



Нетрудно заметить, что данные ключевые вопросы во многом совпадают с темами теоретико-правовых исследований в предметной сфере. Практически на все эти вопросы необходимо дать ответ при обсуждении направлений развития будущего законодательства.

6. Общеотраслевые задачи регулирования применения технологий ИИ и РТ

Обсуждая общеотраслевые задачи регулирования, нельзя не отметить, что, пожалуй, ключевой из них на данном этапе является выработка подходов к регулированию — задача, которую, среди прочего, призвана решить Концепция.

Следует согласиться с тем, что на данный момент развитие технологий РТ и ИИ зачастую сопряжено с большим количеством опасений (нередко стереотипных), которые сами по себе могут спровоцировать подчас избыточные регуляторные ограничения.

Кроме того, специфика технологий такова, что и роботы, и ИИ могут функционировать без участия человека, а существующие требования не адаптированы к этим условиям и создают серьезные барьеры на пути к внедрению разработок во все сферы экономики.

Как следствие, регулирование должно стимулировать развитие технологий, но одновременно минимизировать риски возникновения негативных последствий использования ИИ и РТ, предотвращать эти последствия или стимулировать влияние ИИ на внешний мир в зависимости от характера этого воздействия (своеобразный риск-ориентированный подход).

Для примера приведем некоторые ключевые общеотраслевые задачи развития регулирования.

Создание механизмов упрощенного тестирования и внедрения продуктов ИИ и РТ в отдельных отраслях экономики. В России (пока) не существует специального административно-правового порядка тестирования, который позволил бы своевременно и эффективно внедрять разработки в обход избыточных административных процедур и без коррек-

ровки всего применимого к ним законодательства. Проблему позволили бы решить экспериментальные правовые режимы или «регуляторные песочницы», действующие в ускоренном ритме и максимально широком круге отраслей. Их применение соответствует лучшим мировым практикам и отвечает интересам индустрии.

Корректировка институтов ответственности.

Несмотря на то, что проблема ответственности является крайне дискуссионной, нельзя не признать, что, по крайней мере с позиции права, в настоящий момент кардинальное изменение института юридической ответственности не требуется. То есть в случае причинения вреда человеку ИИ или РТ применимы общие положения об ответственности, установленные в гражданском, уголовном или административном законодательстве. Между тем последствием такой ситуации может быть необоснованное расширение круга лиц, несущих ответственность за инцидент, или, напротив, невозможность установить виновное лицо. Поэтому необходима проработка вопросов, связанных с гарантией и справедливостью функционирования института юридической ответственности.

Принципиальное решение Концепции должно заключаться, на наш взгляд, в признании того, что текущий уровень развития технологий не требует экстренного внесения корректировок в закон. При всем огромном количестве исследований и публикаций на этот счет реальная необходимость повсеместных изменений отсутствует и сегодня, скорее, способна навредить развитию технологий (если не брать наличие конкретных проблем в отдельных областях внедрения, например при использовании технологий автоматического управления).

Представляется более целесообразным в течение как минимум 1–1,5 лет детально проработать конкретные направления изменений, выбрав действительно актуальные для нашей страны решения, среди которых могут быть: развитие института безвиновной ответственности, создание специальных резервных фондов, установление особых требований к выпуску в эксплуатацию отдельных категорий систем ИИ и роботов, развитие законодательства о страховании и т.д.

Уточнение подхода к определениям в предметной сфере. Если термины «робот», «умный робот», «робототехника» каким-то образом определены на уровне технических стандартов, а «искусственный интеллект» — на уровне Национальной стратегии, то понятие «киберфизическая система» и смежные с ним (например, «киборг») на данный момент не имеют четких дефиниций.

По нашему мнению, целесообразность внедрения в российское законодательство унифицированного легального определения этих терминов (например, на уровне базовых законов), актуального для всех отраслей, требует дополнительного обсуждения, поскольку характер применения технологий в той или иной области является прикладным.

Создание нормативных условий для делегирования. Ограниченное делегирование системам ИИ или роботам принятия фактически любых юридически значимых решений негативно влияет на развитие технологий. Ни в коей мере не выдвигая мысль о повсеместной замене людей на системы ИИ или роботов, мы считаем разумным четко обозначить, в каких конкретных сферах и в какой (небольшой) степени такое делегирование допустимо и как могут быть скорректированы нормативно-правовые акты. Полагаем, что объектом делегирования могут быть лишь некоторые решения, если это целесообразно и не несет угрозы жизни и здоровью граждан. Нововведения могут устанавливаться в форме экспериментальных правовых режимов.

Развитие порядка охраны прав на результаты интеллектуальной деятельности. Хрестоматийная проблема принадлежности прав на результаты интеллектуальной деятельности, созданные с использованием систем ИИ, предполагает ответы на конкретные вопросы: целесообразно ли расширение толкования понятия «творческий вклад», возможно ли охранять эти результаты и кто выступит субъектом интеллектуальных прав. Между тем, как и в случае с проблемой ответственности, практика общественных отношений, за которыми следует регулятор, пока не предоставляет достаточного эмпирического материала для однозначного выбора определенной модели регулирования в этой сфере.

Совершенствование технического регулирования является одной из ключевых инициатив, позволяя

развивать элементы мягкого права. При наличии технических стандартов применения РТ нормативно-техническое регулирование систем ИИ отсутствует, а это значит, что потенциально осложняется их введение в оборот, снижаются надежность, достоверность, доверенность и интероперабельность решений в области ИИ. При этом соответствие систем ИИ или роботов определенным стандартам может выступать достаточным условием для их введения в оборот, что будет способствовать развитию отрасли.

Напротив, установление требования об обязательном подтверждении соответствия до разработки соответствующих стандартов недопустимо, а в случаях, когда подобные нормы уже существуют, должен быть предусмотрен альтернативный механизм подтверждения соответствия как условия для использования соответствующего продукта на основе ИИ или РТ.

Совершенствование режима оборота информации для целей развития технологий ИИ и РТ. Чтобы добиться развития отрасли РТ и систем с ИИ, объективно необходимо оптимизировать нормативно-правовое регулирование в области информации и оборота данных. Сейчас оно направлено в основном на обеспечение режимов конфиденциальности информации, что снижает потенциал данных и конкурентоспособность внедряемых технологий.

Расширение нормативных условий доступа технологических компаний и разработчиков технологий ИИ к совокупности данных, собираемых государственными органами власти и иными лицами в силу выполнения установленных законами функций, существенно ускорит развитие технологий ИИ.

Это предполагает в том числе обеспечение возможности создания массивов данных, являющихся обезличенным объединением различных персональных и иных данных, и обеспечение доступности к таким данным для широкого круга разработчиков ИИ без нарушения прав граждан и иных владельцев. Также необходимо стандартизировать структуры и форматы данных, создать правовые условия для функционирования платформы, позволяющей работать с государственными данными.

Уточнение процедуры обезличивания данных поможет оптимизировать оборот обезличенных данных,



а доступность обезличенных данных создаст условия для их использования разработчиками в сфере ИИ. Уточнение порядка обезличивания данных также тесно связано с определением порядка использования Больших данных, благоприятный оборот которых является необходимым условием развития технологий ИИ.

К ключевым проблемам следует отнести и проблему неопределенности с порядком использования общедоступных данных.

Наконец, часто общая корректировка законодательства о данных и информации все равно не позволяет создать благоприятные условия использования данных для развития отрасли ИИ без последовательных отраслевых корректировок и снятия отраслевых барьеров. В каждой отрасли такие барьеры оборота данных являются индивидуальными.

7. Регуляторные меры финансового стимулирования развития технологий ИИ и РТ

Именно это направление развития регулирования представители компаний — разработчиков ИИ и создателей роботов почти всегда обозначают как ключевое.

Действительно, компании, работающие в сфере РТ и систем ИИ в России, государством системно не поддерживаются. Меры поддержки со стороны государства фрагментарны и не специализированы. Сложность администрирования доступных для разработчиков мер поддержки и отсутствие финансирования отрасли ставят отечественных специалистов в неконкурентоспособную позицию и препятствуют развитию технологий в целом. Чтобы поддержать сегмент, необходимо стимулировать предложения и спрос, развить государственно-частное партнерство (ГЧП)³³.

7.1. Меры, ориентированные на стимулирование предложения

Данные меры предполагают предоставление налоговых, таможенных и иных льгот компаниям в сфере ИИ и РТ и их инвесторам со стороны государства. К ним относятся:

— меры налогового регулирования — комплекс классических мер поддержки за счет предоставления льгот и преференций (например, развитие законодательства, направленного на стимулирование оборота и коммерциализации результатов интеллектуальной деятельности (*IP Box*), полное или частичное освобождение от уплаты налога на прибыль разработчиков и т.д.);

— меры валютного регулирования, например упрощенный валютный контроль для компаний — разработчиков в сфере ИИ и РТ;

— меры таможенного регулирования, в том числе, например, оптимизация условий импорта компонентов, программ и оборудования, необходимых для создания продуктов на основе ИИ и РТ, при отсутствии полноценных с точки зрения качества, стоимости и скорости изготовления аналогов таких компонентов, программ и оборудования отечественного производства;

— расширение действующих программ с мерами поддержки. На наш взгляд, требуется проанализировать, пересмотреть и расширить условия уже действующих программ с тем, чтобы распространить их условия на отрасли ИИ и РТ. Например, можно изменить порядок предоставления субсидий из федерального бюджета на компенсацию затрат на производство и реализацию пилотных партий средств производства с целью расширения возможностей получения субсидий интеграторами робототехнических комплексов;

— поддержка инвесторов, например освобождение инвестиционного дохода от НДФЛ, уменьшение налоговой базы инвесторов по налогу на прибыль и т.д.;

— нестандартные меры поддержки. С учетом высокого уровня развития технологий ИИ и РТ в ряде

³³ Предложенные мероприятия основаны на экспертных предложениях, в разное время высказанных различными представителями индустрии.

зарубежных стран необходим анализ и применение существующих в них мер поддержки как лучших практик, не имеющих пока аналогов в России. Примером является проработка вопроса о введении в российское право института «саббатикал», предусматривающего направление сотрудников компании для работы в научно-исследовательские учреждения с сохранением дохода, а также субсидирование государством заработной платы таких сотрудников за счет НДФЛ или страховых взносов, уплачиваемых компанией.

7.2. Меры, ориентированные на стимулирование спроса

Для эффективного развития технологий ИИ и РТ необходимо стимулировать спрос на данные технологии в реальном секторе экономики. Данная группа мер направлена на развитие рынка и повышение конкуренции на нем и включает в себя:

— меры налогового регулирования. Требуется внедрить комплекс мер, направленных на поддержку спроса на продукцию с применением технологий ИИ и РТ, например ввести повышенный коэффициент амортизации в отношении основных средств для разработчиков в сфере ИИ и РТ;

— расширение действующих программ с мерами поддержки. Необходимо проанализировать, пересмотреть и расширить условия уже действующих программ стимулирования спроса (например, внести изменения в отраслевые программы в промышленности и здравоохранении);

— расширение государственного спроса. Нужно внести изменения в действующее законодательство с целью предоставления отечественным разработчикам ИИ и предприятиям робототехнического комплекса специальных условий участия в торговых процедурах и получения государственного заказа;

— нестандартные меры поддержки в виде лучших зарубежных практик и решений (например, предоставление субсидий на привлечение консультантов в сфере роботизации, производства и внедрения ИИ).

7.3. Меры по развитию ГЧП

Инструменты ГЧП являются одними из самых действенных механизмов развития отраслей ИИ и РТ. Их оптимизация включена в большинство национальных стратегий развития данных технологий. В мире признается эффективность использования договорных инструментов партнерства между государством и частными инвесторами и существует ряд позитивных примеров оптимизации инструментов ГЧП в сферах ИИ и РТ (например, инструменты, предусмотренные Законом Южной Кореи 2008 г. «О содействии развитию и распространению умных роботов»). Однако в настоящее время в России не ведутся исследования потенциала и эффектов использования механизмов ГЧП в конкретных сферах применения технологий ИИ и РТ. Полагаем целесообразным проанализировать и реализовать дополнительные меры совершенствования законодательства в целях расширения возможностей ГЧП в сферах ИИ и РТ, а также в отдельных областях применения этих технологий (в том числе в медицине, космонавтике, транспорте и т.д.).

8. Отраслевые направления совершенствования регулирования применения технологий ИИ и РТ

Следует признать, что технологии ИИ и РТ внедряются повсеместно. Это приводит к возникновению большого числа неочевидных локальных регуляторных проблем, актуальных для конкретной сферы либо конкретной разновидности системы ИИ или роботизированного механизма.

Поэтому первоочередными задачами в отраслевом регулировании являются:

— создание механизма оперативного выявления локальных отраслевых регуляторных барьеров при использовании спецтехники в различных отраслях;

— координация полномочий органов государственной власти в случае пересечения полномочий;

— проработка механизма решения возникающих отраслевых барьеров.

Применение данных мер должно быть первоочередным для таких сфер, как здравоохранение, наука и



образование, транспорт и государственное управление.

Например, ключевая проблема в сфере здравоохранения заключается в регистрации систем ИИ. В настоящий момент не определено, в каких случаях следует относить системы ИИ к подлежащим государственной регистрации медицинским изделиям. Более того, не вполне понятно, в каком порядке они должны проходить регистрацию.

Введение новых технологий в данной сфере тормаживается и отсутствием ясности в вопросе частичного делегирования принятия решений системам ИИ и РТ. Не определено, кто понесет ответственность в случае врачебной ошибки и причинения вреда здоровью пациента. В сфере транспорта уже существует техника, управляемая ИИ либо, что сегодня встречается значительно чаще, содержащая определенные решения на его основе. Однако для функционирования этой техники все еще нет регуляторных норм или же они находятся в стадии корректировки. За рубежом аналогичную проблему решили путем введения специальных законов, создающих условия для тестирования подобной техники. В России такая практика подвергается серьезным ограничениям. При этом для отдельных видов транспорта можно ввести не опытное тестирование, а полноценную эксплуатацию систем автоматического управления (например, водный транспорт).

Особенно проблемным представляется развитие беспилотных автомобилей, которое усугубляется сложной процедурой допуска высокоавтоматизированных транспортных средств на дороги общего пользования и отсутствием регламентированного порядка допуска транспортных средств 4-го и 5-го уровня автоматизации по стандартам Международной ассоциации автомобильных инженеров (SAE). Следовательно, требуется уточнить порядок опытной эксплуатации таких средств и минимальные характеристики безопасности. Серьезной проработки требуют вопросы эксплуатации таких автомобилей на дорогах общего пользования с водителем, без него, с пассажиром или несколькими людьми в салоне. Необходимо продумать административный контроль, систему страхования, вопросы ответственности всех лиц, эксплуатирующих такие машины.

В области государственного и муниципального управления требуется снятие ряда ограничений, в том числе выражающихся в отсутствии (1) нормативных возможностей для делегирования любых решений системам ИИ и РТ и механизма реализации ответственности; (2) критериев оценки соответствия систем с ИИ, учитывающих адаптивность и дообучение таких систем; (3) процедуры пересмотра решений, принятых с помощью использования ИИ.

В космической отрасли использование систем ИИ имеет огромный потенциал, однако практически не развито сотрудничество частных компаний с государством, способное дать толчок коммерциализации технологий РТ и ИИ при производстве и эксплуатации космических аппаратов. Сейчас внедрение технологий осуществляется на общих основаниях, что тормозит процесс, снижает его эффективность и завышает стоимость модернизации. Решить проблему можно с помощью проработки регуляторных механизмов развития частной космонавтики и совершенствования институтов государственно-частного партнерства; анализа вариантов упрощения административно-правового порядка использования роботов и систем ИИ в космонавтике.

РТ и ИИ постепенно внедряются в быт человека. Здесь, как нам кажется, не требуется существенное изменение законодательства, но неизбежно остро встанут вопросы, связанные с рисками нарушения тайны частной жизни граждан в связи с интенсивной обработкой персональных данных.

Не обходится без систем с ИИ финансовый сектор. Их функции задействованы в алгоритмической торговле, клиентском обслуживании, обработке данных, анализе рынков и создании финансовой отчетности. Условия внедрения технологий в каждую отдельную сферу финансовой области обуславливают специфику их регулирования. А в связи с тем, что данная сфера чувствительна к любому регулированию, должны быть использованы самые гибкие инструменты и внедрены экспериментальные правовые условия их применения. Возможно, более целесообразным будет применение мягкого права, например саморегулирование игроков финансового рынка.

9. Заключение

Формирование основных направлений развития законодательства о регулировании ИИ и РТ является одним из самых важных шагов в развитии этих технологий. От выбора того или иного направления будет зависеть не только эффективность регулирования, но и безопасность общества и государства.

Как следствие, создание Концепции регулирования в данной сфере должно стать, по нашему мнению, обязательной частью развития регулирования. По существу, такая Концепция может выступать компромиссным решением по сравнению, например, с созданием основ законодательства в сфере ИИ и РТ.

С появлением Концепции Россия станет одной из первых стран, последовательнодвигающихся на пути к построению эффективной системы правового регулирования новых технологий. 📄

REFERENCES

Balkin, J.B. "The Path of Robotics Law". California Law Review. 2015. Vol. 6. P. 45–60.

Calo, R. Robots in American Law: Legal Studies Research Paper No. 2016-04. School of Law University of Washington, 2016, available at: <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Al/Calo.pdf> (accessed 13 December 2019).

Calo, R., Froomkin, M.A. and Kerr, I. (eds.). Robot Law. Edward Elgar Publishing, 2016.

Fabrichnyy, S.Yu. and Ruzakova, O.A. "Commercialization of Intellectual Property: Regulatory Issues" [*Kommertsializatsiya intellektual'noy sobstvennosti: problemy regulirovaniya*]. Patents and Licenses [*Patenty i litsenzii*]. 2017. No. 7. P. 41–48.

Filipova, I.A. "Artificial Intelligence and the Employment Relationship: Social Perspectives and Tendencies of Legal Regulation" [*Iskusstvennyy intellekt i trudovyye otnosheniya: sotsial'nyye perspektivy i tendentsii pravovogo regulirovaniya*]. Russian Justitia [*Rossiyskaya yustitsiya*]. 2017. No. 11. P. 65–67.

Gabov, A.V. and Khavanova, I.A. "Evolution of Robots and The 21st-Century Law" [*Evolutsiya robotov i pravo XXI v.*]. Tomsk State University Journal [*Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta*]. 2018. No. 435. P. 215–233.

Guihot, M., Matthew, A.F. and Suzor, N. "Nudging Robots: Innovative Solutions to Regulate Artificial Intelligence". Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law. 2017. Vol. 20. No. 2. P. 385–456.

Gurko, A. "AI and Copyright: Looking into Future" [*Iskusstvennyy intellekt i avtorskoye pravo: vzglyad v budushcheye*]. IP. Copyright and Related Rights [*IS. Avtorskoye pravo i smezhnyye prava*]. 2017. No. 12. P. 7–18.

Hagemann, R., Huddleston, J. and Thierer, A.D. "Soft Law for Hard Problems: The Governance of Emerging Technologies in an Uncertain Future". Colorado Technology Law Journal. 2018. Vol. 17. No. 1. P. 37–130.

Ibragimov, R. and Chirkova, T. "Principles of Regulation of Development and Commercialisation of Software Products and Robots" [*Printsipy regulirovaniya razrabotki i oborota programm i robotov*]. Legal Insight. 2017. No. 9. P. 10–15.

Ibragimov, R. and Suragina, E. "Law of Machines. How to Bring Robots to Responsibility" [*Pravo mashin. Kak privlech' robota k otvetstvennosti*]. Corporate Counsel [*Korporativnyy yurist*]. 2017. No. 11.

Ibragimov, R.S. and Suragina, E.D. "Humanitarian Approach to the Regulation of the Artificial Intelligence" [*Gumanitarnyy podkhod k regulirovaniyu iskusstvennogo intellekta*]. Law and Economics [*Pravo i ekonomika*]. 2018. No. 4. P. 35–47.

Kamalova, G.G., Mosin, M.V., Naumov, V.B., Neznamov, A.V. and Nikol'skaya, K.Yu. Regulatory Models for Developing, Using and Distributing Robots and AI Systems: A Monograph [*Modeli pravovogo regulirovaniya sozdaniya, ispol'zovaniya i rasprostraneniya robotov i sistem s II: monografiya*]. Saint Petersburg, 2019.

Laptev, V.A. "Responsibility of the 'Future': Legal Essence and Evidence Evaluation Issue" [*Otvetstvennost' "budushchego": pravovoye sushchestvo i vopros otsenki dokazatel'stv*]. Civil Law [*Grazhdanskoye pravo*]. 2017. No. 3. P. 32–35.

Mochalin, A.Yu., Asanov, T.M. and Pronin, K.V. "Potential Use of Robotisation in Taxation" [*Perspektivnyye napravleniya robotizatsii v nalogakh*]. Tax Policy and Practice [*Nalogovaya politika i praktika*]. 2017. No. 11. P. 76–80.

Morkhat, P.M. Legal Subjectivity of Artificial Intelligence in Intellectual Property Law: Civil Law Problems: An LLD Thesis [*Pravosub'yektnost' iskusstvennogo intellekta v sfere prava intellektual'noy sobstvennosti: grazhdansko-pravovyye problemy: dis. na soiskanie uchenoy stepeni d-ra yurid. nauk*]. Moscow, 2018.

Nekrasov, V.N. "Current Issues of Criminal Law Protection of Innovation Activity in Russia" [*Aktual'nyye voprosy ugolovno-pravovoy okhrany innovatsionnoy deyatel'nosti v Rossii*]. Actual Problems of the Russian Law [*Aktual'nyye problemy rossiyskogo prava*]. 2017. No. 7. P. 108–114.

Neznamov, A. "New Laws of Robotics: Towards the Future Regulation". International Conference on Robotics, Control



and Automation Engineering. Beijing, December 26–28, 2018. P. 91–95.

Neznamov, A.V. (ed.). Basics of Government Policy on Robotics and Artificial Intelligence [*Osnovy gosudarstvennoy politiki v sfere robototekhniki i tekhnologiy iskusstvennogo intellekta*]. Moscow, 2019. 184 p.

Neznamov, A.V. and Naumov, V.B. “Regulation of Robotics in Russia and Elsewhere” [*Voprosy razvitiya zakonodatel'stva o robototekhnike v Rossii i v mire*]. Legal Studies [*Yuridicheskiye issledovaniya*]. 2017. No. 8. P. 14–25.

Neznamov, A.V. and Naumov, V.B. “Regulation Strategy for Robotics and Cyberphysical Systems” [*Strategiya regulirovaniya robototekhniki i kiberfizicheskikh sistem*]. Statute [*Zakon*]. 2018. No. 2. P. 69–90.

Neznamov, A.V. and Smith, B.W. “It’s Not the Robot’s Fault! Russian and American Perspectives on Responsibility for Robot Harms” [*Robot ne vinovat! Vzgl'yad iz Rossii i SSHA na problemu otvetstvennosti za vred, prichinenny robotami*]. Staute [*Zakon*]. 2019. No. 5. P. 135–157.

Neznamov, A.V., Arkhipov, V.V., Bakumenko, V.V. and Volynets, A.D. Robotics Regulation: Introduction to Robotics. Legal Aspects of Development of Robotics and Artificial Intelligence [*Regulirovaniye robototekhniki: vvedeniye v “robopravo”*]. Pravovyye aspekty razvitiya robototekhniki i tekhnologiy iskusstvennogo intellekta]. Moscow, 2018. 232 p.

Pagallo, U. The Laws of Robots Crimes, Contracts, and Torts. Springer Science, 2013.

Palmerini, E., Bertolini, A., Koops, B.-J., Carnevale, A. and Salvini, P. “RoboLaw: Towards a European framework for Robotics Regulation”. Robotics and Autonomous Systems. 2016. Vol. 86. P. 78–85.

Petit, N. Law and Regulation of Artificial Intelligence and Robots: Conceptual Framework and Normative Implications. 31 p., available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2931339 (accessed 13 December 2019).

Ralko, V.V. “Notaryship Future” [*Budushcheye notariata*]. Notary [*Notarius*]. 2016. No. 8. P. 8–11.

Tikhomirov, Yu.A. and Nanba, S.B. (eds.). Legal Concept of Robotisation: A Monograph [*Yuridicheskaya kontseptsiya robotizatsii: monografiya*]. Moscow, 2019. 240 p.

Turner, J. Robot Rules: Regulating Artificial Intelligence. London, 2019.

Valle-Cruz, D., Ruvalcaba-Gomez, E.A., Sandoval-Almazan, R. and Criado, I.J. “A Review of Artificial Intelligence in Government and its Potential from a Public Policy Perspective”. Proceedings of the 20th Annual International Conference on Digital Government Research. Governance in the Age of Artificial Intelligence, 2019. P. 91–99.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Andrei V. Neznamov

Executive Director for AI Regulation of Sberbank PJSC, Founder of the Robolaw Research Center, Senior Researcher at the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, PhD in Law (e-mail: dronian@mail.ru).



**АРНАУТОВ
ДМИТРИЙ
РОМАНОВИЧ**

студент Балтийского
федерального
университета имени
Иммануила Канта

АКЦИИ С РАЗНЫМ ОБЪЕМОМ ПРАВ В США И РОССИИ

В статье анализируется предложение Правительства РФ по введению в корпоративное законодательство России института обыкновенных акций разных типов с дифференцированным объемом прав (двойная капитализация). По мнению автора, право США является одним из примеров, на который смогут опираться разработчики соответствующего законопроекта, так как впервые подобные акции появились именно там. Проводится краткий экскурс в историю регулирования двойной капитализации в США, систематично разбиваемую на три этапа, которые включают в себя 1920-е (акции с разным объемом прав появились впервые), 1980-е (акционерная практика значительно расширила перечень видов акций с разным объемом прав) и 1990-е гг. (нормирование двойной капитализации пришло к тому уровню развития, который можно наблюдать сегодня). Кроме того, автор приводит классификацию основных видов акций с разным объемом прав, подразделяя их на «суперголосующие» акции, акции с ограниченным голосом, акции с поэтапно изменяющимся правом голоса и др. Затем рассматриваются основные существующие в российском праве ограничения, не позволяющие установить двойную капитализацию в акционерных обществах, — это ст. 31 и 59 Федерального закона «Об акционерных обществах». При этом, по мнению автора, параллельно существуют такие институты, как привилегированные акции, дробные акции и кумулятивное голосование, которые представляют собой частные случаи отклонения от вышеназванных императивных правил. По итогам исследования делается вывод о принципиальной возможности и позитивных перспективах для бизнеса при введении в российское право института обыкновенных акций с разным объемом прав.

Ключевые слова: обыкновенные акции, категории и типы акций, классы акций, двойная капитализация, корпоративное право США



DMITRII R. ARNAUTOV

Student at Immanuel Kant
Baltic Federal University

SHARES WITH DIFFERENT RIGHTS IN THE UNITED STATES AND RUSSIA

The Russian Government has recently proposed amendments to the Federal Law on Joint Stock Companies that allow Russian joint stock companies the issuing of ordinary shares with a varying scope of corporate rights (also known as dual class stock). In the author's opinion, the US law is one of the relevant examples of dual class stock regulation to rely upon when drafting new legislation in Russia, since the US was the first country to introduce this type of shares. The paper gives a brief historical overview of dual class stock regulation in the United States, which includes three stages: 1) the 1920s when shares carrying different rights were first introduced; 2) the 1980s when corporate practice was significantly expanded with new types of shares carrying different rights; and 3) the 1990s, modern times, when dual class stock advanced to its present level. In addition, the author offers a classification of the main types of shares that carry different rights, dividing them into super-voting shares, lower voting shares, time-phased shares, and other classes. There are restrictions in Russian law that do not allow for dual class stock in joint-stock companies — these are Articles 31 and 59 of the Federal Law on Joint-Stock Companies. The author also writes about institutions such as preferred shares, fractional shares and cumulative shares that exist as deviations from the mandatory rules. As a result of his research, the author concludes that the opportunity is there in principle and businesses can benefit from having incorporated into Russian law ordinary shares that carry different rights.

Keywords: *ordinary shares, categories and types of shares, classes of shares, dual class stock, US corporate law*

Современное российское корпоративное право находится в стадии активного развития¹. Изменения

в законодательстве, произошедшие в 2012–2016 гг., свидетельствуют о повышенном внимании государ-

¹ См.: Шиткина И.С. Особенности развития современного корпоративного законодательства и тенденции правоохрани-

тельной практики // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 9. С. 46.

ства к проблемам корпоративных отношений. Подтверждение этому можно найти в п. 1.1.3 документа под названием «Основные направления деятельности Правительства Российской Федерации на период до 2024 года», содержащего меры по совершенствованию корпоративного законодательства². В настоящей работе обращается внимание на одно из предложений Правительства РФ — о выпуске российскими акционерными обществами обыкновенных акций с различным объемом прав.

Экономико-правовое явление, при котором акционерное общество размещает обыкновенные акции с непропорциональным объемом прав, называется двойной капитализацией (*dual class capitalisation*)³.

Данное исследование основано на применении сравнительно-правового метода, представляющего собой «сопоставление правовых явлений и процессов с целью выяснения между ними сходства и различий»⁴. Учитывая тот факт, что в России акционерная форма общества исторически была перенята из права других стран⁵, обращение к опыту зарубежных государств представляется оправданным.

В качестве страны для сравнения выбраны Соединенные Штаты Америки. Как отмечает проф. К. Хопт, с 1930-х гг. законодательство о ценных бумагах США служит моделью регулирования для всего остального мира⁶. Поэтому неудивительно, что обыкновенные акции с дифференцированным объемом прав впервые появились именно в Соединенных Штатах⁷. Двойная капитализация там дозволена как в силу диспозитивности правил, так и по прямому разрешению закона⁸.

Таким образом, от разработчиков законопроекта о введении в российское право института обыкновенных акций разных типов стоит ожидать обращения к сложившемуся правовому опыту США.

1. Сущность двойной капитализации

Участники американских корпораций могут сами определять виды классов акций, а также наиболее подходящие организации особенности⁹. Однако до определенного времени в США не использовали двойную капитализацию. Считается, что акции с разными правами появились вследствие желания отдельных менеджеров сосредоточить в своих руках контроль без внесения дополнительных вкладов¹⁰.

Переход компании на двойную капитализацию представляет собой следующий процесс. Общее собрание акционеров вносит изменения в устав, создавая два класса обыкновенных акций с разными правами, которые именуются как класс А и класс В¹¹. Акции с разным объемом прав могут быть введены: посредством первичного публичного размещения (*initial public offering*)¹², обмена акций одного класса на другой (*exchange offer*), распределения акций в качестве дивидендов (*special distribution*), изменения положений устава об объеме прав по акциям одного, уже существовавшего ранее, класса акций (*alteration of voting rights*)¹³; некоторые авторы включают в перечень способов установления двойной капитализации планы участия работников в акционерном капитале (*Employee stock ownership plan, ESOP*)¹⁴.

Акции с разным объемом прав наиболее часто выпускаются в компаниях, имеющих некоторые особенно-

² URL: <http://static.government.ru/media/files/neoVGNJuk9SQjGNNsXIX2d2CpCho9qS.pdf> (дата обращения: 09.01.2020).

³ См.: *Dent G.W.* Dual Class Capitalization: A Reply to Professor Seligman // *George Washington Law Review*. 1986. Vol. 54. P. 726; *Гохан П.А.* Слияния, поглощения и реструктуризация компаний. М., 2007. С. 240.

⁴ *Филиппова С.Ю.* Цивилистическая наука России: становление, функции, методология. М., 2017. С. 282.

⁵ См.: *Долинская В.В.* Акционерное право: основные положения и тенденции: монография. М., 2006. С. 26.

⁶ *Hopt K.J.* Comparative Company Law // *The Oxford Handbook of Comparative Law* / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford, 2006. P. 1179.

⁷ См.: *Ландкоф С.Н.* Проблема развития современного акционерного права. Харьков, 1927. С. 30.

⁸ См.: *Мозолин В.П.* Корпорации, монополии и право в США. М., 1966. С. 245–246.

⁹ См.: *Фомина О.Н.* Правовое положение предпринимательской корпорации в США и акционерного общества в Российской Федерации: сравнительно-правовой анализ: монография. М., 2016. С. 99.

¹⁰ См.: *Ландкоф С.Н.* Указ. соч. С. 25; *Ashton D.C.* Revisiting Dual-Class Stock // *St. John's Law Review*. 1994. Vol. 68. № 4. P. 886; *Bainbridge S.M.* The Short Life and Resurrection of SEC Rule 19C-4 // *Washington University Law Quarterly*. 1991. Vol. 69. P. 572.

¹¹ *Bainbridge S.M.* Op. cit.

¹² *Gordon J.N.* Ties That Bond: Dual Class Common Stock and the Problem of Shareholder Choice // *California Law Review*. 1988. Vol. 76. № 1. P. 4.

¹³ *Ibid.* P. 40.

¹⁴ *Dent G.W.* Op. cit. P. 742.



сти. **Во-первых**, в традиционно дисперсной системе корпоративного управления США¹⁵ двойная капитализация проводится группой менеджеров, которые более осведомлены о внутренних делах компании и навязывают выгодные для себя решения остальным акционерам¹⁶. **Во-вторых**, разные классы акций характерны для семейного бизнеса. В подобных компаниях существуют особые социальные связи, основанные на преемственности поколений, заинтересованности в результате совместного труда¹⁷. Создатели семейного предприятия переживают за его судьбу, пытаются сохранить бизнес функционирующим, передать управление наследникам¹⁸. **В-третьих**, в последнее время двойная капитализация характерна для быстрорастущих технологических отраслей, таких как коммуникации, медиа¹⁹, Интернет²⁰.

В американской научной литературе высказывались противоречивые мнения относительно допустимости существования в корпоративном праве двойной капитализации. В качестве ее достоинств выделяют: 1) защиту активов акционеров от враждебных поглощений; 2) устранение для менеджеров риска увольнения контролирующими акционерами; 3) облегченную диверсификацию активов; 4) перемещение корпоративного контроля к лицам, которые ценят его больше, чем иные участники общества²¹.

В то же время большинство критиков акций с разным объемом прав отмечают их негативное влияние на благосостояние акционеров²².

Эмпирические исследования проф. Дж.Н. Гордона показали, что акции компаний, проводивших двойную

капитализацию в 1968–1984 гг., затем потеряли часть стоимости²³. Еще один аргумент против двойной капитализации имеет морально-политическую окраску: право голоса принадлежит каждому акционеру и не может быть умалено²⁴.

2. История развития двойной капитализации в США

Предприниматели, привлекающие средства с помощью фондовых рынков, изначально имели максимальную свободу в определении структуры капитала²⁵. При этом считалось, что если компания ищет финансирования, то акционеры получают равные права голоса, зависящие от инвестиций²⁶. Впоследствии отношение к разноголосым акциям изменилось, и нормы о двойной капитализации прошли три этапа развития.

Во-первых, следует отметить **широкое распространение неголосующих акций (*non-voting stocks*) в 1920-х гг.**, в противовес которым создавали так называемые банкирские акции (*bankers stocks*)²⁷. Профессор А. Берле характеризовал статус держателей таких акций как «сила без ответственности»²⁸. В 1920-х гг. Нью-Йоркская фондовая биржа (далее — *NYSE*) первой запретила выпуск неголосующих акций²⁹. Вместе с тем Американская фондовая биржа (далее — *Amex*) и Национальная ассоциация дилеров по ценным бумагам (далее — *NASDAQ*) имели менее строгие стандарты листинга и позволяли выпуск второго класса акций³⁰.

Во-вторых, появление «суперголосующих» акций в 1980-е гг., в период четвертой волны слияний

²³ Ibid. P. 26–30.

²⁴ *Flocos P.N.* Toward a Liability Rule Approach to the “One Share, One Vote” Controversy: An Epitaph for the SEC’s Rule 19C-4? // *University of Pennsylvania Law Review*. 1990. Vol. 138. № 6. P. 1784.

²⁵ *Fischel D.R.* Organized Exchanges and the Regulation of Dual Class Common Stock // *The University of Chicago Law Review*. 1987. Vol. 54. № 1. P. 119.

²⁶ *Lowenstein L.* Shareholder Voting Rights: A Response to SEC Rule 19c-4 and to Professor Gilson // *Columbia Law Review*. 1989. Vol. 89. № 5. P. 983.

²⁷ *Berle A.A. Jr.* Non-Voting Stock and “Bankers’ Control” // *Harvard Law Review*. 1926. Vol. 39. № 6. P. 673.

²⁸ Ibid. P. 674.

²⁹ *Ashton D.C.* Op. cit. P. 893; *Gilson R.J.* Evaluating Dual Class Common Stock: The Relevance of Substitutes // *Virginia Law Review*. 1987. Vol. 73. № 5. P. 807.

³⁰ *Gilson R.J.* Op. cit.

¹⁵ *Шевченко Г.Н.* Правовое регулирование ценных бумаг: учеб. пособие. М., 2005. С. 24.

¹⁶ *Gordon J.N.* Op. cit. P. 11–12.

¹⁷ См.: Юридическая судьба бизнеса при расторжении брака и наследовании: монография / отв. ред. И.В. Ершова, А.Н. Левушкин. М., 2019. С. 30 (автор соответствующей главы — А.В. Барков).

¹⁸ См. там же. С. 275, 310 (авторы соответствующих глав — М.Е. Васляева, И.А. Михайлова).

¹⁹ *Ashton D.C.* Op. cit. P. 939.

²⁰ *CFA Institute.* Dual-Class Shares: The Good, the Bad, and the Ugly. P. 34. URL: <https://www.cfainstitute.org/-/media/documents/survey/apac-dual-class-shares-survey-report.ashx> (дата обращения: 09.01.2020).

²¹ *Ashton D.C.* Op. cit. P. 923–928.

²² *Gordon J.N.* Op. cit. P. 3.

в США³¹. Для защиты активов компании от враждебного поглощения стали популярными механизмы двойной капитализации³². Используя выпуск разногласных акций, многие менеджеры захватывали корпоративный контроль и сохраняли его даже после того, как опасность поглощения миновала³³. В результате нарушений прав миноритарных акционеров Комиссия по ценным бумагам и биржам США (далее — SEC) приняла правило 19C-4 в Закон США 1934 г. «О торговле ценными бумагами». Новая норма, в сущности, не запрещала листинг двух классов акций³⁴, но обязывала биржи не производить листинг ценных бумаг, которые приводят к аннулированию или ограничению права держателей акций на голосование на общем собрании³⁵. Считается, что введением этого правила SEC преследовала цель запретить NYSE, Amex и NASDAQ размещать и продолжать котировать соответствующие ценные бумаги³⁶.

В-третьих, Апелляционный суд США по округу Колумбия в 1990 г. признал правило 19C-4 недействительным из-за превышения полномочий SEC³⁷. К началу XXI в. все крупные биржи США (NYSE, NASDAQ, Amex (NYSE MKT LLC)) позволили компаниям размещать несколько классов обыкновенных акций при первом выпуске акций³⁸. Вышеперечисленные биржи приняли нормы, основанные на отмененном правиле 19C-4³⁹. Нововведения направлены в основном на регулирование выпусков новых классов акций, хотя и не запрещают их полностью, если они не противоречат политике биржи.

Подобные нормы приняты и на законодательном уровне. Так, § 6.01 (c) Модельного закона о корпорациях

предоставляет корпорациям право выпускать несколько классов акций, которые имеют специальные, условные или ограниченные права голоса или не имеют их совсем⁴⁰. § 151 Закона штата Делавэр о корпорациях закрепляет право любой корпорации выпускать один или более классов акций с полным, ограниченным правом голоса или без права голоса. Схожие нормы закреплены в законах других штатов⁴¹.

3. Основные виды акций с разным объемом прав

Ввиду широкого разнообразия акций с разным объемом прав в литературе отсутствует единый перечень их видов. Однако акционерная практика за несколько десятков лет выработала несколько основных подходов к выпуску таких ценных бумаг, актуальных и по сей день.

«Суперголосующие» акции (super-voting shares) предоставляют держателям увеличенное по сравнению с другими классами акций количество голосов. Для соблюдения баланса интересов разных групп акционеров такие акции содержат в себе и обременения имущественных прав.

Наиболее часто встречается уменьшение дивидендов для «суперголосующих» акций или же увеличение дивидендов для второго класса акций⁴². Кроме того, контролирующие акции ограничены в передаче. Как правило, устав предусматривает возможность отчуждения «суперголосующих» акций только другим держателям того же класса акций⁴³.

Согласно сложившейся корпоративной практике «суперголосующие» акции предоставляют 10 голосов на одну акцию⁴⁴. Данное правило является общепризнанным стандартом, хотя встречаются и другие варианты распределения голосов, например 3 (AMC

³¹ *Flocos P.N.* Op. cit. P. 1761.

³² *Gordon J.N.* Op. cit. P. 4.

³³ *Bainbridge S.M.* Op. cit. P. 566, 571.

³⁴ *Lowenstein L.* Op. cit. P. 984.

³⁵ *Bainbridge S.M.* Op. cit. P. 566.

³⁶ *Ashton D.C.* Op. cit. P. 898.

³⁷ *Bainbridge S.M.* Op. cit. P. 567; *Dent G.W.* Op. cit. P. 727.

³⁸ *Wen T.* You Can't Sell Your Firm and Own It Too: Disallowing Dual-Class Stock Companies from Listing on the Securities Exchanges // University of Pennsylvania Law Review. 2014. Vol. 162. Iss. 6. P. 1496–1497.

³⁹ Sec. 313.00 NYSE Listed Company Manual. URL: <http://wallstreet.cch.com/LCM/Sections/>; IM-5640 The Nasdaq Stock Market Rules. URL: <http://nasdaq.cchwallstreet.com/NASDAQ/Main/>; Sec. 122 NYSE American Company Guide. URL: <http://wallstreet.cch.com/American/CompanyGuide/> (дата обращения: 09.01.2020).

⁴⁰ MBCA. URL: http://www.lexisnexis.com/documents/pdf/20080618091347_large.pdf (дата обращения: 09.01.2020).

⁴¹ § 607.0601. Florida Business Corporation Act. URL: http://www.leg.state.fl.us/_§_10-601. The Arizona Revised Statutes. URL: <https://www.azleg.gov/viewdocument/?docName=https://www.azleg.gov/ars/10/00601.htm> (дата обращения: 09.01.2020).

⁴² *Ashton D.C.* Op. cit. P. 878.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Wen T.* Op. cit. P. 1496.



Entertainment Holdings), 5 (*Ameresco*), 50 (*American Homes 4 Rent*), 70 (*Zynga*) голосов на акцию⁴⁵.

Акции с ограниченным правом голоса (*low-voting shares*) предоставляют держателям уменьшенное по сравнению с другими классами акций количество голосов. Как правило, такие акции предполагают выплату повышенных дивидендов.

Наиболее известный пример выпуска таких акций получил название «формула Вана» (*Wang Formula*). После отказа в котировке на бирже NYSE в середине 1970-х гг. Ван Ань обратился к *Amex*⁴⁶. Новый класс акций предоставлял $\frac{1}{10}$ голоса на акцию, имел повышенный дивиденд и торговался с небольшой премией⁴⁷. Как и в предыдущем случае, многие компании предпочитают иное распределение права голоса. К их числу относятся, например, *Rush Enterprises* ($\frac{1}{20}$ голоса на акцию), *National Research* ($\frac{1}{1000}$ голоса на акцию), *Berkshire Hathaway* ($\frac{1}{10\,000}$ голоса на акцию)⁴⁸.

Акции с поэтапно изменяющимся правом голоса (*time-phased voting shares*) предоставляют держателю определенное количество голосов в течение какого-либо отрезка времени, с последующим бессрочным их увеличением или уменьшением. Подобные классы акций должны были дать менеджменту достаточно времени для принятия антикризисных решений и разработки защитных стратегий от враждебного поглощения. По прошествии нескольких лет контроль снова возвращался к акционерам⁴⁹.

Временное право голоса по-прежнему используется в современной акционерной практике, однако оно направлено не на защиту активов акционеров от поглощения, а на защиту вложенных инвесторов в производство.

Новые акции предоставляют минимальное количество голосов в течение нескольких лет, затем оно увеличивается. Например, в *Aflac* акции предоставляют один

голос на четыре года, который затем конвертируется в десять голосов на акцию⁵⁰.

Акции с правом голоса по определенным вопросам предоставляют право голосовать на общем собрании только по обозначенным уставом вопросам. На сегодняшний день с уверенностью можно выделить две основные категории подобных акций: первая предоставляет ограниченное право голоса по всем вопросам компетенции собрания или не предоставляет права вообще, но позволяет в любом случае избирать определенную долю совета директоров; вторая дает возможность голосовать по вопросам слияния.

Так, в *American Software* обыкновенные акции класса A содержат $\frac{1}{10}$ голоса за акцию, но гарантируют голосование по ним за 25% совета⁵¹. Компания *News Corporation* выпустила негосударственные акции, предоставляющие 1 голос по вопросам слияний⁵². Необычный подход применялся в *E.W. Scripps Company*, где класс A давал право голосовать только по вопросам, требуемым законодательством штата Делавэр⁵³. Таким образом, следует отметить полное усмотрение корпораций в выборе категорий вопросов, по которым акция будет давать право голоса.

4. Введение акций с разным объемом прав в России

В российской юридической науке уже упоминалась классификация акций по признаку прав, которыми она наделяет владельца. При этом отмечалось, что существование таких акций «в России не охватывает всего богатства, предлагаемого зарубежным законодательством и мировой практикой»⁵⁴. В то же время некоторые авторы подразделяют акции по признаку объема прав на обыкновенные и привилегированные⁵⁵. Такая точка зрения основана на действующем законодательстве. Действительно, отечественное корпоративное право закрепляет требование о равном объеме прав, закрепленных за обыкновенными акциями од-

⁴⁵ *Council of Institutional Investors*. Dual Class Companies List. URL: [https://www.cii.org/files/3_17_17_List_of_DC_for_Web-site\(1\).pdf](https://www.cii.org/files/3_17_17_List_of_DC_for_Web-site(1).pdf) (дата обращения: 09.01.2020).

⁴⁶ *Karmel R.S.* The Future of Corporate Governance Listing Requirements // *SMU Law Review*. 2001. Vol. 54. Iss. 1. P. 331.

⁴⁷ *Dent G.W.* Op. cit. P. 740.

⁴⁸ *Council of Institutional Investors*. Op. cit.

⁴⁹ *Bainbridge S.M.* Op. cit. P. 574.

⁵⁰ *Council of Institutional Investors*. Op. cit.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid.

⁵³ *Ashton D.C.* Op. cit. P. 879.

⁵⁴ *Долинская В.В.* Указ. соч. С. 249–250.

⁵⁵ См., напр.: *Кашанина Т.В.* Корпоративное право: учеб. М., 2010. С. 415; *Шевченко Г.Н.* Указ. соч. С. 23.

ного выпуска. Далее мы рассмотрим существующие законные ограничения, препятствующие разрешению выпускать акции с разным объемом прав.

4.1. Принцип равенства прав акционеров

Часть 1 ст. 31 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее — Закон об АО) содержит императивную норму, согласно которой каждая обыкновенная акция общества предоставляет акционерам одинаковый объем прав. То есть объем корпоративных прав зависит исключительно от количества принадлежащих участнику общества акций⁵⁶. В акциях одного выпуска должен быть предусмотрен равный объем прав и сроки их осуществления⁵⁷. Каждая равная по объему прав обыкновенная акция предоставляет один голос на общем собрании⁵⁸.

Статья 59 Закона об АО содержит ограничение на введение двойной капитализации по образцу США. Согласно ей голосование на общем собрании акционеров осуществляется по принципу «одна голосующая акция общества — один голос», за исключением проведения кумулятивного голосования в случае, предусмотренном Законом. Более императивно сформулирована похожая норма в ч. 1 ст. 4 Федерального закона от 19.07.1998 № 115-ФЗ «Об особенностях правового положения акционерных обществ работников (народных предприятий)», где установлено, что уменьшение количества голосов владельцу акций народного предприятия при голосовании по принципу «одна акция — один голос» не допускается. Считается, что отступление от данного принципа нарушило бы принципы равенства и социальной справедливости⁵⁹. В арбитражной практике мы находим правовые позиции, косвенно запрещающие *иные критерии распределения голосов*, нежели те, которые содержатся в Законе об АО⁶⁰.

Тем не менее у Конституционного Суда РФ имеется множество правовых позиций, которые необходимо учесть при разработке законодательства о двойной капитализации. Так, Суд отмечал право общего собрания акционеров «самостоятельно принимать стратегические экономические решения»⁶¹; указывал, что одной из задач законодательства является «обеспечение баланса законных интересов кредиторов и акционеров, акционеров и менеджмента, акционеров — владельцев крупных пакетов акций и миноритарных акционеров»⁶²; перекладывал риски прибыльности и убыточности на лиц, приобретающих акции⁶³.

Следует согласиться с тем, что конфликты интересов между акционерами обусловлены правовой природой акционерного общества⁶⁴ и могут быть только минимизированы, но не устранены полностью.

4.2. Отклонения от правила «одна акция — один голос»

Несмотря на императивные нормы, в российском законодательстве можно выделить три случая отклонения от правила «одна акция — один голос»: в привилегированных акциях, дробных акциях и при кумулятивном голосовании.

Привилегированные акции. Сущность привилегированных акций заключается в предоставлении их держателям преимуществ, закрепленных в уставе⁶⁵. Согласно п. 3 ст. 11 Закона об АО устав общества должен содержать сведения о категориях размещаемых акций, а также о правах, предоставляемых каждой категорией и типом акций. По категориям акции делятся на обыкновенные и привилегированные.

Понятие типов акций урегулировано в п. 6 ст. 32 Закона об АО, где устанавливается, что только в непубличном обществе «могут быть предусмотрены *один или несколько типов привилегированных акций* (курсив наш. — Д.А.), предоставляющих помимо или

⁵⁶ См.: Корпоративное право: учеб. курс в 2 т. Т. 1 / отв. ред. И.С. Шиткина. М., 2017. С. 240 (автор соответствующей главы — И.С. Шиткина).

⁵⁷ См.: Долинская В.В. Указ. соч. С. 244.

⁵⁸ См.: Корпоративное право: учеб. курс в 2 т. Т. 2 / отв. ред. И.С. Шиткина. М., 2018. С. 47 (автор соответствующей главы — С.Ю. Филиппова).

⁵⁹ См.: Долинская В.В. Указ. соч. С. 250.

⁶⁰ См., напр.: решение АС Московской области от 15.09.2014 по делу № А41-36579/14.

⁶¹ Постановление КС РФ от 24.02.2004 № 3-П.

⁶² Определение КС РФ от 08.04.2010 № 453-О-О.

⁶³ Определение КС РФ от 17.01.2017 № 1-О.

⁶⁴ Постановление КС РФ от 10.04.2003 № 5-П.

⁶⁵ См.: Кашанина Т.В. Указ. соч. С. 415.



вместо прав, предусмотренных настоящей статьей, право голоса по всем или некоторым вопросам компетенции общего собрания акционеров, в том числе при возникновении или прекращении определенных обстоятельств». Можно сделать следующий вывод: понятие типов акций в российском праве идентично пониманию класса акций в праве США, с той лишь разницей, что типы акций используются только в непубличных обществах.

Таким образом, в корпоративном праве РФ на данный момент существует прообраз двойной капитализации по образцу права США. Основное различие заключается в том, что американское право более диспозитивно в установлении характеристик акций с разным объемом прав.

Дробные акции. Часть 3 ст. 25 Закона об АО закрепляет возможность образования дробных акций, предоставляющих владельцу права в объеме, соответствующем части целой акции, которую она составляет. Так, если акционер обладает $\frac{1}{2}$ доли обыкновенной акции, то на общем собрании ему предоставляется $\frac{1}{2}$ голоса по акции⁶⁶. При этом дробные акции формально не отклоняются от принципа «одна акция — один голос», поскольку предоставляют владельцу части акции пропорциональное части целой акции право голоса.

Дробные акции оцениваются учеными в основном негативно. Например, Д.В. Ломакин отмечает, что дробные акции не соответствуют «понятию акции как ценной бумаги» в силу признака неделимости прав по акции⁶⁷. С ним соглашается Г.Н. Шевченко, указывающая на отсутствие необходимости появления таких акций в акционерном праве РФ⁶⁸.

Тем не менее при анализе института дробных акций можно провести параллели с таким видом акций, устанавливаемых при двойной капитализации, как акции с ограниченным правом голоса. Оба вида акций предполагают количество голосов, которое соответствует числу менее единицы. Стоит также назвать следую-

щие отличия дробных акций от акций с ограниченным правом голоса. *Во-первых*, дробная акция представляет собой часть целого объекта гражданских прав — акции, тогда как акция с ограниченным правом голоса остается единой и неразделенной, изменяется лишь право голоса. *Во-вторых*, перечень случаев образования дробных акций имеет закрытый характер⁶⁹, что не позволяет организовать их активное обращение, в отличие от акций с ограниченным правом голоса.

Таким образом, следует признать существование в российском акционерном праве института, позволяющего осуществлять право голоса в количестве меньшем, чем это предусмотрено законом.

Кумулятивное голосование. При кумулятивном голосовании количество голосов держателя акций увеличивается в соответствии с количеством включенных в список голосования кандидатур в совет директоров корпорации⁷⁰. В российском праве этот институт закреплен в ст. 59 Закона об АО. Судебная практика подтверждает императивность данной нормы, запрещая применять кумулятивное голосование для иных, не связанных с выбором совета директоров корпоративных действий, что предопределяет исключительность данной нормы⁷¹.

В литературе отмечается, что механизм кумулятивного голосования направлен на обеспечение прав миноритарных акционеров⁷². Кроме того, кумулятивное голосование — это законодательное требование, устанавливающее особый правовой режим проведения голосования. Невозможно предоставить увеличенное число голосов на акцию при голосовании по другим вопросам, так как это право не связано с режимом акции как объекта гражданских прав.

Поэтому, на наш взгляд, не совсем некорректно проводить аналогию между таким видом голосования и допустимостью «суперголосующих» акций. Однако в обоих случаях количество голосов умножается на

⁶⁶ См.: Корпоративное право: учеб. курс в 2 т. Т. 1. С. 243 (автор соответствующей главы — И.С. Шиткина).

⁶⁷ Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М., 2008. С. 157.

⁶⁸ Шевченко Г.Н. Указ. соч. С. 32.

⁶⁹ Корпоративное право: учеб. курс в 2 т. Т. 1. С. 243 (автор соответствующей главы — И.С. Шиткина).

⁷⁰ Мозолин В.П. Указ. соч. С. 256.

⁷¹ Решение АС Ульяновской области от 25.12.2006 по делу № А72-8031/2006.

⁷² См.: Корпоративное право: учеб. курс в 2 т. Т. 2. С. 218 (автор соответствующей главы — И.С. Шиткина).

определенный коэффициент, зависящий от количества кандидатов в совет директоров в случае кумулятивного голосования или установленный в уставе общества для «суперголосующих» акций.

4.3. Потенциальные проблемы имплементации института и возможные пути их решения

Исходя из вышеизложенного, следует обратить внимание на спектр правовых проблем, которые могут возникнуть при введении в российское право возможности выпуска обыкновенных акций с различным объемом прав, с целью предварительного их решения. Несмотря на то, что ранее мы указывали на определенные изъятия из общих правил, которые могут пониматься как «ограниченные механизмы двойной капитализации», ОЭСР отмечает, что в России никак не урегулирован институт дополнительного класса акций⁷³. Следовательно, прежде всего необходимо вернуться к рассмотрению базовых норм в этой сфере.

Ограничения в принципах голосования. Как мы уже отмечали, закрепленное в ст. 59 правило «одна акция — один голос» не может быть интерпретировано по-другому, даже если такое решение принято участниками общества самостоятельно и имплементировано в устав. Стоит сказать, что правило сформулировано таким образом, что оно **не запрещает выпуск акций**, предоставляющих большее или меньшее число голосов в одной акции, **но предписывает порядок голосования**, где на одну акцию приходится один голос. Кроме того, из текста статьи не следует различий между применением правила к обыкновенным или привилегированным акциям, по закону или по уставу наделенным правом голоса (п. 5, 6 ст. 32 Закона об АО). Это означает, что для введения рассматриваемого института в первую очередь необходимо изменить ст. 59 Закона об АО, позволив осуществлять голосование в соответствии с предусмотренными участниками общества положениями устава.

Привилегированные акции как база двойной капитализации. Следующий важный аспект пробле-

матики двойной капитализации заключается в том, что привилегированные акции на данный момент предоставляют участникам общества определенную долю свободы, позволяющую им принять поправки к уставу, наделяющие их правом голоса по привилегированным акциям. Заметим, что А.Е. Молотников, ссылаясь на труды И.Т. Тарасова, объяснял появление привилегированных акций стремлением обойти формальности, которые были предусмотрены для облигаций⁷⁴. То есть исторически назначение привилегированных акций заключалось в привлечении капитала без предоставления существенного объема корпоративных прав. Кроме того, при изначальном отсутствии привилегированных акций будущие их владельцы не всегда могут участвовать в определении прав по ним, поскольку на данном этапе это компетенция общего собрания, состоящего из участников с обыкновенными акциями.

Для начала следует отметить, что привилегированные акции могут составлять не более 25% уставного капитала общества. Считается, что если непропорциональное распределение прав по голосованию на общем собрании более эффективно для управления определенной компанией, то нужно принимать именно такую структуру, отказываясь от правила «одна акция — один голос» в тех случаях, где это разрешено⁷⁵. Как утверждал Р. Коуз, «если права на совершение определенных действий могут быть куплены и проданы, их в конце концов приобретут те, кто выше ценит даруемые ими возможности производства»⁷⁶. Исходя из данных предпосылок, логично утверждать, что четверть уставного капитала не всегда позволяет обеспечить необходимую степень свободы в каждом конкретном случае. Например, в настоящих условиях можно сформировать такую структуру капитала, при которой меньшинство будут составлять лица, имеющие привилегированные акции, которые не предоставляют право голоса, но невозможно обеспечить голосующее меньшинство акционеров, обладающее большинством голосов (поскольку по общему правилу привилегированные акции обладают меньшими правами голоса, чем обыкновенные).

⁷³ OECD Corporate Governance Factbook 2019. URL: <http://www.oecd.org/corporate/corporate-governance-factbook.htm> (дата обращения: 09.01.2020).

⁷⁴ Молотников А.Е. Правовое регулирование рынка ценных бумаг: учеб. пособие. М., 2013. С. 184.

⁷⁵ Easterbrook F.H., Fischel D.R. Voting in Corporate Law // The Journal of Law and Economics. 1983. Vol. 26. № 2. P. 408–409.

⁷⁶ Коуз Р. Фирма, рынок и право. М., 2007. С. 17.



Исходя из вышеизложенного, данный механизм не отражает сущность института двойной капитализации и в значительной степени его ограничивает.

В свою очередь, обыкновенные акции выпускаются как в публичных, так и в непубличных акционерных обществах, что предполагает больший охват потенциальных инвесторов, ищущих возможности диверсификации портфеля. Предлагая больше возможностей приобрести различные классы обыкновенных акций, хозяйственные общества предоставляют новые условия участия в корпоративном управлении и возможность построения гибкой системы принятия решения, зависящей от нужд и интересов ее участников.

Нет никакой практической пользы от предоставления различных прав голоса по акциям, рассматриваемым больше как инструмент привлечения капитала, нежели корпоративного управления (об этом нам говорит общее правило — привилегированные акции не обладают правом голоса, за исключением особо важных вопросов вроде ликвидации общества). Именно поэтому самым разумным решением видится реформирование института обыкновенных акций, в чем мы солидарны с Правительством РФ и его позицией, выраженной в документе, названном в начале статьи.

Другие проблемы на уровне акционерного законодательства. На наш взгляд, проблемы, связанные с голосованием, опосредованно оказывают влияние на все институты корпоративного права. Следовательно, отдельные негативные последствия, которые могут возникнуть в случае разрешения обществам выпускать обыкновенные акции с разным объемом прав, достойны быть предметом соответствующих исследований. В настоящей работе мы хотели бы обозначить некоторые, по нашему мнению, ключевые проблемы, на которые стоит обратить особое внимание с практической точки зрения.

Например, само по себе предоставление возможности выпускать два и более класса обыкновенных акций ставит перед юристами вопрос о том, как имплементировать соответствующие положения в устав общества. Основу для поиска ответа на этот вопрос могут составить некоторые разъяснения, примени-

мые к привилегированным акциям и считающиеся лучшими практиками. Так, согласно п. 353 Кодекса корпоративного управления⁷⁷ при размещении нового типа привилегированных акций совету директоров надлежит проанализировать целесообразность появления нового типа акций, опираясь на принцип «одна акция — один голос» как на образец. Это положение отражает опасения меньшинства акционеров, права которых могут быть нарушены выпуском нового в данном случае класса обыкновенных акций, в силу чего при введении института двойной капитализации было бы справедливо предусмотреть в законе нормы о предварительном анализе, запросе мнения, проведении совещания и т.д. При отсутствии такой нормы лучшей практикой будет применение названного положения Кодекса по аналогии к обыкновенным акциям нескольких классов.

Полагаем, что определение прав по обыкновенным акциям разного класса на первое время после введения необходимо ограничить. В силу исторических и экономических причин полная диспозитивность корпоративного права несвойственна российскому правопорядку.

Даже на примере многолетней американской акционерной практики можно увидеть, что функционирование института двойной капитализации с самого начала сопровождалось множеством нарушений прав миноритарных акционеров. Для того чтобы подобная ситуация не повторилась в России, необходимы соразмерные ограничения на выпуск нескольких классов акций. Такие ограничения могут накладываться как правилами биржи (по американскому варианту), так и законом, что мы рассмотрим далее.

Примеры ограничений на выпуск нескольких классов акций могут быть найдены опять же в американской акционерной практике, где их по различным причинам в разное время отвергли в пользу унифицированного регулирования тремя основными биржами. Например, *Atex* принимала решение о листинге акций с разным объемом прав для компаний, имеющих треть независимых директоров в составе или при обеспечении права акционеров с ограниченными правами выби-

⁷⁷ Письмо Банка России от 10.04.2014 № 06-52/2463 «О Кодексе корпоративного управления».

рать 25% совета директоров⁷⁸. В NYSE планировалось котирировать акции двух классов в случае соблюдения требования квалифицированного большинства голосов за выпуск нового класса акций, требования об ограничении количества голосов по «суперголосующим» акциям и т.д.⁷⁹ Подобные примеры могут быть приняты во внимание при разработке соответствующего законодательства.

После того, как общество приняло в установленном порядке решение о выпуске дополнительного класса акций, необходимо решить вопрос о сущности предоставляемых им прав. Как мы отмечали ранее, современной акционерной практике известны различные виды акций с разным объемом прав — «суперголосующие», акции с ограниченным правом голоса и т.д. Поскольку в силу п. 13.4 Стандартов эмиссии ценных бумаг⁸⁰ для государственной регистрации выпуска акций и отчета об итогах их выпуска в регистрирующий орган дополнительно представляется копия договора о создании общества или, в соответствии с п. 14.2, решение о размещении дополнительных акций, следует определить, как именно разграничивать и описывать права акционеров, владеющих разными классами акций.

На наш взгляд, в уставе, решении, предоставляемых регистрирующему органу документах должен быть отражен статус акционеров — владельцев акций с разным объемом прав. Опираясь на мировую практику, классы акций следовало бы называть латинскими буквами (класс A, класс B, класс C и т.д.), что сделает регулирование более понятным для иностранных инвесторов.

Будет разумно требовать, например, установления критериев, по которым различаются права по акциям для их наглядного сравнения прямо в уставе (например, акции класса A предоставляют 10 голосов на акцию; акции класса B предоставляют 1 голос на

акцию — такая формулировка подразумевает, что других отличий в правах у данных акций не имеется). Что касается объема свободы, предоставляемой акционерам при определении различных прав по обыкновенным акциям, то, как и в предыдущем случае, мы выступаем за разумные первичные ограничения с целью защиты прав меньшинства акционеров. Например, для начала можно было бы предусмотреть возможность выпуска только «суперголосующих» акций и акций с ограниченными правами голоса для того, чтобы сложилась устойчивая акционерная и судебная практика по таким акциям, были сформулированы общие судебные позиции. Вред от иных видов акций с различным объемом прав для неподготовленной экономики очевиден: скажем, акции, предоставляющие больший объем прав голоса через несколько лет, могут быть использованы мошенниками для создания финансовых пирамид.

5. Выводы

По результатам исследования мы приходим к выводу о возможности введения в российское право института акций с разным объемом прав.

Во-первых, нормы законодательства РФ об акциях имеют определенное сходство с действующими в США правилами выпуска акций с непропорциональным объемом прав. Правило «одна акция — один голос» (ст. 59 Закона об АО) имеет исключения, при которых акционер располагает большим числом голосов на одну акцию (при кумулятивном голосовании). В других нормах Закона содержится возможность иметь меньшее число голосов (при голосовании дробными акциями — ст. 25) или не иметь их совсем (для привилегированных акций — ст. 32). Таким образом, в РФ существуют ограниченные механизмы двойной капитализации. Внесение диспозитивных норм может положительно сказаться на инвестиционном климате и привлечь иностранные инвестиции. Подтверждение этому можно найти в современной акционерной практике, когда компании, не имеющие возможности выпустить второй класс обыкновенных акций, размещают их в государствах, где это дозволено⁸¹.

⁷⁸ Ashton D.C. Op. cit. P. 902.

⁷⁹ Ibid. P. 896–897.

⁸⁰ Положение Банка России от 11.08.2014 № 428-П «О стандартах эмиссии ценных бумаг, порядке государственной регистрации выпуска (дополнительного выпуска) эмиссионных ценных бумаг, государственной регистрации отчетов об итогах выпуска (дополнительного выпуска) эмиссионных ценных бумаг и регистрации проспектов ценных бумаг».

⁸¹ Wen T. Op. cit. P. 1508.



Во-вторых, несмотря на имеющиеся сходства, не следует бездумно имплементировать институт двойной капитализации из права США, как это часто бывало при разработке акционерного законодательства в России⁸². В случае введения правил об акциях с разным объемом прав следует предусмотреть соразмерные ограничения на выпуск таких акций, например условие о большинстве независимых директоров, квалифицированном большинстве голосов за выпуск нового класса и т.д.⁸³

В-третьих, предлагается на первое время закрепить в законодательстве только два типа обыкновенных акций с разным объемом прав — «суперголосующие» акции и акции с ограниченным правом голоса. По нашему мнению, широкая степень диспозитивности и безграничное усмотрение корпораций в вопросе введения двойной капитализации может привести к нарушениям прав миноритарных акционеров.

В целом можно оценить рассмотренное предложение Правительства РФ положительно. Введение обыкновенных акций с разным объемом прав предоставит участникам акционерных обществ новые возможности в сфере корпоративного управления, что на сегодняшний день следует только приветствовать. 

REFERENCES

- Ashton, D.C. "Revisiting Dual-Class Stock". St. John's Law Review. 1994. Vol. 68. No. 4. P. 863–960.
- Bainbridge, S.M. "The Short Life and Resurrection of SEC Rule 19C-4". Washington University Law Quarterly. 1991. Vol. 69. P. 565–634.
- Berle, A.A. Jr. "Non-Voting Stock and 'Bankers' Control". Harvard Law Review. 1926. Vol. 39. No. 6. P. 673–693.
- CFA Institute. Dual-Class Shares: The Good, the Bad, and the Ugly, available at: <https://www.cfainstitute.org/-/media/documents/survey/apac-dual-class-shares-survey-report.ashx> (accessed 9 January 2020).
- Coase, R. The Firm, the Market, and the Law [*Firma, rynek, pravo*]. Moscow, 2007. 224 p.
- Council of Institutional Investors. Dual Class Companies List, available at: [https://www.cii.org/files/3_17_17_List_of_DC_for_Website\(1\).pdf](https://www.cii.org/files/3_17_17_List_of_DC_for_Website(1).pdf) (accessed 9 January 2020).
- Dent, G.W. "Dual Class Capitalization: A Reply to Professor Seligman". George Washington Law Review. 1986. Vol. 54. P. 725–756.
- Dolinskaya, V.V. Company Law: The Main Provisions and Trends: A Monograph [*Aktsionernoye pravo: osnovnyye polozheniya i tendentsii: monografiya*]. Moscow, 2006. 736 p.
- Easterbrook, F.H. and Fischel, D.R. "Voting in Corporate Law". The Journal of Law and Economics. 1983. Vol. 26. No. 2. P. 395–427.
- Ershova, I.V. and Levushkin, A.N. (eds.). The Legal Fate of Business in the Event of Divorce and Inheritance: A Monograph [*Yuridicheskaya sud'ba biznesa pri rastorzhении braka i nasledovani: monografiya*]. Moscow, 2019. 480 p.
- Filippova, S.Yu. Civil Law Science: Formation, Functions, Methodology [*Tsivilisticheskaya nauka Rossii: stanovleniye, funktsii, metodologiya*]. Moscow, 2017. 384 p.
- Fischel, D.R. "Organized Exchanges and the Regulation of Dual Class Common Stock". The University of Chicago Law Review. 1987. Vol. 54. No. 1. P. 119–152.
- Flocos, P.N. "Toward a Liability Rule Approach to the 'One Share, One Vote' Controversy: An Epitaph for the SEC's Rule 19c-4?". University of Pennsylvania Law Review. 1990. Vol. 138. No. 6. P. 1761–1816.
- Fomina, O.N. Legal Status of Business Corporation in the USA and Joint Stock Company in the Russian Federation: Comparative Legal Analysis: A Monograph [*Pravovoye polozheniye predprinimatel'skoy korporatsii v SSHA i aktsionernogo obshchestva v Rossiyskoy Federatsii: sravnitel'no-pravovoy analiz: monografiya*]. Moscow, 2016. 160 p.
- Gaughan, P.A. Mergers, Acquisitions and Corporate Restructurings [*Sliyaniya, pogloshcheniya i restrukturalizatsiya kompaniy*]. Moscow, 2007. 741 p.
- Gilson, R.J. "Evaluating Dual Class Common Stock: The Relevance of Substitutes". Virginia Law Review. 1987. Vol. 73. No. 5. P. 807–844.
- Gordon, J.N. "Ties That Bond: Dual Class Common Stock and the Problem of Shareholder Choice". California Law Review. 1988. Vol. 76. No. 1. P. 1–85.
- Hopt, K.J. "Comparative Company Law", in: Reimann, M. and Zimmermann, R. (eds.). The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford, 2006. P. 1161–1191.
- Karmel, R.S. "The Future of Corporate Governance Listing Requirement". SMU Law Review. 2001. Vol. 54. Iss. 1. P. 325–356.
- Kashanina, T.V. Corporate Law: A Textbook [*Korporativnoye pravo: ucheb.*]. Moscow, 2010. 899 p.
- ⁸² См.: Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М., 2014. С. 4–5.
- ⁸³ Ashton D.C. Op. cit. P. 896–897, 902.

Landkof, S.N. The Problem of Development of Modern Joint Stock Law [*Problema razvitiya sovremennogo aktsionernogo prava*]. Kharkov, 1927. 101 p.

Lomakin, D.V. Corporate Legal Relations: General Theory and Practice of Its Application in Business Companies [*Korporativnyye pravootnosheniya: obshchaya teoriya i praktika eye priyeniya v khozyaystvennykh obshchestvakh*]. Moscow, 2008. 511 p.

Lowenstein, L. "Shareholder Voting Rights: A Response to SEC Rule 19c-4 and to Professor Gilson". Columbia Law Review. 1989. Vol. 89. No. 5. P. 979–1014.

Molotnikov, A.E. Legal Regulation of the Securities Market: A Training Manual [*Pravovoe regulirovanie rynka tsennykh bumag: ucheb. posobie*]. Moscow, 2013. 552 p.

Mozolin, V.P. Corporations, Monopolies and the Law in the United States [*Korporatsii, monopolii i pravo v SSHA*]. Moscow, 1966. 394 p.

OECD Corporate Governance Factbook 2019, available at: <http://www.oecd.org/corporate/corporate-governance-factbook.htm> (accessed 9 January 2020).

Shevchenko, G.N. Legal Regulation of Securities: A Textbook [*Pravovoye regulirovaniye tsennykh bumag: ucheb. posobiye*]. Moscow, 2005. 254 p.

Shitkina, I.S. (ed.). Corporate Law: A Textbook in 2 vol. Vol. 1 [*Korporativnoye pravo: ucheb. kurs v 2 t. T. 1*]. Moscow, 2017. 976 p.

Shitkina, I. S. (ed.). Corporate Law: A Textbook in 2 vol. Vol. 2. [*Korporativnoye pravo: ucheb. kurs v 2 t. T. 2*]. Moscow, 2018. 990 p.

Shitkina, I.S. "Modern Corporate Legislation Development and Trends in Law Enforcement Practices" [*Osobennosti razvitiya sovremennogo korporativnogo zakonodatel'stva i tendentsii pravoprimenitel'noy praktiki*]. Herald of the Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya RF*]. 2018. No. 9. P. 45–65.

Sukhanov, E.A. Comparative Corporate Law [*Sravnitel'noye korporativnoye pravo*]. Moscow, 2014. 456 p.

Wen, T. "You Can't Sell Your Firm and Own It Too: Disallowing Dual-Class Stock Companies from Listing on the Securities Exchanges". University of Pennsylvania Law Review. 2014. Vol. 162. Iss. 6. P. 1495–1516.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Dmitrii R. Arnautov

Student at Immanuel Kant Baltic Federal University (236016, Russia, Kaliningrad, Frunze St., 6; e-mail: arnautovdmtr@gmail.com).

Мы будем благодарны вам до конца своей жизни.

Ежегодно в России у двухсот двадцати тысяч человек обнаруживают рак четвертой степени. Этот диагноз означает только одно – смерть. Врачи в этом случае бессильны. Помочь таким больным могут только хосписы. Здесь умирающим людям обеспечивают полноценный уход и создают человеческие условия жизни – достойной жизни до самого конца.

Помогая хосписам, вы можете проявить милосердие и облегчить участь тех, кто уже не в силах помочь себе сам. Поверьте, они будут признательны вам хотя бы за то, что вы о них еще помните.

Узнайте больше о хосписном движении на сайте **www.hospice.ru**



**В ФЕВРАЛЬСКОМ
НОМЕРЕ**

Главная тема:

Защита конкуренции и человеческий фактор

Интервью номера:

Профессор Школы бизнеса им. Бута Чикагского университета
Л. Зингалес

Среди авторов номера:

В.А. Белов

Так что же такое конкурентное право?

*Сложности взыскания убытков от антиконкурентных действий
по российскому праву*

М.В. Агальцова

Запрет экстремистских высказываний в США

*Подходы Верховного суда США к ограничениям свободы слова
и российские реалии*

В.А. Канашевский

Коллизионные вопросы раздела между супругами совместно нажитого
имущества, находящегося за рубежом

Судьба прав бенефициаров офшорных компаний и трастов при разводе



ЗАКОН
ИЗДАТЕЛЬСКАЯ ГРУППА

Учредитель:

**ООО «Издательская
группа «Закон»**

РЕДАКЦИЯ И ИЗДАТЕЛЬСТВО:

Главный редактор:
Александр Верещагин
avere@igzakon.ru

Директор издательства:
Владимир Багаев
bagaev@igzakon.ru

Шеф-редактор:
Владимир Румак
rumak@igzakon.ru

Подписной индекс **39001**
в Объединенном каталоге
«Пресса России»
и в каталоге Агентства «Роспечать»

Редакция не несет ответственности
за достоверность сведений,
содержащихся в рекламных материалах.

Выпускающий редактор:
Юлия Сиренко

Редактор-юрист:
Варвара Кудрявцева

Корректор:
Татьяна Казакова

Компьютерная верстка:
Мария Гранкина

Отпечатано
в ООО «Буки Веди»

Перепечатка материалов
журнала «Закон»
допускается только
с письменного
согласия издателя.

Распространение:
Ринат Якупов
rinat@igzakon.ru

Фотографии для обложки:
**Сергей Модин,
Максим Мармур**

Дизайн обложки:
Design2pro

Подписано в печать 31.01.2020

Формат 84x108 1/16
Бумага офсетная № 1
Офсетная печать
Объем 12,5 печ. л.
Тираж 2000 экз.
Цена свободная

ZAKON.RU/HR

ЮРИДИЧЕСКИЕ ВАКАНСИИ
НА ПОРТАЛЕ ЗАКОН.РУ





zakon.ru/senat

ПОЛНОЕ СОБРАНИЕ СЕНАТСКИХ РЕШЕНИЙ

ПО ЧАСТНОМУ ПРАВУ

1866-1917

ВПЕРВЫЕ
В ОТКРЫТОМ ДОСТУПЕ:

- все сборники решений
Гражданского Кассационного
Департамента
- указатели сенатской практики
- аннотации к тысяче
наиболее ярких дел

Специальный раздел
на портале «Закон.ру»

zakon.ru/senat



ЗАКОН
ИЗДАТЕЛЬСКАЯ ГРУППА



Составитель: Александр Верещагин,
доктор права Эссекского университета
(Великобритания), главный редактор
журнала «Закон».

При поддержке
Университета Дмитрия Пожарского.



слѣдова
ли тяжущійся въ
же акта безъ прямого обв
рѣшается на основаніи нижеслѣдую
условія заявленія сомнѣнія въ подлинности
кому заявленію опредѣляются ст. 107—109 Уст. Гр. Суд.
бныхъ установленій и 542—554 ст. того же Уста
становленій, производство же по сп
111 Уст. Гр. Суд. для
ихъ судебныхъ
сомнѣнія въ под

перваго засѣданія
сомнѣніе (ст. 545
акта въ мировыхъ
сравненіемъ докуме
свидѣтелей (ст. 107
суда, по назначенію
сти актъ въ общихъ
которой изъ сторонъ
сительно коего заявл
вилу, каждая сторона
тѣхъ фактовъ, бытіе
ность доказать подлин
ность акта, относительно коего заявлено сом
жить на сторонѣ, представившей актъ (рѣш. Гражд. Кассац. Д та
№ 124; 1876 г. № 544). Заявившій сомнѣніе въ подлинности акта

