

ЗАКОН

Ключевые
проблемы
защиты прав
спортсменов

Криптовалюта
как предмет
преступления

Expert shopping:
способы борьбы
с практикой
подбора экспертов
«под результат»

**Вадим ВИНОГРАДОВ:
«Мы должны вырваться из сложившейся в России
интерпретации Болонской системы образования»**

ТЕМА НОМЕРА: Спортивное право



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 **58 490**
пользователей



13 715 юристов



2860 студентов



1635 компаний



**Станислав
Егоркин**

редактор раздела
судебных расходов
портала «Закон.ру»

«Традиция учитывать цену иска при определении разумного размера расходов на оплату услуг представителя имеет сравнительно давнюю историю. Но насколько она верна?»



Данный номер посвящен прежде всего спортивному праву. Хотя выражение «О спорт, ты — мир!» эксплуатируется весьма широко и по разным поводам, во многом оно остается лишь благим пожеланием, о чем хорошо известно юристам, подвизающимся в сфере спорта: с одной стороны, сам спорт есть состязание и в этом смысле эмуляция войны, а с другой — в сфере спорта неисчислимы правовые конфликты и коллизии. Последние годы эта область была особенно конфликтогенной: чего стоят одни только допинговые скандалы, затронувшие интересы многих государств, и России далеко не в последнюю очередь. Но ведь есть еще и скандалы коррупционные, не так давно приведшие к смене руководства крупнейшей в мире спортивной организации — ФИФА... А прямо сейчас мы наблюдаем нарастающий скандал вокруг РУСАДА и шумный развод лучшего футболиста мира Лионелля Месси с футбольным клубом «Барселона», казалось, нерасторжимо связанных друг с другом. Это наверняка даст новую пищу для размышлений всем тем, кто интересуется спортивным правом. Одним словом, спортивно-юридическая сфера нынче очень живая и весьма бурно развивающаяся.

Но авторов, чьи статьи публикуются в спортивной рубрике этого номера, занимают не только и не столько конфликты и скандалы: в центре их внимания находятся также основы спортивного регулирования. Эта область довольно загадочная: спортивные организации, в том числе международные, носят какой-то гибридный характер, их трудно с первого взгляда с уверенностью отнести только к частной или, наоборот, к публичной сфере. Большинство авторов сосредоточиваются именно на этих непростых вопросах макрорегулирования, в то время как С.А. Юрлов и Л.И. Захарова рассматривают положение дел в мире спорта с точки зрения интересов микроединиц, т.е. отдельных спортсменов, нуждающихся в защите своих индивидуальных прав.

Наши традиционные рубрики в этот раз тоже довольно богаты: в юридической хронике О.П. Плешанова находит мотив, объединяющий основные юридические события августа, — это тема денег, тех самых денег, которые, даже становясь все более безличными, по-прежнему *make the world go round*; в разделе «Теория и практика» рассматриваются в свете общих принципов права такие злободневные явления, как социальный мониторинг (А.И. Савельев), цифровые технологии в рамках исполнения обязательств (Е.Д. Суворов), некоторые проблемы оборотоспособности шансов и рисков (Р.Р. Валиев), криптовалюта как предмет имущественных преступлений (М.И. Немова), *expert shopping* (Д.А. Архипов и В.В. Коновалов) и, наконец, извечная и важнейшая для нашего правосудия проблема привлечения граждан к участию в суде присяжных — то, что в прежние времена называлось «борьбой с абсентеизмом» (Н.В. Буштец). А в рубрике «Зарубежный опыт» С.Д. Пименова рассказывает о том, как и почему Суд ЕС пошел на беспрецедентные обеспечительные меры по иску Еврокомиссии к Польше.

Как обычно, в авангарде номера стоит интервью. В этот раз нашим собеседником стал В.А. Виноградов — новый декан юридического факультета Высшей школы экономики и известный эксперт в области конституционного и спортивного права. Интервью с ним оказалось весьма разносторонним: помимо этих двух сфер, в нем обсуждаются современные тенденции в области юридического образования.

Александр Верещагин,

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



ВАДИМ ВИНОГРАДОВ

ДЕКАН ФАКУЛЬТЕТА ПРАВА
НАЦИОНАЛЬНОГО ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКОГО
УНИВЕРСИТЕТА «ВЫСШАЯ ШКОЛА
ЭКОНОМИКИ»

ИНТЕРВЬЮ НОМЕРА

**МЫ ДОЛЖНЫ ВЫРВАТЬСЯ
ИЗ СЛОЖИВШЕЙСЯ В РОССИИ
ИНТЕРПРЕТАЦИИ БОЛОНСКОЙ
СИСТЕМЫ ОБРАЗОВАНИЯ**



Вышка первой в нашей стране совершила переход на пятилетний бакалавриат



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

ТЕМА НОМЕРА: Спортивное право

Среди авторов номера:



А.И. Савельев

(Анти)социальный мониторинг:
право и (или) целесообразность?

*Пороки согласия на обработку персональных данных
как основа делегитимации систем электронного мониторинга*



Е.Д. Суворов

К вопросу о месте цифровых технологий в рамках института
исполнения обязательств

*Особенности гражданско-правовой ответственности при исполнении обязательств
в рамках смарт-контрактов*



О.П. Плешанова

Август: время считать деньги

Хроника правовых событий августа 2020 г.



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

В.А. Виноградов. МЫ ДОЛЖНЫ ВЫРВАТЬСЯ ИЗ СЛОЖИВШЕЙСЯ В РОССИИ ИНТЕРПРЕТАЦИИ БОЛОНСКОЙ СИСТЕМЫ ОБРАЗОВАНИЯ	8
--	---

V.A. Vinogradov. WE MUST GET OVER THE INTERPRETATION OF THE BOLOGNA
PROCESS HABITUAL IN RUSSIA

	СОБЫТИЕ. КОММЕНТАРИИ ЭКСПЕРТОВ
	THE EVENT. COMMENTS OF THE EXPERTS

ИНИЦИАТИВНЫЙ СУД В СОСТЯЗАТЕЛЬНОМ ПРОЦЕССЕ: РАЗЪЯСНЕНИЕ ВС РФ О ПРОТИВОДЕЙСТВИИ ЛЕГАЛИЗАЦИИ ПРЕСТУПНЫХ ДОХОДОВ	21
---	----

Комментарии Е. Борисовой, Д. Тузова, В. Яркова, М. Михеенковой, А. Русецкого,
Т. Тухватуллина, В. Авилкина

INITIATIVE COURT IN THE ADVERSARIAL PROCESS: RF SUPREME COURT'S
EXPLANATION OF MEASURES AGAINST LEGALISATION OF CRIMINAL REVENUES

Comments by E. Borisova, D. Tuzov, V. Yarkov, M. Mikheenkova, A. Rusetskiy,
T. Tukhvatullin, V. Avilkin

	ТЕМА НОМЕРА: СПОРТИВНОЕ ПРАВО
	TOPIC OF THE ISSUE: SPORTS LAW

И.А. Васильев, Н.А. Шевелева, Е.Г. Ветрова. ОТСТРАНЕНИЕ КЛУБА ОТ УЧАСТИЯ В СОРЕВНОВАНИИ ЗА МАНИПУЛИРОВАНИЕ РЕЗУЛЬТАТОМ КАК АДМИНИСТРАТИВНАЯ МЕРА УЕФА: ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА И ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ	31
---	----

I.A. Vasilyev, N.A. Sheveleva, E.G. Vetrova. REMOVING A CLUB
FROM COMPETITION AS UEFA ADMINISTRATIVE MEASURE FOR MATH-FIXING:
LEGAL NATURE AND PECULIARITIES OF APPLICATION

И.В. Понкин, А.И. Редькина. «НАДЛЕЖАЩЕЕ УПРАВЛЕНИЕ» В НОРМАТИВНОМ ПРОСТРАНСТВЕ СПОРТА: РОЛЬ <i>LEX SPORTIVA</i> И МЕЖДУНАРОДНОГО СПОРТИВНОГО АРБИТРАЖНОГО СУДА	44
I.V. Ponkin, A.I. Redkina. GOOD GOVERNANCE IN THE REGULATORY SPACE OF SPORT: THE ROLE OF <i>LEX SPORTIVA</i> AND OF THE INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION FOR SPORT	
С.А. Юрлов. КЛЮЧЕВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЗАЩИТЫ ПРАВ СПОРТСМЕНА	51
S.A. Yurlov. KEY ISSUES OF DEFENDING ATHLETE'S RIGHTS	
Л.И. Захарова. МЕЖДУНАРОДНЫЕ СТАНДАРТЫ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА КАК ОГРАНИЧЕНИЕ ПРИНЦИПА АВТОНОМИИ СПОРТА	61
L.I. Zakharova. INTERNATIONAL STANDARDS OF HUMAN RIGHTS AS A RESTRICTION ON THE PRINCIPLE OF SPORTS AUTONOMY	
А.И. Терещенко. ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРОВЕДЕНИЯ В РОССИИ КРУПНЕЙШИХ МЕЖДУНАРОДНЫХ СПОРТИВНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ	73
A.I. Tereschenko. THE SPECIFIC ASPECTS OF THE LEGAL REGULATION OF MAJOR INTERNATIONAL SPORTS EVENTS HELD IN RUSSIA	



ЮРИДИЧЕСКАЯ ХРОНИКА

LEGAL CHRONICLE

О.П. Плешанова. АВГУСТ: ВРЕМЯ СЧИТАТЬ ДЕНЬГИ	77
---	----

Доходы чиновников — Русский британский лорд — Олигархи как «агенты влияния» — Внесудебное банкротство граждан и план большой реформы — Повышение налогов и льготы для «российских офшоров» — Судейские кадры — РУСАДА и ОКР — Спортивные споры — Взрыв в Бейруте — Расследования ФСБ — Дело адвокатов — Дело Фургала — Выборы в Белоруссии — ЧВК Вагнера — Вакцина от коронавируса — Криптовалюты — Инцидент с Навальным

O.P. Pleshanova. AUGUST: TIME TO COUNT MONEY	
---	--

Officials' income — Russian-British peer — Tycoons as “agents of influence” — Extrajudicial bankruptcy of individuals and the plan of a far-reaching reform — Tax increase and privileges for the “Russian offshores” — Top-level judges — RUSADA and Russian Olympic Committee — Sport disputes — Explosion in Beirut — FSB' investigations — The cases of attorneys — The case of Furgal — Elections in Belarus — PMC Wagner — Coronavirus vaccine — Cryptocurrencies — Navalny' incident

содержание / contents



ПРЕСС-РЕЛИЗ

PRESS RELEASE

Битва титанов, или
Мы все в одной лодке 91

Battle of the Titans, or
We Are All in the Same Boat

«Силловые машины» и *Dentons* завершили проект по реформированию
системы управления интеллектуальной собственностью 95

*Power Machines and Dentons Have Completed the Draft Plan of the Intellectual
Property Management Reform*



ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА

THEORY AND PRACTICE

А.И. Савельев. (АНТИ)СОЦИАЛЬНЫЙ МОНИТОРИНГ:
ПРАВО И (ИЛИ) ЦЕЛЕСООБРАЗНОСТЬ? 96

A.I. Savelyev. (ANTI)SOCIAL MONITORING: LAW AND (OR) EXPEDIENCY?

Е.Д. Суворов. К ВОПРОСУ О МЕСТЕ ЦИФРОВЫХ ТЕХНОЛОГИЙ
В РАМКАХ ИНСТИТУТА ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ 111

E.D. Suvorov. THE PLACE OF DIGITAL TECHNOLOGY
IN THE PERFORMANCE OF OBLIGATIONS

Р.Р. Валиев. НЕДОГОВОРНЫЕ ПРОЯВЛЕНИЯ ОБЪЕКТСПОСОБНОСТИ
ШАНСОВ И РИСКОВ ИЗ УСЛОВНО-ОТЛАГАТЕЛЬНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ 125

R.R. Valiev. NON-CONTRACTUAL MANIFESTATIONS OF OBJECTIVITY
OF CHANCES AND RISKS FROM CONDITIONAL SUSPENSIVE OBLIGATIONS

ЗАКОН

М.И. Немова. КРИПТОВАЛЮТА КАК ПРЕДМЕТ
ИМУЩЕСТВЕННЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ 145

M.I. Nemova. CRYPTOCURRENCY AS AN OBJECT
OF PROPERTY CRIMES

Д.А. Архипов, В.В. Коновалов. *EXPERT SHOPPING*, ИЛИ
«КТО ПРЕДЛОЖИЛ ЭКСПЕРТА, НАЗНАЧЕННОГО СУДОМ,
ТОТ И ВЫИГРАЛ ДЕЛО»: МОЖНО ЛИ РЕШИТЬ ЭТУ ПРОБЛЕМУ? 155

D.A. Arkhipov, V.V. Konovalov. *EXPERT SHOPPING OR*
“THE ONE WHO NOMINATES THE COURT-APPOINTED EXPERT WINS THE CASE”:
IS THERE A WAY TO FIX THE PROBLEM?

Н.В. Буштец. ПРИВЛЕЧЕНИЕ ГРАЖДАН К УЧАСТИЮ В СУДЕ
ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЕЙ (НА ОСНОВЕ ДАННЫХ
СОЦИАЛЬНО-ПРАВОВОГО ИССЛЕДОВАНИЯ) 170

N.V. Bushtets. INVOLVEMENT OF CITIZENS IN PARTICIPATION
IN JURY TRIALS (BASED ON SOCIAL AND LEGAL
RESEARCH DATA)



ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

FOREIGN EXPERIENCE

С.Д. Пименова. ПРИМЕНЕНИЕ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ МЕР
СУДОМ ЕС В ИСКАХ ЕВРОПЕЙСКОЙ КОМИССИИ
ПРОТИВ ПОЛЬШИ 182

S.D. Pimenova. INTERIM MEASURES APPLIED BY THE COURT
OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION IN THE *COMMISSION*
V. POLAND CASES



На вопросы главного редактора журнала «Закон» Александра Верещагина, генерального директора Издательской группы «Закон» Владимира Багаева и шеф-редактора журнала «Закон» Владимира Румака отвечает **декан факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» Вадим Александрович ВИНОГРАДОВ**

МЫ ДОЛЖНЫ ВЫРВАТЬСЯ ИЗ СЛОЖИВШЕЙСЯ В РОССИИ ИНТЕРПРЕТАЦИИ БОЛОНСКОЙ СИСТЕМЫ ОБРАЗОВАНИЯ

Родился 24 февраля 1975 г. в Москве.

В 1997 г. окончил юридический факультет МГУ имени М.В. Ломоносова.

В 2000 г. защитил кандидатскую, а в 2005 г. — докторскую диссертацию.

В 1998–2015 гг. преподавал на факультете права Высшей школы экономики.

С 2005 по 2020 г. — заведующий кафедрой конституционного и муниципального права Всероссийского государственного университета юстиции (РПА Минюста России).

В 2009 г. вошел в список 500 лиц, включенных в резерв управленческих кадров, находящихся под патронажем Президента РФ.

С 2014 г. — председатель Совета директоров Центра содействия законотворчеству.

С июня 2020 г. по наст. вр. — член Общественной палаты РФ.

С июня 2020 г. по наст. вр. — декан факультета права Высшей школы экономики.

Член Экспертного совета при Комитете Совета Федерации по конституционному законодательству и государственному строительству, Экспертного совета при Комитете Государственной Думы по развитию гражданского общества, вопросам общественных и религиозных объединений, Экспертного совета при Комитете Государственной Думы по контролю и Регламенту, Общественного совета при Росимуществе, Совета по совершенствованию третейского разбирательства при Министерстве юстиции РФ.

Ответственный секретарь Рабочей группы по реализации механизма «регуляторной гильотины» в сфере образования при Правительственной комиссии по проведению административной реформы.

Доктор юридических наук, профессор. Автор более 120 научных трудов по проблемам конституционного, муниципального права, международного и спортивного права.



В.Р.: Вадим Александрович, Ваше назначение на должность декана факультета права почти совпало с утверждением планов реорганизации факультета в рамках Программы развития ВШЭ. С чем связана эта реформа?

— Одна из ее задач — решение проблем, с которыми в той или иной степени столкнулось все российское юридическое образование. Например, в нем нет четкого целеполагания: какие навыки будущий юрист должен получить за время учебы? Чему, как и зачем мы учим студентов в свете современных вызовов и требований рынка труда? Программы вузов во многом являются результатом консенсуса между представителями различных отраслей права, причем консенсус этот был достигнут еще в советское время. В итоге студенты изучают массу разноплановых дисциплин, слабо связанных с их будущей работой. Более того, объем этих дисциплин постоянно и бесконтрольно растет вместе с корпусом законодательства и судебной практики: преподаватели добавляют в свои программы все больше и больше материала, при этом зачастую не сверяя их содержание ни с реальными возможностями студентов, ни с потребностями работодателей. Не всегда очевидно, на формирование каких профессиональных компетенций направлен тот или иной курс. Студентов-юристов почти не учат навыкам, в особенности *soft skills*. Практически нигде нет курсов по правовым исследованиям, по ведению переговоров, по юридическому письму, а ведь, например, *legal writing* — это обязательная дисциплина в любой американской и европейской юридической школе. На факультете права мы будем в обязательном порядке развивать у студентов бакалавриата необходимые современному юристу навыки — как в виде специальных дисциплин, так и в рамках уже существующих предметов, поскольку формирование навыков невозможно в отрыве от основного контента образовательной программы.

Еще одна проблема, которая решается в ходе реформы, — недостаток научной и проектной составляющей. На факультете должна осуществляться качественная проектная и научная деятельность, которая соответствует приоритетам исследовательских направлений, формирующимся среди прочего по запросам работодателей и юридического сообщества. Политика Вышки такова: преподаватели не могут быть просто

преподавателями, они должны быть либо учеными, либо экспертами, либо признанными практиками в своей области.

|| Факультет должен стать центром компетенции, ведущим в России *think tank* в области правовой экспертизы, в законотворчестве.

Вышка — это исследовательский университет международного уровня, так что *noblesse oblige*. Результаты наших научных исследований должны быть видимы не только в России, но и за рубежом.

|| Наконец, своего рода историческим для российского юридического образования событием является переход факультета права Вышки на пятилетний бакалавриат. Вышка совершила его первой в нашей стране.

Задача этой реформы — вырваться из той интерпретации Болонской системы образования, которая сложилась после ее внедрения в России, когда мы получили сильно перегруженный бакалавриат. Как показывают наши исследования, результаты обучения становятся все менее успешными, потому что студенты одновременно изучают большое количество дисциплин и им сложно справиться с таким объемом. Магистратура же стала в каком-то смысле обязательным придатком бакалавриата, потому что работодатели не понимают, насколько проучившиеся четыре года бакалавры отвечают требованиям рынка, притом что сами представители работодателей в большинстве своем оканчивали специалитет. В этом плане мы стремимся не только повысить качество обучения, но и преодолеть психологическое неприятие четырехлетнего бакалавриата со стороны работодателей.

В.Р.: Можно ли назвать пересмотр устоявшейся модели Болонского процесса складывающейся тенденцией или речь идет о частных случаях?

— Если мы говорим о России и о юридическом образовании, то наш случай пока единичен, хотя другие крупные юрфаки уже заинтересовались таким решением. Здесь Высшая школа экономики воспользовалась своим правом утверждения собственного образовательного стандарта. Если другие вузы по-

считают наш опыт успешным, они также могут его имплементировать.

В.Б.: Не скажется ли переход на пятилетний бакалавриат на конкурентоспособности юридического образования, получаемого в Высшей школе экономики? По сути, студенту придется потратить на год больше, чтобы получить степень бакалавра, пока равновесную с другими вузами.

— Мы смотрим на это иначе: если другие юридические вузы предлагают четыре плюс два года обучения для полноценного юридического образования, то мы предлагаем пять лет. А пять — это, как известно, меньше, чем шесть.

В.Б.: Но формально это все равно будет называться бакалавриатом, и выпускники могут столкнуться с ограничениями при приеме на работу. Насколько я знаю, для поступления на некоторые государственные должности, например, степени бакалавра недостаточно.

— Да, редкие категории государственных должностей требуют уровень образования не ниже специалиста или магистра. Среди прочего это относится к судьям. Однако стать судьями планируют далеко не все выпускники юридических вузов. И уж если кто-то действительно хочет посвятить себя этой ответственной работе, требующей повышенной профессиональной подготовки, то он наверняка осознаёт и необходимость потратить больше времени для получения соответствующего образования.

В.Б.: А вариант «5 + 1» вы не рассматривали?

— Думаю, что будет очень сложно дать качественное образование в магистратуре за один год. Мы опять столкнемся с проблемой образовательной перегрузки, так как объем курсов магистратуры довольно значительный, в том числе по собственному стандарту Вышки. Задача ведь не в том, чтобы поскорее реализовать образовательную программу для удовлетворения потребности тех студентов, которые желают как можно раньше получить диплом магистра. К тому же если студент чувствует в себе силы пройти обучение в сжатые сроки, то возможен и индивидуальный учебный план, предполагающий ускоренное обучение.

В.Р.: Как изменится магистратура в новой системе?

— Новые общеуниверситетские рамки магистратуры пока не утверждены. Но уже сейчас можно сказать, что у поступающих в магистратуру Вышки будет больше возможностей для индивидуализации их образования. Например, сейчас обсуждается возможность выбора из трех траекторий обучения: общая, прикладная и исследовательская магистратура. Кроме того, на общеуниверситетском уровне будет создан пул образовательных курсов, доступных на выбор студентам всех магистерских программ.

В.Р.: Стоит ли ожидать ограничений в принятии на магистерские программы неюристов? Это как раз один из серьезных пунктов критики Болонской системы.

— В отношении юристов этот вопрос постоянно обсуждается, предлагается установить такие ограничения по примеру некоторых зарубежных стран. Однако сейчас в Вышке таких планов нет.

|| Понятно, что Болонский процесс, как и любая модель образования, имеет свои минусы, но у него есть и ряд преимуществ, которые пока что перевешивают.

С учетом того, что на магистерские программы могут поступать абитуриенты, не имеющие профильного образования, Вышка предусмотрела возможность конкурса портфолио в качестве вступительного испытания и ввела для поступивших студентов адаптивные курсы по соответствующему направлению.

В.Б.: Пятилетний формат обучения распространится на другие специальности, кроме юридических?

— Юристы не первые, кто перешел на пятилетний бакалавриат в Вышке. До нас это уже сделали востоковеды и историки. И это не повлияло негативно на конкурс — ни на нашем, ни на других факультетах, которые выступили пионерами в этом вопросе.

А.В.: А ситуация с коронавирусом внесла какие-то коррективы в образовательную модель? Скажется ли она, например, на масштабах онлайн-образования?



— Университет активно внедрял онлайн-технологии в образовательный процесс и до коронавируса. Безусловно, пандемия заставила нас перейти на массовое онлайн-образование уже сегодня: не будь ее, мы подошли бы к этому, думаю, лет через десять. Можно сказать, что дистанционный формат оценили по достоинству не только в сфере образования. Коронавирус, конечно, стал неким катализатором. Уверен, что мы будем наращивать использование онлайн-форматов.

А.В.: С 1 сентября все будет по-прежнему?

— Эпидемия изменила мир, в том числе и в области образования. Существующие пока угрозы, само собой, вносят свои коррективы и в учебный процесс. Например, в Вышке будет реализовываться комбинированный формат. В частности, если на курсе больше 50 обучающихся, то для них преподавание будет организовано в онлайн-режиме. Для преподавателей, достигших 65 лет или имеющих медицинские показания, предусмотрена возможность использовать дистанционный формат по их желанию. Также полностью на онлайн-обучение могут быть переведены иностранные студенты и те, у кого есть соответствующие медицинские показания.

В.Р.: Реформа, с которой мы начали разговор, предполагает еще изменение структуры факультета. Для чего это сделано?

— Для того чтобы обеспечить соответствие организационной структуры факультета права тем задачам, которые стоят перед нами с учетом программы развития Университета. Для плодотворной работы коллектива необходимы комфортные условия реализации творческих и научных идей, совершенствования учебного процесса. Преподаватели должны совмещать преподавание с научно-исследовательской деятельностью, и новая структура факультета — его департаменты, центры, лаборатории и административный сектор¹ (в каком-то смысле *back office* факультета) — как раз будет нацелена на содействие сотрудникам в их научной, экспертной и преподавательской работе.

Структура факультета становится более насыщенной. Число департаментов удваивается в ответ на запрос

сформировать их как центры компетенций с родственными предметными полями. В структуре факультета появятся новые институты². Кроме того, на факультете будет функционировать ряд подразделений, ориентированных на экспертную и проектную работу, к которой планируется привлекать и наших студентов. Это, например, Институт исследований национального и сравнительного права, в составе которого будет Центр сравнительного частного права. Также планируется создать Центр проектного взаимодействия бизнеса и права, который займется организацией юридической клиники для бизнеса, координацией проектного обучения студентов, формированием и укреплением связей работодателей и студентов, формированием эндаумент-фонда факультета. Для работы с одаренными студентами и абитуриентами будет создана лаборатория интеллектуальных состязаний.

В.Б.: А в чем различие между кафедрой и департаментом? Это одна из особенностей, которые отличают факультет права ВШЭ от других вузов.

— Система департаментов появилась в 2014 г. Сейчас ВШЭ состоит из больших факультетов, а те, в свою очередь, из департаментов, научных институтов и центров и профессиональных школ. При этом образовательные программы автономны от департаментов (в отличие от традиционной схемы, когда программа в значительной степени находится в ведении кафедры), а руководители программ заинтересованы в укреплении репутации и в рациональном использовании ресурсов, а не в том, чтобы «у каждого преподавателя кафедры была нагрузка».

В отличие от кафедры департамент объединяет значительно более широкий круг профессиональных компетенций, а значит, способствует выходу каждого преподавателя за рамки своей узкой специализации. В то же время носителям кафедральных традиций никто не мешает объединяться — создавать методические, исследовательские группы, советы, научные семинары. Просто они уже не связаны административной рамкой, а существуют лишь в тех пределах, где люди интересны друг другу.

¹ Впервые будет создан Центр административного обеспечения факультета права.

² Институт права и развития ВШЭ — Сколково, Институт проблем административно-правового регулирования, Институт права цифровой среды и Институт трансформации юридического образования.

Департаментская структура убирает формальные перегородки в науке, преподавании и проектной деятельности, именно поэтому она победила практически во всем мире.

И еще один фактор: у департаментов, строго говоря, собственных образовательных программ, как у кафедр, нет. Образовательная программа имеет отдельное управление. Если в кафедральной системе каждая кафедра по определению заинтересована в том, чтобы серийно открывать новые образовательные программы ради увеличения нагрузки (а в итоге — ради увеличения штата своих сотрудников), то у департаментов просто нет таких полномочий. Их дело — научное и кадровое развитие. У департаментов два основных показателя эффективности: научная репутация (публикации и индексы цитирования — главные, но не единственные критерии) и востребованность членов департамента как преподавателей. Ведущие ученые департамента могут иметь меньшую педагогическую нагрузку (как их коллеги на Западе), а те, кто не может похвастаться объемом публикаций, — большую. Но создавать нагрузку под себя департаменты не могут.

Переход к дуальному управлению — департаменты и образовательные программы — позволяет Вышке уйти от «затратной экономики», воспроизводящей, по существу, советскую модель, в рамках которой кафедры получали подавляющую часть ресурсов с общеуниверситетского уровня и были не заинтересованы в их экономии.

Сейчас же самостоятельные руководители образовательных программ получают возможность приглашать внешних преподавателей, если они не удовлетворены качеством университетских коллег из профильного департамента.

А.В.: Какая судьба ждет кафедру конституционного права? В последнее время появилось много публикаций про ее расформирование и увольнение оттуда ряда ярких преподавателей — Елены Лукьяновой и Ирины Алебастровой, например.

— На факультете права с 2018 г. нет кафедральной структуры. Есть департамент дисциплин публичного права, который реорганизуется: часть дисциплин

перейдет в другие департаменты, а вместо него и на его базе появится департамент публичного права, занимающийся вопросами конституционного, административного и финансового права.

Что касается названных преподавателей, то речь идет об истечении сроков их трудовых контрактов с Университетом. Но преподаватели, сроки контрактов которых истекли, могут участвовать, как и все желающие, в предстоящем конкурсе.

В.Б.: В Высшей школе экономики действует довольно интересная система оценки преподавателей, которая базируется, помимо прочего, на результатах анонимного голосования студентов. Эта система показала свою эффективность?

— Студенческая оценка преподавания, она же СОП, — постоянная процедура в Вышке. Университет очень серьезно относится к оценке преподавателей, и на ее основе могут приниматься кадровые решения. Так, преподавателей с низкой оценкой запрещено ставить на занятия.

Участие в СОП является обязательным для студентов всех образовательных программ бакалавриата, специалитета и магистратуры во всех кампусах Университета. Оценка проводится на 100%-ной анонимной основе. По итогам опроса обучающихся выводится средний балл по каждому параметру, из которых затем вычисляется средняя оценка преподавателя и стандартное отклонение.

Студенты также могут оставить анонимные комментарии по курсам и преподавателям, которые затем доводятся до руководства факультета. За комментариями следят в ректорате и Центре внутреннего мониторинга.

После обработки результатов доступ к ним получают руководители и менеджеры образовательных программ, руководители департаментов и школ, деканы факультетов. Преподаватели также могут получить частичный доступ к своим показателям.

По итогам СОП присваивается звание «лучший преподаватель», которое дает существенную надбавку к зарплате. У преподавателей, три года подряд получающих статус лучших, надбавка удваивается.



В целом СОП — один из базовых элементов внутренней оценки качества образования в Университете и один из самых оперативных инструментов обратной связи для руководства факультета и преподавателей. Именно поэтому мы очень внимательно относимся к результатам оценки и при возникновении соответствующего запроса работаем вместе с преподавателями над улучшением качества их курсов.

В.Б.: Голосование проводится до или после сдачи экзаменов?

— Оценка проводится в конце преподавания каждой дисциплины непосредственно перед промежуточной и итоговой аттестацией. Студентов просят оценить по пятибалльной шкале отдельно каждого преподавателя и каждую учебную программу, в том числе ее полезность для будущей карьеры и для расширения кругозора, разностороннего развития, а также новизну полученных знаний и сложность курса для успешного прохождения. Можно выбрать пункт «затрудняюсь ответить».

В анкете по преподавателям особое внимание уделяется ясности требований, предъявляемых к студентам, четкости и последовательности изложения материала, контакту преподавателя с аудиторией, возможности внеаудиторного общения по учебным и научным вопросам. В 2020 г. в связи с коронавирусом также добавился пункт об адаптированности курсов для дистанционного обучения.

В.Р.: Кроме факультета права высшее юридическое образование в рамках ВШЭ также дает Высшая школа юриспруденции. Не было мысли объединить две эти структуры в ходе реорганизации факультета права?

— Летом ученый совет Университета утвердил формат деятельности Высшей школы юриспруденции и администрирования. Это наши уважаемые коллеги, которые успешно реализуют ряд магистерских программ, а также программы дополнительного профессионального образования. Правда, бакалавриатом они не занимаются.

В.Р.: Вы известны как ученый-конституционалист. Как бы Вы оценили результаты конституционной реформы?

— Для меня интересной с научной точки зрения является поправка, которая вводит понятие публичной власти. Безусловно, контуры того, что публичная власть должна инкорпорировать, пока что довольно туманны. Однако, как мне кажется, это будет важным элементом для решения ряда теоретических и практических проблем, касающихся системы власти в стране.

|| Не секрет, что нормы ст. 12 Конституции о положении местного самоуправления в системе власти долгое время диссонировали с реальностью. Сейчас вопрос о его обособленности и изолированности от других властных институтов (аналогов чему нет ни в одном государстве мира) снимается.

Появление в поле конституционно-правового регулирования понятия «публичная власть» также ставит проблему доктринальной проработки вопросов, связанных с ее организацией и деятельностью. Это серьезная задача для правоведов, поскольку сегодня нормы о формальной и содержательной стороне функционирования публично-властных институтов разрознены и раскиданы по разным отраслям права — конституционному, муниципальному, административному. При этом административный процесс как совокупность инструментов и процедур деятельности органов публичной власти не только не регулируется централизованно в законодательстве, но и не проработан и теоретически. В Вышке мы видим необходимость междисциплинарного взаимодействия, приложения совместных усилий ученых, экспертов и практиков в сфере государственной власти и управления для конвергенции теоретических основ и выработки единых подходов в рамках укрупненной отрасли «публичного права». Публичное право, как представляется, давно, и не менее, чем частное, заслуживает доктринальной формализации.

В.Б.: Какие конкретно практические проблемы позволяет решить этот подход?

— Множество вопросов, касающихся социальной сферы, местной инфраструктуры, не могут быть решены в полной мере на муниципальном уровне, а государство пока не имеет возможности эффективно содействовать их решению. Есть и совместные вопросы, которые разным уровням власти необходимо решать сообща. И не всегда все упирается только в финансирование.

В.Б.: Нехватку местных финансов обычно закрывают путем субсидирования из государственного бюджета.

— Да, можно восполнить недостаток финансирования субсидиями, но как вы будете контролировать эффективность расходования средств? Вопрос ведь не ограничивается передачей денег, это системная проблема, и решать ее лучше в комплексе.

Иначе, например, муниципальное образование будет строить спортивный комплекс, хотя в соседнем муниципалитете уже есть аналогичный, который способен обеспечить потребность обоих районов. Мусоропереработка, транспортные системы, культура и досуг — везде нужна координация деятельности, но в рамках межмуниципального сотрудничества она не всегда эффективно обеспечивается.

В.Р.: Не проще ли решить эту проблему перераспределением бюджетных полномочий в пользу местного самоуправления? Об этом часто вспоминают, когда критикуют чрезмерную централизацию финансовых полномочий как одну из системных проблем российского федерализма.

— Само по себе перераспределение бюджетных полномочий проблем не решит. Мы сейчас часто видим, что на местах не могут освоить даже те средства, которые поступают по целевым программам от вышестоящих уровней. Проблема заключается и в управленческих кадрах, в менеджменте городских округов, районов, поселений — на небольших территориях объективно может не хватать ресурсов, чтобы организовать все управленческие процессы самостоятельно. Во многих государствах мира при планировании и расходовании бюджетных средств муниципалитеты и государственные органы работают совместно. При этом муниципалитеты не просто получают помощь в осуществлении бюджетного процесса, но и являются объектом серьезного мониторинга. Таким образом, полноформатная бюджетная автономия отсутствует, и в этом контексте показательны примеры Канады, Японии, ряда других развитых стран.

В.Р.: Хорошо, но не пострадает ли самостоятельность местного самоуправления, если мы будем говорить о единой публичной власти?

— Не должна пострадать. В главе Конституции, посвященной основам конституционного строя, сохраняется гарантия организационной автономии местного самоуправления. По моему мнению, единство публично-властных институтов не должно означать демонтажа механизмов демократии на местном уровне.

Местное самоуправление, как форма народовластия, должно в своей основе сохранять самоуправленческую сущность. Однако противопоставлять его государственной власти, также проистекающей из власти народа, не нужно.

Это деструктивно и никоим образом не способствует развитию местного самоуправления, формированию полноценной компетенционной и финансовой базы локальных самоуправленческих институтов.

В.Р.: Вы сами сказали, что обеспечить эффективность расходования без государственного контроля вряд ли получится.

— Отсутствие контроля я приводил лишь как пример отсутствия эффективной системы решения задач местного самоуправления — одним только переводом денежных средств их не решить. Тут можно провести аналогию с деятельностью управляющих компаний в сфере ЖКХ: вы регулярно делаете отчисления, а эффективность расходования средств можете проконтролировать с трудом.

Мне бы не хотелось, чтобы органы местного самоуправления превратились в некое подобие управляющих компаний в сфере ЖКХ. В существующих реалиях четкого механизма контроля за расходованием бюджетных средств органами местного самоуправления я не вижу.

Подчеркну, что это не отменяет того, что органы местного самоуправления — как провозглашено в основах конституционного строя — являются самостоятельными. Однако самостоятельность нельзя путать с независимостью.

В.Р.: В майском номере мы брали интервью у конституционалистов Сергея Белова³ и Ирины

³ Белов С.А. Пандемия продемонстрировала, что децентрализация делает власть более эффективной // Закон. 2020. № 5. С. 8–13.



Алебастровой⁴, и они оба отметили, что эпидемия коронавируса показала важность децентрализации власти. Ожидаете ли Вы каких-то изменений в этом направлении в ходе конституционной реформы?

— Коллеги, по сути, отметили, что кризисные явления, с которыми столкнулись все государства мира, и Российская Федерация в том числе, заставили нас по-новому посмотреть на многие вещи. Безусловно, в обстоятельствах пандемии оказалось очевидным, что вводить какой-то единый вариант ограничительных мер для борьбы с коронавирусом на всей территории страны нецелесообразно. Опасность распространения эпидемии в субъектах Федерации была разной, как, собственно, и возможности каждого региона по борьбе с инфекцией. Во всем мире от эпидемии страдали прежде всего крупные города с высокой концентрацией и мобильностью проживающих в них граждан. Очевидно, что вводить такие же жесткие меры, как, например, в Москве, в других субъектах Федерации, где риски распространения заболевания были не так велики, не было необходимости. Противодействие эпидемии проиллюстрировало, что дифференциация правового регулирования, свойственная федеративному устройству, отвечает задачам, которые стояли в тот кризисный период.

В.Р.: То есть как такового кризиса федерализма в России нет?

— Сама по себе эпидемия не вызвала в России кризис федерализма. Она как раз показала, что федеративное устройство позволяет принимать дифференцированные правовые решения исходя из потребностей и возможностей того или иного субъекта Федерации. Одновременно часть граждан посчитали, что регионы, в которых они проживают, вышли за пределы, предоставленные федеральным законодательством, т.е. злоупотребили предоставленной им самостоятельностью в ущерб правам и свободам граждан. И это тоже проблема федерализма. В мире нет эталонной модели распределения компетенций между федеральным центром и регионами.

С учетом всех национальных особенностей именно граждане в итоге должны решить, какая модель федеративного устройства должна быть реализована в их стране.

Есть, например, Индия, где субъекты федерации сложно назвать вполне самостоятельными. А есть Соединенные Штаты — исторически первая в современном понимании федерация, где в каждом штате есть свое уголовное право и где только во второй половине прошлого века появились федеральные тюрьмы.

А.В.: Представляю себе Уголовный кодекс Чеченской Республики...

— Пределы самостоятельности субъектов Федерации — вопрос национального консенсуса. Они могут меняться со временем. В этом вопросе важно учитывать все возможные риски и находить баланс между разными конституционными ценностями, а не просто говорить о необходимости безусловного наделения субъектов Федерации большими полномочиями как о самоцели.

А.В.: А насколько соответствует принципу федерализма тот факт, что население выбирает губернатора, а от должности его отрешает Президент?

— В самой этой возможности я проблем не вижу. Важны цели, основания, условия и процедуры такого отрешения. Это вполне может быть одним из правомерных элементов того, что в конституционной практике некоторых федеративных государств называется федеральным вмешательством или даже интервенцией. Механизмы федерального вмешательства как конституционного института прямо закреплены в основных законах, например, ФРГ и Бразилии. В российской Конституции такое понятие напрямую не установлено, но еще в 2002 г. Конституционный Суд указал, что необходимость адекватных мер федерального воздействия в целях защиты Конституции России вытекает непосредственно из основ конституционного строя.

А.В.: Но тогда получается, что губернатор отвечает перед Президентом, который, в сущности, может его снять в любой момент, хотя мандат он, губернатор, получает снизу.

⁴ Алебастрова И.А. У Конституции есть первородный грех, и наши власти решили согрешить еще // Закон. 2020. № 5. С. 14–18.

— Во-первых, не все главы субъектов Федерации избираются гражданами. По усмотрению региона губернатор может быть наделен полномочиями парламентом субъекта. Во-вторых, как правило, выборное должностное лицо отвечает перед теми, кто его избрал. И губернатор, избранный гражданами, проживающими на территории соответствующего региона, не исключение. Установлена даже возможность его отзыва избирателями. Механизм конституционной ответственности губернатора в виде досрочного прекращения его полномочий Президентом в связи с утратой доверия может быть активирован в соответствии с законодательством только по определенным основаниям. Это правило стало действовать в 2012 г., когда в Законе об общих принципах организации органов власти субъектов⁵ появился четкий перечень оснований для отрешения главы субъекта от должности. Это изменение федерального закона было в духе решений Конституционного Суда, который последовательно проводил свою позицию о необходимости четких оснований для привлечения ко всем видам юридической ответственности. До 2012 г. основания для утраты доверия главы государства никак не были сформулированы, т.е. выглядели довольно абстрактно.

Кроме того, при отрешении губернатора от должности в случае утраты им президентского доверия сохраняется право на судебную защиту.

В.Б.: Проверить это пока не представляется возможным, поскольку единственный человек, оспоровший такое решение Президента по существу, уже умер⁶.

— Да, пока судебной практики в этой области у нас нет.

⁵ Федеральный закон от 06.10.1999 № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации».

⁶ Имеется в виду экс-губернатор Чувашской Республики М.В. Игнатъев, отстраненный от должности в связи с утратой доверия Президентом РФ 29 января 2020 г. и скончавшийся в июне 2020 г. от сердечно-сосудистой недостаточности после госпитализации из-за коронавирусной инфекции. 20 мая он оспорил Указ Президента о досрочном прекращении полномочий, 9 июля дело было прекращено в связи со смертью заявителя. Подробнее см.: <https://vsrf.ru/lk/practice/cases/10675483> (дата обращения: 26.08.2020).

В.Р.: В ходе конституционной реформы в России могут исчезнуть конституционные (уставные) суды регионов, и тогда их полномочия, возможно, перейдут к Конституционному Суду РФ. Как Вы к этому относитесь?

— На самом деле этот вопрос не связан напрямую с поправками к Конституции. Такой вывод можно сделать из Заключения Конституционного Суда по последним поправкам к Конституции⁷: Суд отметил, что в Российской Федерации действуют только те суды, которые прямо указаны в Конституции. А поскольку в ней ничего не говорится об органах конституционной юстиции регионов, то возникает вопрос об их дальнейшем существовании.

Есть разные мнения о возможных последствиях такого решения. Кто-то из экспертов считает его безусловным шагом назад в части обеспечения прав граждан. В свою очередь, я не склонен драматизировать ситуацию. Нужно признать, что сфера региональной конституционной (уставной) юстиции все же весьма ограничена, и статистика работы большинства из этих судов не позволяет говорить об их эффективности в сфере защиты прав и интересов граждан.

В.Б.: Тогда обладает ли эта позиция юридической силой, если она высказана по инициативе самого суда?

— Так или иначе, она высказана. Я исхожу из того, что Конституционный Суд — не тот орган, который может случайно написать что-то в своем решении.

Позиция сформулирована совершенно четко и является обязательной для законодателей и правоприменителей. Поэтому, скорее всего, региональная конституционная (уставная) юстиция в ближайшей перспективе исчезнет.

⁷ Заключение КС РФ от 16.03.2020 № 1-З «О соответствии положениям глав 1, 2 и 9 Конституции Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации „О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти“, а также о соответствии Конституции Российской Федерации порядка вступления в силу статьи 1 данного Закона в связи с запросом Президента Российской Федерации». URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202003160037> (дата обращения: 26.08.2020).

**А.В.: А Вы бы как рекомендовали решить этот вопрос?**

— Можно подумать над французским вариантом квазисудебных органов, если субъект Федерации желает сохранить свой собственный конституционный (уставный) контроль. Но не думаю, что вопрос стоит так уж остро. Органы конституционной юстиции на данный момент действуют в меньшинстве субъектов.

В.Р.: А как Вы относитесь к поправке в ст. 79 Конституции, которая воспринимается как ограничивающая возможности европейского правосудия для российских граждан? По крайней мере, именно так ее интерпретировала Венецианская комиссия, которая даже рекомендовала воздержаться от принятия данной нормы.

— Начнем с того, что эта поправка содержательно не внесла ничего нового в российскую правовую систему. Такой механизм существует в России с 2015 г. в соответствии с позицией Конституционного Суда, установившего, что решения ЕСПЧ должны исполняться с учетом верховенства Конституции РФ. Эта позиция была развернута федеральным законодателем в положениях главы XIII.1 Закона о Конституционном Суде⁸. Поправка просто подняла этот вопрос на конституционный уровень. Конечно, можно давать разные правовые оценки данному механизму, но совершенно очевидно, что логика никак не изменившейся ст. 15 Конституции и до внесения поправок не предполагала приоритет норм международного права над конституционными нормами. В этой статье провозглашен только приоритет международных договоров, а также общепризнанных принципов и норм международного права над российскими законами.

Кроме того, подход России в этом вопросе далеко не оригинален. Известно, что аналогичные защитные правовые механизмы есть и в других европейских правовых системах. У нас этот механизм был впервые применен после решения ЕСПЧ по делу «Анчугов и Гладков против Российской Федерации» по вопросу предоставления активного избирательного права гражданам, отбывающим наказание в местах лишения свободы. С небольшим временным лагом было

вынесено решение ЕСПЧ по делу «Хёрст против Соединенного Королевства», также признающее неправомерным абсолютное ограничение избирательных прав указанной категории граждан. И Верховный суд Соединенного Королевства высказался в том же духе, что и российский Конституционный Суд: решения ЕСПЧ нельзя воспринимать как обязательные к абсолютному применению, они должны только приниматься во внимание, а следовать им можно лишь в случае их соответствия основополагающим нормам национального права.

В.Р.: Сейчас звучат предложения о пересмотре международных соглашений России на основе этой поправки. В частности, об этом говорил Вячеслав Володин на заседании Совета законодателей России в июле. Как Вы относитесь к таким инициативам?

— Из самой поправки не следует необходимости пересмотра международных договоров. На конституционном уровне появляется лишь норма о возможности отказать от исполнения решений межгосударственных органов, если они приняты на основании положений международных договоров Российской Федерации в их истолковании, противоречащем Конституции.

В.Р.: Вы занимались и проблемами спортивного права на научном уровне. Эта сфера известна своей обособленностью, например тем, что в ней могут не действовать традиционные правовые принципы. Считаете ли Вы это проблемой, которая требует решения в ближайшем будущем? К примеру, юристы, не специализирующиеся на спортивном праве, считают странной ситуацию, когда антидопинговые правила могут игнорировать презумпцию невиновности и принцип субъективного вменения, а спортсмен должен доказывать свою невиновность. Сюда же можно отнести наказание футбольного клуба за поведение болельщиков (свежий пример — штраф ЦСКА⁹) или штраф, наложенный ФИФА на РФС в 2018 г. за расистские выкрики болельщиков во время товарищеского матча «Россия — Франция».

⁸ Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации».

⁹ См.: ЦСКА оштрафован на 100 тысяч рублей за расистские выкрики фанатов в адрес Малкома. URL: <https://www.sports.ru/football/1086360149.html> (дата обращения: 26.08.2020).

— Исторически сложилось так, что основу международного спортивного движения образуют так называемые международные неправительственные организации — федерации, союзы, ассоциации. По своей правовой сути это некоммерческие организации, один из видов юридических лиц частного права, целью которых является развитие того или иного вида спорта, в первую очередь путем его регламентации (установления правил игры, регламентов соревнований и т.д.). Проще говоря, это частные организации со своими правилами участия. Если национальная федерация, клуб, спортсмен хотят участвовать в мероприятиях такой организации, то они могут сделать это только на установленных ею условиях, на основе договора присоединения.

Частноправовая природа международного спортивного движения снимает вопрос о презумпции невиновности, поскольку в частном праве действует обратная презумпция, виновности, и бремя доказывания отсутствия вины лежит на нарушителе правил.

Даже если международная спортивная федерация устанавливает правила, возлагающие ответственность за поведение болельщиков на команду — хозяину спортивного матча (т.е. реализуется понятная для частного права ответственность за действия третьих лиц), у национальной спортивной федерации, спортивного клуба или у конкретного спортсмена всегда есть выбор: либо участвовать в мероприятии, либо отказаться от него. Отсюда и ваши примеры со штрафными санкциями за неприемлемое поведение болельщиков. Если клуб не может обеспечить должное проведение домашнего матча, то он может попасть под санкции со стороны международной или национальной спортивной федерации.

А.В.: На ком лежит основная обязанность защиты прав спортсменов и что делать, если в результате бюрократических огрехов эти права не могут быть защищены эффективно? Должны ли быть у спортсменов правовые основания привлечения к ответственности спортивных федераций?

— Каждый спортсмен участвует в мероприятиях спортивной организации добровольно. Он может выразить свое согласие в договоре или посредством конклюдентных действий.

Если лицо заключает какой-либо договор (например, купли-продажи, трудовой контракт или брачный договор), то оно должно поинтересоваться своими правами и обязанностями, а также последствиями нарушения, неисполнения (недолжного исполнения) условий этого договора. В первую очередь защита своих нарушенных прав — дело самого правообладателя. Как правило, никто за него это делать не будет, да и не обязан.

Если права нарушаются спортивной федерацией, то существуют юридические механизмы их восстановления и защиты через судебный арбитраж или квазисудебные органы спортивных федераций. У национальной спортивной федерации в принципе нет обязанности защищать права конкретного спортсмена.

Это же не адвокатское бюро. У нее есть другие приоритетные функции, заключающиеся в развитии данного вида спорта и его представительстве на международном уровне.

В.Р.: Дело Клаудии Пехштайн¹⁰ наглядно показало, как под влиянием практики ЕСПЧ может измениться регулирование *lex sportiva*. Можно ли воспринимать это дело как своеобразный прецедент, который проьет дорогу для защиты прав спортсменов в ЕСПЧ, или это единичный случай?

— ЕСПЧ подтвердил решения и юрисдикцию Спортивного арбитражного суда в Лозанне по существу спора; единственное, что признано в Страсбурге, — это нарушение установленного Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод права на справедливое судебное разбирательство в форме отказа в проведении устных слушаний. Но это постановление не связывает другой состав судей этого же суда или других судебных органов. Кроме того, Европейская конвенция имеет региональную сферу действия — она охватывает только государства Европы, кроме Белоруссии, и не распространяется на другие континенты.

А.В.: Есть ли точки соприкосновения между спортивным правом, конституционным правом и

¹⁰ Постановление ЕСПЧ от 02.10.2018 по делу «Муту и Пехштайн (*Mutu and Pechstein*) против Швейцарии» (жалобы № 40575/10 и 67474/10).

**международными правовыми принципами? Где границы автономности спортивного права?**

— Конечно же, точки соприкосновения есть, ведь спорт не изолирован от других видов общественной деятельности. Целый ряд конституций имеют положения, посвященные спорту.

Термин «автономия» применительно к спорту впервые был закреплен в Олимпийской хартии 1949 г. и относился прежде всего к самостоятельности и независимости национальных олимпийских комитетов. Иначе говоря, он был связан со взаимодействием различных организаций внутри спортивного движения. Его расширительное толкование, характерное в первую очередь для функционеров самих спортивных организаций, зачастую основано на чрезмерно вольных интерпретациях и может привести к противоречиям с национальным правом той или иной страны.

До сих пор ни на международном уровне, ни на уровне национального права, в том числе в законодательстве Российской Федерации, нет адекватного нормативного правового регулирования принципа организационно-правовой автономии спорта. В действующем Законе о физической культуре и спорте¹¹ мы находим лишь упоминание о принципе, предусматривающем сочетание государственного регулирования отношений в области физической культуры и спорта с саморегулированием таких отношений субъектами физической культуры и спорта.

Сохранение современного спортивного движения в том виде, который мы знаем, должно базироваться на разумном сочетании и балансе принципов саморегули-

рования спортивных организаций (т.е. организационно-правовой автономии) и правового регулирования. Взаимодействие спортивного движения с правовыми формами идет давно. Так, спортивными организациями успешно используются организационно-правовые формы деятельности (союзы, общества, федерации, ассоциации), предложенные различными правовыми порядками.

Примечательно, что и государственные органы обозначают пределы своего вмешательства в деятельность спортивных организаций. Например, если говорить об англосаксонской правовой системе, то решение Верховного суда США по делу *Federal Baseball Club v. National League* 1922 г. показало неприемлемость для спортивных случаев антитрестовских ограничений, а в английском деле *Modahl v. British Athletic Federation Ltd* 1997 г. было ограничено применение частноправовых договоров для спортивной сферы.

Чрезмерная же регламентация со стороны государства соревновательной деятельности может привести к разрушению сложившихся институтов спортивного движения. К примеру, рассмотрение спортивных конфликтов в судах общей юрисдикции может поставить под угрозу деятельность самих спортивных федераций, разрушить институт сборных команд и т.д.

Вместе с тем правила и деятельность международных спортивных органов не должны вступать в конфликт с национальным или наднациональным правом. Эти вопросы приобретают практическую значимость, особенно в свете решений Европейского суда в Люксембурге по делу Босмана в 1995 г. и делу Симутенкова в 2005 г.¹²

¹¹ Федеральный закон от 04.12.2007 № 329-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации».

Вестник ЭКОНОМИЧЕСКОГО ПРАВОСУДИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Главный редактор:

А.Г. Карапетов
(karapetov@igzakon.ru)

www.igzakon.ru

121165, г. Москва, а/я 38

Тел.: (495) 927-01-62



ПОДПИСКА на II полугодие 2020 года

Журнал распространяется по подписке
и в розницу.

ПОДПИСКУ НА ЖУРНАЛ МОЖНО ОФОРМИТЬ
в любом отделении **Почты России**:

- подписной индекс **70040**
в Объединенном каталоге «Пресса России»,
в каталоге Агентства «Роспечать»;
- подписной индекс **П4314** в каталоге
русской прессы «Почта России»

через редакцию:

стоимость подписки
на II полугодие 2020 г. — 5100 руб.

Более подробную информацию об условиях
подписки можно получить в редакции

+7 (495) 927-01-62
podpiska@igzakon.ru



ИНИЦИАТИВНЫЙ СУД В СОСТЯЗАТЕЛЬНОМ ПРОЦЕССЕ: РАЗЪЯСНЕНИЕ ВС РФ О ПРОТИВОДЕЙСТВИИ ЛЕГАЛИЗАЦИИ ПРЕСТУПНЫХ ДОХОДОВ

8 июля 2020 г. Верховный Суд РФ утвердил Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с принятием судами мер противодействия незаконным финансовым операциям (далее — Обзор), в котором указал, что суды должны проявлять процессуальную активность, если подозревают, что требования предъявлены истцом для легализации преступных доходов и вывода их за рубеж. В частности, суды могут признать сделку ничтожной по собственной инициативе, отказаться утверждать мировое соглашение, не принять признание иска ответчиком, не выдать судебный приказ и привлечь государственные органы к делу.

Как Вы оцениваете такую активную роль суда? С этим вопросом мы обратились к экспертам.



ЕЛЕНА БОРИСОВА

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

— Обзор можно рассматривать как некую инструкцию судам, рассматривающим дела преимущественно о взыскании денежных сумм. Верховный Суд (ВС) РФ, во-первых, напоминает судам о существовании норм Гражданского (ГПК) и Арбитражного (АПК) процессуальных кодексов, Кодекса административного судопроизводства (КАС) (например, о задачах судопроизводства, о судебном руководстве, о действиях судьи при подготовке дела к судебному разбирательству и при рассмотрении заявления о вынесении судебного приказа) или норм Гражданского кодекса (ГК) (например, о ничтожности сделки, применении последствий недействительности сделок). Во-вторых, указывает судам на необходимость применять эти нормы в конкретных (не во всех) случаях, в частности когда (а) суд выявляет признаки направленности действий заявителя на совершение незаконных финансовых операций; (б) у суда появляются сомнения в бесспорном характере заявленных гражданином требований и возможном нарушении как прав и интересов ответчика, так и публичных интересов; (в) у суда имеются основания полагать, что лица, участвующие в деле, намерены совершить незаконную финансовую операцию при действительном отсутствии спора о праве между ними; (г) суд выявляет обстоятельства, свидетельствующие о направленности действий участников оборота на придание правомерного вида доходам, полученным незаконным путем. В-третьих, ВС РФ делает акцент на необходимости более внимательного отношения к рассмотрению и разрешению дел о взыскании денежных сумм с целью выявления фактов недобросовестного поведения участников



гражданских правоотношений, обратившихся в суд в целях легализации доходов, полученных в результате нарушения законодательства. Понимая важность этих разъяснений, указаний, рекомендаций, нельзя не задаться несколькими вопросами общего и частного характера.

1. Федеральный закон от 07.08.2001 № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» (далее — Закон № 115-ФЗ) действует с 2001 г., и, как свидетельствует приведенная в Обзоре практика, суды справлялись с решением возложенных на них задач судопроизводства, способствовали укреплению законности и правопорядка, предупреждению правонарушений. Почему именно сейчас, в 2020 г., ВС РФ решил дать им указания по рассмотрению и разрешению дел в обозначенной сфере? По сути, речь идет о конкретизации общих, хорошо известных судьям и без каких-либо трудностей применяемых правовых предписаний. Действительно, если судья усмотрит в деле подвох (например, п. 4.1 Обзора), он предпримет необходимые действия. Но можно ли обязать, скажем, мирового судью, рассматривающего в приказном производстве 80% подсудных ему дел, всякий раз целенаправленно «усматривать подвох» и в результате отказывать в принятии заявления о вынесении (выдаче) судебного приказа? Вряд ли. Вместе с тем, следуя разъяснениям Обзора, теперь уже нельзя исключить ситуацию, когда мировой судья посчитает, что в районном суде лучше смогут разобраться с таким сложным вопросом, как противодействие отмыванию доходов, и вынесет отказное определение, со ссылкой на Обзор отметив в нем наличие «сомнений в бесспорном характере заявленных требований, в том числе в случае выявления признаков направленности действий заявителя на совершение незаконных финансовых операций» (п. 2 Обзора).

2. Рекомендуемая в Обзоре судебская активность трудно достижима, поскольку требует дополнительных пояснений, дать которые не представляется возможным.

Например, в Обзоре указано, что соответствующие государственные органы «могут быть привлечены к участию в деле в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора» (п. 1). Известно, что в соответствии с законом такие третьи лица могут вступить в дело (могут быть привлечены судом) на стороне истца или ответчика до принятия судом первой инстанции судебного постановления по делу, если оно может повлиять на их права или обязанности по отношению к одной из сторон. Вопрос: на чьей стороне будет выступать указанный в Обзоре государственный орган? Как решение суда повлияет на его права или обязанности по отношению к одной из сторон? Очевидно, что в названном качестве перечисленные государственные органы не могут участвовать в деле. Их правовой интерес ясен и может (должен) быть удовлетворен в рассматриваемых в Обзоре случаях, но не предлагаемым путем. Вступить в процесс перечисленные в Обзоре государственные органы могут лишь для дачи заключения по делу, например по инициативе суда «в иных необходимых случаях» (ч. 2 ст. 47 ГПК).

«В аналогичном порядке» невозможно «разрешать и вопрос о привлечении к участию в деле органов прокуратуры» (п. 2 Обзора). В соответствии с требованиями ст. 45 ГПК РФ прокурор вступает в процесс и дает заключение по делам в случаях, предусмотренных ГПК РФ и другими федеральными законами. При этом важно, что в «других федеральных законах» должно быть прямо указано на такую форму участия в деле, как дача заключения по делу. Схожим образом вопрос об участии в деле прокурора решен и в АПК. Надзорные функции органы прокуратуры осуществляют в порядке, предусмотренном другими законами (например, тем же Законом № 115-ФЗ), надзор за судом, как известно, прокуратура не осуществляет.

Разъяснения, данные в п. 1 Обзора, позволяют произвольно толковать и применять закон: в случаях «противодействия незаконным финансовым операциям» судам можно решать вопросы о составе лиц, участвующих в деле, предложенным образом, а как быть в иных случаях? По судебному усмотрению? По аналогии?

3. В Обзоре ВС РФ в очередной раз (вслед за ВАС РФ, положившим начало процессуально-правовой деформации) отводит производству по пересмотру вступивших в законную силу судебных постановлений по вновь открывшимся обстоятельствам роль бронепоезда, стоящего на запасном пути (п. 3). Возникает опасение, что любому разрешенному судом делу о взыскании денежных средств можно отказать в таких характеристиках, как правовая предсказуемость, правовая определенность. Как следствие, возникает вопрос о стабильности гражданского оборота.

Перечисленные в п. 3 органы могут и должны выполнять свои обязанности, но не предлагаемым в Обзоре процессуальным путем, а в порядке, предусмотренном нормативно-правовыми актами, регулирующими их деятельность, определяющими их правомочия, в том числе и по обращению в суд, в правоохранительные органы в целях защиты публичных интересов.

4. Вне всякого сомнения, суды, как органы государства, должны способствовать укреплению законности и правопорядка, предупреждению правонарушений. Главная же функция суда в гражданском, арбитражном судопроизводстве — осуществление правосудия путем своевременного, правильного, справедливого рассмотрения и разрешения гражданских дел в предусмотренном процессуальным законом порядке. Степень судейской активности каждый судья способен определить сам, исходя из предписаний закона, обстоятельств рассматриваемых гражданских дел. Какой-либо инструкции по использованию процессуальных норм в конкретном деле нет и не может быть, хотя бы в силу того, что «обязательная ориентация на возможную или уже выраженную позицию вышестоящего суда по делу уничтожает существо правосудия» (Г.Ф. Шершеневич).

5. Недостатки законодательства также не могут быть исправлены разъяснениями и рекомендациями высшего судебного органа, поскольку «теряется в обществе всякая уверенность, какое же право действует — то, которое написано в законодательстве, или же то, которое применяют суды. При такой



ДАНИИЛ ТУЗОВ

профессор кафедры
гражданского права
СПбГУ, доктор
юридических наук

тенденции никто не может знать действующего права» (Г.Ф. Шершеневич). Представляется, что способствование судов укреплению законности и правопорядка, предупреждению правонарушений, а также выполнению судами требований закона, направленных на противодействие незаконным финансовым операциям, достигается путем соблюдения требований процессуального закона, определяющего, в частности, права и обязанности суда по рассмотрению и разрешению гражданских дел.

— *Nemo allegans turpitudinem suam audiendus est*. Ни у кого не вызовет сомнений справедливость этой древней максимы, запрещающей суду выслушивать того, кто ссылается на собственное предосудительное поведение. Однако тот факт, что стороны, сговорившись, напротив, пытаются это поведение замаскировать, не делает его менее предосудительным, а скорее наоборот. И суд, обнаруживший это, не может не реагировать. Суд — не только «беспристрастный арбитр» сторон, но прежде всего государственный орган, выполняющий публичную функцию. Да, имущественные отношения частных лиц — дело самих этих лиц. Да, гражданским (в широком смысле) процессом руководит принцип диспозитивности, и стороны имеют широкую процессуальную автономию. Но все это верно, пока не затрагивается публичный интерес, пока стороны используют свои права по их назначению, а не пытаются сделать суд и процессуальные формы лишь инструментом для достижения собственных противозаконных целей.

Итак, руководящая идея Обзора совершенно правильна и справедлива, а потому не может вызывать вопросов и тем более неприятия. Однако она не нова: все предписываемые судам меры основаны на хорошо известных правовых принципах. Нет в Обзоре и нового толкования последних, поскольку речь идет лишь об обобщении уже сложившейся практики. Таким образом, в плане эволюции правовой мысли это весьма полезный, но лишь технический документ. Так что выскажу несколько замечаний именно с этой точки зрения.

1. Неверно квалифицировать по п. 2 ст. 168 ГК «в том числе мнимые и притворные сделки», направленные на придание правомерного вида незаконным операциям (п. 6 Обзора). Внешне такие сделки как раз вполне соответствуют закону, именно поэтому их и используют для прикрытия. А их ничтожность основана не на незаконности и посягательстве на публичный интерес (которые могут характеризовать лишь их мотив и/или прикрываемую сделку), а на симуляции в них истинной воли сторон, а это самостоятельное основание ничтожности — ст. 170 ГК.

2. При безденежности займа нет и договора займа. Поэтому, чтобы отказать в иске из такого договора, излишне квалифицировать его как мнимый, а предъявление иска — как злоупотребление правом (п. 8.1 Обзора): ведь права-то у истца просто нет.

3. Верно, что мнимость и притворность сделок «исключает возможность удовлетворения судом основанных на таких сделках имущественных требо-



ваний», однако ВС добавляет: «не связанных с их недействительностью» (п. 6 Обзора). Заметим, что иногда могут иметь место попытки использовать для достижения все тех же незаконных целей именно требования, связанные с недействительностью.

4. Вряд ли применение судом по собственной инициативе последствий недействительности (п. 4 ст. 166 ГК) может способствовать защите публичных интересов (п. 6 Обзора): ведь имущество будет возвращено тем же недобросовестным сторонам (ст. 167 ГК). Это имело бы смысл лишь в отношении государственных или муниципальных организаций или если бы речь шла о таком последствии, как взыскание исполненного в доход государства (ст. 169 ГК), но в Обзоре таких случаев нет.

5. Самое важное: суд не только «не лишен права» исследовать *ex officio* соответствующие вопросы, в частности о мнимости и притворности сделок (п. 7 Обзора), но и обязан это делать, дабы вынесенное решение было законным и обоснованным. Диспозитивность формулировок здесь неуместна.



ВЛАДИМИР ЯРКОВ

заведующий кафедрой
гражданского процесса
УрГЮУ, президент
Нотариальной палаты
Свердловской области,
доктор юридических
наук, профессор

— Я бы оценил активную роль суда положительно — с точки зрения как судебной, так и нотариальной практики. Поиск оптимальных пределов активности суда идет на протяжении всей истории развития судебного процесса. В ближайшей истории можно увидеть самые разные варианты судейской активности — это и принцип судейского руководства процессом (Е.В. Васильковский), и принцип процессуальной активности суда в гражданском процессе (В.М. Семенов), основанный на обязанности суда установить объективную истину. В постсоветский период можно наблюдать постепенную эволюцию понимания роли суда и изменение степени его активности, возможных пределов судейского усмотрения в зависимости от вида судопроизводства, конкретного судебного производства, понимания публичного интереса и его баланса с частными интересами.

Исходная идея Обзора — следование общеправовому принципу недопустимости злоупотребления правом, имеющему в том числе и процессуальное содержание (ч. 1 ст. 35 ГПК, ч. 2 ст. 41 АПК РФ). Поэтому ВС РФ, на мой взгляд, справедливо обратил внимание на те ситуации, когда средства судебной защиты используются для достижения неправых целей, злоупотребления правом, а сами участники гражданского оборота недобросовестны в мотивах своего поведения. Кроме того, заслуживает поддержки подход, направленный не на формальное правоприменение, а на выяснение судом фактических обстоятельств и мотивов поведения участников гражданского оборота, в духе разъяснений п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»: «Поведение одной из сторон может быть признано недобросовестным не только при наличии обоснованного заявления другой стороны, но и по инициативе суда, если усматривается очевидное отклонение действий участника гражданского оборота от добросовестного поведения. В этом случае суд при рассмотрении дела выносит на обсуждение

обстоятельства, явно свидетельствующие о таком недобросовестном поведении, даже если стороны на них не ссылались (статья 56 ГПК РФ, статья 65 АПК РФ)».

Что касается отдельных положений, то я бы рекомендовал смелее использовать аналогию права, поскольку этот институт для того и существует, чтобы восполнять отсутствие технических норм по конкретным вопросам, не имеющих решения в тексте того либо иного процессуального кодекса. В частности, в п. 1 Обзора констатируется практика привлечения государственных органов, чаще всего Росфинмониторинга, в арбитражный процесс в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора на основании ст. 51 АПК.

Однако такое привлечение не соответствует содержанию данного института, поскольку третьи лица имеют материально-правовой интерес к участию в деле и защищают лично принадлежащие им права. Между тем правовая основа интереса к участию в деле органов Росфинмониторинга и их отношений со сторонами процесса носит публично-правовой, а не частноправовой характер. Поэтому ввиду отсутствия в ст. 53 АПК правила о возможности участия государственных органов с целью дачи заключения можно было разъяснить возможность их участия в соответствии со ст. 47 ГПК, применяя ее по аналогии.

В аспекте нотариальной практики Обзор очень полезен по ряду причин. В последние год-два нотариусы столкнулись с обращениями об удостоверении договоров займа и последующем совершении исполнительных надписей. Типичная картина следующая. В контору обращаются два достаточно молодых человека, занимающих один другому на 1–2 недели сумму в размере 5–10 и более миллионов рублей, они утверждают, что деньги передавались в наличной форме. Поскольку за неделю деньги якобы не возвращены, следует просьба о совершении исполнительной надписи.

Обращения такого рода носили массовый характер — а уж к тому редкому нотариусу, который не видел ничего предосудительного в подобных действиях, клиенты специально приезжали из других областей. Оправданием им служил внешне правомерный характер этих действий.

ФНП и нотариальные палаты регионов обращали внимание в таких ситуациях на то, что согласно ст. 5 Основ законодательства РФ о нотариате¹ нотариусы в своей деятельности руководствуются всем массивом российского законодательства, включая ст. 10 ГК РФ и ст. 7.1 Закона № 115-ФЗ, позволяющим нотариусам устанавливать в отношении клиентов любую необходимую для совершения нотариального действия информацию.

Поэтому нотариусам предлагалось в целях подтверждения добросовестности сторон при удостоверении договоров займа устанавливать документальное

¹ Утверждены ВС РФ 11.02.1993 № 4462-1.



подтверждение исполнения обязательств по передаче денежных средств, а также источники происхождения денежных средств клиентов, откладывая совершение нотариального действия. Статья 48 Основ была дополнена положением о том, что нотариус вправе отказать в совершении исполнительной надписи при наличии достаточных оснований полагать, что исполнительная надпись может быть использована в целях легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма. Все это вкуче с Обзором поможет противодействию незаконным финансовым операциям, поскольку в нотариальной практике стали встречаться новые варианты злоупотреблений — обращения с просьбой об удостоверении медиативных соглашений, которые порой фактически прикрывают незаконные финансовые операции.

Хочу отметить, что участие нотариата в решении этих вопросов носит интернациональный характер. В 2018 г. Международный союз нотариата одобрил документ под названием «Лучшие нотариальные практики в сфере противодействия отмыванию денег и финансированию терроризма».



МАРИЯ МИХЕЕНКОВА

советник
международной
юридической фирмы
Dentons, кандидат
юридических наук

— В целом Обзор направлен на противодействие злоупотреблению правом, что можно только приветствовать. Однако предложенная весьма активная роль суда вызывает сомнения. В гражданском, арбитражном процессе судам предлагается в части борьбы с легализацией (отмыванием) денежных средств исполнять функцию, которая может быть свойственна им в уголовном судопроизводстве. Принципиально разная степень активности суда в публичном (уголовный, по делам об административных правонарушениях) и частном (гражданский, арбитражный) процессах составляет суть традиционного отечественного понимания основополагающих принципов судопроизводства. Поэтому предложенный в Обзоре подход ставит целый ряд вопросов.

Прежде всего, не совсем ясно, как такой подход может быть реализован на практике с учетом трактовки состязательности и диспозитивности в этих видах судопроизводства. Например, суд может или обязан совершить ряд действий в случае выявления подозрительных финансовых операций. Но обязан ли суд их выявлять и если да, то с помощью каких процессуальных инструментов? Или суд реагирует, только если подозрительность действий сторон стала ему известна случайно? Как будет разграничиваться право суда, например, привлечь в процесс Росфинмониторинг, и его обязанность, учитывая, что даже сейчас отдельные судьи убеждены в необходимости привлечения этого органа во все процессы, по результатам которых возможны выплаты зарубежным истцам? Не будет ли такая сверхактивная роль суда распространяться и на другие вопросы, помимо потенциального отмывания денежных средств? При грамотном понимании судьями Обзор может действительно помочь борьбе с незаконными действиями, но любые погрешности в его толковании судьями чреваты серьезными проблемами для участников процесса и в какой-то мере изменением трактовки его основополагающих начал.



АЛЕКСАНДР РУСЕЦКИЙ

заместитель
генерального
директора — начальник
управления комплаенса
АНО «Московская
дирекция транспортного
обслуживания»,
член ОКЮР



ТИМУР ТУХВАТУЛЛИН

главный специалист —
руководитель проекта
управления комплаенса
АНО «Московская
дирекция транспортного
обслуживания»,
член ОКЮР, кандидат
юридических наук

— В Обзоре констатируется, что нередко случаи обращения в суд лиц в целях легализации незаконно полученных доходов, в частности обращения при отсутствии имущественного спора лишь для получения исполнительного документа и последующего вывода финансовых средств за рубеж в обход требований российского законодательства. В настоящее время механизм принудительного исполнения судебных актов для придания правомерного вида доходам, полученным незаконным путем, имеет множество различных форм и видов, что требует активного и принципиального участия от всех участников судебного разбирательства, в особенности от судей, непосредственно рассматривающих конкретные дела.

Так, согласно п. 5 Обзора, если при рассмотрении дела суд обнаружит в действиях участников процесса или иного лица признаки экономического преступления, суд информирует об этом правоохранительные органы. Данное положение, как может показаться на первый взгляд, несвойственно для российской судебной системы, когда судья сам инициирует доследственную проверку. Однако оно вытекает из положений АПК, ГПК и КАС РФ, которые предусматривают, что выявление подобных фактов требует реагирования со стороны судов, поскольку укрепление законности и предупреждение правонарушений является одной из задач судопроизводства.

Полагаем, что ВС РФ лишь обратил внимание судов на необходимость реализации предусмотренных законом полномочий по направлению информации в правоохранительные органы для принятия процессуальных решений относительно выявленных в ходе судебного разбирательства фактов совершения незаконных финансовых операций, содержащих признаки преступлений.

Считаем, что Обзор подготовлен своевременно, а содержащиеся в нем разъяснения весьма актуальны и полезны: практическое их применение судами будет способствовать системной и единообразной реализации предоставленных законом полномочий в сфере противодействия незаконным финансовым операциям.

В 2019 г. Российская Федерация по итогам выездной миссии экспертов Группы разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег (ФАТФ) в Москву получила в целом положительную оценку, что позволило ей войти в первую пятерку стран по эффективности национальной антиотмывочной системы в мире, однако проблема, безусловно, еще не решена. В связи с этим Обзор стал очередным важным шагом на пути совершенствования системы выявления и пресечения преступлений в финансовой сфере.

Российскими правоохранительными органами на постоянной основе ведется работа по выявлению и пресечению преступлений, в том числе в сфере легализации (отмывания) доходов, полученных незаконным путем.

К примеру, только за прошлый год на территории нашей страны зарегистрировано порядка 950 преступлений, связанных с легализацией (отмыванием) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем (ст. 174 и 174.1 Уголовного кодекса РФ), в рамках которых наложен арест



на имущество стоимостью более одного миллиарда рублей. Много это или мало, судить сложно.

Уверены лишь в том, что принятый Обзор должен сыграть положительную роль в борьбе с незаконными финансовыми операциями как минимум потому, что предлагает судьям, возможно редко сталкивающимся на практике с такого рода нарушениями закона, конкретные разъяснения относительно последовательности их действий и принимаемых решений.



ВЛАДИМИР АВИЛКИН

руководитель практики
правовой защиты
бизнеса ПАО «Газпром
нефть», член ОКЮР

— Разъяснение ВС РФ следует поддержать, ибо оно основано на положениях процессуальных кодексов. Однако, применяя его, суды не должны выхолащивать принцип диспозитивности процесса, поэтому судебный контроль за распорядительными действиями участников процесса должен иметь свои понятные и обоснованные пределы.

Принцип диспозитивности говорит, что ответчик свободен в выборе, защищаться ему против иска или признать его, а стороны свободны в заключении мирового соглашения. Поэтому суд не только не может препятствовать ликвидации спора, но наоборот: должен оказывать содействие сторонам в этом вопросе.

В то же время судебный акт, принятый в связи с признанием ответчиком иска или в связи с заключением сторонами мирового соглашения (в отличие, например, от ситуации принятия судом определения по причине отказа истца от иска), создает материально-правовой эффект. Следовательно, правопорядок не может допускать, чтобы такой эффект являлся реализацией заведомо противоправных интересов. Например, если ответчик признает иск, что равнозначно признанию долга, суд не может устраниваться хотя бы от общей проверки того обстоятельства, существует ли долг вообще.

В свете этого ВС РФ верно разъясняет, что контроль суда за признанием иска и заключением мирового соглашения является обязательным. После вступления судебного акта в законную силу избавиться от его принудительного исполнения возможно, только отменив сам судебный акт (пересмотрев его в процессуальном порядке). Следовательно, недопустимо руками государства создавать незаконные операции.

На мой взгляд, для признания иска суды должны удостовериться лишь в том², что правоотношение, на которое ссылаются стороны в суде и которое послужило поводом к обращению в суд, действительно существует. Для этого суду не требуется устанавливать все обстоятельства дела, быть на сто про-

² Для соблюдения ограничений по объему комментария я не упоминаю безусловную обязанность суда проверить полномочия лица на совершение распорядительного действия и проверить свободу волеизъявления (убедиться, что распорядительное действие совершается не под влиянием насилия или его угрозы).

центов уверенным, что иск был бы удовлетворен, даже если бы ответчик его не признал. Суду достаточно убедиться, что спорное правоотношение скорее существует, чем не существует, а ответчик скорее является должником, чем не является.

Что касается пределов судебного контроля при окончании спора миром, то, по моему мнению, суду следует не только проверить *ex officio*, не является ли мировое соглашение прикрытием незаконно финансовой операции, но и убедиться в том, что такое соглашение не является ничтожной сделкой, а также не обладает признаками оспоримой сделки. Здесь необходимо вернуться к обсуждению корректности п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 16.05.2014 № 28 «О некоторых вопросах, связанных с оспариванием крупных сделок и сделок с заинтересованностью», в котором допускается возможность утверждения судом мирового соглашения, обладающего признаками оспоримой сделки.✉



**ИЛЬЯ
АЛЕКСАНДРОВИЧ
ВАСИЛЬЕВ**

доцент кафедры теории и истории государства и права, научный руководитель основной образовательной программы магистратуры «Юрист в сфере спортивного права (спортивный юрист)» СПбГУ, доцент, кандидат юридических наук

**НАТАЛЬЯ
АЛЕКСАНДРОВНА
ШЕВЕЛЕВА**

заведующая кафедрой административного и финансового права СПбГУ, профессор, доктор юридических наук

**ЕВГЕНИЯ
германовна
ВЕТРОВА**

студентка 2-го курса бакалавриата СПбГУ

ОТСТРАНЕНИЕ КЛУБА ОТ УЧАСТИЯ В СОРЕВНОВАНИИ ЗА МАНИПУЛИРОВАНИЕ РЕЗУЛЬТАТОМ КАК АДМИНИСТРАТИВНАЯ МЕРА УЕФА: ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА И ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ*

Спортивные федерации и организации применяют дисциплинарные санкции к своим прямым и косвенным членам в целях поддержания действенности норм актов, регламентов. Санкция выступает нормативно определенной негативной формой реагирования на нарушение. Тем не менее инструментарий воздействия не ограничивается дисциплинарной ответственностью и может предусматривать применение к субъектам спорта, совершившим нарушение норм актов, регламентов, иных мер. Спортивные федерации и организации могут связывать такие меры с процессами управления и организации соревнований, тем самым наделяя их наименованием «административные». Вместе с тем система сосуществования административных мер и дисциплинарных санкций кажется логичной и адекватной спортивным правонарушениям только на первый взгляд. Юридическое закрепление административной меры демонстрирует фактическую идентичность оснований и целей применения с дисциплинарными санкциями. Как следует из рассмотренной авторами правоприменительной практики, подобные меры претендуют на иммунитет к проверке на соблюдение неотъемлемых правовых гарантий субъектов спорта, поскольку не являются санкциями. Следовательно, к мерам не применяются общетеоретические, фундаментальные принципы права, такие как недопустимость двойного привлечения к ответственности за одно нарушение; соразмерность санкции совершенному правонарушению и др. УЕФА достаточно давно использует административную меру по отстранению клуба от участия в соревновании за манипулирование результатом, что позволяет говорить о сформировавшейся практике дисциплинарных юрисдикционных органов УЕФА, а также Спортивного арбитражного суда. Мы рассмотрим данную меру через призму правоприменительных решений названных органов по разрешению споров и обратим внимание на дуализм позиций о ее природе и непоследовательности позиций об особенностях ее применения. Авторы придерживаются мнения о необходимости признания дисциплинарной природы этой меры и, как следствие, отказа от ее использования одновременно с дисциплинарной санкцией в регулировании УЕФА.

Ключевые слова: регламенты УЕФА, манипулирование результатами, практика УЕФА, практика Спортивного арбитражного суда (CAS), административные меры, дисциплинарные санкции

* Часть исследования И.А. Васильева выполнена при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 19-011-00528.



ILIA A. VASILYEV

Associate Professor of the Department of History and Theory of Law, Scientific Advisor of the Master Program “Lawyer in the Area of Sports Law (Sports Lawyer)” at Saint Petersburg State University, Associate Professor, PhD in Law

NATALIA A. SHEVELEVA

Head of the Department of Administrative and Financial Law at Saint Petersburg State University, Professor, LLD

EUGENIA G. VETROVA

Student at Saint Petersburg State University

REMOVING A CLUB FROM COMPETITION AS UEFA ADMINISTRATIVE MEASURE FOR MATH-FIXING: LEGAL NATURE AND PECULIARITIES OF APPLICATION*

Sports federations and organisations apply disciplinary sanctions to their direct and indirect members to maintain the effectiveness of the norms of acts and regulations. A sanction is a normatively defined negative form of response to a violation. Nevertheless, the tools of influence are not limited to disciplinary responsibility and may provide for the use of other measures applicable to sports entities that have violated the norms of acts and regulations. Sports federations and organisations can associate such measures with the management and organisation of competitions, thereby giving them the name “administrative”. At the same time, the system of coexistence of administrative measures and disciplinary sanctions seems logical and adequate to sports offenses only at first glance. The legal consolidation of an administrative measure demonstrates the factual identity of the grounds and purposes of application with disciplinary sanctions. As follows from the law enforcement practice that we examined in this study, such measures claim to be immune from compliance with the inherent legal guarantees provided for sports entities, since they are not sanctions. Consequently, the general theoretical principles of law are not applied to measures: inadmissibility of double prosecution for one violation; proportionality of sanction to the offense, and others. UEFA has been using an administrative measure for a long time to remove the club from participating in the competition for manipulating the result, which allows us to talk about the established practice of the disciplinary jurisdictional bodies of the Union, as well as the Court of Arbitration for Sport (CAS). We will consider this measure through the prism of law enforcement decisions of the aforementioned dispute resolution bodies and pay attention to the dualism of positions on its nature and inconsistency of positions on the peculiarities of its application. The authors believe that it is necessary to recognise this measure as being a disciplinary one and, as a result, stop using it in parallel with disciplinary sanction in the regulation of UEFA.

Keywords: *UEFA regulations, math-fixing, UEFA practice, Court of Arbitration for Sport (CAS) practice, administrative measures, disciplinary sanctions*

1. Введение

В одной из предыдущих публикаций¹ мы обратили внимание на существование в дисциплинарной практике

юрисдикционных органов УЕФА так называемых административных мер (далее также — мера), которые выражались в отстранении клуба от участия в соревновании под эгидой УЕФА сроком на один сезон за прямое или косвенное вовлечение в манипулирова-

* The part of the I.A. Vasilyev’s research was funded by RFBR, according to the research project No. 19-011-00528.

¹ Jun C., Vasilyev I.A., Izmalkova M.P. et al. Problems of Proof in Football Clubs’ Disciplinary Liability for Match-Fixing: Practice of

the Court of Arbitration for Sport (CAS) (2009–2014) // Journal of Siberian Federal University. Humanities and Social Sciences. 2019. Iss. 12. № 3. P. 343–362.

ние результатами матчей (далее — манипулирование). В настоящем исследовании, говоря о манипулировании, мы имеем в виду любое неправомерное воздействие на результат матча, соревнования. Эта оговорка является важной, поскольку основание для применения административной меры более широкое (прямая или косвенная вовлеченность в деятельность, связанную с любым воздействием на результат), чем для дисциплинарной ответственности (участие в манипулировании результатом). Такое разграничение, присутствующее в соответствующих нормах Регламентов Лиги чемпионов и Лиги Европы (далее также — регламенты), о которых мы скажем далее, было подтверждено Спортивным арбитражным судом (далее — CAS, арбитраж)².

Регламенты Лиги чемпионов и Лиги Европы, Дисциплинарный регламент предусматривают двухстадийный механизм противодействия манипулированию: административная мера в форме отстранения от соревнования сроком на один сезон и, опционально, дисциплинарная ответственность³. Применение административной меры, в отличие от привлечения к дисциплинарной ответственности, не зависит от усмотрения компетентного органа и является *обязанностью* УЕФА.

Заметим, что и при манипулировании на уровне национальных соревнований УЕФА обладает правом привлечения субъектов к дисциплинарной ответственности⁴. При ином прочтении положений регламентов УЕФА смог бы использовать только административную меру, имеющую, как отмечает в своих решениях CAS, незначительный эффект — отстранение от соревно-

ваний. Сомнительно, чтобы УЕФА стремился к такому самоограничению при формулировании положений регламентов о соревнованиях в *целях противодействия* столь серьезному проступку, как манипулирование.

Во всех случаях административная мера должна применяться до привлечения к ответственности или вместе с дисциплинарной санкцией⁵, поэтому УЕФА вправе открыть дисциплинарное производство, несмотря на предшествующее применение административной меры⁶. Вместе с тем существуют определенные различия, когда (1) мера применяется вместе с дисциплинарной санкцией в одном процессе при манипулировании в соревнованиях УЕФА и (2) мера комбинируется с санкцией при манипулировании на национальном уровне и назначается в результате так называемого двухуровневого процесса: привлечение в рамках национальной ассоциации к ответственности за манипулирование, а также применение административной меры и привлечение к ответственности со стороны УЕФА. В последнем случае, как отмечал CAS⁷, если национальная ассоциация отзывает клуб из соревнования УЕФА, это не является *основанием для лишения УЕФА права привлечь клуб к дисциплинарной ответственности*: действует юридическая фикция, как если бы к клубу была применена административная мера. Поэтому если бы национальная ассоциация не приняла решение об отзыве, УЕФА был обязан использовать административную меру и отстранил бы клуб от соревнования.

УЕФА может разграничить процессы по применению административной меры и по привлечению к дисциплинарной ответственности, если, например, требуется *срочное применение меры в целях оперативной защиты целостности (integrity)* соревнования, тогда как привлечение к ответственности, вполне очевидно, *требует более основательного исследования состоявшегося проступка*.

² Arbitration CAS 2014/A/3625. Sivasspor Kulübü v. Union of European Football Association (UEFA). Award of 3 November 2014 (operative part of 7 July 2014). § 124–125; Arbitration CAS 2014/A/3628. Eskişehirspor Kulübü v. Union of European Football Association (UEFA). Award of 2 September 2014 (operative part of 7 July 2014). § 105–106.

³ Regulations of the UEFA Champions League 2018–21 Cycle. 2019/20 Season. Art. 4.0.2; Regulations of the UEFA Europa League 2018–21 Cycle. 2019/20 Season. Art. 4.0.2; UEFA Disciplinary Regulations, Edition 2019, art. 12.

⁴ См., напр.: Regulations of the UEFA Champions League 2018–21 Cycle. 2019/20 Season. Art. 4.03 («In addition to the administrative measure of declaring a club ineligible as provided for in Paragraph 4.02, the UEFA Organs for the Administration of Justice can, if the circumstances so justify, also take disciplinary measures in accordance with the UEFA Disciplinary Regulations»).

⁵ Arbitration CAS 2013/A/3256. Fenerbahçe Spor Kulübü v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA). Award of 11 April 2014 (operative part of 28 August 2013). § 189.

⁶ Как было отмечено в деле CAS 2013/A/3256, право применения УЕФА административных мер в случае манипулирования результатами матчей, соревнований на национальном уровне влечет и право УЕФА по привлечению к дисциплинарной ответственности субъектов за такие нарушения (Ibid. § 199).

⁷ Ibid. § 202.

В настоящей статье мы обратим внимание не только непосредственно на административную меру по отстранению клуба от участия в соревновании УЕФА, но на меры из практики Международного олимпийского комитета (далее — МОК) и некоторых национальных антидопинговых агентств. Параллельное существование наряду с дисциплинарными санкциями подобных мер позволяет по-новому взглянуть на юридически значимые последствия для субъектов спорта, совершающих определенные нарушения. Более глобальный вопрос, который представляет интерес, касается содержания понятия дисциплинарной ответственности: можно ли ограничиться знаком равенства между дисциплинарными санкциями и ответственностью или наряду с санкциями и некие «меры» тоже выступают проявлением, результатом привлечения к ответственности? Как нам представляется, верификация правовой природы административных мер и обращение к близким институтам поможет ответить на вопрос о рассмотрении мер в качестве фактической дисциплинарной санкции.

2. Виды мер, применяемых спортивными федерациями и организациями

Практика арбитража позволяет нам выделить три вида мер, применяемых спортивными федерациями и организациями.

Первый вид — классические дисциплинарные санкции, включающие, как пример, дисквалификацию спортсмена, клуба⁸. Здесь цель меры карательная, а степень наказания связана с серьезностью правонарушения и степенью вины (если речь идет не о применении строгой ответственности).

Второй вид — аннулирование результатов, медалей, очков и возврат призов спортсмена. В деле CAS 2007/O/1381 арбитраж отметил, что цель таких мер заключается в том, чтобы восстановить равные условия игры, т.е. обеспечить справедливость, а не наказать⁹.

Третий вид мер имеет административную природу и касается условий участия в соревновании. В основном это меры в форме квалификационных правил, устанавливающие условия, при соблюдении которых спортсмену, клубу разрешено участвовать. В соответствии с нормами конкретных регламентов и актов спортивных федераций и организаций некоторые из таких мер являются обязательными не только для спортсменов и клубов, но и для обеспечивающего персонала¹⁰.

Наряду с представленной классификацией CAS также разделил меры, которые могут применяться спортивными федерациями и организациями к своим прямым или косвенным членам, на административные меры и дисциплинарные санкции¹¹.

Различие между перечисленными видами мер должно проводиться не на формальной, а на объективной основе: важно не то, как федерация, организация называет в регламенте или акте данную меру, а то, как мера может быть квалифицирована. Например, если мера, применяемая к участнику, связана с его предшествующим неправомерным поведением, то недопущение к соревнованию должно рассматриваться как дисциплинарная санкция против данного спортсмена¹².

3. Признаки административных мер, фактически являющихся дисциплинарными санкциями

Признание за административными мерами юридической природы дисциплинарных санкций должно происходить в каждом конкретном случае, поэтому найти модель, предоставляющую закрытый перечень признаков, в практике арбитража достаточно сложно.

В решении по делу CAS OG 02/001 арбитраж не согласился с МОК, считавшим административным по своей юридической природе решение, принятое на основании ст. 49.1 Олимпийской хартии, об аннулировании аккредитации спортсмена, период дисквалификации

⁸ Arbitrage TAS 2007/O/1381. Real Federación Española de Ciclismo (RFEC) & Alejandro Valverde c. Union Cycliste Internationale (UCI). Sentence du 26 septembre 2007. § 67.

⁹ Ibid. § 59.

¹⁰ Ibid. § 76.

¹¹ См.: Arbitrations CAS 2008/A/1583. Sport Lisboa e Benfica Futebol SAD v. UEFA & FC Porto Futebol SAD, CAS 2008/A/1584. Vitória Sport Clube de Guimarães v. UEFA & FC Porto Futebol SAD. Award of 15 July 2008. § 35.

¹² Arbitrage TAS 2007/O/1381. § 80.



которого за нарушение антидопингового регулирования завершался в период проведения Олимпийских игр¹³. Ранее спортсмен был заявлен национальным олимпийским комитетом в МОК и получил аккредитацию, которая впоследствии была отозвана МОК. Как отметил CAS, принятое решение не могло рассматриваться в качестве административной меры, поскольку повлияло на правомерное ожидание спортсмена о принятии его заявки МОК.

В деле CAS 2011/O/2422 МОК занимал позицию, что принятый им Регламент, запрещавший спортсменам, которые были отстранены более чем на шесть месяцев за нарушение антидопинговых правил, участвовать в следующих Олимпийских играх после истечения срока их дисквалификации, представлял развитие ст. 45.2 Олимпийской хартии и не предполагал наложения на спортсмена санкции¹⁴. Единичный недопуск на Олимпийские игры спортсмена отличался от дисквалификации за нарушение антидопинговых правил и являлся административной мерой — реализацией права отбора. Как считал МОК, применение такой меры не порождало риск двойной ответственности, поскольку недопуск преследует иную цель, чем дисквалификация¹⁵. Однако CAS не поддержал аргументацию МОК, что обоснованно с точки зрения предшествующей практики арбитража: в упомянутом нами в начале исследования решении по делу CAS 2007/O/1381 отмечалась особенность квалификационных норм регламентов — они не наказывают нежелательное поведение спортсмена или клуба, а определяют требования к нему, которые следует выполнить для участия в соревновании¹⁶. Как мы отметили, в регламентах спортивных федераций, организаций существуют нормы, которые устанавливают запрет на участие спортсмена в соревновании вследствие предшествующего нежелательного поведения. Такие нормы предусматривают фактическую санкцию, цель которой состоит в том, чтобы лишить спортсмена права на участие в соревновании, основываясь на предшествующем неприемлемом поведении. Поэтому вполне предсказуем вывод арбитража в деле

CAS 2011/O/2422 о природе нормы Регламента МОК, запрещавшей спортсменам, которые были отстранены более чем на шесть месяцев за нарушение антидопинговых правил, участвовать в следующих Олимпийских играх после истечения срока их дисквалификации. Данная норма — санкция, дисциплинарная мера вследствие предшествующего поведения спортсмена, а не квалификационное требование приемлемости, предъявляемое к участнику Олимпийских игр, и отказ в участии после отбытия срока дисквалификации должен рассматриваться в качестве продолжения отстранения, а значит, как санкция¹⁷.

В деле CAS 2011/A/2658 решение национального антидопингового агентства об отказе в отборе спортсмена на Олимпийские игры было признано санкцией, поскольку влияние на право участия в соревновании было идентично ст. 10 Кодекса Всемирного антидопингового агентства¹⁸. Как отметил арбитраж, предшествующее нарушение антидопингового регулирования повлекло применение дополнительной санкции, что является признаком санкции¹⁹.

В споре по делу CAS 2012/A/2912 арбитраж провел экспертизу норм МОК, регулирующих порядок избрания в органы комитета, и обнаружил в положении, устанавливающем меру негативной реакции на поведение кандидата в органы (на коррупцию, т.е. противоправное влияние им на результат), природу дисциплинарной санкции по следующим признакам. Во-первых, заголовок статьи и используемые формулировки («санкция»); во-вторых, присутствует шкала применяемой меры; в-третьих, используется принцип соразмерности (мера зависит от серьезности и вида нарушения); в-четвертых, описывается процедура применения меры (право быть заслушанным, уведомление о вынесенном решении)²⁰.

В решении по делу CAS 2013/A/3055 арбитраж выделил признаки квалификационной меры «правило

¹³ Arbitration CAS ad hoc Division (O.G. Salt Lake City) 02/001 Prusis & Latvian Olympic Committee (LOC) // International Olympic Committee (IOC). Award of 5 February 2002. § 18.

¹⁴ Arbitration CAS 2011/O/2422. United States Olympic Committee (USOC) v. International Olympic Committee (IOC). Award of 4 October 2011. § 22.

¹⁵ Ibid. § 39.

¹⁶ Arbitrage TAS 2007/O/1381. § 76.

¹⁷ Arbitration CAS 2011/O/2422. § 39, 43.

¹⁸ Arbitration CAS 2011/A/2658. British Olympic Association (BOA) v. World Anti-Doping Agency (WADA). Award of 30 April 2012. § 23.

¹⁹ Ibid. § 38.

²⁰ Arbitration CAS 2012/A/2912. Koji Murofushi & Japanese Olympic Committee (JOC) v. International Olympic Committee (IOC). Award of 11 June 2013 (operative part of 21 May 2013). § 99.

нейтрализации участия спортсменов, отбывших дисквалификацию вследствие совершенного антидопингового нарушения». Во-первых, применение правила было допустимо при дисквалификации на срок не менее двух лет; во-вторых, *основанием для применения такой нормы являлось предшествующее неприемлемое поведение спортсмена*; в-третьих, норма о нейтрализации имела карательный характер, лишая спортсмена права участия²¹. В результате использование спортивной федерацией административной меры «правило нейтрализации» было признано арбитражем санкцией.

Наконец, в деле CAS 2017/A/5498 арбитраж признал *юридическую природу санкции в административной мере МОК о пожизненном запрете аккредитации бывшего министра спорта России В. Мутко на Олимпийских играх*²². МОК считал свое квалификационное, административное решение основанным на правиле приемлемости заявок, представленном в ст. 44 Олимпийской хартии, что не было поддержано CAS. Аргументируя свою позицию, МОК ссылался на известные кейсы CAS OG 18/02 и CAS OG 18/03, будто бы подтверждающие, что любое решение, принятое в соответствии с нормой ст. 44 Олимпийской хартии, представляет собой административную меру и не является санкцией²³. В действительности позиции CAS в делах CAS OG 18/02 и CAS OG 18/03 отличались от представленной точки зрения МОК: процедура «приглашений» не являлась дисциплинарной по природе, поскольку защищала права лиц, которые не были причастны к якобы имевшему место манипулированию антидопинговой системой в России и которые могли принять участие в Олимпийских играх при соблюдении ими определенных условий²⁴. Арбитраж, основываясь на предшествующей практике (дела CAS 2011/A/2442 и CAS OG 02/001), обратил внимание, что МОК принял решение вследствие *неприемлемого поведения Министерства спорта России*: «...апеллянт должен был добиваться эффективного

полного отказа от допинг-контроля в России во время его пребывания в министерстве спорта»²⁵. Таким образом, мера в отношении В. Мутко устанавливала индивидуальный запрет аккредитации, основанный на его предшествующем поведении. Иными словами, квалификационная мера наказывала В. Мутко за *предполагаемое систематическое манипулирование антидопинговой системой в России, обнаруженное комиссией Шмидта, — такая административная мера, вполне очевидно, имеет юридическую природу санкции, даже если она применяется на основе нормы ст. 44 Олимпийской хартии*.

В свете представленной практики мы можем отметить, что в споре по делу CAS 2012/A/2912 арбитраж признает проверку на соразмерность как требование только в отношении санкции, но не административной меры.

Суммируя обобщенные нами подходы арбитража, мы можем выделить два сквозных признака дисциплинарной природы мер, вне зависимости от их формального обозначения «административными», «квалификационными» или любыми иными мерами в регламентах и актах спортивных федераций, организаций. Во-первых, это *предшествующее неприемлемое с позиции норм соответствующего акта поведение субъекта спорта как основание применения меры*. Во-вторых, *карательный характер меры, выражающийся в негативных последствиях для субъекта спорта*.

Остальные признаки, выделявшиеся в рассмотренных нами решениях CAS, являются специфическими для конкретной ситуации и поэтому не могут носить универсального характера.

4. Административная мера УЕФА по отстранению клуба от участия в соревновании

Вполне предсказуемо, что норма ч. 3 ст. 50 Устава УЕФА отказывается приравнивать административную меру к дисциплинарной санкции, проводя раз-

²¹ Arbitration CAS 2013/A/3055. Riis Cycling A/S v. the Licence Commission of the Union Cycliste Internationale (UCI). Award of 11 October 2013. § 8.30, 8.31.

²² Arbitration CAS 2017/A/5498. Vitaly Mutko v. International Olympic Committee (IOC). Award of 3 July 2019. § 55.

²³ Ibid. § 50.

²⁴ Arbitration CAS OG 18/02. Victor An and others v. International Olympic Committee. § 7.4–7.11; Arbitration CAS OG 18/03. Alexander Legkov and others v. International Olympic Committee. § 7.4–7.11.

²⁵ Arbitration CAS 2017/A/5498. § 53.



граничение между двумя этапами реагирования на манипулирование: клубу или национальной футбольной ассоциации, прямо или косвенно вовлеченным в деятельность, направленную на организацию влияния или непосредственно на влияние на результаты матчей на национальном или европейском уровне, может быть отказано в участии в соревнованиях УЕФА без предопределения последующих дисциплинарных санкций²⁶.

Арбитраж в деле CAS 2013/A/3258²⁷ впервые обратил внимание на ошибочность приравнивания административной меры к дисциплинарной санкции, но только при рассмотрении дел CAS 2014/A/3625²⁸ и CAS 2014/A/3628²⁹ была подробно представлена позиция панелей по поводу правовой природы такой меры. Тем не менее практика CAS не является единообразной из-за наличия решений по делу CAS 2013/A/3256, где был сделан вывод о дисциплинарной природе административной меры УЕФА и правомерности ее рассмотрения в качестве санкции, и делу CAS 2016/A/4642, продемонстрировавшему вывод арбитража о «восприятии клубом меры как явно карательной по своей направленности»³⁰. Более сдержанная и поэтому гибкая позиция CAS была высказана в делах CAS 2008/A/1583 & 1584 (арбитраж указал на «неотъемлемый дисциплинарный аспект» административной меры³¹) и CAS 2016/A/4650 (административная мера обладает «некоторыми карательными признаками»³²).

Правовая природа административной меры не является однозначной не только для CAS, но и для юрисдикционных органов УЕФА. Например, в двух решениях о манипулировании Апелляционная комиссия оценила такую меру как санкцию³³. Определение природы меры не является схоластическим вопросом и влияет на то, как и на основе каких правовых принципов мера должна применяться.

В целях борьбы с манипулированием УЕФА зафиксировал в Регламентах Лиги чемпионов и Лиги Европы, Дисциплинарном регламенте систему противодействия, включающую два этапа: обязательная административная мера и возможные дисциплинарные санкции. Административные меры как первый этап противодействия представляют собой отстранение клуба от соревнования УЕФА, если клуб нарушит критерий участия, в соответствии с которым он *обязался не быть прямо или косвенно вовлеченным в любую деятельность, направленную на влияние на результаты матчей на национальном или международном уровне*³⁴. На втором этапе противодействия используются дисциплинарные санкции — когда совершаются действия, которые с высокой долей вероятности влияют на процесс или результат матча и направлены на получение неправомерного преимущества для себя или для третьей стороны³⁵. Вопрос о применении административных мер, так же как и о привлечении к дисциплинарной ответственности, рассматривается на основе процессуальных норм Дисциплинарного регламента УЕФА.

Основываясь на предшествующей позиции арбитража³⁶, необходимо отметить, что CAS в большинстве решений придерживается следующего подхода: мера по отстранению от соревнования УЕФА сроком на один сезон, применяемая на основании Регламентов Лиги чемпионов или Лиги Европы, обладает *административной природой, поскольку неотъемлемо связа-*

²⁶ UEFA Statutes (February 2018 edition) — Rules of Procedure of the UEFA Congress (April 2017 edition) — Regulations governing the Implementation of the UEFA Statutes (May 2018 edition): «The admission to a UEFA competition of a Member Association or club directly or indirectly involved in any activity aimed at arranging or influencing the outcome of a match at national or international level can be refused with immediate effect, without prejudice to any possible disciplinary measures».

²⁷ Arbitration CAS 2013/A/3258. *Besiktas Jimnastik Kulübü v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA)*. Award of 23 January 2014.

²⁸ Arbitration CAS 2014/A/3625. § 116 et seq.

²⁹ Arbitration CAS 2014/A/3628. § 97 et seq.

³⁰ Arbitration CAS 2016/A/4642. *Phnom Penh Crown Football Club v. Asian Football Confederation (AFC)*. Award of 6 December 2016 (operative part of 19 August 2016). § 77.

³¹ Arbitrations CAS 2008/A/1583, CAS 2008/A/1584. § 38.

³² Arbitration CAS 2016/A/4650. *Klubi Sportiv Skenderbeu v. Union Européenne de Football Association (UEFA)*. Award of 21 November 2016 (operative part of 6 July 2016). § 48.

³³ AB Decision of 2 June 2014 *Eskisehirspor*. Case Law Control, Ethics and Disciplinary Body & Appeals Body. Season 2013/2014. June 2014 — December 2014; AB Decision of 3 June 2014 *Sivassspor* Case Law Control, Ethics and Disciplinary Body & Appeals Body. Season 2013/2014. June 2014 — December 2014.

³⁴ Regulations of the UEFA Champions League 2018–21 Cycle. 2018/19 Season. Art. 4.0.2.

³⁵ UEFA Disciplinary Regulations. Art. 12.

³⁶ Arbitration CAS 2013/A/3258.

на с организацией соревнования, являясь критерием допуска клуба. Так, в деле CAS 2013/A/3258 арбитраж обратил внимание на цель меры, представленной в положениях регламентов о проведении соревнований УЕФА, — определить критерии и условия участия клубов, а не применять к ним санкции³⁷. Здесь уместно будет сослаться на решение по делу CAS 2013/A/3233, в котором отмечалось: процедура лицензирования клубов предполагает, что если одно из условий впоследствии не выполняется, то единственным решением, которое вправе принять орган УЕФА по финансовому контролю, будет лишение клуба права на участие в соревновании³⁸.

В одном из решений³⁹ арбитраж подчеркнул, что административная мера как институт используется УЕФА в рамках собственной автономии как спортивной ассоциации по праву Швейцарии и «не нарушает юридических принципов, норм международного или спортивно-правового регулирования». Соглашаясь с критериями участия в соревнованиях УЕФА, клуб тем самым принимает возможные негативные последствия в форме административной меры при выявлении факта манипулирования⁴⁰. Но еще ранее арбитраж обратился к практически идентичной позиции об обоснованности административной меры как дискреции УЕФА по определению механизма защиты целостности соревнований. Так, в деле CAS 2013/A/3297 клуб безуспешно апеллировал к тому, что исключение из соревнования не может рассматриваться как условие права клуба на участие, а значит, является по природе санкцией, наказанием за предшествующее поведение⁴¹. Арбитраж возразил клубу: следуя позиции УЕФА, союз обладает абсолютным правом защиты целостности соревнования в интересах европейского футбола, и инструмент по реализации такого права — административная мера, отвечающая принципам правомерности и обоснованности⁴².

В решении по делу CAS 2013/A/3256 арбитраж не согласился с аргументами клуба о дисциплинарной природе административной меры, указав на существование в регулировании УЕФА двух стадий: первая представляет собой административную меру, согласно которой к клубу применяется минимальная санкция; вторая — решение вопроса о дисциплинарной ответственности⁴³. Степень негативных последствий является разной: на первой стадии применяется минимальная административная мера (предварительная санкция), тогда как на второй используется дисциплинарная финальная санкция. Такая система обусловлена положениями Дисциплинарного регламента УЕФА, не препятствующими разделению санкции на минимальную (административная мера) и дополнительную (дисциплинарная). CAS предлагает понимать соответствующие нормы Регламентов Лиги чемпионов и Лиги Европы как предоставляющие право применять санкцию в два этапа, начиная с меры и завершая решением вопроса о дисциплинарной ответственности⁴⁴.

В делах CAS 2014/A/3625 и CAS 2014/A/3628 арбитраж представил противоположную вышеприведенной позицию в части определения дисциплинарной природы административной меры, предложив следующую аргументацию. Во-первых, отстранение от соревнования представляет собой серьезное последствие для клуба, но это автоматически не превращает меру в санкцию. Такое же пагубное для клуба последствие возникает и при невыполнении любого из других критериев участия в соревновании, что не влечет трансформацию неучастия в санкцию⁴⁵. Во-вторых, действия клуба, которые влекут использование административной меры, отличаются от нарушения, которое является основанием для привлечения к ответственности и применения дисциплинарных санкций⁴⁶. Как мы ранее отмечали, административная мера применяется автоматически (обязательно), тогда как привлечение к дисциплинарной ответственности используется только при наличии достаточно убедительных доказательств наличия факта манипулирования. Как указал арбитраж в данных спорах, институт административной меры был введен, чтобы скоординировать превентивную

³⁷ Arbitration CAS 2013/A/3258. § 127.

³⁸ Arbitration CAS 2013/A/3233. PAE Giannina 1966 v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA). Award of 9 December 2013 (operative part of 16 July 2013). § 81, 82.

³⁹ Arbitration CAS 2014/A/3625. § 126.

⁴⁰ Arbitration CAS 2013/A/3297. Public Joint-Stock Company “Football Club Metalist” v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA) & PAOK FC. Award of 29 November 2013.

⁴¹ Ibid. § 7.2.2 (q).

⁴² Ibid. § 7.3.2.

⁴³ Arbitration CAS 2013/A/3256. § 162.

⁴⁴ Ibid. § 164.

⁴⁵ Arbitration CAS 2014/A/3625. § 122; Arbitration CAS 2014/A/3628. § 103.

⁴⁶ Ibid.



цель — противодействие манипулированию с целью карательной — привлечением к ответственности⁴⁷. Поэтому мера *не демонстрирует карательной цели и направлена на защиту целостности спорта, а ее административная природа детерминирована организационными аспектами проведения соревнований УЕФА*⁴⁸.

Чем может быть обусловлено расхождение позиций арбитража по поводу природы административной меры? Сомнительно, что на вывод в деле CAS 2013/A/3256 повлияла необходимость решения вопроса о наличии юрисдикции УЕФА для преследования манипулирований не только в формате двухстадийного процесса, но и на двух уровнях: национальном и в соревнованиях УЕФА. Приведенный в данном решении пример о взыскании некой суммы, которое осуществляется в два «транша»⁴⁹, однозначно свидетельствует об убежденности арбитража в корректности определения дисциплинарной природы меры. Аналогично мы не усматриваем каких-либо специфических предпосылок для принципиального отхода арбитража от конституирования административной природы меры в решениях по делам CAS 2008/A/1583 & 1584 (дисциплинарная направленность меры), CAS 2016/A/4642 (карательная цель меры), CAS 2016/A/4650 (карательные признаки меры). Все перечисленные позиции свидетельствуют об убежденности конкретных составов панели CAS при рассмотрении вопроса о мерах в определенном сходстве с дисциплинарной санкцией как минимум.

Тем не менее, если проверять административную меру на предмет соответствия двум сквозным признакам дисциплинарных санкций, можно констатировать такое соответствие: мера (1) *применяется на основе предшествующего неприемлемого поведения субъекта футбола и (2) обладает карательным эффектом — отстранение от соревнования на определенный период*. Дополнительно следует вспомнить позицию арбитража в деле CAS 2012/A/2912: наличие шкалы, как в случае меры УЕФА, свидетельствует о характере санкции⁵⁰. Следовательно, меру затруднительно признавать квалификационной, связанной исключительно с орга-

низацией соревнования УЕФА. Принятие организатором соревнования решения об участии клуба является административным вопросом, но уверенно назвать таковым исключение вследствие обвинения в прямой или косвенной вовлеченности в совершении дисциплинарного проступка нельзя. Можно провести аналогию с реализацией УЕФА института лицензирования и финансового фэйр-плей (*FFP*), не предусматривающего административной меры в дополнение к привлечению клуба к дисциплинарной ответственности вследствие несоблюдения взятых на себя фактом прохождения процедуры лицензирования обязательств.

Если административная мера не является дисциплинарной санкцией, как заметил арбитраж в делах CAS 2014/A/3625, CAS 2014/A/3628, тогда в процессе решения вопроса о ее применении могут правомочно быть проигнорированы общетеоретические принципы права⁵¹.

Данная позиция, по сути, расширяет ранее представленный в деле CAS 2013/A/3233 вывод CAS об отсутствии требования проверки на соразмерность примененной меры⁵². Вместе с тем в деле CAS 2013/A/3297 арбитраж *не отказался от рассмотрения вопроса о соразмерности административной меры и пришел к выводу о наличии такой корреляции*⁵³. Разница подходов в практике CAS, как мы видим, наличествует и в части применения общетеоретических принципов на примере одного из ключевых — соразмерности санкции совершенному проступку.

Признание за административной мерой природы дисциплинарной санкции актуализирует и вопрос о соблюдении принципа *ne bis in idem*.

В рассмотренном нами споре по делу CAS OG 02/001 арбитраж сделал вывод о *риске двойной ответственности и нарушении принципа ne bis in idem* вследствие применения административной меры, являвшейся фактической санкцией: отбытие дисквалификации повлекло фактическую санкцию в виде отмены аккредитации и лишения права выступления за сборную

⁴⁷ Arbitration CAS 2014/A/3625. § 119–120; Arbitration CAS 2014/A/3628. § 100–101.

⁴⁸ Arbitration CAS 2014/A/3625. § 122; Arbitration CAS 2014/A/3628. § 102.

⁴⁹ Arbitration CAS 2013/A/3256. § 164.

⁵⁰ Arbitration CAS 2012/A/2912. § 99.

⁵¹ Arbitration CAS 2014/A/3625. § 122; Arbitration CAS 2014/A/3628. § 102.

⁵² Arbitration CAS 2013/A/3233. § 82.

⁵³ Arbitration CAS 2013/A/3297. § 8.28, 8.36.

команду⁵⁴. Данное решение было прокомментировано арбитражем в деле CAS 2013/A/3256 в контексте отсутствия нарушения принципа равного обращения при сравнении дел CAS OG 02/001 и CAS 2013/A/3256. Кодексом ВАДА установлен запрет на применение дополнительной санкции за нарушение антидопингового регулирования, тогда как Дисциплинарный регламент УЕФА не препятствует использованию «предварительной минимальной санкции» в виде административной меры и, если будут найдены достаточно убедительные доказательства, — «дополнительной финальной» дисциплинарной санкции⁵⁵. По сути, происходит разделение санкции, а не дублирование⁵⁶. Сделав такой вывод, CAS не увидел нарушения принципа *ne bis in idem* в двух стадиях преследования манипулирования со стороны УЕФА. Позиция о дополнительном характере санкции, применяемой в результате привлечения к дисциплинарной ответственности, идентична мнению арбитража в споре по делу CAS 2013/A/3297, но без квалификации меры как «предварительной санкции»⁵⁷.

В других приведенных нами спорах о признаках санкции в административных мерах, используемых спортивными федерациями и организациями, демонстрируется ожидаемая позиция арбитража о нарушении принципа *ne bis in idem* при сосуществовании меры как фактической санкции и дисциплинарной санкции. Так, в деле CAS 2011/O/2422 применение положения Регламента МОК образовывало двойную ответственность за нарушение, а значит, противоречило названному принципу по следующим основаниям: (1) идентичные цели — поддержание конкуренции в соревновании, (2) обе санкции относятся к предшествующему поведению, (3) одни и те же последствия применения — спортсмен лишается права на участие⁵⁸. В решении по делу CAS 2013/A/3055 арбитраж аналогично признал недопустимым с точки зрения *ne bis in idem* существования административной меры нейтрализации, повторно наказывающей за неприемлемое поведение⁵⁹.

5. Заключение

Следует констатировать, что сегодня у клубов нет шансов в юрисдикции УЕФА или CAS на признание административной меры УЕФА, предусмотренной соответствующим регламентом соревнования, видом дисциплинарной санкции. Как мы продемонстрировали, в деле CAS 2013/A/3256 арбитраж использовал термин «санкции» в отношении негативных последствий для клубов на обеих стадиях, и хотя такое мнение арбитража не является исключением (можем сослаться на дела CAS 2008/A/1583 & 1584, CAS 2016/A/4642, CAS 2016/A/4650 с определенной условностью, поскольку в них CAS давал гибкие и осторожные оценки мере: «восприятие клубом меры как явно карательной по своей направленности», «неотъемлемый дисциплинарный аспект», «некоторые карательные признаки»), оно критикуется впоследствии со стороны дуумвирата идентичных позиций о разграничении юридической природы меры и дисциплинарных санкций в спорах по делам CAS 2014/A/3625 и CAS 2014/A/3628.

С нашей точки зрения, административная мера по отстранению клуба соответствует двум универсальным признакам дисциплинарных санкций, выделенных нами в результате обобщения практики арбитража в настоящей статье: к клубу применены неблагоприятные последствия в форме лишения права на участие в соревновании вследствие его предшествующего неприемлемого с точки зрения регулирования УЕФА поведения.

Также нам следует сделать ремарку для будущих размышлений: если не говорить о мере как о санкции, а рассматривать ее в качестве оперативного способа реакции УЕФА на нарушение, тогда административная мера приобретает признаки предварительных, обеспечительных мер, которые отдельно представлены в положениях Дисциплинарного регламента УЕФА. Насколько допустимо такое смешение административных и обеспечительных мер? Следует задуматься о возникшей ситуации.

Разграничение арбитражем административной меры и дисциплинарной санкции актуально и для применения комбинации административной меры и дисциплинарной ответственности национальными футбольными ассоциациями. При этом два названных нами ранее

⁵⁴ Arbitration CAS ad hoc Division (O.G. Salt Lake City) 02/001. § 18.

⁵⁵ Arbitration CAS 2013/A/3256. § 166.

⁵⁶ Ibid. § 164.

⁵⁷ Arbitration CAS 2013/A/3297. § 8.36.

⁵⁸ Arbitration CAS 2011/O/2422. § 60.

⁵⁹ Arbitration CAS 2013/A/3055. § 8.30, 8.31.



решения не отрицали вывод арбитража, сделанный в деле CAS 2013/A/3256, о правомерности применения меры и за прямую или косвенную вовлеченность клуба в манипулирование результатом матча, соревнования на национальном уровне. Тем самым выстраивается не только двухстадийный, но и двухуровневый процесс преследования УЕФА манипулирования как в своих, так и в национальных соревнованиях, препятствующий через применение меры участию клуба в Лиге чемпионов или Лиге Европы, а также возможное привлечение к дисциплинарной ответственности.

Арбитраж в некоторых из решений легитимирует отсутствие юридической природы санкций в административных мерах УЕФА тем аргументом, что таковые *не преследуют цель наказать клубы*, а используются *в интересах защиты целостности и репутации соревнований*. При таком подходе мера по отстранению клуба от участия в соревновании не только выполняет превентивную функцию, поскольку исключение клуба из числа участников влечет сохранение целостности соревнования, но и снимает любые сомнения относительно ценностей соревнований — защищается их репутация. Вполне очевидно, что интерес УЕФА как организатора заключается в публичной демонстрации целостности соревнований и мерах по защите их репутации. Тем не менее мы не можем не заметить, что *позиционирование интересов целостности и репутации соревнований используется и при привлечении к дисциплинарной ответственности, о чем свидетельствует правоприменительная практика и юрисдикционных органов УЕФА⁶⁰, и CAS⁶¹*. Совпадение интересов при применении административных мер и санкций в таком случае ставит под сомнение их убедительное разграничение только по названному основанию.

Первой фундаментальной проблемой административной меры является соответствие принципу *ne bis in idem* при привлечении впоследствии клуба к дисциплинарной ответственности за манипулирование.

При использовании УЕФА двух стадий преследования манипулирования в соответствии с регламентами соревнований и Дисциплинарным регламентом, как посчитал арбитраж в решении по делу CAS 2013/A/3256, не нарушается принцип *ne bis in idem*. Затруднительно согласиться с такой точкой зрения, особенно учитывая иные позиции CAS, рассмотренные нами в настоящей статье. Когда мы говорим о сосуществовании двух негативных последствий за одно нарушение, особенно с учетом разницы оснований для применения административной меры (прямая или косвенная вовлеченность клуба в манипулирование) и дисциплинарной санкции (достаточная убежденность в участии клуба в манипулировании), *сложно не увидеть вызов принципу недопустимости двойной ответственности*. Формально-юридически разграничив меру с санкцией, можно попробовать тем самым обосновать *ne bis in idem* — это и было сделано CAS в соответствующих решениях, но когда арбитраж говорит о «предварительной» и «финальной» санкциях, нарушение принципа нам представляется несомненным. И даже в первом случае, если мы вспомним приведенную нами практику арбитража по поводу мер, имевших признаки фактических санкций, можно заявить о попирании принципа *ne bis in idem*. По-видимому, далеко не в последнюю очередь стремясь оградить существование административной меры УЕФА от последующих экспертиз на предмет соответствия принципу *ne bis in idem*, арбитраж так старательно и развил меру с санкцией в плеяде решений по делам CAS 2013/3258, CAS 2013/A/3297, CAS 2013/A/3297, CAS 2014/A/3625, CAS 2014/A/3628.

Вторая фундаментальная проблема административной меры касается применения юридических гарантий для субъектов футбола при решении вопроса о ее назначении.

Дисциплинарный регламент УЕФА используется по аналогии только в связи с нормами процесса, но при этом не применяются включенные в него положения материального права⁶². Как следствие, *мера не может иметь условный характер в отличие от дисциплинарной санкции, при вынесении решения о мере не исследуется*

⁶⁰ См., напр.: ранее приведенные решения по делам клубов *Eskisehirspor*, *Sivasspor*. См. также: AB Decision of 2 June 2014 *Eskisehirspor*. Case Law Control, Ethics and Disciplinary Body & Appeals Body. Season 2013/2014. June 2014 — December 2014; AB Decision of 3 June 2014 *Sivasspor* Case Law Control, Ethics and Disciplinary Body & Appeals Body. Season 2013/2014. June 2014 — December 2014.

⁶¹ См., напр.: Arbitration CAS 2014/A/3628. § 74.

⁶² Arbitration CAS 2014/A/3625. § 128; Arbitration CAS 2014/A/3628. § 109.

дуются смягчающие и отягчающие обстоятельства⁶³. Здесь следует упомянуть дело CAS 2012/A/2912, в котором арбитраж назвал использование определенной процедуры при решении вопроса о применении меры исключительным признаком дисциплинарной природы. Отказ от материального права предопределил соответствующее ограничение и в отношении гарантий, предоставляемых субъектам футбола основными принципами права, актуальными и для спортивного права. В числе последних, как мы показали, наибольший риск возникает в свете исключения проверки меры на принцип соразмерности. Но существуют и другие проблемы в связи с отказом от проверки административных мер на соответствие принципам. Например, в деле CAS 2014/A/3628 арбитраж однозначно указал на неприменимость принципа «уголовного права»⁶⁴ *nulla poena sine culpa* при решении вопроса об административной мере, не обладающей дисциплинарной юридической природой⁶⁵. Можно возразить, что отказ от соблюдения принципов административного или уголовного права обусловлен статусом УЕФА как ассоциации, созданной по праву Швейцарии и применяющей дисциплинарную ответственность согласно ее правовой природе частного, а не публичного права (что актуально и для иных спортивных федераций и организаций, функционирующих в швейцарской юрисдикции)⁶⁶. Но такое замечание будет верным только отчасти: в приведенных нами решениях CAS отказывается применять к административной мере в целом общетеоретические, фундаментальные принципы права, а не только отраслевые (принципы административного права, уголовного права). Кроме того, частнопредметной характер ответственности членов ассоциации, созданной по швейцарскому праву, предопределяет перечень принципов, только если речь идет о дисциплинарной природе такой ответственности. Такая природа рассматриваемой нами меры арбитражем отрицается, что *восстанавливает*

возможность для применения по аналогии отраслевых принципов, в том числе административного права как традиционно регулирующего в отношении публичного субъекта процессы управления. Было бы парадоксально, если бы отказ от соответствия меры общетеоретическим принципам права позволил сделать вывод о соответствии административной меры данным принципам (как ошибочно полагают некоторые авторы⁶⁷).

|| Третья фундаментальная проблема административной меры связана с ее обжалованием.

Хорошо знакомая юристам доктрина *res judicata* применяется в случае, когда было вынесено окончательное решение, которое более не подлежит обжалованию. В решении по делу CAS 2012/A/2912 арбитраж подчеркнул, что *нет оснований не распространять res judicata на административные меры, применяемые спортивными федерациями и организациями*⁶⁸. Конечно, можно сослаться на позицию по делу CAS 2013/A/3256 о мере как «предварительном» решении, блокировав тем самым применение доктрины. Но тогда *придется быть последовательными и в признании юридической природы дисциплинарной санкции за административной мерой*, что было сделано арбитражем в названном решении.

Наконец, вернемся к вопросу, с которого начали завершающую часть исследования: является ли административная мера пропорциональным решением в интересах целостности спорта? Насколько соответствует целостности спорта *мера, которая принимается с определенными изъятиями: отказом от материального права, представленного Дисциплинарным регламентом УЕФА, а также от соблюдения принципов права*? Если не считать решение вопроса об административной мере процессом принятия юридически значимого решения, тогда не возникнет сомнения в соблюдении доктрины *due process*⁶⁹. Однако распро-

⁶³ Arbitration CAS 2014/A/3625. § 128; Arbitration CAS 2014/A/3628. § 109. В предшествующем решении по делу CAS 2013/A/3297 (§ 8.35) арбитраж оставил вопрос об условном характере административной меры открытым.

⁶⁴ Именно такую отраслевую характеристику дал принципу CAS в решении по делу CAS 2014/A/3628, тогда как мы считаем приведенный принцип общетеоретическим, представляющим собой доктрину *rule of law* и, соответственно, верховенства нормы права об ответственности.

⁶⁵ Arbitration CAS 2014/A/3628. § 136.

⁶⁶ Arbitration CAS 2010/A/2268 I. v. Fédération Internationale de l'Automobile (FIA). Award of 15 September 2011. § 99.

⁶⁷ *Silvero E.G.* The match-fixing eligibility criteria in UEFA competitions: an overview of CAS case law // Bulletin TAS CAS Bulletin. 2018. Vol. 1. P. 21.

⁶⁸ Arbitration CAS 2012/A/2912. § 105.

⁶⁹ О понимании CAS *due process* как нарушения процессуальных прав субъектов спорта, построенных на общетеоретических принципах права, см., напр.: Arbitration CAS 2017/A/5297. Club Estudiantes de Mérida v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA). Award of 15 October 2018; Arbitration CAS 2016/A/4651. Ariel Alberto Alvarado Carrasco v. Confederation of North, Central and Caribbean Association Football (CONCACAF). Award of 19 May 2017.



странение на меру процессуальных норм регламента подтверждает характер процесса. Поэтому на текущий день мы не считаем, что целостность соревнований УЕФА достигается существующей процедурой применения административных мер.

Целостность соревнований неотъемлемо включает в себя защиту принципа справедливой конкуренции участвующих субъектов футбола. С одной стороны, очевидна неприемлемость участия в соревновании клуба, в отношении которого есть убедительные доказательства манипулирования. С другой стороны, отстранение клуба на основе прямой (и тем более косвенной) вовлеченности в манипулирование в случае административной меры не требует таких убедительных доказательств, которые необходимы для привлечения к дисциплинарной ответственности. Проблема наличия на национальном уровне решения суда в отношении аффилированных с клубом лиц как достаточного подтверждения прямой или косвенной вовлеченности в манипулирование была отлично продемонстрирована Э.Г. Сильверо⁷⁰. Точно так же как не будет справедливой конкуренция в соревновании, в котором принимает участие клуб, привлеченный к дисциплинарной ответственности за манипулирование, *не является справедливой и соревнование, в котором клуб отстранен только на основании прямой или косвенной вовлеченности в манипулирование, установленной на основе процедуры, ограниченной в части соблюдения принципов права и гарантий для субъектов футбола, предусмотренных материальными нормами Дисциплинарного регламента УЕФА.*

|| Признание за мерой дисциплинарной природы позволило бы решить обозначенные нами проблемы и не привело бы к попиранию защищаемой УЕФА целостности соревнований.

Наоборот: осмысление природы меры по аналогии с решением вопроса о последующей дисциплинарной ответственности повысило бы уровень защищенности прав и интересов клубов как минимум

по трем направлениям. Это позволило бы избежать, во-первых, неопределенности в части границы доказанности («достаточного подтверждения») прямой или косвенной вовлеченности в манипулирование; во-вторых, несправедливого отстранения при отсутствии в последующем доказательств для открытия дисциплинарного производства; наконец, в-третьих, ситуации фактически двойной дисциплинарной ответственности за одно нарушение при применении и меры, и санкции.■

REFERENCES

Silvero, E.G. “The Match-Fixing Eligibility Criteria in UEFA Competitions: An Overview of CAS Case Law”. Bulletin TAS CAS Bulletin. 2018. Vol. 1 P. 6–21, available at: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Bulletin_2018_01.pdf (accessed 10 August 2020).

Jun, C., Vasilyev, I.A., Izmalkova, M.P., Dongmei, P. and Khalatova, R.I. “Problems of Proof in Football Clubs’ Disciplinary Liability for Match-Fixing: Practice of the Court of Arbitration for Sport (CAS) (2009–2014)”. Journal of Siberian Federal University — Humanities and Social Sciences. 2019. Iss. 12. No. 3. P. 343–362.

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

Iliia A. Vasilyev

Associate Professor of the Department of History and Theory of Law, Scientific Advisor of the Master Program “Lawyer in the Area of Sports Law (Sports Lawyer)” at Saint Petersburg State University, Associate Professor, PhD in Law (199034, Russia, Saint Petersburg, Universitetskaya nab., 13B; e-mail: i.vasilev@spbu.ru).

Natalia A. Sheveleva

Head of the Department of Administrative and Financial Law at Saint Petersburg State University, Professor, LLD (199034, Russia, Saint Petersburg, Universitetskaya nab., 13B; e-mail: n.a.sheveleva@spbu.ru).

Eugenia G. Vetrova

Student at Saint Petersburg State University (199034, Russia, Saint Petersburg, Universitetskaya nab., 13B; e-mail: ginavet@rambler.ru).

⁷⁰ Silvero E.G. Op. cit. P. 16.



**ИГОРЬ
ВЛАДИСЛАВОВИЧ
ПОНКИН**

профессор кафедры государственного и муниципального управления Института государственной службы и управления РАНХиГС при Президенте РФ, доктор юридических наук, профессор



**АЛЕНА ИГОРЕВНА
РЕДЬКИНА**

доцент кафедры спортивного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук

«НАДЛЕЖАЩЕЕ УПРАВЛЕНИЕ» В НОРМАТИВНОМ ПРОСТРАНСТВЕ СПОРТА: РОЛЬ *LEX SPORTIVA* И МЕЖДУНАРОДНОГО СПОРТИВНОГО АРБИТРАЖНОГО СУДА

Статья посвящена исследованию вопросов надлежащего управления (*good governance*) в сфере спорта. Вкратце описаны подходы к объяснению понятия надлежащего управления. Авторы рассматривают роль и значение экстраправового нормативного регулирования в сфере спорта (*lex sportiva*) и Международного спортивного арбитражного суда для обеспечения и удержания надлежащего управления в сфере спорта. Подробно разбираются понятие *lex sportiva* и значение Международного спортивного арбитражного суда для формирования и развития *lex sportiva*. Авторы представляют концепт ключевых метафункций Международного спортивного арбитражного суда по обеспечению надлежащего порядка в сфере спорта.

Ключевые слова: спортивное право, *lex sportiva*, спорт, надлежащее управление (*good governance*)

1. Введение

Пандемия коронавируса *COVID-19*, помимо всех прочих спровоцированных и обусловленных ею проблем, стала сложнейшим экзаменом для спорта на между-



IGOR V. PONKIN

Professor of the Department of the State and Municipal Administration of the Institute of Public Administration and Civil Service of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, LLD, Professor

ALENA I. REDKINA

Assistant Professor of Sports Law Department at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), PhD in Law

GOOD GOVERNANCE IN THE REGULATORY SPACE OF SPORT: THE ROLE OF *LEX SPORTIVA* AND OF THE INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION FOR SPORT

The article is devoted to the study of the issues of good governance in the field of sports. This article outlines approaches to explaining good governance. The authors examine the role and significance of extra-legal normative regulation in the field of sports (*lex sportiva*) and of the International Court of Arbitration for Sport to ensure and maintain good governance in sports. The article examines in detail the concept of *lex sportiva* and the importance of the Court of Arbitration for Sport (CAS) for the formation and development of *lex sportiva*. The authors present the concept of the key meta-functions of CAS to ensure the proper order in the field of sports.

Keywords: sports law, *lex sportiva*, sports, good governance

народном и национальных уровнях, поставив вопрос об эффективности, качестве и рациональности нормативного пространства современного спорта и качестве управления спортом, в частности — о мере рациональности и качестве сопряжения публично-правового

регулирования в сфере спорта (спортивного права) и саморегулирования в этой сфере (*lex sportiva*).

Множащиеся проблемы управления спортом (коррупционные скандалы, политизированность спорта, са-

моприсвоение ВАДА полномочий, реально существующие глобальные допинговые проблемы в спорте, вмешательство США в деятельность международных спортивных организаций и др.) обуславливают нынешний как глобальный, так и на национальном уровне поиск так называемого надлежащего управления (*good governance*)¹, в том числе в сфере спорта. Этой теме еще очень далеко до состояния сколько-нибудь полной исследованности и объясненности (если такое вообще достижимо): в ней слишком много концептуальной и в целом теоретической путаницы и пробельности.

2. Понятие и значение надлежащего управления в спорте

Как указывают Арнот Хиирарт, Йенс Алм и Микаэль Груль, целый ряд международных организаций (например, Программа развития ООН² в 1997 г., Европейская комиссия в 2001 г., Всемирный банк в 2003 г., ОЭСР в 2004 г., МВФ в 2007 г.) предлагают контрольные списки факторов, которые, по их опыту, являются полезными индикаторами надлежащего управления как в частной, так и в публичной сфере, как на национальном, так и на международном уровне. Эти контрольные списки ориентированы на основные характеристики структур управления и процессов, которые особенно свойственны для стран ОЭСР. Но только недавно призыв к эффективному управлению наконец достиг традиционно закрытого спортивного мира³.

В Резолюции ПАСЕ от 25.04.2012 № 1875 (2012) «Надлежащее управление и этика в спорте»⁴ подчеркивалось, что надлежащее управление спортом является

условием нравственно-этичного спорта (п. 3), а резолюция от 24.01.2018 № 2200 (2018) «Надлежащее управление в футболе»⁵ указывала, что необходимо стимулировать выстраивание и реализацию надлежащего управления в сфере спорта; обеспечить подлинную независимость органов, ответственных за выявление и наказание нарушений спортивной этики, поскольку их независимость требуется для надлежащего управления спортом (п. 2); пересмотреть положения о надзорных органах, обеспечивающих соблюдение стандартов этики и надлежащего управления, с тем чтобы на практике гарантировать независимость — как в процедурном, так и в материальном отношении — членов этих органов, особенно их председателей (п. 10.2).

В последние годы автономность частных органов управления спортом (международных и национальных олимпийских, паралимпийских и сурдлимпийских комитетов, ВАДА и национальных антидопинговых органов, международных и национального уровня спортивных федераций и др.) все чаще ставится под сомнение из-за чрезмерной коммерциализации спорта, которая обнажает провалы в управлении, в том числе по причине отсутствия стандартов надлежащего управления⁶, и все сильнее актуализирует необходимость «прошивки» и фреймирования (здесь «фрейм» — динамические рамки) мира спорта более строгими и более определенными нормативными порядками.

Одним из механизмов обеспечения и удержания в управлении спортом модальности «надлежащее» является создание и функционирование Международного спортивного арбитражного суда (англ. *Court of Arbitration for Sport*, или *CAS*; франц. *Tribunal arbitral du sport*, или *TAS*), о котором будет сказано ниже. Другим механизмом является обеспечение и развитие надлежащих качеств саморегулирования.

¹ Geeraert A., Alm J., Groll M. Good governance in international sport organizations: An analysis of the 35 Olympic sport governing bodies // *International Journal of Sport Policy and Politics*. 2014. Vol. 6. № 3. P. 282.

² Программа развития ООН (ПРООН, англ. *United Nations Development Programme*) — глобальная сеть организаций, инициатив и проектов Организации Объединенных Наций по оказанию безвозмездной помощи в стимулировании развития государств-членов.

³ Geeraert A., Alm J., Groll M. Op. cit. P. 283.

⁴ Resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe of 25 April 2012 № 1875 (2012) (Final version) «Good governance and ethics in sport». URL: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-en.asp?FileID=18258&lang=en> (дата обращения: 19.08.2020).

⁵ Resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe of 24 January 2018 № 2200 (2018) «Good football governance». URL: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=24444&lang=en> (дата обращения: 19.08.2020).

⁶ Geeraert A., Alm J., Groll M. Op. cit. P. 283. О понятии надлежащего управления см.: Понкин И.В. Теория государственного управления: учеб. М., 2020. С. 373–385.



3. Понятие, значение и онтология *lex sportiva*

Объективно детерминированные автономностью спорта пределы вмешательства государства в сферу спорта обуславливают роль и значение системы (систем) экстраправового (иного помимо права, если мы исходим из легистского понимания права) нормативного регулирования в этой сфере, именуемого *lex sportiva*.

Как отмечает Йохан Линдхольм, в мире есть бесчисленное количество кандидатов на транснациональный нормативный экстраправовой порядок. Тем не менее большая часть существующей литературы сосредоточена на трех: *lex mercatoria* («закон» торговый), *lex digitalis* («закон» Интернета) и *lex sportiva* («закон» спорта)⁷. Развитие договорного права, особенно в международных сделках, позволяет использовать такую систему законов транснационального характера, как *lex contractus*⁸, частными случаями чего и выступают названные системы экстраправовой нормативной регламентации.

«*Определение lex sportiva* не находит единодушного подхода, единодушно принятой концепции не существует», — справедливо указывает Леонардо де Оливейра⁹. Существуют разночтения и по поводу того, что (какие источники) належит включать в объем этого понятия, и по поводу нормативной природы *lex sportiva*.

Наиболее известна интерпретация Кена Фостера, объясняющего, что *lex sportiva* — это, по сути, «транснациональный автономный частный нормативный порядок. Этот порядок состоит из легислативного и институционального порядка, созданного международными спортивными федерациями. Этот порядок имеет формальную договорную основу, и его легитимность проистекает из добровольного согласия или подчинения юрисдикции спортивных федераций

спортсменов и других лиц, находящихся под его юрисдикцией. Этот порядок создан частными глобальными институтами, которые управляют спортом, и имеет свои источники — это обычаи и практика международных спортивных федераций, что, как утверждает, дает ему автономию от национальных правовых систем либо в качестве иммунитета от иска, либо в качестве директивы для национальных судов, которой они обязаны следовать. Глобальное спортивное право является частной системой управления»¹⁰.

В упрощенном толковании Йохана Линдхольма, *lex sportiva* — это транснациональный нормативный порядок, созданный частными учреждениями, не регулируемый национальными правовыми системами и являющийся в этом отношении автономным, хотя его нормы применяются в разных странах¹¹.

По природе своей нормы *lex sportiva* не имеют общеобязательной юридической силы по неопределенному кругу лиц, однако имеют нормативную силу и являются обязательными для соблюдения или исполнения участниками спортивных отношений под угрозой наступления в отношении них санкций в рамках системы общественных отношений, урегулированных *lex sportiva*, претерпевание которых обязательно и основанно в силу взятых указанными участниками на себя соответствующих обязательств при вступлении в указанную область регулирования.

Существенно важным является то, что *lex sportiva* признается публичными властями государств и публично-правовыми международными организациями. В этом смысле показательна, например, норма ст. 5 Закона Парагвая от 14.01.2016 № 5.393 «О праве, применимом в международных контрактах»¹², указывающая, что «в настоящем Законе ссылка на право включает в себя нормы регулирования негосударственного происхождения, общепринятые как совокупность нейтральных и сбалансированных норм».

⁷ Lindholm J. The Court of Arbitration for Sport and Its Jurisprudence: An Empirical Inquiry into Lex Sportiva. Berlin, 2019. P. 8.

⁸ Goode R., Kronke H., Mckendrick E. Transnational commercial law: text, cases and materials. Oxford, 2015. P. 23; Oliveira L.V.P. de. Op. cit. P. 101.

⁹ Oliveira L.V.P. de. Lex sportiva as the contractual governing law // The International Sports Law Journal. 2017. Vol. 17. № 1–2. P. 115, 105.

¹⁰ Foster K. Lex Sportiva and Lex Ludica: the Court of Arbitration for Sport's Jurisprudence // Entertainment and Sports Law Journal. 2006, January. P. 2. URL: <https://www.entsportslawjournal.com/articles/10.16997/eslj.112/> (дата обращения: 19.08.2020).

¹¹ Lindholm J. Op. cit. P. 8.

¹² Ley № 5.393 sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. URL: <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/4553/ley-n-5393-sobre-el-derecho-aplicable-a-los-contratos-internacionales> (дата обращения: 19.08.2020).

Согласно (ранее публиковавшемуся) определению авторов настоящей статьи, *lex sportiva* — это распределенная совокупность комплексов внеправовой (экстраправовой) нормативной регламентации (устанавливаемой не относящимися к органам публичной власти регуляторами различного по своей природе происхождения) в сфере спорта, характеризующаяся гетерогенностью по степени интерреляций (в том числе иерархичности) и устойчивости внутрисистемных и межсистемных связей, а также по степени когерентности и степени императивности их регламентирующего воздействия на предметно-объектную область регулирования как на международном, так и на национальном уровне, детерминированная обособленностью автономного порядка в сфере спорта от национальных публичных порядков и от международного публичного порядка¹³.

4. Значение Международного спортивного арбитражного суда для формирования и развития *lex sportiva* и для обеспечения надлежащего управления в спорте

Спортивное регулирование, как справедливо отмечает Лоренцо Казини, является весьма неоднородным, составлено из массивов норм, принятых не только государствами, но и центральными спортивными учреждениями (такими, как МОК, международные спортивные федерации, ВАДА) и национальными спортивными органами (такими, как национальные олимпийские комитеты и национальные антидопинговые органы). Глобальное спортивное регулирование действует на разных уровнях, и его выпускают несколько нормотворцев. Среди них есть один очень специфический орган, который стал ключевым действующим лицом в спортивной правовой системе, — Международный спортивный арбитражный суд¹⁴ (далее — CAS).

Леонардо де Оливейра включает в состав *lex sportiva* решения CAS, которые были приняты путем интерпретации спортивных регламентных норм (правил), т.е. положений экстраправового нормативного регулирования

в сфере спорта (это не общепринятая и не устоявшаяся точка зрения). Но он совершенно справедливо замечает, что *lex sportiva* развивался благодаря реитеративным (имеющим преемственность в «сквозном» образом проходящих позициях) решениям CAS, являющимся источником транснационального права. В этом аспекте *lex sportiva* имеет сходство с *lex mercatoria*, поскольку оба этих нормативных массива являются источниками транснационального экстраправового регулирования и процветают благодаря арбитражу¹⁵.

Идея создания международного арбитражного суда для разрешения споров, связанных со спортом, была озвучена в 1981 г. на XI Олимпийском конгрессе в Баден-Бадене накануне назначенным президентом МОК Хуаном Антонио Самаранчем. В следующем году на своей 85-й сессии в Риме МОК учредил рабочую группу, на которую была возложена задача создания спортивного арбитражного суда. Через год после этого, 6 апреля 1983 г., в Нью-Дели МОК ратифицировал Устав Международного спортивного арбитражного суда, а 30 июня 1984 г. CAS начал свою деятельность в Лозанне. CAS не был совершенно новым или уникальным учреждением. Напротив, практика разрешения споров через арбитраж, а не в обычных национальных судах настолько стара, что ее происхождение теряется в глубине времен; равно и национальные и международные правовые режимы, регулирующие деятельность арбитражных судов, такие как Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г., возникли задолго до CAS.

С момента создания CAS прошло почти уже 40 лет. За это время CAS превратился из относительно слабого арбитражного института в международный «верховный суд» по спорту, который оказывает глубокое влияние на спорт в целом¹⁶.

Но чтобы понять роль и значение CAS для упорядочения сферы спорта, недостаточно обращать внимание только на присущие этой инстанции функции рассмотрения и разрешения конкретных споров. Согласно собственным позициям CAS «судебная практика CAS заметно усовершенствовалась и разработала ряд принципов спортивного права, таких как концепции строгой ответственности (в случаях допинга) и справедливости, которые могут

¹³ Понкин И.В., Редькина А.И. Государственное управление в сфере спорта: учеб. М., 2017. С. 174, 414.

¹⁴ Casini L. The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport // German Law Journal. 2011. Vol. 12. № 5. P. 1317–1318.

¹⁵ Oliveira de L.V.P. Op. cit. P. 105, 115.

¹⁶ Lindholm J. Op. cit. P. 3–4.



рассматриваться как часть *lex sportiva*. Поскольку судебная практика CAS в значительной степени основана на разнообразных спортивных регламентных нормах, в своих заявлениях стороны полагаются на прецеденты CAS, которые сводятся к выбору этой конкретной совокупности прецедентного права, охватывающей определенные общие принципы, основанные на спортивных регламентных нормах и применимые к таким нормам» (решение по делу CAS 2002/O/372; п. 65)¹⁷.

Таким образом, в основе разбирательств и решений CAS по конкретным спортивным спорам заложены вышеуказанные нормы, и они же связывают этот суд в его юрисдикционной спортивной деятельности. Но что не менее важно, речь идет о признании публичными властями государств этих решений CAS, основанных на указанных нормах.

Следуя нашему авторскому концепту (исходя из анализа практики CAS за несколько десятилетий), кроме прямого функционала, закрепленного в регламентных документах, в частности в Кодексе арбитражного разбирательства связанных со спортом дел¹⁸, CAS осуществляет также ряд метафункций¹⁹ по обеспечению надлежащего порядка в сфере спорта (представленный перечень не является исчерпывающим):

— защита справедливого, целостного, нравственно-детерминированного и нравственно-упорядоченного спорта (что само по себе определяет требования к мере надлежащего в управлении спортом);

— унифицирование множества видовых экстраправовых нормативных порядков в сфере спорта (фактически по каждому виду спорта есть свой такой) через создание единых рабочих (инструментальных) словарей (введение и/или закрепление устоявшихся интерпретаций основных терминов и концептов в спорте); связывание унифицированной линейкой рабочих принципов (единство толкования, преемственность практики, придание силы ключевым принципам — со-

стязательности (в несколько специфической модальности), строгой ответственности и др.);

— обеспечение иерархизации и иного референцирования норм разных нормативных порядков в сфере спорта, а также сопряжение национальных (в рамках конкретных стран) автономных экстраправовых нормативных порядков в сфере спорта между собой и со всеобщим международным автономным экстраправовым нормативным порядком в сфере спорта, как следствие — создание единого органического метапространства экстраправового нормативного регулирования в сфере спорта;

— обеспечение необходимого сопряжения (соотношения, взаимодействия) публично-правового и частного правового регулирования в спорте;

— удержание пределов допустимого в присвоении частными органами управления спортом компетенции в сфере спорта, с одной стороны, а с другой — превенция избыточного вмешательства государств в сферу спорта.

Эти метафункции CAS пока не представляется возможным передать никаким иным организациям — их просто более некому делегировать без критических потерь для качества их реализации (во всяком случае на сегодня и в обозримом будущем).

Построение многоэтажной системы третейского разбирательства (например, первая инстанция — специализированный орган разрешения спортивных споров в спортивной федерации национального уровня, затем — общеспортивный третейский арбитраж на национальном уровне, и только уже на третьем уровне и с существенно урезанной компетенцией — CAS) с перетоком части рассматриваемых CAS дел к создаваемым национальным инстанциям подобного рода также не упразднит этот объем метафункций. Восполнить в этой части роль CAS здесь некому. Равным образом невозможно пока привести к единому знаменателю все многообразие институциональных механизмов разрешения споров на национальном уровне²⁰.

¹⁷ Цит. по: Foster K. Op. cit.

¹⁸ Code of Sports-related Arbitration (in force as from 1 July 2020). URL: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Code_2020_EN.pdf (дата обращения: 19.08.2020).

¹⁹ Производные от основного функционала направления деятельности, которые обеспечивают тонкую настройку всей системы нормативного регулирования в сфере спорта.


²⁰ См. о разнообразии подходов в построении таких спортивных арбитражей в мире: Понкин И.В., Редькина А.И.

5. Заключение

Спортивные правила, как пишет Лоренцо Казини, являются подлинным глобальным законом, поскольку они применяются во всем мире, затрагивают как международные, так и внутренние уровни и непосредственно влияют на отдельных лиц²¹. Следовательно, как обоснованно указывают Арнот Хиирарт, Йенс Алм и Микаэль Грулль, органы управления в спорте должны согласованно действовать в соответствии с набором четко определенных, достаточно строгих и объективно установленных критериев надлежащего управления. Только тогда самоуправление спортом станет заслуживающим доверия, а привилегированная автономия этих организаций будет оправданной²². Таким образом, CAS выступает не только механизмом обеспечения доверия внутри спорта и к спорту, но и своего рода силовой несущей конструкцией глобального спортивного порядка.

Вопрос о том, насколько хорошо (или, напротив, дефектно, необъективно) сегодня функционирует CAS, не являлся темой настоящей статьи. Авторы стремились выявить и показать онтологию и модальность уже имеющей место встроенности Суда в архитектуру управления мировым и национальным спортом.

Спортивные судебные механизмы, согласно справедливому указанию Лоренцо Казини, демонстрируют гораздо большее сходство с публичными международными правовыми режимами, чем с частными²³. И это детерминирует пределы возможностей в распылении (диспергировании) его полномочий по множеству подобных ему инстанций на более низком уровне территориальной привязки.

В связи с этим следует искать потенциалы усовершенствования CAS (а равно детерминированное им надлежащее управление спортом) в самом этом суде и в регламентирующих его деятельность документах. 

Разрешение споров в профессиональном спорте и спорте высших достижений в порядке арбитража (третейского разбирательства) // Спорт: экономика, право, управление. 2018. № 3. С. 29–33

²¹ Casini L. Op. cit. P. 1317.

²² Geeraert A., Alm J., Groll M. Op. cit. P. 301.

²³ Casini L. Op. cit. P. 1340.

REFERENCES

Casini, L. "The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport". *German Law Journal*. 2011. Vol. 12. P. 1317–1340.

Foster, K. "Lex Sportiva and Lex Ludica: the Court of Arbitration for Sport's Jurisprudence". *Entertainment and Sports Law Journal*. 2006, January, available at: <https://www.entsportslawjournal.com/articles/10.16997/eslj.112/> (accessed 19 August 2020).

Geeraert, A., Alm, J. and Groll, M. "Good Governance in International Sport Organizations: An Analysis of the 35 Olympic Sport Governing Bodies". *International Journal of Sport Policy and Politics*. 2014. Vol. 6. P. 281–306.

Goode, R., Kronke, H. and Mckendrick, E. *Transnational Commercial Law: Text, Cases and Materials*. 2nd ed. Oxford, 2015. 784 p.

Lindholm, J. *The Court of Arbitration for Sport and Its Jurisprudence: An Empirical Inquiry into Lex Sportiva*. Berlin, 2019. xiv; 348 p.

Oliveira, L.V.P. de. "Lex Sportiva as the Contractual Governing Law". *The International Sports Law Journal*. 2017. Vol. 17. P. 101–116.

Ponkin, I.V. *Theory of Public Administration: A Textbook [Teoriia gosudarstvennogo upravleniia: ucheb.]*. Moscow, 2020. 529 p.

Ponkin, I.V. and Redkina, A.I. "Resolution of disputes in professional and world-class sports in an arbitration procedure" [*Razreshenie sporov v professional'nom sporte i sporte vysshikh dostizhenii v poriadke arbitrazha (treteiskogo razbiratel'stva)*]. *Sports: Economics, Law, Management [Sport: ekonomika, pravo, upravlenie]*. 2018. No. 3. P. 29–33.

Ponkin, I.V. and Redkina, A.I. *Public Administration in the Field of Sports: A Textbook [Gosudarstvennoe upravlenie v sfere sporta: ucheb.]*. Moscow, 2017. 485 p.

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

Igor V. Ponkin

Professor of the Department of the State and Municipal Administration of the Institute of Public Administration and Civil Service of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, LLD, Professor (e-mail: i@lenta.ru).

Alena I. Redkina

Assistant Professor of Sports Law Department at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), PhD in Law (e-mail: juriste.ap@gmail.com).



**СЕРГЕЙ
АЛЕКСЕЕВИЧ
ЮРЛОВ**

член Национального объединения спортивных юристов России, член Международной ассоциации спортивного права (IASL), мастер спорта России, кандидат юридических наук

КЛЮЧЕВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЗАЩИТЫ ПРАВ СПОРТСМЕНА

В последнее время участились случаи нарушения прав и интересов спортсменов, что приводит к возникновению споров преимущественно между спортивными организациями и спортсменами. Несмотря на существование разных механизмов разрешения споров, права спортсменов зачастую остаются незащищенными. В чем причина? В отсутствии пределов автономности спортивных организаций, а также в том, что некоторые спортивные организации не соблюдают общепризнанные принципы и нормы права, государственное и надгосударственное правосудие недоступно для спортсменов, а сами спортсмены не являются самостоятельными субъектами спортивного права.

Ключевые слова: защита, право, спортсмен, арбитраж, автономность, юрисдикционный орган, спортивная организация

1. Вступление

Спорт, как и любая другая сфера жизни общества, не лишен конфликтов и нарушений прав субъектов — участников спортивных отношений.

Постановка мира спорта на коммерческие рельсы, главным образом заключающаяся в извлечении прибыли из проведения спортивных соревнований (телетрансляции, реклама, спонсорство и т.д.), привела к **понижению статуса** главного участника спортивных отношений — спортсмена. Особенно это стало заметным в индивидуальных видах спорта, где спортсмен не обладает теми договорными позициями, которые имеет атлет, занимающийся командными, игровыми, видами спорта.



SERGEY A. YURLOV

Member of the National Association of Russian Sports Lawyers, Member of the International Association of Sports Law, Master of Sports, PhD in Law

KEY ISSUES OF DEFENDING ATHLETE'S RIGHTS

Recently, cases of violating rights and interests of athletes have become more frequent, which leads to disputes mainly between sports organisations and athletes. Despite the existence of various dispute resolution mechanisms, athletes' rights often remain unprotected. What is the reason of it? This state of affairs arises because there are no limits to the autonomy of sports organisations, some of them do not comply with generally recognised principles and rules of law, state and supranational justice is not available, and an athlete is not considered as an independent subject of sports law.

Keywords: defense, right, athlete, arbitration, autonomy, dispute resolution body, sporting organisation

Почему главным субъектом спорта является именно спортсмен, а не, например, спортивная лига или спортивный агент? Потому, что ядро спорта (тренировочно-соревновательные отношения) и околоспортивные отношения (продажа прав, агентская деятельность, реклама, спонсорство) вырастают из желания конкретного индивида заниматься определенным (будущим признанным) видом спорта, т.е. тренироваться и участвовать в спортивных соревнованиях¹.

В четвертом принципе олимпизма указывается: занятие спортом является правом человека, каждый индивид должен иметь возможность заниматься спортом².

Нивелирование статуса спортсмена выражается прежде всего в нарушении его прав и игнорировании его

¹ См.: Юрлов С.А. Правовая природа, особенности и общая характеристика спортивных правоотношений // Вестник РУДН.

2014, № 4. С. 170–175; *Он же*. Разрешение спортивных споров: вопросы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017.
² См.: Olympic Charter. URL: https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/General/EN-Olympic-Charter.pdf#_ga=2.169119841.191608962.1597859508-1058926720.1597859508 (дата обращения: 20.08.2020).

интересов, в частности в лишении его возможности ссылаться на принцип презумпции невиновности³, отстранении от участия в спортивных соревнованиях ввиду неисполнения своих обязательств третьими лицами⁴ и запрете на обращение в органы судебной власти государства⁵. Этот список можно продолжать, так как мы назвали лишь основные моменты.

В связи с этим сегодня чрезвычайно актуальным является вопрос о механизмах защиты прав и интересов спортсмена всеми имеющимися способами.

Несмотря на то, что в современном спорте имеется определенный набор средств разрешения конфликтов и защиты прав в целом (юрисдикционные органы спортивных организаций, спортивный арбитраж, органы судебной власти государства и международные судебные и внесудебные инстанции)⁶, к сожалению, зачастую защитить права спортсмена в конечном итоге не удастся.

В чем же причина такого плачевного состояния дел?

По нашему мнению, она кроется в нерешенности определенных фундаментальных вопросов⁷, среди которых следует упомянуть:

— пределы автономности (самостоятельности) спортивных организаций⁸;

— соблюдение спортивными организациями общепризнанных принципов и норм права;

— доступность государственного и международного правосудия⁹;

— разграничение спортсмена и спортивной организации как самостоятельных субъектов спорта¹⁰.

Сразу оговоримся, что и этот перечень не является исчерпывающим. Мы лишь назвали те проблемы, которые стали наиболее острыми в наши дни.

Неразрешенность этих и некоторых других вопросов в практическом плане объясняется предельно низким уровнем их теоретико-практической проработки¹¹. Последний, в свою очередь, говорит не о том, что данные вопросы искусственно придуманы нами и не существуют в реальности, а о недостаточном количестве авторов, специализирующихся в области спортивного права (для целей данной работы мы намеренно опустим полемику по поводу самостоятельности данной отрасли), либо о поверхностном характере проводимых в ее рамках исследований, которые во многом сводятся к цивилистике в спорте.

Мы специально ведем речь именно о теоретико-практической проработке, так как в сфере спортивного права почти любая проблема и ее решение имеют практический разрез. С учетом того, что большинство споров в сфере спорта сегодня разрешается в арбитраже — Международном спортивном арбитраже в Лозанне (далее — CAS), наработки исследователей активно используются при рассмотрении конкретных дел.

³ Томас Бах: нельзя было соблюсти принцип презумпции невиновности в отношении спортсменов из России // Коммерсант. 2016. 2 авг. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3053852>; МОК отменил презумпцию невиновности российских спортсменов в отношении допинга // Eurosport. 2016. 19 июля. URL: https://www.eurosport.ru/all-sports/story_sto5692043.shtml (дата обращения: 20.08.2020).

⁴ Российских легкоатлетов отстранили от Олимпиады-2016 // Ведомости. 2016. 17 июля. URL: <https://www.vedomosti.ru/business/articles/2016/06/17/645806-rossiiskih-legkoatletov> (дата обращения: 20.08.2020).

⁵ Pechstein ruling represents a small victory for athletes. URL: <https://www.sportsintegrityinitiative.com/pechstein-ruling-represents-a-small-victory-for-athletes/> (дата обращения: 20.08.2020).

⁶ *Погосян Е.В.* Формы разрешения спортивных споров: сравнительно-правовой аспект: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2009.

⁷ Нередко можно говорить и о нежелании их решать (если, например, лицо ориентировано в первую очередь на извлечение прибыли) или об отсутствии должных познаний для этого.

⁸ *Юрлов С.А.* Определенность нормативного регулирования спорта как предпосылка установления четких пределов ав-

тономии спортивных организаций и эффективной защиты прав спортсменов // Lex Russica. 2018. № 10. С. 85–97. Под спортивными организациями обобщенно понимаются международные и национальные федерации по видам спорта, Международный олимпийский комитет, Всемирное антидопинговое агентство, лиги и клубы.

⁹ *Юрлов С.А.* Право на судебную защиту в сфере спорта: некоторые актуальные вопросы. М., 2018.

¹⁰ *Юрлов С.А.* Спортсмен как субъект спорта: проблемы определения действительного правового статуса // Законодательство. 2018. № 8. С. 79–85; *Он же.* Ограничение права на участие в спортивных соревнованиях: базовые положения // Спорт: экономика, право, управление. 2018. № 1. С. 32–40.

¹¹ *Юрлов С.А.* Развитие правовой науки в части исследования вопросов, связанных с нормативным регулированием спорта // Вестник СПбГУ. Серия «Право». 2018. № 4. С. 620–639.

Учитывая изложенное, в данной статье мы попытаемся обратить внимание юридического сообщества на некоторые основополагающие вопросы, возникающие в процессе защиты прав спортсменов и лишенные глубокой теоретико-практической проработки. Очевидно, что столь многогранные проблемы невозможно описать в рамках одного материала. Поэтому настоящую работу следует также рассматривать как призыв к активному поиску решений рассмотренных задач вместо написания цивилистических трудов по одним и тем же заезженным вопросам. Наша задача — описать крупными мазками и максимально четко данные фундаментальные проблемы.

2. Проблема согласия в спортивном арбитраже

Начать анализ хотелось бы с темы доступа к органам, разрешающим споры, так как спортсмен прежде всего должен стать участником судебной (внесудебной) процедуры в том или ином органе, чтобы защищать свои права и интересы.

Споры спортсмена со спортивными организациями и другими субъектами спорта могут разрешаться:

- в спортивном арбитраже (CAS, национальный спортивный арбитраж в России);
- органах судебной власти государств (государственные суды: суды общей юрисдикции и арбитражные суды применительно к России);
- юрисдикционных органах спортивных организаций (палаты по разрешению спортивных споров, комиссии и комитеты);
- международных судебных и внесудебных органах (Европейский суд по правам человека (далее — ЕСПЧ), Европейская комиссия и Европейский суд)¹².

Вместе с тем в реальности спортсмен не имеет возможности свободно выбирать форум для разрешения того или иного спора. В лучшем случае спор по существу будет разрешаться сначала юрисдикционным

органом спортивной организации, а потом — спортивным арбитражем; в худшем — исключительно спортивным арбитражем.

Все дело в том, что при скрупулезном анализе существующего положения вещей оказывается, что спортивный арбитраж (на примере CAS) таковым может вовсе не именоваться. Почему спортивный арбитраж нельзя признать арбитражем?

Потому, что третейское соглашение, которое преподносится спортсмену как нечто добровольное, таковым на самом деле не является. Его можно было бы именовать «третейской привязкой», так как спортсмена буквально привязывают к CAS: если он откажется подписать соглашение, ему будет отказано в принятии заявки на спортивное соревнование или в предоставлении членства в спортивной организации (в зависимости от ситуации).

|| Таким образом, для рядового спортсмена, занимающегося индивидуальным видом спорта (а иногда и командным, игровым), в принципе **не существует** арбитраж.

Этот вывод подтверждается по крайней мере двумя судебными актами ЕСПЧ.

Так, в п. 113 решения по делу «Муту и Пехштайн против Швейцарии»¹³ ЕСПЧ прямо констатировал, что «**единственным выбором** (здесь и далее в цитатах выделено нами. — С.Ю.) было принятие арбитражной оговорки и, таким образом, зарабатывание на жизнь путем занятия спортом на профессиональном уровне или непринятие такой оговорки и быть обязанным полностью воздерживаться от занятия спортом на соответствующем уровне». В п. 115 ЕСПЧ указывает, что такая ситуация должна рассматриваться как «принудительный арбитраж» (*compulsory arbitration*).

В п. 181 решения по делу «Али Риза и другие против Турции»¹⁴ ЕСПЧ также констатировал, что с участием заявителей был проведен «принудительный арбитраж».

¹³ Постановление ЕСПЧ от 02.10.2018 по делу «Муту и Пехштайн (*Mutu and Pechstein*) против Швейцарии» (жалобы № 40575/10 и 67474/10).

¹⁴ Постановление ЕСПЧ от 28.01.2020 по делу «Али Риза и другие (*Ali Riza and Others*) против Турции» (жалобы № 30226/10, 17880/11, 17887/11, 17891/11 и 5506/16).

¹² Подробнее см.: *Погосян Е.В.* Указ. соч.



Как видим, ЕСПЧ использует термин «принудительный арбитраж».

Возникает вопрос: не происходит ли в данном случае подмена понятий? Иначе говоря, может ли арбитраж в принципе быть принудительным? По нашему мнению, арбитраж может быть исключительно добровольным, а все остальное, что спекулятивно маскируется под некое согласие, является лишь фикцией арбитража.

Как указывается в Большом юридическом словаре¹⁵, «арбитраж — разрешение экономических и трудовых споров **избранным** (назначенным) сторонами третейским судом, а также одно из названий последнего». Под арбитражным соглашением понимается «**соглашение** сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением, независимо от того, носило оно договорный характер или нет».

Итак, главная характеристика арбитража — рассмотрение спора на основании **взаимного и явно выраженного в письменной форме желания** сторон наделить тот или иной орган юрисдикцией рассматривать конкретный(-ые) спор(-ы). Не может считаться арбитражем разбирательство, условия которого прописаны в нормативных документах спортивной организации или включены, набранные мелким шрифтом, в одно из положений заявочной формы на спортивное соревнование.

Из изложенного выше следует, что в спорте (на примере CAS) отсутствует такой признак арбитража, как свободное согласие на арбитраж. В связи с этим разбирательство в CAS или любом ином арбитраже, где имеется такое же «соглашение», или любое иное разбирательство, одной из сторон которого является спортсмен, является не арбитражем (так как порядок «заключения третейского соглашения» противоречит самой природе арбитража), а едва ли завуалированной **фикцией арбитража**.

На наш взгляд, невозможно говорить о принудительном, обязательном или любом ином вынужденном арбитраже, поскольку, как мы уже указали, такие псевдоарбитражи противоречат исключительно договорной природе арбитража (причем не только на бумаге, но и фактически).

Поэтому, по нашему мнению, такие «третейские соглашения» должны признаваться ничтожными.

Более того, следует не согласиться с выводом ЕСПЧ о том, что у Клаудии Пехштайн имелся выбор: принять юрисдикцию CAS или не принимать. Такого выбора у нее не было. Наши оппоненты могут возразить: если не нравится такой порядок — идите и занимайтесь спортом во дворе, не обращаясь в спортивные организации. Однако подобный довод не выдерживает никакой критики. Необходимо различать тех, кто занимается просто для поддержания физической формы, и тех, кто тренируется с целью систематического участия в спортивных соревнованиях. Вторые, принимая во внимание, что создается лишь одна спортивная федерация по виду спорта, вынуждены «соглашаться» на уже сформулированные условия — в противном случае, как правильно отметил ЕСПЧ, они потеряют право участвовать в том или ином соревновании. По этой причине слово «выбор» здесь просто неприменимо.

Таким образом, сегодня арбитражными соглашениями признаются фикции, появление которых связано с желанием спортивных организаций получать предсказуемые решения из одного органа (из CAS, если мы говорим о международных спортивных организациях). Очевидно, что в большинстве споров между спортивной организацией и спортсменом решения принимаются не в пользу последнего, так как большинство арбитров, входящих в список, назначаются спортивными организациями. О какой беспристрастности и независимости может идти речь?

После решения по делу Пехштайн прошло уже почти два года, а никаких реформ, позволяющих увеличить количество арбитров от спортсменов, не проведено. В такой ситуации разумным было бы хоть немного уравновесить положение спортсмена, закрепив право органа судебной власти государства пересматривать решение арбитража по существу. Конечно, именитые

¹⁵ См.: https://petroleks.ru/dictionaries/dict_big_law.php (дата обращения: 20.08.2020).

арбитражники возопят: как же мы можем дать такое полномочие, если основа арбитража — это окончательность решения?! Тогда и мы спросим: сколько можно прикрываться фикциями и попирайте те же самые основы арбитража, а именно его договорную природу, откровенно заставляя бесправного спортсмена «принимать» «арбитражные соглашения»?

Возможно, кому-то данное предложение покажется революционным, но оно хотя бы даст спортсмену надежду на то, что принятое спортивным арбитражем решение может быть пересмотрено органом судебной власти государства по существу.

3. Соблюдение общепризнанных норм и принципов права

Следующий вопрос, требующий нашего внимания, заключается в том, обязаны ли спортивные организации соблюдать общепризнанные нормы и принципы права.

Предположим, CAS рассматривает спор спортсмена и спортивной организации о наложении спортивной санкции. Спортсмен апеллирует к тому, что спортивная организация нарушила стандарты надлежащего разбирательства (*due process*), принцип презумпции невиновности и т.д. Спортивная организация, в свою очередь, заявляет, что как субъект частного права она не обязана соблюдать такие нормы.

Для ответа на поставленный вопрос сначала следует понять, что из себя представляют спортивные организации.

Так, в России спортивные федерации по видам спорта, являющиеся основным видом спортивных организаций, представляют собой некоммерческие общественные организации. Большинство международных спортивных федераций являются субъектами частного права по законодательству Швейцарии, задачей которых является развитие соответствующих видов спорта, а не извлечение прибыли. Таким образом, они так же, как и отечественные, являются некоммерческими. Немного отличен от них статус Всемирного антидопингового агентства (далее — ВАДА) — некоммерческого фонда частного права, созданного и функционирующего по положениям законодательства Швейцарии.

Следует признать, что спортивные организации не обладают публичной властью и полномочиями, а также не наделены каким-либо особым правовым статусом, который бы позволял им находиться выше (или над) общепризнанных принципов и норм права и не соблюдать их.

Будучи субъектами частного права, спортивные организации по своему правовому положению находятся на одном уровне со спортсменами, тренерами и иными субъектами спорта.

Изложенное свидетельствует в пользу того, что спортивные организации, как и другие субъекты спорта, включая государство, обязаны соблюдать общепризнанные принципы и нормы права.

Данный тезис был подтвержден, в частности, в решении по делу CAS 2015/A/4304¹⁶, в п. 45 которого CAS обозначил, что положения документов спортивной организации должны толковаться в свете принципов и прав человека. В п. 45 решения по делу CAS 2017/A/5099¹⁷ арбитры CAS констатировали, что отступление от принципа презумпции невиновности недопустимо.

Приведем пример, который наглядно показывает, что некоторые спортивные организации не желают учитывать общепризнанные принципы и нормы права в своей деятельности.

Международная ассоциация легкоатлетических федераций, ныне известная как Всемирная Атлетика (далее — ВА), в одном из своих пресс-релизов указывала: «ВА не является органом публичной власти, осуществляющим государственную власть, но представляет собой частное лицо, исполняющее частные (договорные) полномочия на основании договора. Поэтому ВА не подпадает под действие таких документов о правах человека, как Всеобщая декларация прав человека [далее — Декларация] или Европейская

¹⁶ Arbitration CAS 2015/A/4304. Tatyana Andrianova v. All Russia Athletic Federation (ARAF). Award of 14 April 2016. URL: <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4304.pdf> (дата обращения: 20.08.2020).

¹⁷ Arbitration CAS 2017/A/5099. Artur Taymazov v. International Olympic Committee (IOC). Award of 4 December 2017. URL: <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/5099.pdf> (дата обращения: 20.08.2020).



конвенция о защите прав и основных свобод [далее — Конвенция]... права человека являются обобщающим понятием для широкого спектра прав, которые, как широко признается, неотъемлемо имеют все индивиды. Однако это не означает, что данные права являются **абсолютными**»¹⁸.

Обоснованна ли такая позиция? Представляется, что нет. Получается, что ВА считает себя субъектом, находящимся вне рамок права, а потому имеющим право принимать и имплементировать любые нормы. С такой постановкой вопроса можно было бы согласиться, если бы ВА являлась единственным субъектом. Однако помимо нее в мире спорта имеются спортсмены, национальные спортивные организации, государства, ВАДА и т.д. Поэтому права и свободы ВА заканчиваются там, где начинаются права и свободы иных субъектов спорта. Следует учитывать, что положения Декларации и Конвенции не исключают их применение к сфере спорта.

Какие общепризнанные принципы и нормы права имеют определяющее значение для мира спорта? Назовем лишь некоторые:

- принцип презумпции невиновности;
- право на справедливое разбирательство законно созданным, независимым и беспристрастным органом;
- принцип пропорциональности;
- право на судебную защиту.

Попирание перечисленных основ приводит к нарушению прав и интересов спортсменов и укоренению произвола спортивных организаций.

Некоторым спортивным организациям невыгодно придерживаться таких основ, поскольку это требует «урезать аппетиты» и отказаться от принятия и реализации отдельных незаконных нормативных документов под страхом признания их недействительными со стороны судебных и внесудебных органов.

Для исправления сложившейся ситуации на национальном уровне необходимо включить в профильное законодательство положения, обязывающие спортивные организации соблюдать общепризнанные нормы и принципы права.

|| На международном уровне уже давно назрела необходимость принятия декларации прав спортсмена, которую будут **обязаны** соблюдать все спортивные организации.

4. Проблема автономности спортивных организаций

Еще одним насущным вопросом спортивного права является автономность спортивных организаций.

Как и описанные выше, эта тема не является праздной. При разбирательстве в судебных и внесудебных органах спортивные организации, защищаясь от обоснованных обвинений спортсмена, пытаются сослаться на то, что они являются автономными, а потому имеют право принимать любые нормы. Особо отмечается, что отношения «спортсмен — спортивная организация» являются частноправовыми, а потому вмешательство CAS, иных судов или органов, а также государства не допускается ни в какой форме.

Сложно отрицать то, что спортивные организации, будучи самостоятельными субъектами права, обладают определенной свободой нормотворчества. Вместе с тем логически возникает вопрос, который отчего-то опускается практически всеми исследователями: есть ли пределы такой свободы и если да, то каковы они?

По нашему мнению, такие пределы фактически существуют и в принципе должны иметь место. Однако их нормативное закрепление на сегодняшний день отсутствует. Ни в одном документе мы не встретим четкого перечня тех полномочий, которые имеют спортивные организации, и тех, что имеются у иных субъектов спортивного права. Есть только «резиновые» нормы об автономности спортивных организаций, которые просто устанавливают, что спортивные организации являются полностью автономными.

¹⁸ IAAF publishes briefing notes and Q&A on Female Eligibility Regulations. URL: <https://www.worldathletics.org/news/press-release/questions-answers-iaaf-female-eligibility-reg> (дата обращения: 20.08.2020).

Это приводит к узурпации полномочий спортивными организациями и злостному нарушению прав и интересов спортсменов. При этом спортсмен практически не имеет возможности защититься, так как не может ссылаться на положения, которые бы устанавливали четкие границы усмотрения спортивных организаций. В результате вопрос о законности тех или иных нормовведений спортивных организаций решается от случая к случаю, что существенно снижает шансы спортсмена на защиту своих прав и интересов.

Здесь уже давно напрашивается очевидное решение — закрепить в нормах четкие наборы полномочий, которые имеют спортсмен, спортивная организация, государство и иные субъекты спорта. На национальном уровне это необходимо сделать в профильном законе о спорте, а на международном — путем принятия конвенции о субъектах спорта, которая будет обязательна для соблюдения всеми субъектами спорта без исключения.

5. Разграничение спортсмена и спортивной организации как самостоятельных субъектов спорта

Отдельным вопросом, требующим детальнейшего изучения, является соотношение спортсмена и спортивной организации.

Сегодня спортсмен без спортивной организации, по существу, является бесправным созданием. Хотя повсюду декларируется, что он является самостоятельным субъектом спорта.

Рассмотрим конкретный пример.

В конце 2015 г. ВА приостановила членство Всероссийской федерации легкой атлетики (далее — ВФЛА). Прямым последствием такого решения при действующей системе является невозможность участия российских легкоатлетов в международных соревнованиях. Для того чтобы хоть малое количество легкоатлетов все же приняло участие в международных соревнованиях, была придумана процедура предоставления им нейтрального статуса.

Но правомерен ли установленный ВА запрет российским спортсменам участвовать в международных

соревнованиях в условиях приостановления членства ВФЛА?

На первый взгляд (а также по мнению подражателей спортивных организаций), тут нет никаких нарушений, так как ВА является полностью автономной организацией, регулирующей свой спорт в самостоятельном порядке.

Вместе с тем при более глубоком анализе появляется множество новых вопросов, так как ВА не существует в некоем нормативном вакууме (как некоторые склонны считать), а, напротив, окружена правилами международных нормативных актов (конвенции, декларации, международные договоры) и нормами национального законодательства заинтересованных сторон.

Дабы не быть голословными, отметим, что в этом контексте можно поднять и вопросы о праве на труд, праве на объединение (в негативном и позитивном смыслах), свободе выбора деятельности.

Сторонники спортивных организаций говорят, что спортивные организации имеют право принимать подобные решения, ведь они автономны и могут регулировать свой спорт как пожелают. Но такая позиция — умышленное сужение широты и уменьшение глубины проблемы. Это попытка внушить людям, что спортивные организации существуют вне правового поля, а потому могут принимать любые меры, которые считают нужными. Понятно, почему им не нравится, что спортсмен, уставший искать правду в «арбитраже», обращается в орган судебной власти государства, который будет оценивать его доводы не с позиции норм спортивной организации, а в совокупности с нормами права, — в этом случае подход к спортсмену является более объективным. А это мешает спортивным организациям получить устраивающее их решение, которое бы мог принять «арбитраж».

Для примера отметим следующее. События последних месяцев, развивающиеся в мире легкой атлетики, выходят не только за рамки правового поля, но и за грани разумного. Дело в том, что ВА поставила реализацию прав спортсменов в зависимость от исполнения ВФЛА своих финансовых обязательств. Не будем обсуждать обоснованность финансовых притязаний ВА, но подчеркнем, что недопустимо ограничивать возможность участия российских лег-



коатлетов в международных соревнованиях по той причине, что ВФЛА не оплатила штраф.

Это равносильно привлечению к уголовной ответственности Иванова за преступление, которое было совершено единолично Петровым.

ВФЛА и спортсмены являются разными и самостоятельными субъектами спортивного права (по крайней мере, по букве положений отечественного законодательства). Напрашивается вопрос: на каком основании ВА запрещает спортсменам участвовать в международных спортивных соревнованиях? Оно прописано в нормативных документах ВА и вроде выглядит юридически безупречным. Но это — всего лишь поверхностный и однобокий «проорганизационный» (т.е. в пользу спортивных организаций) подход. Как мы писали выше, лишение спортсмена возможности выступать на спортивных соревнованиях напрямую сопряжено с ущемлением его прав, которые предусмотрены нормами соответствующих международных правовых актов и положениями национального законодательства.

Почему мы столкнулись с такой ситуацией и каким может быть ее решение? Дабы не перегружать текст настоящей работы одними констатациями, ответим так: де-факто спортсмен не может реализовывать свои права в отрыве от спортивной организации. Получается, что ответственность он несет индивидуально, а для осуществления его прав ему требуется некий помощник в лице спортивной организации. Если последнего по какой-то причине нет рядом (упразднение, приостановление статуса и т.п.), то спортсмен не в состоянии реализовать свое право.

И здесь не стоит стесняться обращения к истокам Олимпийских игр — Древней Греции, так как изначально участие спортсмена в данных соревнованиях было свободным (безусловно, при соблюдении имевшихся требований). Те, кто считает нас старомодными и ничего не понимающими из-за того, что мы ссылаемся на Древнюю Грецию, пусть сначала не поленятся и ознакомятся с тем, как проходило участие спортсмена в древнегреческих Олимпийских играх. А то как можно судить и рядить о нашей позиции по поводу самостоятельного участия спортсмена, если такие субъекты даже не читали историю Олимпийских игр?

Более того, еще раз оговоримся, что спорт, по существу, не изменился с того времени. То, что изменилось, — это коммерция, выросшая вокруг спорта, словно чешуя, ради которой некоторые субъекты пытаются залезть в самое сокровенное — права и интересы спортсмена, дабы увеличить содержимое своих карманов.

Решение видится в предоставлении спортсмену автономии (следуя терминологии спортивных организаций), дозволении ему самостоятельно реализовать свое наиважнейшее право — участвовать в спортивном соревновании без привлечения каких-либо посредников.

Все, что нужно, — это выполнить квалификационные требования по спортивной подготовленности, предъявляемые к потенциальным участникам конкретного спортивного соревнования, и отправить свою заявочную форму.


Пока такое право не будет четко прописано, любой спортсмен будет козлом отпущения или крайним в ситуации, когда налагаются спортивные санкции на спортивную организацию.

Отметим несостоятельность довода о том, что спортсмен не может сам организовать процесс участия в спортивном соревновании. Возможность допуска нейтральных спортсменов и до Олимпийских игр, и до иных соревнований показывает, что механизм самостоятельной подачи заявок и в целом участия в спортивном соревновании (с минимальным или вообще без посредничества спортивной организации) является жизнеспособным и правильным. Нам не удалось найти доказательств обратного.

Разумеется, возникает вопрос об обоснованности «затягивания силком» спортсмена в какую-либо спортивную организацию. Как мы указывали выше, ответ на такую апорию не может быть дан в стиле «спортивная организация так установила, потому что она автономна», ведь само по себе существование требования о вступлении в спортивную организацию тянет за собой вереницу вопросов: можно ли обязать физическое лицо вступить в спортивную организацию? чем качественно отличается спортсмен-индиви-

дуал от спортсмена — члена спортивной организации (при равных спортивных показателях)? не возникает ли здесь дискриминация? пропорционально ли в принципе такое требование? необходимо ли членство для надлежащей организации спортивного соревнования?

Данный список вопросов может быть продолжен. Так что, повторимся, проблема является многогранной, требующей скрупулезного изучения в рамках отдельного исследования.

К сожалению, CAS, состоящий из профессиональных арбитров, специализирующихся на вопросах спортивного права (по идее), не дал ответов на такие вопросы. Спортсменам лишь остается надеяться, что один из них обратится в ЕСПЧ, который уже независимо, беспристрастно и объективно рассмотрит все данные проблемы и даст необходимые ответы. Мы уже наблюдали это в деле Клаудии Пехштайн: до ее обращения в ЕСПЧ третейская привязка к CAS считалась нормой, и ни у кого, кроме спортсменов, не возникало каких-либо сомнений касательно законности такой процедуры. 

REFERENCES

Pogosyan, E.V. Ways of Sports Disputes Resolution: Comparative Legal Aspect: A PhD Thesis in Law [Formy razresheniya sportivnykh sporov: sravnitel'no-pravovoy aspekt: dis. na soiskanie uchenoy stepeni kand. yurid. nauk.] Yekaterinburg, 2009. 224 p.

Yurlov, S.A. "Certainty of Regulatory Activities as a Prerequisite to Establishment of Clear Limits of the Autonomy of Sports Organizations and the Effective Protection of the Rights of Athletes"

[*Opredelennost' normativnogo regulirovaniya sporta kak predposylka ustanovleniya chetkikh predelov avtonomii sportivnykh organizatsiy i effektivnoy zashchity prav sportsmenov*]. Lex Russica. 2018. No. 10. P. 85–97.

Yurlov, S.A. "Legal Nature, Special Features and General Description of Sport Legal Relationships" [Pravovaya priroda, osobennosti i obshchaya kharakteristika sportivnykh pravootnosheniy]. RUDN Journal of Law [Vestnik RUDN]. 2014. № 4. P. 170–175.

Yurlov, S.A. "Restriction of the Right to Compete in Sports Tournaments: Basic Provisions" [Ogranicheniye prava na uchastiye v sportivnykh sorevnovaniyakh: bazovyye polozeniya]. Sport: Economy, Law, Management [Sport: ekonomika, pravo, upravleniye]. 2018. No. 1. P. 32–40.

Yurlov, S.A. "Sportsmen's Status in Sport and Their Legal Status under Sports Law" [Sportsmen kak sub'yekt sporta: problemy opredeleniya deystvitel'nogo pravovogo statusa]. Legislation [Zakonodatel'stvo]. 2018. No. 8. P. 79–85.

Yurlov, S.A. "The Development of Legal Science with Regard to Researching Issues Relating to Normative Regulation of Sport" [Razvitiye pravovoy nauki v chasti issledovaniya voprosov, svyazannykh s normativnym regulirovaniyem sporta]. Vestnik of Saint Petersburg University. Law [Vestnik SPBGU. Seriya "Pravo"]. 2018. No. 4. P. 620–639.

Yurlov, S.A. Resolution of Sports Disputes: Issues of Theory and Practice: A PhD Thesis in Law [Razresheniye sportivnykh sporov: voprosy teorii i praktiki: dis. na soiskanie uchenoy stepeni kand. yurid. nauk]. Moscow, 2017. 208 p.

Yurlov, S.A. The Right to Judicial Protection in Sports: Certain Topical Issues [Pravo na sudebnuyu zashchitu v sfere sporta: nekotoryye aktual'nyye voprosy]. Moscow, 2018. 136 p.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Sergey A. Yurlov

Member of the National Association of Russian Sports Lawyers, Member of the International Association of Sports Law, Master of Sports, PhD in Law (e-mail: sergej.iurlov@yandex.ru).



**ЛАРИСА ИВАНОВНА
ЗАХАРОВА**

доцент кафедры
международного права
Университета имени
О.Е. Кутафина (МГЮА),
доцент, кандидат
юридических наук

МЕЖДУНАРОДНЫЕ СТАНДАРТЫ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА КАК ОГРАНИЧЕНИЕ ПРИНЦИПА АВТОНОМИИ СПОРТА

Принцип автономии спорта долго не предполагал четких обязательств спортивных организаций в сфере соблюдения прав человека: международно-правовые обязательства на них не распространяются, так как они не являются субъектами международного публичного права, а добровольно такие обязательства они на себя не принимали. С 2010 г. к проблематике прав человека в спорте стал обращаться Совет по правам человека ООН. Международный олимпийский комитет активно участвует в дискуссиях, инициируемых СПЧ ООН. Ряд положений, связанных с правами человека, отражен в Олимпийской хартии, хотя МОК до сих пор не выработал отдельного документа в этой области. В 2017 г. Международная федерация футбола первой среди международных федераций, признаваемых МОК, выработала Политику ФИФА в области прав человека, в которой определила проблемные зоны: трудовые права лиц, привлекаемых деловыми партнерами ФИФА; приобретение земли и жилищные права; дискриминация; обеспечение охраны и безопасности зрителей; права игроков. Консультативный совет ФИФА по правам человека представляет регулярные доклады с обозначением актуальных проблем и рекомендациями по их урегулированию. ФИФА демонстрирует готовность закрепить обязательства своих главных органов, национальных футбольных ассоциаций и конфедераций в сфере соблюдения прав человека.

Ключевые слова: права человека, автономия спорта, спортивные организации, Совет по правам человека ООН, МОК, ФИФА

Международное спортивное право, являющееся составной частью международного права, и *lex sportiva* — это нормативные комплексы, существенно отличающиеся друг от друга по предмету регулирования, субъектам, создающим такие нормы, и закрепляющим их источникам¹. Права человека давно рассматри-

¹ Подробнее см.: Захарова Л.И. Международное спортивное право: учеб. для бакалавров. М., 2017. С. 12–20.



LARISA I. ZAKHAROVA

Associate Professor
of the International
Law Department of the
Kutafin Moscow State
Law University (MGU),
Associate Professor,
PhD in International Law

INTERNATIONAL STANDARDS OF HUMAN RIGHTS AS A RESTRICTION ON THE PRINCIPLE OF SPORTS AUTONOMY

The principle of sports autonomy, which defines the relations between the sports world and States, is enshrined in the documents of the Council of Europe, the European Union and the European Olympic committees, and for a long time it did not imply clear obligations of sports organisations in the field of human rights. International legal obligations do not apply to sports organisations since they are not subjects of public international law, and they did not assume such obligations voluntarily. The situation began to change gradually when the United Nations Human Rights Council (UNHRC) began addressing this issue in its resolutions starting from 2010. The International Olympic Committee (IOC), which heads the Olympic movement and has a permanent observer status in the United Nations, takes an active part in discussions initiated by the UNHRC. A number of provisions closely related to human rights (the preservation of human dignity, the right to participate in sports, the prohibition of discrimination) are reflected in the Olympic Charter, although the IOC has not yet developed a separate specific document in the field of human rights. In 2017, the International Football Federation was the first among the international Olympic sports federations to develop a normative act in this area — FIFA's Human Rights Policy, in which it identified the main human rights risks: labour rights of persons employed by FIFA business partners; land acquisition and housing rights; discrimination; ensuring the safety and security of spectators and other persons; players' rights. The FIFA Human Rights Advisory Board was established to provide regular reports on the state of human rights, identifying the most pressing issues and making recommendations for their resolution. FIFA is demonstrating its readiness to take further steps to clearly establish the human rights obligations of its main bodies, national football associations and confederations.

Keywords: *human rights, sports autonomy, sports organisations, UN Human Rights Council, IOC, FIFA*

ваются как предмет регулирования отдельной отрасли международного права с большим количеством источников на универсальном и региональном уровне². В *lex*

sportiva, напротив, правам человека весьма долго не уделялось нужного внимания, хотя проблемы объективно назрели и требуют разрешения. Достаточно лишь вспомнить об отсутствии до недавнего времени возможности публичного разбирательства дел, связанных с нарушениями антидопинговых правил, в Спортивном

² См., напр.: Международное право: учеб. для бакалавров / отв. ред. К.А. Бекашев. М., 2014. С. 135–148.

арбитражном суде в Лозанне (CAS) — специализированном третейском суде, наделенном Кодексом спортивного арбитража (в ред. от 01.07.2020)³ и уставами международных спортивных федераций⁴ компетенцией разрешать спортивные споры в порядке обычного и апелляционного арбитража, причем по делам, рассматриваемым в порядке апелляционного арбитража, CAS фактически обладает исключительной подсудностью. Всемирный антидопинговый кодекс провозглашает принцип объективной ответственности за наличие в организме спортсмена запрещенных веществ — по этой причине CAS в подавляющем большинстве случаев презюмировал вину спортсмена и не видел серьезной проблемы в нарушении надлежащей процедуры, а также принципа состязательности сторон. Ситуация изменилась только после того, как Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) 2 октября 2018 г. вынес постановление по делу Клаудии Пехштайн, всемирно известной конькобежки из Германии. В результате положительных допинг-проб она была дисквалифицирована на два года решением Дисциплинарной комиссии Международного союза конькобежцев. CAS подтвердил решение, вынесенное федерацией. Жалоба в Федеральный суд — Верховный суд Швейцарии не была принята к рассмотрению. При обращении в ЕСПЧ заявительница указала, что публичных слушаний по ее делу не было ни в Дисциплинарной комиссии Международного союза конькобежцев, ни в CAS, ни в Федеральном суде Швейцарии, несмотря на ее прямые просьбы об этом. В итоге ЕСПЧ признал нарушение п. 1 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (ЕКПЧ)⁵, а в ст. R57 Кодекса спортивного арбитража были внесены изменения о проведении публичных слушаний по просьбе заявителя — физического лица, вступившие в силу с 1 января 2019 г.⁶

Дело Пехштайн наглядно иллюстрирует, как международно-правовые инструменты (ЕКПЧ) и механизмы (ЕСПЧ) способны повлиять на процессы создания и применения корпоративных норм в стремящемся к внешней обособленности спортивном мире.

Хочется надеяться, что постепенно вопросы прав человека в спорте будут все более заметно подвергаться международно-правовому воздействию — этот процесс в перспективе будет способствовать «взаимопроникновению, взаимообогащению и взаимному нелинейному усилению» международного спортивного права и *lex sportiva*⁷.

1. Автономия спорта как свобода от обязательств в сфере прав человека?

Lex sportiva как нормативному комплексу потребовалось время, чтобы начать перенимать международно-правовые подходы к пониманию прав человека в спорте. основополагающим принципом, определяющим отношения спортивного мира и государств, является принцип автономии спорта. Изначально его содержание предполагало невмешательство государств в дела спортивного мира, самостоятельно определяющего правила спортивных соревнований, порядок разрешения спортивных споров, иные организационные, финансовые, идеологические аспекты своей деятельности. Вместе с тем такая формулировка делала возможным отсутствие каких-либо четких обязательств в сфере соблюдения прав человека: организации Олимпийского движения являются международными неправительственными организациями, действие международных договоров в сфере прав человека напрямую на них не распространяется, а вопрос о добровольном принятии и соблюдении таких обязательств никем не поднимался.

³ Code of Sports-related Arbitration (in force as from 1 July 2020). URL: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Code_2020_EN_.pdf (дата обращения: 27.08.2020).

⁴ См., напр.: Устав Международного союза конькобежцев от 24.09.2018. URL: <https://isu.org/inside-isu/rules-regulations/isu-statutes-constitution-regulations-technical/17913-constitution-general-regulations-2018/file> (дата обращения: 27.08.2020).

⁵ См.: п. 183 постановления ЕСПЧ от 02.10.2018 по делу «Мути и Пехштайн (*Mutu and Pechstein*) против Швейцарии» (жалобы № 40575/10 и 67474/10). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/> (дата обращения: 27.08.2020).

⁶ См.: Code of Sports-related Arbitration (in force as from 1 January 2019). URL: <https://www.tas-cas.org/fileadmin/>

[user_upload/Code_2019__en_.pdf](https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Code_2019__en_.pdf) (дата обращения: 27.08.2020).

⁷ Соловьев А.А. Систематизация законодательства о спорте (российский и зарубежный опыт): дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2012. С. 34, 276, 280.

Начиная с 1990-х гг. упоминание об автономии спорта присутствует во всех программных документах Совета Европы, посвященных спорту⁸, а с 2011 г. такая же тенденция просматривается и в документах Европейского союза (ЕС).

На конференциях министров по делам спорта Совета Европы принимаются рекомендательные акты, которые служат юридическим и этическим ориентиром при выработке государственной политики в области спорта. Европейская спортивная хартия «Спорт для всех» от 24.09.1976, ныне действующая в редакции от 16.05.2001, упоминает об автономных процессах принятия решений спортивными организациями в рамках закона (п. 3 ст. 3) при условии соблюдения запрета коммерческой эксплуатации спорта и спортсменов (п. 5 ст. 3) и запрета дискриминации при организации доступа к спортивным сооружениям или к спортивным мероприятиям (п. 1 ст. 4)⁹. 16 октября 2018 г. на пятнадцатой министерской конференции была одобрена Международная декларация о правах человека и спорте (Тбилисская декларация), в которой государства — члены Совета Европы обращаются ко всем заинтересованным сторонам, в том числе и к национальным и международным спортивным организациям, с призывом поддержать эту Декларацию¹⁰, хотя прямых обязательств для спортивного мира это не создает. Двумя главными темами для обсуждения на шестнадцатой конференции, запланированной к проведению 4–6 ноября 2020 г. в Афинах, станут права человека в спорте и европейский подход к политике в области спорта на основе ожидаемого пересмотра Европейской спортивной хартии¹¹.

ЕС проводит единую политику в спортивной сфере, принимая каждые четыре года новый Рабочий план в области спорта¹². В настоящее время действует уже

третий Рабочий план, утвержденный на период с 2017 по 2020 г. резолюцией Совета ЕС и представителей правительств государств — членов ЕС от 24.05.2017 № 9639/17¹³. Упоминание о «специфике спорта» (англ. *specificity of sport*) содержится в п. 12 данной резолюции, где обозначены три приоритетных направления деятельности ЕС в области спорта: обеспечение честности спорта, в том числе уважение специфики спорта; экономическое измерение спорта; общественная роль спорта.

С ЕС тесно сотрудничают Европейские олимпийские комитеты (ЕОК) — международная неправительственная организация, объединяющая пятьдесят национальных олимпийских комитетов государств Европы, включая Олимпийский комитет России¹⁴. В 2011 г. Офис ЕОК в ЕС подготовил Руководство по политике ЕС в области спорта, которое в ноябре 2017 г. было существенно расширено и дополнено. В его первой главе «Правовые рамки и основы спортивной политики» особое внимание уделяется таким категориям, как «автономия спорта» и «специфика спорта»¹⁵. Вместе с тем ни в Рабочем плане ЕС в области спорта, ни в Руководстве, подготовленном ЕОК, не упоминаются обязательства спортивных организаций в сфере прав человека.

Казанский план действий Организации Объединенных Наций (ООН) по вопросам образования, науки, культуры (ЮНЕСКО) от 15.07.2017 обращает внимание на «принципиальное значение защиты, уважения и соблюдения прав человека всех лиц, работающих в сфере физического воспитания, физической активности и спорта» (п. 22)¹⁶. Это требует установления единообразных подходов к вопросам прав человека в *lex sportiva* и международном спортивном праве.

⁸ *Chappelet J.-L.* Autonomy of sport in Europe. Strasbourg, 2010. P. 16.

⁹ См.: Recommendation No. R (92) 13 Rev of the Committee of Ministers to Member States on the Revised European Sports Charter. URL: <https://rm.coe.int/16804c9dbb> (дата обращения: 27.08.2020).

¹⁰ International Declaration on Human Rights and Sport (Tbilisi Declaration). URL: <https://www.coe.int/en/web/sport/text-of-the-tbilisi-declaration> (дата обращения: 27.08.2020).

¹¹ Ministerial conferences. URL: [https://www.coe.int/en/web/sport/ministerial-conferences#{%2237943613%22:\[0\]}](https://www.coe.int/en/web/sport/ministerial-conferences#{%2237943613%22:[0]) (дата обращения: 27.08.2020).

¹² Подробнее см.: *Захарова Л.И.* Международное спортивное право: учеб. для бакалавров. С. 151–153.

¹³ Resolution of the Council and of the Representatives of the Governments of the Member States, meeting within the Council, on the European Union Work Plan for Sport (1 July 2017 — 31 December 2020) — Council Resolution (23 May 2017). URL: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9639-2017-INIT/en/pdf> (дата обращения: 27.08.2020).

¹⁴ European Olympic Committees. URL: <https://www.eurolympic.org/enocs/> (дата обращения: 27.08.2020).

¹⁵ Guide to EU Sport Policy. URL: https://euoffice.eurolympic.org/files/guide_to_EU_Sport_Policy-paginas-1-13.pdf (дата обращения: 27.08.2020).

¹⁶ Текст Плана см.: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000252725_rus (дата обращения: 27.08.2020).



Автономия спорта не должна трактоваться как свобода от обязательств в сфере прав человека: она ограничивается международно-правовыми актами, принимаемыми межправительственными организациями, в компетенцию которых входит регулирование международных отношений в сфере спорта (ООН, ЮНЕСКО, Совет Европы) и труда (Международная организация труда (МОТ)), равно как и международными договорами в сфере прав человека¹⁷.

Настоящее исследование нацелено на то, чтобы определить точки приложения первоочередных усилий международного права и *lex sportiva* для обеспечения соблюдения прав человека в спорте и смежных с ним областях. С одной стороны, представляется возможным проследить взаимодействие существующих международно-правовых и корпоративных стандартов на горизонтальном уровне — например, в таких сферах, как запрет дискриминации, применение принципа *lex mitior* и противодействие допингу¹⁸. С другой стороны, можно предпринять попытку уяснить, как идеи прав человека распространяются по вертикали международного спортивного движения — от органов ООН к Международному олимпийскому комитету (МОК) и международным спортивным федерациям по олимпийским видам спорта (на примере Международной федерации футбола (ФИФА)).

2. Вопросы спорта и прав человека в деятельности СПЧ ООН

Совет по правам человека (СПЧ) ООН — вспомогательный орган при Генеральной Ассамблее (ГА) ООН, занимающийся проблематикой прав человека в рамках ООН, — неоднократно принимал резолюции по вопросу о спорте и правах человека, в частности резолюции от 26.03.2010 № 13/27 и от 30.09.2011 № 18/23.

В резолюции от 26.09.2013 № 24/1 «Поощрение прав человека через спорт и идеалы олимпийского

движения» СПЧ ООН отметил, что «спорт и такие крупные спортивные мероприятия, как Олимпийские и Паралимпийские игры, могут использоваться для поощрения прав человека и укрепления всеобщего уважения этих прав, способствуя таким образом их полному осуществлению», и призвал государства к сотрудничеству с МОК и Международным паралимпийским комитетом (МПК) «в их усилиях, направленных на использование спорта в качестве инструмента поощрения прав человека, развития, мира, диалога и примирения в ходе проведения Олимпийских и Паралимпийских игр и в последующий период» (п. 3).

СПЧ ООН обратился к Консультативному комитету — своему структурному подразделению, созданному вместо упраздненной Подкомиссии по поощрению и защите прав человека, с просьбой подготовить исследование о возможных путях использования спорта и олимпийских идеалов для поощрения прав человека и направить запрос государствам — членам ООН, международным и региональным организациям, национальным правозащитным учреждениям, организациям гражданского общества и другим заинтересованным сторонам о представлении своих мнений и материалов по данному вопросу (п. 5)¹⁹.

3. МОК и права человека

В марте 2014 г. МОК представил доклад в ответ на призыв, содержащийся в резолюции СПЧ ООН № 24/1. В нем МОК указал на второй из основополагающих принципов олимпизма, закрепленных в Олимпийской хартии (в редакции, действовавшей с 9 сентября 2013 г.), цель которого заключается в том, чтобы «поставить спорт на службу гармоничного развития человечества, способствуя созданию мирного общества, заботящегося о сохранении человеческого достоинства»²⁰.

Заметим также, что четвертый основополагающий принцип олимпизма, закрепленный в Олимпийской хартии, провозглашает занятия спортом одним из

¹⁷ Cornu P., Cuendet S., Vidal L. Disciplinary and Arbitration Procedures of the Sport Movement. Good practice handbook for judicial authorities. Council of Europe, 2017. P. 22.

¹⁸ Подробнее см.: Захарова Л.И. Права человека в спорте: взаимодействие международно-правовых и корпоративных стандартов // Московский журнал международного права. 2020. № 3.

¹⁹ Текст резолюции см.: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/AdvisoryCom/A_HRC_RES_24_1_RUS.pdf (дата обращения: 27.08.2020).

²⁰ Olympic Charter (in force as from 9 September 2013). URL: <https://tinyurl.com/yxtrrb5> (дата обращения: 27.08.2020).

прав человека: «Каждый должен иметь возможность заниматься спортом без какой-либо дискриминации, в духе олимпизма, что подразумевает взаимопонимание в духе дружбы, солидарности и честной игры». Кроме того, в Олимпийской хартии уже в 1920 г. была отражена идея о том, что Олимпийские игры будут проводиться каждые четыре года для спортсменов-любителей «на максимально равной основе»²¹. Ныне запрет дискриминации установлен в шестом основополагающем принципе олимпизма, и перечень возможных оснований дополнительно расширился в Олимпийской хартии в редакции от 02.08.2015: «Осуществление прав и свобод, предусматриваемых настоящей Олимпийской хартией, должно быть обеспечено в отсутствие какой-либо формы дискриминации — расового, языкового, религиозного, политического характера, по признаку цвета кожи, пола, сексуальной ориентации, наличия иного мнения, национального или социального происхождения, обладания собственностью, рождения или иного статуса»²².

В докладе, направленном МОК в ответ на резолюцию № 24/1, также отмечалось, что своей деятельностью по развитию спорта МОК и участники Олимпийского движения содействуют воспитанию молодежи, образованию, культуре, здоровому образу жизни, устойчивому развитию, гендерному равенству, взаимопониманию между народами и миру и поддерживают права уязвимых категорий населения и права человека в целом. МОК упомянул ряд социально значимых проектов, успешно им реализованных в течение последних двух десятилетий и направленных на защиту прав уязвимых групп, таких как женщины, дети, лица с инвалидностью. В частности, совместными усилиями МОК и Международного комитета Красного Креста (МККК) в Афганистане и Камбодже спорт (в частности, баскетбол, настольный теннис, стрельба из лука) был включен в программу социальной и физической реабилитации лиц, ставших жертвами противопехотных мин или перенесших полиомиелит и другие заболевания. МОК совместно со Всемирной продовольственной программой ООН и с Управлением Верховного комиссара ООН по делам беженцев осуществлял помощь беженцам и внутренне перемещенным лицам в Афганистане,

Камбодже, Кении, Намибии и на Гаити. В Замбии и на Гаити МОК в рамках своей программы «Спорт надежды» создал олимпийские центры развития молодежи, предоставляя молодым людям новые возможности для занятий спортом и изменения образа жизни, предлагая современные спортивные залы спортсменам всего региона, распространяя олимпийские ценности дружбы и уважения²³.

Кроме того, МОК с удовлетворением констатировал, что Международный день спорта на благо развития и мира (6 апреля), провозглашенный ГА ООН²⁴, используется Олимпийским движением для поощрения спорта и физической активности как инструмента социальных изменений: новый праздник содействует качественному физическому образованию для детей и молодежи и пропагандирует среди правительств необходимость инвестиций в спорт²⁵.

Нельзя не отметить, что МОК демонстрирует уважительное отношение к необходимости сохранения человеческого достоинства и соблюдения прав человека, провозглашенных в Олимпийской хартии — главном конститутивном акте Олимпийского движения, ныне действующем в редакции, вступившей в силу 17 июля 2020 г.²⁶ Однако МОК до сих не выработал какой-либо заметный программный документ в сфере прав человека.

²³ Так, например, спортивный центр «Спорт надежды» в г. Порт-о-Пренс (Гаити) был построен в июле 2014 г. после разрушительного землетрясения 2010 г. МОК поставил перед собой цель помочь Гаити вновь обрести необходимую спортивную инфраструктуру, чтобы жители острова обрели доступ к занятиям спортом, к культурным, образовательным программам, а также к программам социального развития. Подробнее см.: Ежегодный доклад о деятельности Бюро ООН по спорту за 2014 г. С. 13–15. URL: [https://www.un.org.sport/files/ckfiles/files/UNOSDP%20Annual%20Report%202014%20web\(1\).pdf](https://www.un.org.sport/files/ckfiles/files/UNOSDP%20Annual%20Report%202014%20web(1).pdf) (дата обращения: 27.08.2020).

²⁴ Резолюция ГА ООН от 23.08.2013 № 67/296. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/496/38/PDF/N1249638.pdf?OpenElement> (дата обращения: 27.08.2020). В этот день проводятся разнообразные массовые образовательные и спортивные мероприятия: марафоны, спортивные игры, велосипедные гонки.

²⁵ Sport and the Olympic ideal. URL: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/AdvisoryCommittee/Pages/HumanRightsThroughSport.aspx> (дата обращения: 27.08.2020).

²⁶ Olympic Charter (in force as from 17 July 2020). URL: <https://tinyurl.com/y2kynlgt> (дата обращения: 27.08.2020).

²¹ Charte Olympique 1920 — Annuaire. Règlement 1. P. 8. URL: <https://tinyurl.com/y58cggk6d> (дата обращения: 27.08.2020).

²² Olympic Charter (in force as from 2 August 2015). URL: <https://tinyurl.com/yysnljxk> (дата обращения: 27.08.2020).



В соответствии с правилом 15 Олимпийской хартии МОК — это международная неправительственная некоммерческая организация, с неограниченным сроком полномочий, в форме ассоциации со статусом юридического лица, признанной Федеральным советом Швейцарии в соответствии с договором, заключенным 1 ноября 2000 г. Таким образом, международные стандарты Всеобщего билля о правах не могут быть автоматически распространены на МОК и возглавляемое им Олимпийское движение. Вместе с тем МОК, обладающий определенным объемом международной правосубъектности вследствие своего статуса постоянного наблюдателя в ГА ООН и ряда других факторов (признание особого статуса Федеральным советом Швейцарии, большое количество соглашений со специализированными учреждениями и программами ООН)²⁷ может принимать участие в обсуждении международно-правовых актов, касающихся прав человека в спорте, в ГА и СПЧ ООН.

4. Деятельность ФИФА в области прав человека: нормативные и институционные основы

ФИФА после коррупционных скандалов в руководстве в 2015–2016 гг. сделала немало шагов для изменения ситуации и улучшения своего публичного имиджа: была преобразована структура организации, неоднократно пересмотрены ее Устав (ныне действует в ред. от 05.06.2019), Дисциплинарный кодекс и Кодекс по этике (оба в ред. от 03.06.2019). 26 февраля 2016 г. в Уставе ФИФА было закреплено обязательство организации соблюдать права человека: «ФИФА привержена уважению всех прав человека, признанных на международном уровне, и будет стремиться содействовать защите этих прав»²⁸.

Заметим, что ФИФА, как и МОК, является международной неправительственной организацией: по своей правовой природе это ассоциация, обладающая статусом некоммерческой организации на основании ст. 60 Гражданского кодекса Швейцарии (ст. 1 Устава ФИФА).

Ее готовность руководствоваться международными стандартами в сфере прав человека можно рассматривать как одностороннее, добровольно принятое на себя обязательство — такой шаг нельзя не приветствовать.

В развитие этого положения в мае 2017 г. Совет ФИФА, главный исполнительный орган организации, опубликовал программный документ — Политику ФИФА в области прав человека (англ. *FIFA's Human Rights Policy*)²⁹, установившую ключевые ориентиры для деятельности ФИФА в этой сфере. Документ соответствует Руководящим принципам предпринимательской деятельности в аспекте прав человека (англ. *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*), которые были одобрены СПЧ ООН в 2011 г. и на современном этапе являются основополагающим документом, отражающим подходы ООН к вопросам бизнеса и прав человека³⁰.

Политика ФИФА в области прав человека состоит из 13 пунктов. В п. 2 заявлено, что ФИФА принимает на себя обязательства, корреспондирующие правам человека, закрепленным во Всеобщем билле о правах человека (Всеобщей декларации прав человека 1948 г., Пакте о гражданских и политических правах 1966 г., Пакте об экономических, социальных и культурных правах 1966 г.) и в Декларации МОТ «Об основополагающих принципах и правах в сфере труда» 1998 г. ФИФА готова руководствоваться иными международными стандартами в отношении таких уязвимых категорий населения, как коренные народы, женщины, национальные, этнические, религиозные и языковые меньшинства, дети, лица с инвалидностью, трудящиеся-мигранты и члены их семей, правозащитники, в тех сферах, где ее деятельность может оказать неблагоприятное воздействие на права лиц, принадлежащих к этим общностям. Кроме того, если ФИФА будет осуществлять свою деятельность в ситуациях вооруженного конфликта, она будет соблюдать требования международного гуманитарного права.

²⁷ Подробнее см.: Захарова Л.И. Правовой статус и элементы международной правосубъектности МОК // Евразийский юридический журнал. 2014. № 7. С. 77–78.

²⁸ Устав ФИФА от 06.06.1990 см.: <https://resources.fifa.com/image/upload/fifa-statutes-5-august-2019-en.pdf?cloudid=ggyamhxxv8jrdfebkrmm> (дата обращения: 27.08.2020).

²⁹ Текст Политики см.: <https://img.fifa.com/image/upload/kr05dqyhwr1uhqy2lh6r.pdf> (дата обращения: 27.08.2020).

³⁰ Текст Руководящих принципов см.: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_RU.pdf (дата обращения: 27.08.2020).

В соответствии с Руководящими принципами предпринимательской деятельности в аспекте прав человека в п. 3 Политики в области прав человека ФИФА провозглашает свою приверженность принципу должной осмотрительности (англ. *due diligence*), чтобы избегать нарушений права человека в рамках своей деятельности и устранять их последствия, если они все-таки происходят.

В п. 5 весьма реалистично обозначены основные риски ФИФА в области прав человека. Они касаются следующих сфер:

— трудовые права (в ФИФА работают несколько сотен сотрудников; кроме того, могут быть затронуты трудовые права работников, привлекаемых деловыми партнерами ФИФА для строительства стадионов и объектов инфраструктуры, обеспечения проживания и питания, производства лицензионных товаров). ФИФА заявляет о своей готовности поддерживать и продвигать самые высокие международные стандарты в сфере труда, в частности принципы, закрепленные в восьми основополагающих конвенциях МОТ³¹;

— приобретение земли и жилищные права (в ходе строительства объектов спортивной инфраструктуры, предназначенных для соревнований под эгидой ФИФА или построенных национальными ассоциациями с помощью средств ФИФА, часто происходит приобретение земельных участков). ФИФА поощряет уважение международных стандартов в области прав человека, когда приобретение земли включает в себя экспроприацию и переселение людей;

— дискриминация, которая названа «проблемой в мире футбола как на игровом поле, так и за его пределами». ФИФА стремится создать среду, свободную от дискриминации в соответствии со ст. 4 своего Устава, в котором с апреля 2016 г. воспроизведен расширенный перечень оснований, запрещающих дискриминацию в Олимпийской хартии, в том числе и на основании сексуальной ориентации; кроме того, ФИФА уделяет особое внимание выявлению и устранению дискриминационных подходов на основе пола, поощрению гендерного равенства и предотвращению

всех форм насилия, включая сексуальные домогательства;

— обеспечение охраны и безопасности зрителей и иных лиц, вовлеченных или затронутых спортивными мероприятиями под эгидой ФИФА, которые могут повлиять на такие основные свободы человека, как свобода передвижения, свобода выражения мнений и свобода собраний. ФИФА обязуется взаимодействовать с правительством принимающего государства и субъектами частного сектора для минимизации любого такого воздействия, обеспечения его необходимости и соразмерности в соответствии с международными стандартами в области безопасности и прав человека (ожидается, что положения о соблюдении прав человека отныне будут включаться в двусторонние соглашения между ФИФА и организационным комитетом в стране, принимающей футбольные соревнования под ее эгидой);

— права игроков, в первую очередь в связи с их трудоустройством и трансферами (наиболее острыми представляются такие вопросы, как своевременная выплата зарплат, борьба с допингом и манипулированием матчами, противодействие торговле людьми и соблюдение прав несовершеннолетних футболистов), поскольку эти вопросы, если они приобретают трансграничный характер, разрешаются юрисдикционными органами ФИФА без обращения в национальные суды общей юрисдикции. ФИФА обязуется пересматривать существующие нормативные акты (регламенты) и процедуры и при необходимости по рекомендации Консультативного совета ФИФА по правам человека предпринимать дополнительные меры для устранения соответствующих рисков.

Подход ФИФА к соблюдению прав человека зиждется на следующих четырех основных обязательствах:

1) провозгласить обязательства и включить их в свои нормативные акты и процедуры (англ. *commit and embed*). ФИФА рассматривает свои обязательства в области прав человека как политические обязательства самого высокого уровня и обязуется их соблюдать во всех своих органах и среди входящих в нее национальных ассоциаций. Для этого ФИФА создаст необходимые внутренние структуры и запустит необходимые процессы под руководством Генерального секретаря ФИФА, адаптирует кодексы, основные на-

³¹ См.: <https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang-en/index.htm> (дата обращения: 27.08.2020).



правления своей деятельности и руководящие принципы в соответствии с этой политикой (п. 9);

2) выявить и принять адресные меры (англ. *identify and address*). ФИФА постоянно выявляет потенциальные и фактические ситуации неблагоприятного воздействия на права человека, связанные с ее деятельностью, и устраняет такие риски с помощью адекватных мер по предотвращению и смягчению последствий. ФИФА включает риски для людей в оценку рисков и определяет наиболее заметные риски, она требует такого же подхода от организаций, которым поручено организовать соревнования под эгидой ФИФА: конфедераций, национальных ассоциаций, деловых партнеров и иных организаций в цепях поставок в их взаимодействии с ФИФА. ФИФА отражает свою приверженность правам человека в своих требованиях к выбору стран, принимающих соревнования под эгидой ФИФА, в частности путем включения в такие требования статьи, посвященной принципам Политики ФИФА в области прав человека, определяет и реализует конкретные планы действий (п. 10);

3) защитить и восстановить нарушенные права (англ. *protect and remedy*). ФИФА будет уважать и не будет вмешиваться в деятельность правозащитников, выражающих озабоченность по поводу неблагоприятного воздействия на права человека, и представителей средств массовой информации, освещающих события, организуемые под эгидой ФИФА, а также принимать меры по защите их прав. ФИФА потребует от сторон, организующих соревнования под эгидой ФИФА, создать компетентные и независимые органы для рассмотрения возможных жалоб на нарушение прав человека в консультации с ФИФА, и в частности с ее Комитетом по управлению. Такие органы должны соответствовать критериям эффективности, перечисленным в п. 31 Руководящих принципов предпринимательской деятельности в аспекте прав человека: легитимность, доступность, предсказуемость, справедливость, транспарентность, соответствие международно-правовым нормам в области прав человека и др. (п. 11);

4) вступать во взаимодействие и коммуницировать (англ. *engage and communicate*): ФИФА будет взаимодействовать со всеми заинтересованными сторонами и широкой общественностью и информировать их о своих усилиях по обеспечению уважения прав человека. ФИФА будет конструктивно взаимодействовать с

Консультативным советом по правам человека, проводить консультации с заинтересованными сторонами, включая группы лиц и тех индивидов, права которых могут быть затронуты (п. 12).

Для осуществления контроля за соблюдением принятого документа в рамках ФИФА было создано новое структурное подразделение — Консультативный совет ФИФА по правам человека (англ. *FIFA Human Rights Advisory Board*), в состав которого включены 8 экспертов, представляющих структуры ООН, профсоюзы и иные общественные организации, академические круги и спонсоров ФИФА. Консультативный совет анализирует текущее состояние дел и формулирует рекомендации относительно того, что следует предпринять организации для более эффективного выполнения ее обязательств в сфере прав человека. 6 апреля 2020 г. был опубликован четвертый доклад Консультативного совета³².

Таким образом, можно сделать вывод, что в своей Политике в области прав человека ФИФА сформулировала свои обязательства более определенно, чем МОК, и учредила Консультативный совет по правам человека — механизм, обладающий пока только рекомендательными полномочиями. Такая последовательность действий — принятие нормативного документа в сфере прав человека и создание контрольного органа — представляется верной.

Хочется надеяться, что Олимпийское движение под руководством МОК воспримет передовой опыт отдельно взятой международной федерации по олимпийскому виду спорта и в перспективе будет следовать той же модели.

5. Опыт ФИФА в сфере соблюдения прав человека: выявление проблем и поиск путей их решения

Консультативный совет ФИФА по правам человека указывает на системные проблемы, требующие решения. Одной из таких системных проблем является

³² Fourth Report by the FIFA Human Rights Advisory Board (including the Board's recommendations from May — December 2019). URL: <https://img.fifa.com/image/upload/ryume2cahuue2szxgjqw.pdf> (дата обращения: 27.08.2020).

дискриминация, в том числе по гендерному признаку. Еще в 2014 г. на 64-м Конгрессе ФИФА в Сан-Паулу среди 10 ключевых принципов развития женского футбола была озвучена мысль о том, что футбол — это мощное средство, позволяющее женщинам реализовывать их потенциал в спорте и в обществе; ни одна женщина не должна подвергаться дискриминации, нарушению или умалению ее прав вследствие половой принадлежности — футбол станет мировым лидером в распространении этого призыва. Более детально эти положения, а также призыв обеспечить более справедливое представительство женщин в руководящих органах футбольных организаций на всех уровнях изложены в Стратегии ФИФА по развитию женского футбола от 17.09.2018³³.

Принятие Политики ФИФА в области прав человека в 2017 г. повлекло за собой ряд изменений в иных основополагающих нормативных актах организации.

Например, 10 июня 2018 г. в Москве была принята новая редакция Кодекса ФИФА по этике, закрепившая ряд новых составов нарушений этических норм, отсутствовавших в редакции от 17.07.2012. Они сохранились и в ныне действующей редакции Кодекса от 03.06.2019³⁴. В числе новых составов следует назвать злоупотребление должностными полномочиями (ст. 25). Защита физической и психической неприкосновенности (ст. 23) упоминалась и в редакции 2012 г., однако в настоящее время в п. 5 ст. 23 более четко определена санкция за нарушение этого принципа — штраф не менее 10 тыс. швейцарских франков и запрет принимать участие во всякой деятельности, связанной с футболом, на срок не менее 2 лет. В случаях сексуальной эксплуатации или жестокого обращения устанавливается запрет на участие в любой деятельности, связанной с футболом, на срок не менее 10 лет.

Так, в отчетный период с мая по декабрь 2019 г. в числе острых проблем, которые требовали неотложного внимания организации в сфере защиты прав женщин, Консультативный совет ФИФА по правам человека

назвал сексуальные домогательства в афганском женском футболе и сохраняющийся запрет женщинам посещать футбольные матчи в Иране.

Группа спортсменок, входящих в национальную сборную команду Афганистана, обвинила должностных лиц Афганской федерации футбола в сексуальных домогательствах в период с 2013 по 2018 г. 8 июня 2019 г. Комитет ФИФА по этике признал нарушения ст. 23 (защита физической и психической неприкосновенности) и 25 (злоупотребление должностными полномочиями) Кодекса ФИФА по этике в действиях бывшего президента Афганской федерации футбола Керамуудина Карима, пожизненно запретил ему заниматься любой деятельностью, связанной с футболом на национальном и международном уровнях, и наложил штраф в размере 1 млн швейцарских франков³⁵. К. Карим подал апелляционную жалобу в CAS, которую CAS отклонил 14 июля 2020 г., сохранив в силе решение Комитета ФИФА по этике³⁶. Следственная палата Комитета ФИФА по этике продолжает расследование в отношении других должностных лиц Афганской федерации футбола.

Консультативный совет ФИФА по правам человека считает, что процедуру рассмотрения жалоб на серьезные нарушения прав человека в рамках ФИФА следует совершенствовать, и продолжает работу над дальнейшими рекомендациями для привлечения должного внимания к проблемам соблюдения прав игроков в целом и уважения к правам женщин в частности. В связи с этим Консультативный совет настоятельно призвал ФИФА использовать все возможные рычаги воздействия на Федерацию футбола Исламской Республики Иран для соблюдения ею Устава ФИФА, а именно ст. 3 («Права человека») и 4 («Запрет дискриминации, равенство и нейтральность»): запрет женщинам посещать спортивные матчи с участием мужских футбольных команд в Иране хотя и был смягчен в октябре 2019 г., однако не был отменен полностью.

³³ Women'S Football Strategy. URL: <https://resources.fifa.com/image/upload/women-s-football-strategy.pdf?cloudid=z7w21ghir8jb9tguvbcq> (дата обращения: 27.08.2020).

³⁴ FIFA Code of Ethics. URL: <https://resources.fifa.com/image/upload/fifa-code-of-ethics-2019.pdf?cloudid=fmhdml5mjyqnrjfmstut> (дата обращения: 27.08.2020).

³⁵ Decision of the adjudicatory chamber of the FIFA Ethics Committee taken on 8 June 2019 in the case of Mr Keramuudin Karim (AFG). URL: <https://resources.fifa.com/image/upload/ac-12-2019-8-06-2019-keramuudin-karim.pdf?cloudid=fryqw5hiyifbaxva6nwd> (дата обращения: 27.08.2020).

³⁶ CAS 2019/A/6388. Karim Keramuddin v. FIFA. Arbitral award of 14 July 2020. URL: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Award_Final_6388.pdf (дата обращения: 27.08.2020).



Другой системной проблемой Консультативный совет ФИФА по правам человека считает нарушения трудовых прав работников деловыми партнерами ФИФА в процессе строительства стадионов, гостиниц, иных объектов инфраструктуры, производства лицензионных товаров и т.д. В рамках подготовки к Чемпионату мира по футболу 2022 г. Консультативный совет с удовлетворением отметил результаты своего взаимодействия с катарским Верховным комитетом по проведению и наследию чемпионата мира по футболу — 2022. По мнению экспертов, подготовка и проведение Чемпионата ФИФА может оказать значительное влияние на улучшение условий труда большого числа трудящихся-мигрантов, прибывающих в Катар из мусульманских государств Ближнего Востока. 16 октября 2019 г. правительство Катара выступило с официальным заявлением о полной отмене системы кафала³⁷, которая вызывала обеспокоенность представителей правозащитных организаций и академических кругов³⁸, а также членов Консультативного совета ФИФА по правам человека³⁹, и о введении минимальной заработной платы на недискриминационной основе. Это решение стало итогом исследования, осуществленного

МОТ совместно с Министерством развития, труда и социальных вопросов Катара⁴⁰.

Вместе с тем среди членов Консультативного совета ФИФА по правам человека сохраняется обеспокоенность по поводу принятого в октябре 2019 г. решения ФИФА о проведении Клубного чемпионата мира по футболу 2021 г. в Китае без осуществления должного анализа рисков в области прав человека. По их мнению, ФИФА должна включить положения о соблюдении прав человека в свое двустороннее соглашение с принимающей стороной и разработать стратегию в области прав человека со своими коллегами из Китайской футбольной ассоциации.

В рекомендации № R79 Консультативный совет ФИФА по правам человека призывает закрепить новые обязанности по соблюдению прав человека в деятельности Совета ФИФА, ее Комитета по управлению, постоянных и независимых комитетов (R79(a)), добиваться включения обязательств по соблюдению прав человека в уставные документы национальных футбольных ассоциаций и повышать осведомленность конфедераций в этой сфере (R79(d)).

³⁷ Система кафала (спонсорства) появилась в 1950-х гг. для регулирования отношений между работодателями и трудовыми мигрантами в государствах Персидского залива (Бахрейне, Кувейте, Омане, Катаре, Саудовской Аравии и Объединенных Арабских Эмиратах), а также в Иордании и Ливане. В соответствии с этой системой трудовой мигрант связан с определенным работодателем, или спонсором (кафилом), на период действия контракта. Кафил оказывает спонсорскую поддержку иностранному работнику, однако последний не может въехать в страну, сменить место работы или уехать из страны без получения письменного разрешения от кафила. Весьма часто кафил осуществляет иной контроль над работником, лишая его паспорта и проездных документов. Подробнее см.: Reform of the Kafala (Sponsorship) System. <https://www.ilo.org/dyn/migpractice/docs/132/PB2.pdf> (дата обращения: 27.08.2020).


³⁸ Ruggie J. For the Game. For the World. FIFA and Human Rights: Report prepared at the request of FIFA, 2016. P. 8; Pielke R. How Can FIFA Be Held Accountable? // Sport Management Review. 2013. Vol. 16. P. 255–267 (цит. по: Jerabek M.M., Ferreira de Andrade A.M., Figueroa A.M. FIFA's Hegemony: Examples from World Cup Hosting Countries // Global Society. 2017. Vol. 31. Iss. 3. P. 418. URL: <http://dx.doi.org/10.1080/13600826.2016.1261807> (дата обращения: 27.08.2020)).

³⁹ Recommendations R66-R71. Third report by the FIFA Human Rights Advisory Board. P. 10. URL: <https://resources.fifa.com/image/upload/third-report-by-the-fifa-human-rights-advisory-board.pdf?cloudid=sxdtbmx6wczrmwkl9rcr> (дата обращения: 27.08.2020).

Принятие Политики в области прав человека — своего первого программного документа в этой сфере — позволяет ФИФА весьма успешно выявлять сохраняющиеся проблемы нарушений прав человека в области своей компетенции и в деятельности своих деловых партнеров и конкретизировать обязательства общего характера, принятые в 2017 г., в последующих регулярных докладах Консультативного совета ФИФА по правам человека.

Представляется, что опыт ФИФА, последовательно закрепляющей в своих документах нормы о соблюдении прав человека в футболе и смежных с ним областях и привлекающей к ответственности лиц, виновных в их нарушениях, может быть востребован иными международными спортивными федерациями и самим МОК, возглавляющим Олимпийское движение.

⁴⁰ Landmark labour reforms signal end of kafala system in Qatar. URL: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_724052/lang-en/index.htm (дата обращения: 27.08.2020).

Государства и международные межправительственные организации не подвергают сомнению автономию спортивного мира в таких вопросах, как выработка правил спортивных соревнований и порядок разрешения спортивных споров. Однако спортивное движение не может игнорировать базовые международно-правовые стандарты в сфере соблюдения прав человека — в первую очередь в таких ключевых вопросах, как борьба с дискриминацией и допингом. Следующим шагом после выработки соответствующих нормативных документов должно стать создание институциональных основ для обеспечения прав человека в каждом из олимпийских видов спорта и в Олимпийском движении в целом. 

REFERENCES

- Bekyashev, K.A. (ed.). International Law: A Textbook for Bachelor Students [*Mezhdunarodnoye pravo: ucheb. dlya bakalavrov*]. Moscow, 2014. 352 p.
- Chappelet, J.-L. *Autonomy of Sport in Europe*. Strasbourg, 2010. 108 p.
- Cornu, P., Cuendet, S. and Vidal, L. *Disciplinary and Arbitration Procedures of the Sport Movement. Good Practice Handbook for Judicial Authorities*. Council of Europe, 2017. 118 p.
- Jerabek, M.M., Ferreira de Andrade, A.M. and Figueroa, A.M. "FIFA's Hegemony: Examples from World Cup Hosting Countries". *Global Society*. 2017. Vol. 31. Iss. 3. P. 417–440.
- Pielke, R. "How Can FIFA Be Held Accountable?". *Sport Management Review*. 2013. Vol. 16. P. 255–267.
- Ruggie, J. *For the Game. For the World. FIFA and Human Rights: Report Prepared at the Request of FIFA*, 2016. 42 p.
- Solovyev, A.A. *Systematization of the Sports Legislation (Russian and Foreign Experience: An LLD Thesis [Sistematzatsiya zakonodatel'stva o sporte (rossiyskiy i zarubezhnyy opyt): dis. na soiskanie uchenoy stepeni d-ra yurid. nauk]*. Moscow, 2012. 440 p.
- Zakharova, L.I. "Legal Status and Elements of the International Legal Personality of the IOC" [*Pravovoy status i elementy mezhdunarodnoy pravosub'ektnosti MOK*]. *Eurasian Law Journal [Evraziyskiy yuridicheskiy zhurnal]*. 2014. No. 7. P. 75–78.
- Zakharova, L.I. *International Sports Law: A Textbook for Bachelor Students [Mezhdunarodnoye sportivnoye pravo: ucheb. dlya bakalavrov]*. Moscow, 2017. 240 p.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Larisa I. Zakharova

Associate Professor of the International Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MGU), Associate Professor, PhD in International Law (125993, Russia, Moscow, Kutafin Moscow State Law University, Sadovaya-Kudrinskaya St., 9; Moscow; e-mail: lizakharova@msal.ru).



**АНДРЕЙ
ИВАНОВИЧ
ТЕРЕЩЕНКО**

партнер компании
«Пепеляев Групп»

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРОВЕДЕНИЯ В РОССИИ КРУПНЕЙШИХ МЕЖДУНАРОДНЫХ СПОРТИВНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ

Новейшая история России богата на проведение крупнейших международных спортивных турниров, при подготовке которых было принято значительное число специальных нормативных актов, посвященных вопросам организации и проведения таких соревнований. Россия, практически не имевшая опыта проведения состязаний такого уровня, должна была разработать специальную нормативную базу с нуля, учитывая как международный опыт, так и требования иностранных организаторов. В настоящей статье автор, который непосредственно вовлечен в подготовку многих нормативных актов, регулирующих организацию и проведение крупнейших спортивных соревнований, рассматривает особенности строительства специального правового регулирования, соотношение общих и специальных правил околоспортивного законодательства.

Ключевые слова: нормативный акт, нормативно-правовая база, закон, льготы

В России в последние годы было проведено несколько крупных спортивных соревнований международного уровня. Это летняя и зимняя Универсиады, XXII Олимпийские игры, Чемпионат мира по футболу ФИФА, российский этап «Формулы-1». Летом 2020 г. в Санкт-Петербурге должны были пройти игры Чемпионата Европы по футболу УЕФА, которые перенесены на один год. Также запланированы еще несколько крупных международных спортивных состязаний на ближайшие годы, в том числе финал Лиги чемпионов УЕФА.



ANDREY I. TERESCHENKO

Partner
at Pepeliaev Group

THE SPECIFIC ASPECTS OF THE LEGAL REGULATION OF MAJOR INTERNATIONAL SPORTS EVENTS HELD IN RUSSIA

Russia has a rich modern history of holding major international sports tournaments. As part of the preparation for such events, considerable volumes of specific regulations have been adopted to deal with organising and holding competitions of international standing. Russia, which had almost no experience in staging competitions on such a level, had to develop from scratch a specific regulatory base, tapping into international practices and taking account of the demands of international governing bodies. In this article, the author, who has been directly engaged in drafting many regulations governing the organisation and holding of major sports competitions, considers the particular aspects of how such specific legal regulation is constructed, and the correlation between general and specific rules of sports-related legislation.

Keywords: regulation, regulatory base, the law, benefits

Международные турниры такого уровня проходят в новейшей истории России впервые, поэтому ранее в стране не существовало специального законодательства по этому вопросу.

Основным нормативным правовым актом, который определяет правила проведения спортивных сорев-

нований, является Федеральный закон от 04.12.2007 № 329-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации». На момент подготовки к проведению в России крупных международных спортивных турниров редакция этого Закона регулировала лишь общие основы организации спортивных соревнований, в основном национальных. Данные правила не

были адаптированы под международные турниры, поэтому подготовка к ним потребовала доработки нормативно-правовой базы.

Законодатель пошел как по пути принятия специальных нормативных актов, в том числе федеральных законов, регулирующих проведение отдельных наиболее значимых спортивных состязаний, так и по пути усовершенствования общих правил проведения соревнований, изменяемых ко всем спортивным турнирам.

Так, в связи с проведением Олимпийских игр в Сочи, Чемпионата мира по футболу в законодательство о спорте были внесены изменения, определившие общие организационные начала, расширившие спектр коммерческих прав организатора спортивного соревнования и детализировавшие их содержание.

В отношении наиболее значимых спортивных событий были приняты специальные законы, посвященные вопросам проведения соответствующего спортивного состязания. Так, в порядке подготовки к Олимпиаде в Сочи был принят Федеральный закон от 01.12.2007 № 310-ФЗ «Об организации и о проведении XXII Олимпийских зимних игр и XI Паралимпийских зимних игр 2014 года в городе Сочи, развитии города Сочи как горноклиматического курорта и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», при подготовке к Чемпионату мира по футболу — Федеральный закон от 07.06.2013 № 108-ФЗ «О подготовке и проведении в Российской Федерации чемпионата мира по футболу FIFA 2018 года, Кубка Конфедераций FIFA 2017 года и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — Закон о Чемпионате мира). В последний были внесены изменения и дополнения в связи с подготовкой к проведению Чемпионата Европы по футболу УЕФА в 2020 г. Также в него планируется внести изменения в связи с проведением в 2021 г. финала Лиги чемпионов УЕФА.

Особенности проведения других крупных международных спортивных мероприятий определялись без принятия федеральных законов, а устанавливались постановлениями Правительства РФ, приказами Минспорта России, актами иных федеральных министерств.

Структура Законов об Олимпиаде и Чемпионате мира во многом совпадает. Они:

— очерчивают круг организаторов спортивных соревнований, устанавливают их права и обязанности, правовое положение организационного комитета;

— устанавливают особенности въезда в РФ и выезда из РФ иностранных граждан в связи с проведением спортивного турнира, особенности осуществления трудовой деятельности на спортивных объектах и в организациях, задействованных в проведении соревнований;

— решают вопросы безопасности на спортивных и иных объектах;

— регулируют отношения, связанные с реализацией и защитой коммерческих прав организатора спортивных мероприятий, устанавливают порядок использования символики соревнований, продажи билетов, осуществления рекламы в период проведения спортивных соревнований.

Также в каждом Законе содержатся поправки в другие нормативные акты с целью включения в них специальных правил и льгот, введенных в связи с проведением спортивного соревнования.

При этом для каждого спортивного турнира такого уровня характерны свои организационные вопросы и порядок осуществления коммерческих прав его организатора. Это связано с тем, что организаторами выступают различные структуры — МОК, ФИФА, УЕФА, — каждая из которых предъявляет свои требования к порядку реализации и защиты своих коммерческих прав, порядку проведения спортивного соревнования, к спортивным объектам, спортивной и туристической инфраструктуре.

Возможно ли разработать и закрепить в законодательстве максимально унифицированные правила, сделать общую нормативную базу для всех международных спортивных турниров? Некоторые страны предприняли такую попытку. Успеха добились те, кто может обеспечить организатору коммерческую привлекательность турнира экономическими мерами,

например предоставляя стадионы большей вместимости, устанавливая более высокие цены на билеты, продавая больше билетов дорогих категорий. Россия не может похвастаться такими возможностями, поэтому с целью получения права на проведение турнира она вынуждена предоставлять организатору преференции и льготы, которые бы снизили его издержки на проведение турнира.

Обычно организационные вопросы проведения турнира, меры по обеспечению и защите коммерческих прав организатора, предоставляемые ему государством льготы и преференции отражаются уже в заявке на проведение турнира. Стандартным способом оформления подобных обязательств являются гарантии, предоставляемые государством организатору соревнования. В России такие гарантии первоначально предоставляет Правительство, а в дальнейшем они закрепляются в принимаемом законе или подзаконных нормативных актах. Сами по себе гарантии не имеют юридической силы с точки зрения российского права и по сути являются обещанием Правительства установить соответствующие правила в будущем. Например, в преддверии Чемпионата мира по футболу Правительством были даны гарантии по различным аспектам организации и проведения турнира, а именно: безопасность, порядок въезда в Россию и выезда из России, таможенные и налоговые льготы, защита коммерческих прав и иные вопросы, связанные с проведением турнира. Впоследствии соответствующие правила были закреплены в Законе о Чемпионате мира, Налоговом кодексе РФ, других нормативных актах.

Таким образом, правила проведения спортивного турнира во многом уникальны, поскольку устанавливаются в каждом случае его организатором.

Государство, которое борется за право провести турнир, обязуется предоставить определенные преференции организатору или гарантировать ему возможность хорошо заработать не за счет льгот и преференций, а в результате высокой коммерческой привлекательности турнира, высокого интереса к нему партнеров, спонсоров и зрителей.

В некоторых случаях страны, борющиеся за право проведения турнира, предоставляют даже большие льготы, чем просит организатор. Например, Россия предоставила ФИФА право безвизового въезда для участников и организаторов, бесплатный проезд болельщикам между городами проведения Чемпионата мира.

Учитывая исключительность каждого спортивного события, представляется, что подход, при котором для каждого крупного спортивного мероприятия принимается специальный нормативный акт, в том числе федеральный закон, является не только обоснованным, но и единственно возможным для российской практики в настоящее время.

При этом нормативный опыт, полученный во время подготовки и проведения крупнейших спортивных мероприятий, состоявшихся в последние годы в России, может и должен использоваться при организации национальных спортивных соревнований и дальнейшем развитии нормативной базы, регулирующей вопросы в области спорта. ■

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Andrey I. Tereshchenko
Partner at Pepeliaev Group (e-mail: a.tereschenko@pgplaw.ru).



**ОЛЬГА ПАВЛОВНА
ПЛЕШАНОВА**

руководитель
аналитической службы
юридической фирмы
«Инфралекс», магистр
частного права

АВГУСТ: ВРЕМЯ СЧИТАТЬ ДЕНЬГИ

Доходы чиновников — Русский британский лорд — Олигархи как «агенты влияния» — Внесудебное банкротство граждан и план большой реформы — Повышение налогов и льготы для «российских офшоров» — Судейские кадры — РУСАДА и ОКР — Спортивные споры — Взрыв в Бейруте — Расследования ФСБ — Дело адвокатов — Дело Фургала — Выборы в Белоруссии — ЧВК Вагнера — Вакцина от коронавируса — Криптовалюты — Инцидент с Навальным

С августом каким-то мистическим образом связаны наиболее масштабные и трагические события в новейшей истории. Траурной датой стало 20-летие со дня гибели в августе 2000 г. подлодки «Курск» в Баренцевом море — истории с большим количеством белых пятен. В следующем году исполнится 30 лет ГКЧП и путча, случившегося 19 августа 1991 г. и повлекшего уничтожение СССР. Два года назад был юбилей дефолта 17 августа 1998 г. Тема денег и сейчас выходит на первый план: у рядовых граждан — из-за падения доходов, у чиновников — из-за публикации деклараций о доходах.

Доходы чиновников, раскрытые в декларациях, COVID-19 пока не затронул: отчетность касается прошлого года. Но она впечатляет — сотни миллионов,



OLGA P. PLESHANOVA

Head of Analytical
Department at Infracore Law
Firm, LLM

AUGUST: TIME TO COUNT MONEY

Officials' income — Russian-British peer — Tycoons as “agents of influence” — Extrajudicial bankruptcy of individuals and the plan of a far-reaching reform — Tax increase and privileges for the “Russian offshores” — Top-level judges — RUSADA and Russian Olympic Committee — Sport disputes — Explosion in Beirut — FSB' investigations — The cases of attorneys — The case of Furgal — Elections in Belarus — PMC Wagner — Coronavirus vaccine — Cryptocurrencies — Navalny' incident

полмиллиарда¹. То ли российская политика вбирает в себя лишь богатых и очень богатых, то ли сам политический олимп возвращает и питает список «Форбс».

За деньги, как выяснилось, можно стать даже британским пэром, для чего совсем не обязательно быть англичанином. Общественность старой доброй Англии шокирована: премьер Борис Джонсон выдвинул в пэры 36 человек, среди которых

оказался не только младший брат премьера, но и уроженец России 40-летний Евгений Лебедев — сын известного олигарха Александра Лебедева, владелец английских изданий *Independent* и *Evening Standard*². Получив одобрение королевы Елизаветы II, Евгений Лебедев стал пожизненным *crossbench peer* (независимым пэром, не имеющим партийной принадлежности) и членом Палаты лордов — верхней палаты британского парламента³.

¹ Мантуров задекларировал самый высокий доход среди министров // Интерфакс. 2020. 14 авг. URL: <https://www.interfax.ru/russia/721814>; Доход Володина за 2019 год составил более 100 млн рублей // Там же. URL: <https://www.interfax.ru/russia/721822> (дата обращения: 29.08.2020).

² Brooks A. 'Huge finger to the public': Johnson prompts outrage after nominating Russian-born media mogul Evgeny Lebedev for peerage // RT. 2020. 31 July. URL: <https://on.rt.com/anc6> (дата обращения: 29.08.2020).

³ Полякова В. Бизнесмен Евгений Лебедев станет членом британской палаты лордов // РБК. 2020. 1 авг. URL: <https://>

Это первый уроженец России, которому выпала такая невиданная честь.

Английские соцсети и СМИ без стеснения стали называть Александра Лебедева «агентом КГБ»⁴, намекая на российский след и российские деньги в британской политике, однако основной акцент был сделан на «взаимовыгодной дружбе» Бориса Джонсона и Евгения Лебедева. Медиумагнат устраивал для высоких господ, включая саудовского кронпринца Мохаммеда бин Сальмана, роскошные приемы в замке в итальянской Перудже. Приемы, по утверждению СМИ, посещал и Борис Джонсон⁵, который также пользовался значительной поддержкой *Evening Standard*. При этом медиабизнес Евгения Лебедева вряд ли можно назвать прибыльным: от издания *Independent* на бумаге пришлось отказаться, газета выходит только в электронном виде.

В продвижении интересов России за рубежом обвиняют и Олега Дерипаску: Комитет Сената США по разведке опубликовал отчет по итогам расследования о вмешательстве в выборы в США⁶. В отчете утверждается, что Олег Дерипаска по согласованию с российскими властями лоббировал интересы России в странах, в которых у него были экономические интересы, включая Украину. В частности, в 2004–2009 гг. Дерипаска сотрудничал с бывшим советником предвыборного штаба Дональда Трампа Полом Манафортом, осужденным в 2019 г. за мошенничество. Российский бизнесмен с апреля 2018 г. находится под санкциями США, которые пытаются оспорить в американском суде.

Олегу Дерипаске, возможно, пригодится опыт миллиардеров Петра Авена и Михаила Фридмана (акционеры «Альфа-Групп»), которым удалось частично оспорить компрометирующие сведения из «досье на Трампа»⁷. Решение судьи Высокого суда Лондона Марка Уорби рассматривается как важный прецедент: защита персональных данных позволила защитить деловую репутацию, отстаивать которую в британских судах с помощью диффамационных исков стало затруднительно. Победа, правда, оказалась далеко не полной: неточность персональных данных была установлена только в отношении одного утверждения из пяти оспариваемых. Это утверждение касалось факта курьерской доставки черного нала: биография лица, указанного водителем, не позволила подтвердить данный факт. В оценочных суждениях, касающихся взаимной благосклонности, консультаций, взаимодействия истцов с Президентом Владимиром Путиным, суд нарушений не усмотрел. Суд применил, по сути, подход, известный в отношении диффамационных исков: фактическая информация должна быть отграничена от оценок и суждений⁸.

Спустимся из высоких финансовых сфер на скудную российскую почву. Граждане, измученные кредитами, с 1 сентября смогут обанкротиться без суда, без финансового управляющего и бесплатно⁹. Долги от 50 до 500 тыс. руб. можно будет списать через полгода после обращения в МФЦ с заявлением о банкротстве. Обращению должно предшествовать исполнительное производство, завершившееся невозможностью исполнения — констатацией отсутствия у гражданина имущества, на которое можно обратить взыскание. Юристы уже обсуждают, какие злоупотребления и

www.rbc.ru/society/01/08/2020/5f24c0a39a79472eeeee831b (дата обращения: 29.08.2020).

⁴ Биография Александра Лебедева включает службу в КГБ СССР.

⁵ *Waterson J.* Johnson peerage for Lebedev crowns mutually beneficial friendship // *The Guardian*. 2020. 31 July. URL: <https://www.theguardian.com/media/2020/jul/31/johnson-peerage-for-lebedev-crowns-mutually-beneficial-friendship> (дата обращения: 29.08.2020).

⁶ *Полякова В.* В Сенате США Дерипаску обвинили в продвижении интересов России за рубежом // РБК. 2020. 19 авг. URL: <https://www.rbc.ru/politics/19/08/2020/5f3c26e39a794702f4599f88> (дата обращения: 29.08.2020).

⁷ *Гландин С.* Как миллиардеры Фридман и Авен создали в британском суде важный прецедент для исков о клевете // *Forbes*. 2020. 17 июля. URL: <https://www.forbes.ru/milliardery/405063-kak-milliardery-fridman-i-aven-sozdali-v-britanskom-sude-vazhnyy-precedent-dlya> (дата обращения: 29.08.2020).

⁸ В России данный подход отражен в Определении КС РФ от 27.09.1995 № 69-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Козырева Андрея Владимировича».

⁹ Вступит в силу Федеральный закон от 31.07.2020 № 289-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон „О несостоятельности (банкротстве)“ и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части внесудебного банкротства гражданина».

схемы породит новый закон: все ли имеющиеся долги будут раскрывать граждане, не получат ли отдельные кредиторы предпочтение перед другими?

Введение внесудебного банкротства означает неспособность государства решить проблему массовой неплатежеспособности граждан. На полноценную судебную процедуру у граждан денег нет. Теперь многие риски и расходы государство возложит на кредиторов: они должны будут отслеживать и проверять информацию о своих должниках, искать у них имущество, выявлять злоупотребления, оспаривать сделки и сами обращаться в суд. Подход отчасти напоминает апрельский мораторий на банкротства, когда финансовые проблемы должников государство переложило на кредиторов.

Направленность госполитики отчетливо видна в масштабном проекте изменений законодательства о банкротстве, подготовленном Минэкономразвития¹⁰. Проект уверенно проходит этапы законодательной процедуры — в частности, 23 июля он получил поддержку Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (далее — Совет по кодификации)¹¹. Предлагается развивать продолжниковскую направленность банкротства, для этого разработана новая реабилитационная процедура реструктуризации долгов. Не остались в стороне и интересы государства: усиливается и расширяется институт корпоративных арбитражных управляющих — к Агентству по страхованию вкладов добавятся госкорпорации Ростех, Роскосмос, Росатом. Кроме того, проект предлагает разрешить зачет излишне уплаченных налогов и иных обязательных платежей в счет недоимок. Ранее эта идея, предлагавшаяся в самостоятельном законопроекте, уже получила отрицательную оценку Совета по кодификации¹², но отказываться от нее государство явно не намерено.

¹⁰ Проект Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон „О несостоятельности (банкротстве)“ и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (текст опубликован 12.03.2020 на портале нормативных правовых актов, ID 02/04/03-20/00100272). URL: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=100272> (дата обращения: 29.08.2020).

¹¹ Экспертное заключение Совета по кодификации от 23.07.2020 № 200/оп-1/2020.

¹² Там же.

Экономический кризис не оставил без государственного внимания офшоры — точнее, соглашения об избежании двойного налогообложения, заключенные Россией примерно с 80 государствами. Наиболее популярным офшорам — Кипру, Нидерландам, Мальте, Люксембургу — Минфин России предложил повысить до 15% ставку налога на дивиденды, выплачиваемые из России (сейчас ставки не превышают 5–10%, также действует ряд льгот). Соответствующее поручение дал Владимир Путин в телеобращении 25 марта.

Поначалу переговоры с Кипром результата не дали, и 3 августа Россия объявила о начале процедуры денонсации соглашения¹³. Это подействовало, и спустя неделю Кипр согласился повысить ставку налога, оставив лишь незначительные льготы¹⁴. Мальта и Люксембург также выразили согласие. 5 августа Россия направила предложение Нидерландам, где зарегистрированы крупные публичные российские холдинги — головные компании «Яндекса», «Связного», *X5 Retail Group*¹⁵.

Бизнесу предлагают бежать в «российские офшоры», резидентам которых Минфин предлагает ставку налога на дивиденды 5%¹⁶. В Налоговый кодекс РФ подготовлены поправки о льготной ставке для международных холдинговых компаний, зарегистрированных в специальных административных районах на островах Русский во Владивостоке или Октябрьский в Калининграде.

¹³ Агеева О., Ткачев И. Россия объявила о денонсации налогового соглашения с Кипром // РБК. 2020. 3 авг. URL: <https://www.rbc.ru/economics/03/08/2020/5f27dd7b9a79479dec12feb> (дата обращения: 29.08.2020).

¹⁴ Агеева О. Кипр согласился поднять налоги на капитал из России // РБК. 2020. 10 авг. URL: <https://www.rbc.ru/economics/10/08/2020/5f3138889a794732625ead33> (дата обращения: 29.08.2020).

¹⁵ Базанова Е. Россия предложила Нидерландам изменить налоговое соглашение // Vtimes. 2020. 5 авг. URL: <https://vtimes.io/news/rossiya-predlozhila-niderlandami-izmenit-nalogovoe-soglashenie> (дата обращения: 29.08.2020).

¹⁶ Злобин А. Минфин предложил кипрские условия по налогам для резидентов «российских офшоров» // Forbes. 2020. 19 авг. URL: https://www.forbes.ru/newsroom/finansy-i-investicii/407351-minfin-predlozhil-kiprskie-usloviya-po-nalogam-dlya-rezidentov?utm_source=vk&utm_medium=social&utm_campaign=minfin-podgotovil-popravki-v-nalogovyy-k (дата обращения: 29.08.2020).



Идея «российских офшоров» уже существовала, продвигалась и успела обрасти негативными фактами. Как известно, налоговое дело «ЮКОСа», с которого началось уничтожение компании, строилось на разоблачении внутриофшорных схем: нефтетрейдеры «ЮКОСа» («Фаргойл», «Энерготрейд» и др.) регистрировались на территориях со льготным налоговым режимом (Мордовия и др.), реальную деятельность не осуществляли, но позволяли «ЮКОСу» как холдингу платить меньше налогов.

Обвинения в незаконном использовании льгот — не единственный риск для бизнеса, заманиваемого в «российские офшоры». Личная безопасность бизнесменов, репатрирующих или ввозящих капиталы в Россию, гарантируется явно недостаточно. В прошлом году это показало громкое дело Валерия Израйлита, а недавно — арест бизнесмена Дмитрия Зотова из «лондонского списка» Бориса Титова¹⁷. Арест бизнесмена, рискнувшего вернуться в Россию, произошел прямо по прилете в аэропорту. Вывод очевиден: вместо личных и словесных гарантий нужны институциональные, связанные с деятельностью правоохранительных органов и судов.

Судебная система меняет кадры. С высоких постов уходят должностные лица — главы гражданской и экономической коллегий Верховного Суда (ВС) РФ Василий Нечаев и Олег Свириденко, председатель Мосгорсуда Ольга Егорова. Преемники уже заявлены, все они имеют большой опыт работы в судебной системе, но, что характерно, по другим направлениям.

Возглавить коллегия по гражданским делам ВС РФ может Юрий Глазов — председатель АС Поволжского округа¹⁸. В арбитражных судах он работает с 2007 г.

Правда, до этого, начиная с 1990 г., Глазов был судьей в судах общей юрисдикции Курска.

На пост председателя коллегии по экономическим спорам, наоборот, ВККС рекомендовала представителя судов общей юрисдикции Ирину Подносову¹⁹. С 2003 г. она возглавляла Лужский городской суд Ленинградской области, затем Леноблсуд, а с сентября 2018 г. — Второй апелляционный суд общей юрисдикции, находящийся в Санкт-Петербурге. Ирина Подносова считается специалистом по уголовному праву, ее называют однокурсницей Владимира Путина.

Новым председателем Мосгорсуда может стать председатель Южного окружного военного суда Михаил Птицын, всю карьеру с начала 1990-х гг. работавший в военных судах²⁰. 21 августа он получил рекомендацию ВККС²¹. Южный окружной военный суд, находящийся в Ростове-на-Дону, рассматривал, в частности, резонансное дело украинского режиссера Олега Сенцова²², задержанного в Крыму по обвинению в терроризме и в августе 2015 г. приговоренного к 20 годам лишения свободы. Доказанность обвинения вызвала сомнения у правозащитных организаций, тем более что материалы следствия, проводившегося ФСБ, были засекречены. Осенью 2019 г. Сенцова освободили в рамках обмена удерживаемыми лицами между Россией и Украиной.

Все три кандидатуры руководителей не были в поле зрения общественности, их выдвижение стало неожиданным. Примечательно, что в июле «Закон.ру» проводил «народное голосование», предложив рас-

¹⁷ Подробнее об аресте Дмитрия Зотова см. в июньской хронике: Хлюстов П.В. Жаркое лето 2020-го // Закон. 2020. № 6. С. 100.

¹⁸ Исмагилова Г. Главой гражданской коллегии ВС хочет стать председатель АС Поволжского округа // Закон.ру. 2020. 14 авг. URL: https://zakon.ru/discussion/2020/08/14/glavoj_grazhdanskoj_kollegii_vs_hochet_stat_predsedatel_as_povolzhskogo_okruga_zayavku_rassmotrit_v (дата обращения: 29.08.2020).

¹⁹ Исмагилова Г. Экономической коллегии ВС нашли руководителя // Закон.ру. 2020. 17 июля. URL: https://zakon.ru/discussion/2020/07/17/ekonomicheskoy_kollegii_vs_nashli_rukovoditelya_vkks_rekomendovala_glavu_vtorogo_apellyacionnogo_su (дата обращения: 29.08.2020).

²⁰ Багаев В. На должность председателя Мосгорсуда претендует глава Южного окружного военного суда // Закон.ру. 2020. 31 июля. URL: https://zakon.ru/discussion/2020/07/31/na_dolzhnost_predsedatelya_mosgorsuda_pretenduet_glava_yuzhnogo_okruzhnogo_voenного_suda_olga_egoro (дата обращения: 29.08.2020).

²¹ Михаил Птицын получил рекомендацию для назначения председателем Мосгорсуда // Интерфакс. 2020. 21 авг. URL: <https://www.interfax.ru/russia/722681> (дата обращения: 29.08.2020).

²² Пушкарская А., Дергачев В., Чиж О. «Огромный винт в системе». Почему Ольге Егоровой нашли замену // Русская служба BBC News. 2020. 17 авг. URL: <https://www.bbc.com/russian/features-53772832> (дата обращения: 29.08.2020).

ширенный список авторитетных специалистов и, как казалось, наиболее вероятных претендентов на пост главы экономической коллегии ВС РФ²³. В итоге ни один из этого списка заявление в ВККС не подал. Непонятно пока и то, какую цель преследует системное выдвижение непрофильных деятелей: если достижение заветного единообразия судебной практики, то какой именно?

О дальнейшей работе Ольги Егоровой и Василия Нечаева информации нет. Олег Свириденко уже назначен заместителем министра юстиции РФ²⁴.

Спортивный арбитражный суд (CAS) в Лозанне планирует рассмотреть спор Всемирного и Российского антидопинговых агентств (WADA vs РУСАДА) уже 2–5 ноября 2020 года²⁵. WADA просит арбитраж признать правомерным лишение РУСАДА статуса соответствия Всемирному антидопинговому кодексу за манипуляции с данными Московской антидопинговой лаборатории. Свое решение WADA приняло в декабре прошлого года, и оно означает четырехлетний запрет России участвовать в крупных международных турнирах и принимать их у себя.

В канун разбирательства разгорается внутренний конфликт между РУСАДА и членами его наблюдательного совета — Олимпийским и Паралимпийским комитетами России (далее — ОКР и ПКР). Конфликт, как обычно, про деньги. ОКР и ПКР заказали углубленный аудит деятельности РУСАДА за 2018–2019 гг., кото-

рый выявил ряд нарушений²⁶. Среди них — расходы на зарубежные командировки и значительные траты на такси (около 11 млн руб.). Предполагалось, что на августовском заседании наблюдательного совета РУСАДА будет поставлен вопрос об отставке главы агентства Юрия Гануса²⁷. Отставка в итоге состоялась²⁸. Подоплекой всей этой истории могла быть критика, высказываемая Ганусом в адрес руководства спортивных федераций.

Конфликтом интересов может оказаться сам аудит: его заказчиками выступили организации, спортсменов которых проверяет РУСАДА, тогда как WADA требует независимости антидопинговых агентств и отсутствия внешнего вмешательства в их деятельность. ОКР со своей стороны апеллирует к борьбе с коррупцией в финансовой сфере, заявляя о невмешательстве в операционную деятельность РУСАДА. Однако отделить деньги от спорта и спорт от денег становится все труднее.

С деньгами связаны как громкие решения CAS, так и критика этих решений и самого арбитража. Свежая история — оправдание «Манчестер Сити», удовлетворение жалобы на решение Союза европейских футбольных ассоциаций (УЕФА), запретившего клубу два года участвовать в еврокубках²⁹. Причиной запрета стало нарушение английским футбольным клубом правил финансового фэйр-плей — клуб искусственно завышал спонсорские доходы в 2012–2016 гг.

Решение CAS можно рассматривать как триумф английских адвокатов: «Манчестер Сити» бросил на

²³ Вакансия на пост главы экономической коллегии открыта // Закон.ру. 2020. 7 июля. URL: https://zakon.ru/discussion/2020/07/07/vakansiya_na_post_glavy_ekonomicheskoy_kollegii_vs_otkryta__provodim_narodnoe_golosovanie_po_kandida (дата обращения: 29.08.2020).

²⁴ Багаев В. Бывший глава экономической коллегии Олег Свириденко назначен заместителем министра юстиции // Закон.ру. 2020. 6 авг. URL: https://zakon.ru/blog/2020/08/06/byvshij_glava_ekonomicheskoy_kollegii_oleg_sviridenko_naznachен_zamestitelem_ministra_yusticii (дата обращения: 29.08.2020).

²⁵ Дело CAS 2020/O/6689. World Anti-Doping Agency (WADA) v. Russian Anti-Doping Agency (RUSADA). См. *List of Hearings* на сайте CAS. URL: <https://www.tas-cas.org/en/media/latest-news/article/list-of-hearings-4.html> (дата обращения: 29.08.2020).

²⁶ Поздняков: аудит выявил ряд существенных нарушений в финансовой деятельности РУСАДА // ТАСС. 2020. 13 июля. URL: <https://tass.ru/sport/8953449> (дата обращения: 29.08.2020).

²⁷ Гетадарян Г. Члены набсовета РУСАДА решили поднять вопрос отставки Гануса // РБК. 2020. 5 авг. URL: <https://sportrbc.ru/news/5f297ccd9a7947563d9cc5a6> (дата обращения: 29.08.2020).

²⁸ Гендиректор РУСАДА Ганус уволен // Интерфакс. 2020. 28 авг. URL: <https://www.sport-interfax.ru/723626> (дата обращения: 29.08.2020).

²⁹ Однозеркина Ж. «Позорное решение»: кто не рад оправданию «Сити» // Газета.ру. 2020. 15 июля. URL: https://www.gazeta.ru/sport/2020/07/15/a_13153027.shtml (дата обращения: 29.08.2020).



это дело значительные ресурсы, не оставляя УЕФА шансов справиться с мощной юридической машиной. В итоге арбитраж констатировал, что клуб действительно нарушил правила финансового фейр-плей, но нарушения либо не были надлежащим образом доказаны, либо имели истекший срок давности. При этом арбитраж все же присудил «Манчестер Сити» 10 млн евро штрафа (УЕФА в своем решении назначил 30 млн евро) — не за сами нарушения, а за воспрепятствование следствию и отказ от сотрудничества.

Такое решение вызвало разноречивые комментарии: как осуждение «позорной» половинчатости арбитража, когда клуб оправдали, но оштрафовали, так и критику того, как функционируют сами правила финансового фейр-плей. Футбольные эксперты опасаются, что богатейшие клубы и страны смогут делать в футболе все, что захотят, — и все будут решать исключительно деньги.

Не менее серьезные споры вызвали финансовые отношения в российском фигурном катании. От известного тренера Этери Тутберидзе, воспитавшей олимпийских чемпионку Юлию Липницкую и Алину Загитову, ушли новые лидеры — Александра Трусова, выполняющая прыжки в четыре оборота, и Алена Косторная³⁰, выигравшая чемпионат Европы в январе нынешнего года. Скандальности добавило то, что Алена ушла в конце июля, после закрытия трансферного окна (правилами федерации переходы разрешены до 31 мая) и постановки программ к новому сезону. Это вызвало вопросы не только об авторских правах на постановку, но и об оплате тренерского труда — формальной и неформальной.

Формально спортшколы базируются на государственном имуществе и получают госфинансирование; тренеры получают зарплату как работники госучреждений. Однако неформально тренер, вырастивший чемпиона, претендует на долю его призовых и иных доходов (от рекламы, от участия в шоу). Договоры между спортсменами и тренерами в России не практикуются, в отличие от зарубежных стран. Со стороны Федерации фигурного катания Россия уже зазвучали призывы перейти на систему персональных контрак-

тов, что должно защитить тренеров³¹. Впрочем, по поводу регулирования неформальных отношений — ключевого вопроса — уточнений не было.

В части трагедий и катастроф нынешний август не стал исключением: гигантский взрыв прогремел в Бейруте. 4 августа взорвались 2750 тонн нитрата аммония и погибли свыше 200 человек³². В истории обнаружился «русский след» — нитрат аммония привезло в 2013 г. судно, принадлежавшее, возможно, гражданину России Игорю Гречушкину³³. По сведениям базы данных Регистра Ллойда, судно было арестовано ливанскими властями 4 февраля 2014 г. из-за неоплаченных счетов на 100 тыс. долл.³⁴ После продолжительных разбирательств экипаж был освобожден, судно затонуло, а конфискованный опасный груз хранился на складе в порту Бейрута. От чего именно сдетонировал груз, точно пока неизвестно (предположительно — сварочные работы). Ливанская таможня, на которую попытались возложить ответственность за ненадлежащее хранение груза, стала ссылаться на бездействие суда, куда направлялись письма с просьбой разрешить продажу веществ. Процессуальная форма этих обращений, однако, вызвала сомнения³⁵. Эта история создала, по-

³⁰ Фигуристка Косторная покинула группу тренера Тутберидзе // Интерфакс. 2020. 31 июля. URL: <https://www.sport-interfax.ru/719800> (дата обращения: 29.08.2020).

³¹ Олег Овсянников: «Совершеннолетним фигуристам надо обязательно заключать персональный контракт с тренером» // Матч! 2020. 14 авг. URL: [https://www.sports.ru/figure-skating/1088063589.html](https://matchtv.ru/figure-skating/matchtvnews_N11225967_Oleg_Ovsannikov_Sovershennoletnim_figuristam_nado_obazatelno_zakluchat_personalnyj_kontrakt_strenerom; Валентин Писеев: «Тренеры должны быть защищены. Думаю, ситуация вокруг Косторной заставит федерацию разработать критерии» // Sports.ru. 2020. 17 авг. URL: <a href=) (дата обращения: 29.08.2020).

³² Число погибших из-за взрыва в Ливане превысило 200, правительство ушло в отставку // Русская служба BBC News. 2020. 10 авг. URL: <https://www.bbc.com/russian/news-53725709> (дата обращения: 29.08.2020).

³³ Есть иная версия: собственником судна был киприот, а Гречушкин выступал посредником, сдававшим судно в аренду через офшорную компанию. См.: СМИ: судно, перевозившее взорвавшуюся в Бейруте селитру, принадлежало не россиянину // Коммерсант. 2020. 24 авг. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4466557> (дата обращения: 29.08.2020).

³⁴ Рухаев Р., Адамс П. Катастрофа в Бейруте. По следам таинственного судна с российским владельцем // Русская служба BBC News. 2020. 14 авг. URL: <https://www.bbc.com/russian/extra/A25xW2AL3k/beirut-blast-russian> (дата обращения: 29.08.2020).

³⁵ Там же.

жалуй, беспрецедентный казус по деликтному праву³⁶, изучение которого может затянуться надолго.

Уголовное преследование в России ужесточается. Особый порядок рассмотрения уголовных дел, позволяющий подсудимому согласиться с обвинением в обмен на гарантированное смягчение наказания (не более $\frac{2}{3}$ максимальной санкции), отменен в отношении тяжких преступлений и сохранен только для дел о преступлениях небольшой и средней тяжести³⁷. Инициатива исходила от Верховного Суда РФ, подготовившего законопроект в апреле прошлого года³⁸.

Изменения внесены и в Закон о ФСБ³⁹, тоже выступающей следственным органом⁴⁰: введено понятие профессиональной тайны — таковой может быть все, что не относится к государственной и «иной охраняемой законом тайне». Все информационные материалы о деятельности ФСБ, кроме официальных, подлежат проверке на наличие профессиональной тайны, содержание которой определяет сама Служба. Проще говоря, без согласия ФСБ ничего публиковать о ней нельзя.

Режим секретности уже в полной мере проявляется в громких делах. В начале августа YouTube-блогер Андрей Пыж (канал *Urbanturizm*, псевдоним Андрей Няшный) был арестован по делу о незаконном получении и распространении сведений, составляющих гостайну⁴¹. Обвинение предъявлено по п. «д» ч. 2 ст. 283.1 «Незаконное получение сведений, состав-

ляющих государственную тайну» Уголовного кодекса (УК) РФ⁴². Блогер арестован до 5 октября и помещен в СИЗО «Лефортово». Разглашать суть обвинений адвокаты и общественные деятели не вправе — дело засекречено.

Ранее, 7 июля, по обвинению в измене Родине был арестован Иван Сафронов, занимавший должность советника главы Роскосмоса, но известный как журналист. Сафронов работал корреспондентом газеты «Коммерсант» и был соавтором статьи о Валентине Матвиенко, вызвавшей весной 2019 г. скандал и массовый уход журналистов.

В защиту бывшего сотрудника выступил издательский дом «Коммерсант». Он опубликовал заявление⁴³, в котором назвал Ивана Сафронова «настоящим патриотом России», а обвинение в измене Родине «абсурдным». В заявлении отмечается, что «с тяжелым обвинением в любой момент может столкнуться любой гражданин России, чья работа связана с публичной деятельностью», и подчеркивается, что «людям, обвиненным в государственной измене, особенно сложно добиться справедливого следствия и гласного суда», поскольку «судебные заседания чаще всего полностью засекречены». «В результате общественность вынуждена полагаться только на слова спецслужб, к работе которых с каждым годом возникает все больше вопросов», — констатирует «Коммерсант».

Дело Сафронова уже обернулось конфликтом вокруг его адвокатов, отказавшихся дать подписку о неразглашении данных следствия. ФСБ сочла отказ незаконным и обратилась в Минюст, а тот направил в адвокатские палаты Москвы, Санкт-Петербурга и Ленинградской области представления о возбуждении дисциплинарного производства. Теперь адвокаты просят Генпрокуратуру помочь в раскрытии сути обвинения, жалуюсь на отказ следователя дать разъяснения и ссылаясь на право обвиняемого знать, в чем он обвиняется⁴⁴.

³⁶ Багаев В. Кто ответит за взрыв в Бейруте // Закон.ру. 2020. 5 авг. URL: https://zakon.ru/blog/2020/08/05/kto_otvetit_zavzryv_v_beyrute_test_dlya_deliktного_prava (дата обращения: 29.08.2020).

³⁷ Федеральный закон от 20.07.2020 № 224-ФЗ «О внесении изменений в статьи 314 и 316 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

³⁸ Подробно проект разбирался в июньской хронике 2019 г. См.: Плешанова О.П. Многоуровневая нумерация и ботизация всей страны // Закон. 2019. № 6. С. 118.

³⁹ Федеральный закон от 03.04.1995 № 40-ФЗ «О федеральной службе безопасности».

⁴⁰ Федеральный закон от 31.07.2020 № 279-ФЗ «О внесении изменений в статью 7 Федерального закона „О федеральной службе безопасности“».

⁴¹ Бобенко М., Калюков Е., Алехина М. YouTube-блогера арестовали по обвинению в незаконном доступе к гостайне // РБК. 2020. 12 авг. URL: <https://www.rbc.ru/society/12/08/2020/5f33a3769a7947ac7d8c5bd1> (дата обращения: 29.08.2020).

⁴² Статья введена Федеральным законом от 12.11.2012 № 190-ФЗ, наказание — от трех до восьми лет лишения свободы.

⁴³ Заявление в поддержку Ивана Сафронова // Коммерсант. 2020. 7 июля. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4406986> (дата обращения: 29.08.2020).

⁴⁴ Адвокаты Сафронова попросили Генпрокуратуру помочь в раскрытии сути обвинения // Интерфакс. 2020. 19 авг.



Привести адвокатов на скамью подсудимых могут гонорары. Мещанский районный суд Москвы начал рассматривать дело адвокатов столичной коллегии «Межрегион», обвиняемых в мошенничестве в особо крупном размере (ч. 4 ст. 159 УК РФ). Мошенничество выразилось в многолетнем (с 2008 по 2016 г.) оказании «Межрегионом» юридических услуг ФГУП «Госкорпорация по организации воздушного движения» и получении за эти услуги более 1,1 млрд руб. По версии следствия, ставки были существенно завышены. То, что контракты ФГУП согласовывались с Росавиацией, не только не послужило оправданию адвокатов, но, наоборот, расширило круг подсудимых — в их числе оказался глава правового управления и имущественных отношений ведомства Владимир Мнишко. Он вместе с главой «Межрегиона» Сергеем Юрьевым был арестован в апреле прошлого года⁴⁵.

По этому случаю Совет Федеральной палаты адвокатов (ФПА) России выступил с заявлением⁴⁶, выразив протест против «попыток ревизии одного из основных принципов гражданского права — принципа свободы договора». Заявление Совета готовила комиссия по защите прав адвокатов под руководством вице-президента ФПА авторитетного адвоката Генри Резника, участвующего в защите Сергея Юрьева. ФПА считает недопустимым преследование адвокатов, «честно, разумно и добросовестно выполняющих свои профессиональные обязанности», а также «ревизию добровольно заключенного и уже исполненного гражданско-правового соглашения». В заявлении подчеркивается, что у следствия нет претензий ни к конкурсу, по итогам которого заключались контракты, ни к содержанию и объему юридической помощи, оказанной адвокатами.

URL: <https://www.interfax.ru/russia/722333> (дата обращения: 29.08.2020).

⁴⁵ Сергеев С. Адвокаты пересчитали свои гонорары // Коммерсант. 2020. 18 авг. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4458921> (дата обращения: 29.08.2020).

⁴⁶ Заявление Совета Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации от 14.08.2020. URL: <https://fparf.ru/documents/fpa-rf/the-documents-of-the-council/zayavlenie-soveta-federalnoy-palaty-advokатов-rossiyskoy-federatsii-14.08.20/> (дата обращения: 29.08.2020).

Уголовное преследование экс-губернатора Хабаровского края Сергея Фургала и вовсе обернулось массовыми митингами и протестами жителей края. Протестующие требуют, в частности, честного суда в Хабаровске⁴⁷. Сергей Фургал был арестован 9 июля и сразу доставлен в Москву, где суд установил срок содержания под стражей до 9 сентября. Экс-глава края обвиняется в организации убийств предпринимателей на Дальнем Востоке в 2004–2005 гг.

Если Сергей Фургал действительно причастен к кризису, то как он попал во власть? Почему арест за давние и, должно быть, известные правоохранительным органам преступления состоялся вскоре после общероссийского голосования по поправкам к Конституции РФ, где Хабаровск показал результаты ниже средних по России⁴⁸? И главный вопрос: почему сразу Москва?

Беспрецедентным дело Фургала, впрочем, назвать сложно. В 2010 г. Мосгорсуд рассматривал дело экс-сенатора от Башкортостана Игоря Измestьева, обвиненного в убийствах и покушениях на предпринимателей, совершенных в 1994–2004 гг., и арестованного в 2007 году. Коллегия из трех судей приговорила экс-сенатора к пожизненному заключению⁴⁹. В августе прошлого года, однако, Страсбургский суд обязал Россию выплатить Измestьеву 12 тыс. евро компенсации, решив, что Россия нарушила право осужденного на справедливый суд и охрану частной жизни. Нарушения выразились среди прочего в том, что суд рассматривал дело в закрытом режиме⁵⁰.

В Москве рассматривалось также дело Игоря Пушкарёва — бывшего главы Владивостока и сенатора от

⁴⁷ Полякова В. В Хабаровске начался новый митинг в защиту Фургала // РБК. 2020. 8 авг. URL: <https://www.rbc.ru/politics/08/08/2020/5f2e12999a79472113ee7c3f> (дата обращения: 29.08.2020).

⁴⁸ Крашенинников Ф. Комментарий: Фургал расплачивается арестом за прошлые победы // DW. 2020. 13 июля. URL: <https://p.dw.com/p/3fDsb> (дата обращения: 29.08.2020).

⁴⁹ Макутина М. Бывший сенатор получил пожизненное место // Коммерсант. 2010. 28 дек. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/1565087> (дата обращения: 29.08.2020).

⁵⁰ Павлова Н. ЕСПЧ обязал Россию выплатить Игорю Измestьеву 12 тысяч евро // Коммерсант. 2019. 27 авг. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4073507> (дата обращения: 29.08.2020).

Приморского края. В 2019 г. Пушкарев был осужден за преступления коррупционной направленности⁵¹. Жалобу Пушкарева, его брата Андрея и Андрея Лушников (оба признаны соучастниками преступлений) на изменение территориальной подсудности дела в 2018 г. рассматривал Конституционный Суд (КС) РФ⁵². Дело было передано в Москву 15 ноября 2017 г. постановлением судьи ВС РФ по ходатайству заместителя Генпрокурора России. КС РФ признал конституционным такой порядок изменения подсудности, если влияние обвиняемых в своем регионе «на деятельность государственных и общественных институтов создает угрозу гарантиям объективного и беспристрастного правосудия». С особыми мнениями выступили тогда судьи КС РФ Сергей Казанцев и Юрий Данилов. Они напомнили о деле экс-губернатора Сахалинской области Александра Хорошавина, осужденного Южно-Сахалинским горсудом⁵³. Еще примеры: экс-губернатор Новосибирской области Василий Юрченко, экс-губернатор Брянской области Николай Денин, экс-глава Карелии Андрей Нелидов — все они были осуждены по приговорам судов в своих регионах⁵⁴.

Для передачи дела Фургала в Москву, т.е. «в вышестоящий следственный орган», достаточно было мотивированного постановления руководителя этого органа (ч. 6 ст. 152 Уголовно-процессуального кодекса РФ). Однако в том, что дело будет рассматривать столичный суд, сомнений почти нет: дела об убийстве двух и более лиц либо при иныхотягчающих обстоятельствах (ч. 2 ст. 105 УК РФ) может рассматривать суд присяжных, и вердикт коллегии из жителей Хабаровска предугадать нетрудно. Дело Измествьева, кстати, тоже

начинали слушать присяжные заседатели, но из-за наличия обвинения в терроризме (подрыв джипа охраны сына экс-президента Башкортостана Урала Рахимова) коллегия была распущена⁵⁵.

Примечательно, что КС РФ в Постановлении № 39-П обосновал общее правило о территориальной подсудности тем, что преступление «вызывает в обществе соответствующую реакцию (резонанс)» и «рассмотрение уголовного дела по месту его [преступления] совершения способствует снижению вызванной им социальной напряженности, оказывает на граждан эффективное предупредительное воздействие, укрепляет их доверие к судебной власти».

К иным ветвям власти, видимо, тоже. Об уровне доверия к выборам красноречиво свидетельствует участвовавшее выдвигание кандидатами домашних питомцев. Например, на ближайших муниципальных выборах появился пес Пиксель⁵⁶, точнее Пиксель Дуралеевич Запеканкин — «первый кандидат от сук и кобелей» по Военноведскому одномандатному избирательному округу № 16 Ростова-на-Дону⁵⁷. Ранее коты-кандидаты фигурировали на выборах в Англии⁵⁸ и даже на выборах Президента России 2018 года⁵⁹. В Белоруссии еще в 2015 г. кандидатом на президентских выборах выдвигали кота Барсика, хозяином которого оказался журналист⁶⁰. Кот приобрел известность,

⁵¹ Мосгорсуд отклонил апелляцию экс-мэра Владивостока Пушкарева на приговор по делу о взятках // Интерфакс. 2019. 4 окт. URL: <https://www.interfax.ru/russia/679178> (дата обращения: 29.08.2020).

⁵² Постановление КС РФ от 09.11.2018 № 39-П «По делу о проверке конституционности частей первой и третьей статьи 1, частей первой, третьей и четвертой статьи 35 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан А.В. Лушников, А.С. Пушкарева и И.С. Пушкарева» (далее — Постановление № 39-П).

⁵³ Суд приговорил экс-губернатора Сахалина к 13 годам колонии // РИА Новости. 2018. 9 февр. URL: <https://ria.ru/20180209/1514273791.html> (дата обращения: 29.08.2020).

⁵⁴ В СМИ можно найти более подробный обзор. См.: Мухатаев А. Падки на взятки // Коммерсант. 2017. 15 дек. URL: <https://www.kommersant.ru/gallery/2235098> (дата обращения: 29.08.2020).

⁵⁵ Непосредственной причиной роспуска коллегии присяжных заседателей в мае 2010 г. стало Постановление КС РФ от 19.04.2010 № 8-П «По делу о проверке конституционности пунктов 2 и 3 части второй статьи 30 и части второй статьи 325 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Р.Р. Зайнагутдинова, Р.В. Кудяева, Ф.Р. Файзулина, А.Д. Хасанова, А.И. Шавяева и запросом Свердловского областного суда».

⁵⁶ В городскую думу Ростова-на-Дону выдвинут пес Пиксель // Интерфакс. 2020. 7 авг. URL: <https://www.interfax.ru/russia/720807> (дата обращения: 29.08.2020).

⁵⁷ Предвыборный сайт кандидата. URL: <https://www.pixeldog.ru/> (дата обращения: 29.08.2020).

⁵⁸ Кот стал беспартийным кандидатом на выборах в британский парламент // Известия. 2019. 17 нояб. URL: <https://iz.ru/944022/2019-11-17/kot-stal-bespartijnym-kandidatom-na-vyborah-k-v-britanskii-parlament> (дата обращения: 29.08.2020).

⁵⁹ Барнаульский кот Барсик намерен баллотироваться в президенты России // РИА Новости. 2016. 16 дек. URL: <https://ria.ru/20161216/1483780647.html> (дата обращения: 29.08.2020).

⁶⁰ Кандидатом в президенты Беларуси выдвинули кота // BY24.ORG. 2015. 18 июля. URL: http://by24.org/2015/07/18/cat_barsik_nominated_for_presidency_in_belarus/ (дата обращения: 29.08.2020).



но не выдержал и сбежал⁶¹. А жаль — с ним было бы спокойнее.

После победы Александра Лукашенко на президентских выборах, прошедших 9 августа, Белоруссию захлестнули массовые митинги, акции протеста и забастовки рабочих крупнейших предприятий⁶² — явление, памятное разве что по событиям конца 1980-х — начала 1990-х. Три дня — 9–11 августа — белорусские силовики жестко подавляли акции протеста, погибли минимум трое их участников⁶³, после чего события приобрели более мирный характер. Александр Лукашенко заявил об активизации работы над новой Конституцией⁶⁴, допуская после ее принятия новые президентские выборы, а силовики дали понять, что подавление протестов может быть расценено как геноцид и подтолкнуть к смене политического курса «силовым путем»⁶⁵. По данным Минобороны, вооруженные силы стран НАТО уже концентрируются вблизи белорусской границы. Лукашенко в ответ приказал реагировать на нарушения границы без предупреждения⁶⁶.

Риторика о внешней угрозе, возможно, обращена к России, договорам в рамках Союзного государ-

ства и Организации договора о коллективной безопасности (ОДКБ), призванной отражать внешнюю агрессию⁶⁷. Попытки Александра Лукашенко добиться российской помощи в подавлении внутренних протестов результатов не дали⁶⁸. Владимир Путин провел с канцлером Германии Ангелой Меркель переговоры о ситуации в Белоруссии и «неприемлемости любых попыток вмешательства извне»⁶⁹, а белорусская оппозиция призывает страны Евросоюза не признавать итоги выборов, ссылаясь на их фальсификацию⁷⁰.

Даже если в Белоруссии утихнут протестные выступления, вопрос о легитимности власти и ее решений будет висеть в воздухе. Примером может служить Венесуэла, где идет длительное противостояние президента Николаса Мадуро с оппозицией. Победу Мадуро на внеочередных президентских выборах 2018 г. не признало большинство стран, Венесуэла оказалась в международной изоляции, США ввели против нее дополнительные экономические санкции.

Самая странная история в Белоруссии связана с нашумевшим задержанием в канун выборов «тридцати трех богатырей» — предположительно членов частной военной компании (ЧВК) Вагнера⁷¹ (32 из 33 задержанных — российские граждане). По белорусской версии, задержанные готовили теракты. По российской — данные граждане летели транзитом в Стамбул и были сотрудниками частного охранного предприятия.

⁶¹ Мельничук Т. Кот, которому прочили пост президента Белоруссии, сбежал // Русская служба BBC News. 2015. 13 сент. URL: https://www.bbc.com/russian/society/2015/09/150911_belarus_cat_candidate (дата обращения: 29.08.2020).

⁶² Химшиашвили П., Атасунцев А., Кирьянов Р. и др. Забастовки в Белоруссии // РБК. 2020. 14 авг. URL: <https://www.rbc.ru/politics/14/08/2020/5f354894a79476d997c15b2> (дата обращения: 29.08.2020). См. также: Полякова В., Порываева Л., Костина Е. и др. Забастовки на крупнейших предприятиях Белоруссии // РБК. 2020. 26 авг. URL: <https://www.rbc.ru/politics/26/08/2020/5f3a229a9a794720e12059af> (дата обращения: 29.08.2020).

⁶³ Минздрав Белоруссии подтвердил гибель участника акций протеста в Бресте // Интерфакс. 2020. 19 авг. URL: <https://www.interfax.ru/world/722381> (дата обращения: 29.08.2020).

⁶⁴ Лукашенко заявил об активизации работы над новой редакцией Конституции // Интерфакс. 2020. 19 авг. URL: <https://www.interfax.ru/world/722367> (дата обращения: 29.08.2020).

⁶⁵ Министр обороны Белоруссии предупредил, что действия силовиков могут использовать как предлог для смены политического курса // Интерфакс. 2020. 22 авг. URL: <https://www.interfax.ru/world/722870> (дата обращения: 29.08.2020).

⁶⁶ Лукашенко приказал без предупреждения реагировать на нарушения границы // РИА Новости. 2020. 22 авг. URL: <https://ria.ru/20200822/granitsa-1576181796.html> (дата обращения: 29.08.2020).

⁶⁷ Юшков М. Лукашенко договорился с Путиным о помощи «по обеспечению безопасности» // РБК. 2020. 15 авг. URL: <https://www.rbc.ru/politics/15/08/2020/5f3814169a7947fd202ef77a> (дата обращения: 29.08.2020).

⁶⁸ Токарев А. От Праги-68 к Минску-20 // Коммерсант. 2020. 17 авг. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4457926> (дата обращения: 29.08.2020).

⁶⁹ Путин и Меркель обсудили ситуацию в Белоруссии // Коммерсант. 2020. 18 авг. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4458587> (дата обращения: 29.08.2020).

⁷⁰ Тихановская призвала страны Европы не признавать итоги выборов в Белоруссии // Коммерсант. 2020. 19 авг. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4459032> (дата обращения: 29.08.2020).

⁷¹ Задержанных под Минском назвали «вагнеровцами» // Интерфакс. 2020. 29 авг. URL: <https://www.interfax.ru/world/719453> (дата обращения: 29.08.2020).

Кто-то из них, по слухам, воевал в Донбассе на стороне повстанцев⁷², задержание якобы спровоцировали спецслужбы Украины⁷³ (что последняя опровергает⁷⁴), которая открыто потребовала экстрадиции граждан России на свою территорию⁷⁵. Понадобилось несколько раундов обсуждений между президентами Белоруссии и России⁷⁶, чтобы задержанных россиян отпустили и позволили им вернуться на родину⁷⁷. Возвращение состоялось 14 августа — в самый разгар политического конфликта в Белоруссии.

Упоминание ЧВК Вагнера впервые появилось в СМИ в июле 2018 г. в связи с убийством в Центрально-Африканской Республике трех российских граждан, снимавших фильм об этой организации⁷⁸. Вопрос о статусе ЧВК так и остался предметом журналистских расследований⁷⁹, хотя информации появляется немало, в том числе в связи с Ливией⁸⁰.

Наиболее внятно ответил на вопросы о ЧВК пресс-секретарь Президента России Дмитрий Песков: «А что такое ЧВК „Вагнера“? В России де-юре такого понятия, как ЧВК, нет», уточнив, что «есть частные охранные предприятия, частные охранные фирмы, а такого понятия, как ЧВК, в российском законодательстве нет». На вопрос, действует ли ЧВК в России де-факто, Песков сказал: «Я не располагаю какими-либо дан-

ными о каких-то военных компаниях. Мне об этом не известно»⁸¹.

В общем, все ясно: раз ЧВК нет в законодательстве, то ее попросту не существует. Что-то подобное уже встречалось. Например, в деле о биткойне⁸², который суд из-за отсутствия указания в законе никак не хотел признать имуществом и включить в конкурсную массу банкротящегося гражданина. Потом включил, хотя продажа биткойна не состоялась. Или в ситуации с коронавирусом, масштаб распространения которого проявился только при налаживании диагностики.

Теперь о самом коронавирусе. Локдаун во всем мире стал идеальным средством для уничтожения экономики. Даже в благополучной Германии во втором квартале 2020 г. зафиксирован исторический рекорд падения ВВП на беспрецедентные 10,1%, восстановление потребует двух лет⁸³. Коронавирус не пострадал: в середине августа заболеваемость в Москве сохранялась на уровне начала локдауна (около 700 случаев в сутки), а в России, несмотря на тенденцию к снижению, в сутки фиксировалось около 5 тыс. заболевших, что существенно превышало стартовые показатели⁸⁴. В Европе тоже отмечался тревожный рост заболеваемости.

Первая российская вакцина, разработанная Центром им. Гамалеи Минздрава России и испытанная на 38 добровольцах, была зарегистрирована 11 августа чуть ли не под фанфары⁸⁵. Правда, тут же появились

⁷² Прилепин нашел знакомых в списке задержанных в Белоруссии «вагнеровцев» // Интерфакс. 2020. 29 июля. URL: <https://www.interfax.ru/russia/719483> (дата обращения: 29.08.2020).

⁷³ У РФ появились доказательства причастности Киева к истории с «вагнеровцами» // Интерфакс. 2020. 19 авг. URL: <https://www.interfax.ru/russia/722404> (дата обращения: 29.08.2020).

⁷⁴ Киев отверг версию об «украинском следе» в истории с «вагнеровцами» // Интерфакс. 2020. 19 авг. URL: <https://www.interfax.ru/world/722342> (дата обращения: 29.08.2020).

⁷⁵ Киев официально запросил Минск о выдаче 28 «вагнеровцев» // Интерфакс. 2020. 12 авг. URL: <https://www.interfax.ru/world/721466> (дата обращения: 29.08.2020).

⁷⁶ Лукашенко заявил, что договорился с Путиным по задержанным россиянам // Интерфакс. 2020. 9 авг. URL: <https://www.interfax.ru/world/720951> (дата обращения: 29.08.2020).

⁷⁷ Минск передал Москве 32 задержанных россиянина // Коммерсант. 2020. 14 авг. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4457081> (дата обращения: 29.08.2020).

⁷⁸ Кузнецов А. В Африке убили трех россиян, снимавших фильм о «ЧВК Вагнера» // Коммерсант. 2018. 31 июля. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3701599> (дата обращения: 29.08.2020).

⁷⁹ Что известно о «ЧВК Вагнера» // Коммерсант. 2018. 31 июля. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3701697> (дата обращения: 29.08.2020).

⁸⁰ Отчет ООН: «ЧВК Вагнера» разместила в Ливии около 1 тыс. бойцов // Коммерсант. 2020. 7 мая. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4337524> (дата обращения: 29.08.2020).

⁸¹ Песков заявил об отсутствии в России де-юре понятия ЧВК // Интерфакс. 2020. 30 июля. URL: <https://www.interfax.ru/russia/719585> (дата обращения: 29.08.2020).

⁸² Известное дело о банкротстве Ильи Царькова, завершившееся два года назад. См.: В Москве суд завершил банкротство, в котором биткойны признали имуществом // РИА Новости. 2018. 8 авг. URL: <https://ria.ru/20180808/1526151217.html> (дата обращения: 29.08.2020).

⁸³ Коваль И. ВВП Германии сократился на беспрецедентные 10,1% // DW. 2020. 30 июля. URL: <https://p.dw.com/p/3g9uv> (дата обращения: 29.08.2020).

⁸⁴ Как известно, на дату первого телеобращения Президента Владимира Путина 25 марта в России официально насчитывалось 658 заболевших, из них в Москве — 410. В первый выходной, 28 марта, в Москве было выявлено около 800 случаев, в целом по России — чуть больше тысячи.

⁸⁵ Минздрав России зарегистрировал первую в мире вакцину от COVID-19 // Гарант. 2020. 12 авг. URL: <https://>



разъяснения директора Центра Александра Гинцбурга: «Прививку от коронавируса нельзя делать людям с серьезными хроническими заболеваниями и аллергиям»⁸⁶. Это — значительная часть населения России. 20 августа было объявлено о подготовке «пострегистрационных исследований вакцины» на широком круге добровольцев⁸⁷.

Более обнадеживающее заявление сделал столичный мэр Сергей Собянин еще в середине июля: популяционный иммунитет в Москве оценивается в 60%⁸⁸. Эти данные, как ни странно, правдоподобны: иначе как объяснить, что на курортах Краснодарского края, где москвичи и не только они устроили столпотворение, взрывного роста заболеваемости коронавирусом не случилось? И в самой Москве уровень заболеваемости остался стабильным, заодно работая на повышение коллективного иммунитета.

Тем не менее в столице усилились масочные репрессии — как для магазинов и других заведений (штрафы в сотни тысяч рублей), так и для граждан, которых за отсутствие масок на носу стали показательно штрафовать на 4–5 тыс. руб. По данным на 31 июля, всего за несколько дней рейда в Москве оштрафовали более шести тысяч магазинов на 300 млн руб. и свыше 50 тыс. пассажиров общественного транспорта⁸⁹. Видимо, квартальный бюджет закрывали — не биткойнами же его наполнять.

В России, наконец, принят Закон о цифровой валюте⁹⁰, с 1 января 2021 г. он вступит в силу. Цифровые валю-

ты «пристегнули» к цифровым финансовым активам на этапе второго чтения законопроекта, при этом многие вопросы остались за пределами регулирования⁹¹.

Криптовалютой названы токены, по которым отсутствует обязанная сторона. Закон признает криптовалюту имуществом для целей антиотмывочного, антикоррупционного, банкротного законодательства, исполнительного производства. Запрещается иметь криптовалюту госслужащим, а юрлицам и физлицам-резидентам запрещается использовать ее как средство платежа и размещать соответствующую информацию. Судебная защита прав на криптовалюту возможна лишь в случае, если она декларировалась и с нее платились налоги (вероятно, даже в случае хранения без извлечения дохода). Это отчасти напоминает правила о сделках-пари (ст. 1062 Гражданского кодекса РФ): права требования существовать могут, но их судебная защита невозможна либо ограничена.

Сделки с токенами уже практикуются. В России впервые официально выдана банковская ссуда под залог токенов⁹². Кредит выдал Экспобанк индивидуальному предпринимателю Михаилу Успенскому, под залог приняты блокчейн-токены *Waves*. Их условное депонирование (договор эскроу) совершено у нотариуса.

Контролем над сделками с криптовалютой уже озабочился недремлющий Росфинмониторинг — работа над системой «Прозрачный блокчейн» идет ускоренными темпами. Ведомство предложило включить эту систему в федеральный проект «Искусственный интеллект», не забыв попросить на развитие в 2021–2023 гг. 760 млн руб.⁹³

www.garant.ru/hotlaw/federal/1405981/ (дата обращения: 29.08.2020).

⁸⁶ Противопоказаниями для прививки от COVID назвали хронические болезни и аллергии // Интерфакс. 2020. 11 авг. URL: <https://www.interfax.ru/russia/721323> (дата обращения: 29.08.2020).

⁸⁷ Источник назвал сроки запуска нового этапа испытаний вакцины от коронавируса // Интерфакс. 2020. 20 авг. URL: <https://www.interfax.ru/russia/722522> (дата обращения: 29.08.2020).

⁸⁸ Собянин: у 60% москвичей создан коллективный иммунитет к коронавирусу // РИА Новости. 2020. 17 июля. URL: <https://ria.ru/20200717/1574492027.html> (дата обращения: 29.08.2020).

⁸⁹ В Москве шесть тысяч магазинов оштрафовали за нарушение масочного режима // РИА Новости. 2020. 31 июля. URL: <https://ria.ru/20200731/1575205271.html> (дата обращения: 29.08.2020).

⁹⁰ Федеральный закон от 31.07.2020 № 259-ФЗ «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

Попадание 20 августа в реанимацию Алексея Навального, который то ли заболел, то ли был отрав-

⁹¹ *Смородская П.* Дух и цифра закона // Коммерсант. 2020. 22 июля. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4425443> (дата обращения: 29.08.2020).

⁹² *Смородская П.* Вот токены залога // Коммерсант. 2020. 19 авг. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4458824> (дата обращения: 29.08.2020).

⁹³ Росфинмониторинг предложил систему отслеживания сделок с биткойнами // Право.ру. 2020. 11 авг. URL: <https://pravo.ru/news/224654/> (дата обращения: 29.08.2020).

лен⁹⁴, спровоцировало многочисленные разговоры о «роли Кремля». На спасение общественного деятеля были брошены беспрецедентные средства: в Омск из Германии прилетел специально оборудованный борт для доставки пациента в берлинскую клинику. Перевозку организовал фонд *Cinema for Peace*, оплатил фонд Зиминых⁹⁵.

Инцидент не обошелся без беспрецедентного правового вопроса: может ли Страсбургский суд принимать обеспечительные меры в отношении соблюдения прав человека и как эти меры должны исполняться? В ситуации, когда омские врачи не разрешали транспортировку Алексея Навального, ссылаясь на медицинские показания, его представители обратились в ЕСПЧ. Суд удовлетворил ходатайство и обязал Правительство РФ до полудня 22 августа выполнить обеспечительные судебные меры, касавшиеся запроса о транспортировке Навального для лечения из России в Германию. Пресс-служба Суда сообщила об этом в ночь на 22 августа⁹⁶. Между тем вечером 21 августа омские врачи разрешили транспортировку Навального⁹⁷, и ранним утром 22 августа самолет вылетел из Омска в Германию⁹⁸. Несколько часов спустя пациента в стабильном состоянии доставили в клинику «Шарите»⁹⁹. Было это исполнением предписания Страсбургского суда, актом

политической воли или следованием медицинским показаниям? И обратный вопрос: что делать в ситуации, когда предписание суда (даже не обязательно Страсбургского) о транспортировке есть, но состояние пациента не позволяет его выполнить, и кто в случае неудачной транспортировки будет отвечать за возможное причинение вреда здоровью? Это тоже может быть про деньги.

Развитие событий вокруг Алексея Навального чревато новыми проблемами для российской экономики. После заявления немецких медиков о том, что оппозиционер был отравлен¹⁰⁰, американские политики поспешили погрозить новыми санкциями¹⁰¹, а рубль в очередной раз заметно упал¹⁰². После этого озабоченность расследованием ситуации с Навальным выразил лично Президент Путин¹⁰³. ■

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Olga P. Pleshanova

Head of Analytical Department at Infralex Law Firm, LLM (123112, Russia, Moscow, Presnanskaya nab., 8, b. 1, "Capital City" Tower; e-mail: Olga.pleshanova@infralex.ru).

⁹⁴ Гордеев В., Губернаторов Е., Порываева Л. Алексей Навальный впал в кому // РБК. 2020. 20 авг. URL: <https://www.rbc.ru/politics/20/08/2020/5f3e17c09a7947390b0d9a85> (дата обращения: 29.08.2020).

⁹⁵ Перевозку Навального в Германию оплатил фонд Зиминых // Коммерсант. 2020. 22 авг. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4465688> (дата обращения: 29.08.2020).

⁹⁶ Венкина Е. ЕСПЧ удовлетворил ходатайство по запросу о перевозке Навального в ФРГ // DW. 2020. 22 авг. URL: <https://p.dw.com/p/3hKse> (дата обращения: 29.08.2020).

⁹⁷ Тадтаев Г., Калюков Е., Галимова Н. Врачи разрешили транспортировку Навального в Германию // РБК. 2020. 21 авг. URL: <https://www.rbc.ru/society/21/08/2020/5f3feb139a79470f04274f2c> (дата обращения: 29.08.2020).

⁹⁸ Самолет с Навальным вылетел в Германию из Омска // РИА Новости. 2020. 22 авг. URL: <https://ria.ru/20200822/navalnuu-1576119597.html> (дата обращения: 29.08.2020).

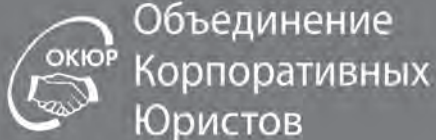
⁹⁹ Навального доставили в клинику в Берлине // РИА Новости. 2020. 22 авг. URL: <https://ria.ru/20200822/klinika-1576124668.html> (дата обращения: 29.08.2020).

¹⁰⁰ Немецкие врачи заявили об отравлении Навального // Интерфакс. 2020. 24 авг. URL: <https://www.interfax.ru/russia/723053>. О реакции российских медиков см.: Омские врачи попросили Charite объяснить вывод об отравлении Навального // Интерфакс. 2020. 26 авг. URL: <https://www.interfax.ru/russia/723335> (дата обращения: 29.08.2020).

¹⁰¹ О возможной реакции США заявил первый заместитель Госсекретаря США С. Биган в ходе прошедших в Москве российско-американских консультаций. См.: Комментарий Департамента информации и печати МИД России // МИД России. 2020. 25 авг. URL: https://www.mid.ru/foreign_policy/news/-/asset_publisher/cKNonkJE02Bw/content/id/4299310 (дата обращения: 29.08.2020).

¹⁰² Курс евро превысил 89,6 руб. впервые с апреля 2016 года // Интерфакс. 2020. 26 авг. URL: <https://www.interfax.ru/business/723342> (дата обращения: 29.08.2020).

¹⁰³ Путин выразил заинтересованность в расследовании произошедшего с Навальным // Коммерсант. 2020. 26 авг. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4467803> (дата обращения: 29.08.2020).



БИТВА ТИТАНОВ, ИЛИ МЫ ВСЕ В ОДНОЙ ЛОДКЕ

3 июля 2020 г. поединок ОКЮР «Битва титанов» собрал на арене консультантов и юристов внутренних юрподразделений компаний. В роли рефери дружеского состязания выступила **Александра Нестеренко**, президент ОКЮР.

Героями первой битвы стали **Сергей Войтишкин**, управляющий партнер, *Baker McKenzie* в СНГ, и **Юлия Попельшева**, директор юридического департамента, «Яндекс». Им досталась тема о недостатках в работе внешних консультантов и их клиентов в период коронакризиса.

Юлия обратила внимание на то, что консультанты в начале знакомства сулят клиентам превосходный результат, однако в итоге не всегда достигают его по самым разным причинам. Одна из них — случайный подбор команды консультанта, который не обусловлен ни экспертизой отдельных юристов, ни сроками проекта. Клиент такие недостатки в формировании команды обязательно заметит — и как минимум разочаруется, а то и вовсе не захочет работать с таким консультантом впредь. По словам Юлии, по завершении проекта мало кто из консультантов предлагает честно обсудить с клиентом результаты работы, проанализировать, были ли недостатки в работе и как их можно было преодолеть, т.е. проделать работу над ошибками.

Сергей отметил значимость информации, которой обмениваются заказчики с консультантами. «Мы живем в мире хаоса и непредсказуемости, — сказал он, — и подлинно партнерские отношения предполагают взаимную информированность».

Лейтмотивом его выступления стала мысль о том, что цена услуг не должна быть определяющим фактором при выборе консультанта: «Подход к закупкам слож-



Сергей Войтишкин,
управляющий партнер,
Baker McKenzie в СНГ



Юлия Попельшева,
директор юридического
департамента, «Яндекс»



ных интеллектуальных услуг не должен строиться по модели закупки расходных материалов для офиса». Нередко консультант предлагает заниженную цену, чтобы научиться, попрактиковаться на проекте клиента. Те же, кто имеет нужный клиенту опыт, но готов предложить свои услуги по более высокой цене, терпят фиаско еще при отборе. В результате клиент задешево получает негодный опыт.

Что же касается отбора команды, то изначально заниженная цена услуги диктует свои правила: на первую встречу приходит партнер, потом младший юрист. Естественно, у клиента возникает недовольство понижением уровня представительства.

Руслан Ибрагимов, член правления, вице-президент по взаимодействию с органами государственной власти и связям с общественностью, «МТС», высказал два тезиса:

1) на этапе переговоров важно, чтобы обе стороны были открытыми настолько, насколько это позволяет ситуация, и максимально подробно вникали в планы друг друга, не пытаясь обходить неудобные моменты;

2) при подготовке к переговорам необходимо учитывать бизнес-модель в отношениях инхаус-юристов и их внутренних заказчиков в компании, поскольку, скорее всего, юристы постараются применить ее и к своим консультантам.

Вторая битва раскрыла, какие новые практики потребовал коронакризис.

На арену вышли **Александр Никифоров**, заместитель управляющего директора по управлению персоналом и правовым вопросам, *Gazprom EP International*, **Евгений Тимофеев**, партнер, *Bryan Cave Leighton Paisner Russia* (ранее в России — *Goltsblat BLP*), и **Оксана Ковалёва**, заместитель начальника департамента правового сопровождения операционной деятельности блока правовых и корпоративных вопросов, «Газпром нефть».



Александр Никифоров,
заместитель управляющего директора
по управлению персоналом и правовым
вопросам, *Gazprom EP International*



Евгений Тимофеев,
партнер,
Bryan Cave Leighton Paisner Russia
(ранее в России — *Goltsblat BLP*)



Оксана Ковалёва,
заместитель начальника департамента
правового сопровождения операционной
деятельности блока правовых и
корпоративных вопросов, «Газпром нефть»



Александр указал, что им не хватает «международности» российских юридических фирм, так как компания ведет деятельность в 17 странах, однако не все представленные в России консультанты могут оказывать услуги на этих рынках. Также, по его мнению, не очень хорошо представлены услуги по уголовным делам белых воротничков в налоговой сфере, комплаенсе, трудовой сфере. Кризис резко перевел нас в онлайн, отключив от привычных форм коммуникаций, которые очень важны в переговорах, медиациях, судебных прениях. Сегодня, чтобы твои доводы были услышаны, мало профессионально владеть предметом, нужно еще обладать способностью «пробить монитор».

Евгений согласился с тем, что принцип одного окна при оказании услуг удобен, однако отметил, что лишь самые крупные юридические фирмы могут себе позволить иметь отделения в разных странах. Остальные пользуются сетью надежных партнеров по всему миру.

Оксана подчеркнула, что адвокаты по уголовным делам должны не только знать процессуальную сторону, но и хорошо понимать материалы дела. Также она добавила, что своих экспертов еще ждут экологические преступления и результаты недавнего всплеска регионального законотворчества.

Евгений согласился с тем, что ценовой критерий не следует считать ключевым при выборе консультантов. «Юристов не нужно оценивать, как консервы», — с юмором заметил он.

Третью битву, больше похожую на дружеский разговор о коммуникациях между консультантами и клиентами, блестяще провели **Алина Кузнецова**, руководитель юридического департамента, «ВТБ Капитал», и **Андрей Донцов**, партнер, *White&Case*.

По мнению Андрея, в любой коммуникации должна быть эмоциональная составляющая. Алина согласилась с ним: «Мы выбираем не по деньгам, у нас обширный пул консультантов, и мы учитываем множество факторов». Андрей назвал подход, при котором отбором консультантов занимаются закупщики, а не юристы, ошибочным.

Алина сказала, что каждый эпизод коммуникации — это новый кирпичик в здании репутации как консультанта, так и юриста компании. «Мы должны друг к другу притереться, — сказала Алина. — Если что-то не нравится, нельзя откладывать неприятный разговор, так как это ведет к умножению проблемы». Андрей отреагировал на ее слова, перефразировав Льва Толстого: «Все счастливые консультанты похожи друг на друга, каждый несчастливый консультант несчастлив по-своему». И резюмировал: «Плохого и бездушного профессионала не спасет актерское мастерство».



Алина Кузнецова,
директор юридического
департамента, «ВТБ Капитал»



Андрей Донцов,
партнер,
White&Case



Полина Лебедева,
директор юридического
департамента, Росбанк



Дмитрий Базаров,
управляющий партнер,
BGP Litigation



Александра Нестеренко,
президент ОКЮР

Четвертую битву с триумфом провели **Полина Лебедева**, директор юридического департамента, Росбанк, и **Дмитрий Базаров**, управляющий партнер, *BGP Litigation*. Они обсудили, как в условиях сокращения бюджетов на внешних консультантов и снижения расходов обеспечить оптимальное качество услуг для клиента в юридических фирмах. Высказались против демпинга и закупки услуг по минимальной цене.

Дмитрий отметил, что кризис заставил искать новые пути повышения эффективности: например, *BGP Litigation* не планирует возвращать 10% сотрудников в офис. Полина развила эту мысль, сказав, что лишь 30% юристов Росбанка работают в Москве, остальные находятся в Красноярске и Нижнем Новгороде и отлично справляются с задачами.

Дмитрий констатировал, что компании не только уменьшают бюджет на консультантов, но и усложняют процедуру согласования бюджета. В связи с этим важно действовать более проактивно и со своей стороны помочь инхаус-юристам обосновать необходимость привлечения внешних консультантов. В условиях сокращения бюджетов на консультантов клиенты будут внимательнее смотреть на специализацию и профильный опыт команды, поскольку на узкопрофильных проектах специализированные фирмы более эффективны.

«Мы все в одной лодке, — заметила Полина. — Задача сокращения расходов стоит не только перед инхаус-юристами, но и перед консультантами. Ковид заставил нас думать, как работать, не снижая качества и экономя на расходах». Ответ на этот вопрос Полина видит в создании небольшой суперпрофессиональной команды, обладающей компетенциями принимать решения по проектам. Она отметила, что «победят те юридические фирмы, которые станут пионерами автоматизации и диджитализации».

Участники поединка договорились продолжить диалог, ведь нам нельзя друг без друга...

Подробнее см. на сайте: okyr.rf.



«Силовые машины» и *Dentons* завершили проект по реформированию системы управления интеллектуальной собственностью

Компания «Силовые машины» укрепила свои лидирующие позиции на мировом рынке энергомашиностроения, завершив глобальную реформу системы управления интеллектуальной собственностью. Грандиозный проект, в работе над которым принимали участие различные подразделения компании, сопровождала команда международной юридической фирмы *Dentons*, в которую входили **Виктор Наумов**, партнер и руководитель российской практики в области ИС, ИТ и телекоммуникаций, **Анастасия Загородная**, советник и руководитель департамента по управлению ИС в Санкт-Петербурге, юристы **Светлана Лялькова**, **Ксения Смирнова** и помощник юриста **Илона Черных**. В ходе реформы, проведенной в 2019–2020 гг., был выполнен комплекс мероприятий, нацеленный на совершенствование существующих и внедрение новых сквозных бизнес-процессов управления технологиями и объектами интеллектуальной собственности, изменение патентной стратегии, а также защиту конструкторской и технологической документации. В настоящее время все процедуры — от создания и приобретения до использования и защиты прав — систематизированы благодаря использованию единого автоматизированного Реестра объектов ИС, учитывающего особенности жизненного цикла продукции энергомашиностроения. По итогам реформы также запущена программа обучения сотрудников различных подразделений компании.

Руководитель проекта **Ольга Фадеева**, заместитель генерального директора, директор по правовым вопросам и персоналу «Силовых машин», подчеркнула: «В „Силовых машинах“ сложился огромный пласт разработок, методик и технологий, которые составляют интеллектуальный капитал компании. Благодаря удобной, понятной и единой для всех подразделений системе управления ИС и технологиями компании будет существенно проще как представлять свои разработки текущим и потенциальным заказчикам, так и защищать свои права».

«В сотрудничестве с клиентом нам удалось выстроить комплексную защиту уникального опыта „Силовых машин“, — отметил **Виктор Наумов**. — Новая система управления интеллектуальной собственностью должна стать драйвером эффективной коммерциализации передовых решений, создаваемых компанией».

Компания «Силовые машины» заняла первое место в номинации «Эффективное управление интеллектуальной собственностью», представив этот проект на конкурс «Лучшие юридические департаменты России — 2020».

Dentons — крупнейшая в мире юридическая фирма*, предоставляющая полный спектр юридических услуг. *Dentons* входит в число лидеров рейтинга ведущих юридических брендов мира, составленного *Acritas*, получила награду *BTI Client Service 30 Award*. Фирма получила высокую оценку деловых и юридических изданий за инновации, включая создание *Nextlaw Enterprise*, стопроцентной дочерней компании *Dentons*, состоящей из нескольких профильных подразделений, специализирующихся в области инноваций, консалтинга и технологий. *Dentons* предоставляет юридические услуги российским и иностранным компаниям, банкам и другим финансовым институтам, фондам прямых инвестиций, государственным предприятиям и некоммерческим организациям. Подробнее см.: www.dentons.com.

«Силовые машины» — глобальная энергомашиностроительная компания, входящая в пятерку мировых лидеров отрасли по объему установленного оборудования, обладающая богатейшим опытом и компетенцией в области проектирования, изготовления и комплектной поставки оборудования для тепловых, атомных и гидроэлектростанций. Ключевая компетенция и конкурентное преимущество компании — осуществление комплексных проектов под ключ в сфере электроэнергетики. АО «Силовые машины» входит в состав ООО «Севергрупп». Подробнее см.: www.power-m.ru.

Контакты для СМИ

Dentons

Ольга Караваева, руководитель отдела коммуникаций *Dentons*, Санкт-Петербург.
Тел.: +7 921 869 8230. E-mail: olga.karavaeva@dentons.com.

АО «Силовые машины»

Мария Алеева, управление по связям с общественностью и рекламе.
Тел.: +7 921 942 2295. E-mail: press-office@power-m.ru.

* *The American Lawyer* 2019 — Рейтинг 100 международных юридических фирм по количеству юристов.



**АЛЕКСАНДР
ИВАНОВИЧ
САВЕЛЬЕВ**

доцент факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», юрист-консульт компании *IBM* (Россия/СНГ), заместитель председателя Комиссии по правовому обеспечению цифровой экономики Ассоциации юристов России (московское отделение), член консультативного совета при Роскомнадзоре, кандидат юридических наук, магистр частного права (РШЧП)

(АНТИ)СОЦИАЛЬНЫЙ МОНИТОРИНГ: ПРАВО И (ИЛИ) ЦЕЛЕСООБРАЗНОСТЬ?*

В статье рассматриваются вопросы соответствия требованиям законодательства о персональных данных систем электронных пропусков и приложения «Социальный мониторинг», имплементированных в Москве в качестве мер по борьбе с коронавирусной инфекцией. По результатам анализа общедоступных документов, регламентирующих порядок использования данных систем, и заявлений официальных лиц делается вывод о несоответствии таких систем требованиям законодательства о персональных данных. Также приводится мнение автора о том, как можно было бы обеспечить такое соответствие в будущем, что потребует внесения изменений в федеральное законодательство.

Ключевые слова: социальный мониторинг, электронные пропуска, согласие на обработку персональных данных, алгоритмическое принятие решений

1. Введение

Вряд ли можно переоценить роль, сыгранную коронавирусной инфекцией в формировании государственными органами власти разных уровней огромного массива нормативных актов, в которых правовое начало нередко было вытеснено соображениями сиюминутной целесообразности и эффективности. Как следствие, многие меры по борьбе с коронавирусной инфекцией, закрепляемые

* Высказанные в настоящей статье суждения являются личным мнением автора и могут не совпадать с официальной позицией компании *IBM*, НИУ ВШЭ или какой-либо иной организации.

**ALEXANDER I. SAVELYEV**

Associate Professor of the Faculty of Law at the National Research University “Higher School of Economics”, Legal Attorney of IBM Russia/CIS, Deputy Chairman of the Commission for Regulation of Digital Economy of Association of Lawyers of Russia (Moscow Branch), Member of the Advisory Board of the Russian Data Protection Authority, PhD in Law, LLM (Russian School of Private Law)

(ANTI)SOCIAL MONITORING: LAW AND (OR) EXPEDIENCY?

The paper is focused on analysis of compliance with personal data legislation of electronic permits and mobile application “Social monitoring” implemented in Moscow among the other anti-COVID measures. Based on analysis of publicly available documents governing their application and statements made by government officials, it is concluded that these systems are not compliant with the requirements of personal data legislation. The paper also contains author’s view on how to ensure such compliance in the future, and that it will require amendments in the federal legislation.

Keywords: social monitoring, electronic permits, consent of the data subject, algorithmic governance

в таких актах, носили противоречивый и спорный характер, существенным образом ограничивая конституционные права граждан на свободу передвижения, неприкосновенность частной жизни, ведение предпринимательской деятельности.

Некоторые из таких мер были основаны на применении продвинутых информационных технологий, формируя представление о том, как в принципе такие технологии могут использоваться и в обычной жизни по мере реализации национальной программы «Цифровая экономика Российской

Федерации»¹. Особый общественный резонанс вызвала имплементированная в Москве система электронного мониторинга граждан, представленная в виде системы цифровых пропусков² и сервиса «Социальный мониторинг»³.

¹ Утверждена протоколом заседания президиума Совета при Президенте РФ по стратегическому развитию и национальным проектам от 04.06.2019 № 7.

² Введена указом мэра Москвы от 11.04.2020 № 43-УМ.

³ Необходимость использования такой системы для подтверждения своего местонахождения гражданами с диа-

Система цифровых пропусков, согласно официальным комментариям правительства Москвы, призвана уменьшить количество людей, выходящих на улицу и пользующихся общественным транспортом. Цифровой пропуск представляет собой специальный код, состоящий из шестнадцати цифр и букв. Первые четыре знака обозначают дату окончания срока действия пропуска, а остальные двенадцать позволяют идентифицировать его владельца и цель поездки. Система включает в себя несколько категорий цифровых пропусков. Первая предназначена для поездок, связанных с осуществлением трудовой деятельности. Вторая — для поездок в медицинские учреждения. Третья — разовый пропуск для поездок в других личных целях, соответствующих режиму повышенной готовности (в магазин, на дачу, на вокзал и т.д.). Пропуск этой категории выдается на один день и разрешает поездку до места назначения и обратно. Получить такой пропуск можно не более двух раз в неделю⁴.

Приложение «Социальный мониторинг» имеет иные цели. Оно предназначено для пациентов с коронавирусной инфекцией, тех, кто живет вместе с ними, а также для пациентов с ОРВИ. Приложение позволяет им информировать власти о добросовестном соблюдении карантина. Предполагается, что благодаря «технологиям электронного мониторинга жители столицы могут быть уверенными в том, что пациенты с коронавирусом не нарушают режим изоляции и не подвергают риску заражения других горожан»⁵.

Еще на заре их полномасштабной имплементации Комиссия по правовому обеспечению цифровой экономики московского отделения Ассоциации юристов России подготовила заключение, в котором высказала опасения об избыточности таких мер и их противоречии требованиям федерального законодательства⁶. На сегодняшний день, по итогам

функционирования таких систем в течение нескольких месяцев и с учетом имеющихся официальных документов и правоприменительной практики, уже можно провести более тщательный анализ соответствия систем электронного мониторинга Москвы требованиям федерального законодательства в области персональных данных. Данное законодательство выбрано потому, что в условиях цифровизации всех сфер общественной жизни оно приобретает ключевое значение для каждого гражданина, который представлен в электронной среде не иначе, как в виде совокупности данных. От того, кем, как и в каких целях обрабатываются такие данные, напрямую зависит реализация гражданином своих прав и свобод. Не будет преувеличением следующее утверждение: кто контролирует данные о человеке, тот контролирует и самого человека. При этом в силу сложности информационных процессов и отложенного эффекта действий гражданина по реализации своих прав на персональные данные он обычно даже не осознает возможных последствий своих действий. Это обуславливает наличие специального законодательства, носящего преимущественно императивный характер и направленного на сохранение за гражданином не только права на неприкосновенность частной жизни, но и права на информационное самоопределение и контроль над информационными потоками сведений о себе. Системы электронного мониторинга достаточно сильно компрометируют эти возможности гражданина и имеют потенциал стать некой новой нормой, в связи с чем заслуживают самого пристального внимания.

2. Некоторые методологические замечания

Поскольку вопросы, связанные с системами электронного мониторинга, являются достаточно острыми и касаются мер, вызвавших широкую общественную дискуссию и шквал эмоциональных высказываний как со стороны государственных органов, так и со стороны граждан, необходимо сделать несколько замечаний методологического порядка:

гностированным COVID-19, выбравшими лечение на дому, установлена в указе мэра Москвы от 10.04.2020 № 42-УМ.

⁴ См.: Цифровые пропуска: как будет работать пропускная система в городе. URL: <https://www.mos.ru/mayor/themes/2299/6434050/> (дата обращения: 11.08.2020).

⁵ См.: «Социальный мониторинг»: как пользоваться приложением. URL: <https://www.mos.ru/news/item/74362073/> (дата обращения: 11.08.2020).

⁶ Заключение Комиссии по правовому обеспечению цифровой экономики МО АЮР «В отношении мер автоматизированного мониторинга поведения граждан, принимаемых

регионами РФ в связи с угрозой распространения новой коронавирусной инфекции (COVID-19)». URL: https://alrf.msk.ru/zaklyuchenie_komissii_po_pravovomu_obespecheniyu_cifrovoy_ekonom_7 (дата обращения: 11.08.2020).



— несмотря на то, что системы электронного мониторинга были введены в нескольких субъектах РФ, для рассмотрения в данной статье были выбраны сервисы и приложения Москвы: этот регион является наиболее технически продвинутым, в силу чего смог внедрить данные системы в жизнь. Кроме того, меры и подходы, принятые Москвой в области борьбы с коронавирусной инфекцией, стали моделью для многих других регионов. По этой причине выводы, которые справедливы в отношении московских систем, будут релевантны и для других региональных систем, принявших за основу соответствующие положения;

— раз уж технологии, используемые для мониторинга поведения граждан в рамках борьбы с коронавирусной инфекцией, могут быть реплицированы и для других целей, в том числе целей развития технологий искусственного интеллекта, то достаточно логично рассмотреть эти технологии в контексте московского опыта, поскольку в Москве с 1 июля 2020 г. уже действует соответствующий экспериментальный правовой режим⁷;

— в качестве основы для анализа послужили нормативные правовые акты; положения и политики, регламентирующие использование данных систем и опубликованные на порталах государственных органов Москвы; официальные ответы государственных органов на запросы о применении таких систем; комментарии должностных лиц, касающиеся использования таких систем, данные в СМИ; а также материалы СМИ, касающиеся отдельных эпизодов и случаев их применения. Информация, распространяемая в социальных сетях и телеграм-каналах, не была использована в силу отсутствия возможности оценки ее достоверности;

— качество реализации соответствующих приложений и сервисов также не входит в предмет нашего рассмотрения. Выводы, сделанные в данной статье, зависят

исключительно от юридической составляющей проблематики, в связи с чем сохраняют свою актуальность независимо от того, насколько безошибочным и удобным для гражданина будет соответствующее приложение или сервис;

— некоторое время назад Минюст России, сосредоточенный на исполнении поручения Правительства РФ⁸, пришел к выводу о том, что «меры, введенные на территории Российской Федерации (в том числе указы Мэра Москвы и нормативно-правовые акты Правительства Москвы), приняты в пределах компетенции соответствующих органов власти, безусловно отвечают конституционным целям охраны жизни и здоровья граждан»⁹. К сожалению, данный вывод не сопровождался каким-либо исследованием с конкретным анализом положений, которые могли бы его подкрепить. Да и вряд ли Минюст за то незначительное время, которое было отведено на выполнение поручения, мог детально разобраться в особенностях и хитросплетениях чуждой ему предметной области законодательства о персональных данных. При этом ни Роскомнадзор, ни Минкомсвязи России, которые являются ключевыми ведомствами, занимающимися вопросами, связанными с регулированием защиты персональных данных, не фигурировали в числе соисполнителей поручения. В свете этого вопрос о соответствии введенного в Москве электронного мониторинга граждан требованиям законодательства о персональных данных сохраняет свою актуальность.

Рассмотрим теперь, насколько указанные технологии соответствуют требованиям законодательства о персональных данных, исследовав сначала систему электронных пропусков, затем — социального мониторинга.

⁷ См.: Федеральный закон от 24.04.2020 № 123-ФЗ «О проведении эксперимента по установлению специального регулирования в целях создания необходимых условий для разработки и внедрения технологий искусственного интеллекта в субъекте Российской Федерации — городе федерального значения Москве и внесении изменений в статьи 6 и 10 Федерального закона „О персональных данных“».

⁸ См.: О решениях по итогам заседания президиума Координационного совета при Правительстве по борьбе с распространением новой коронавирусной инфекции. URL: <http://government.ru/news/39812/> (дата обращения: 11.08.2020).

⁹ См.: Минюст России завершил работу по анализу практики применения нормативных правовых актов, принятых в целях борьбы с распространением новой коронавирусной инфекции. URL: <http://minjust.gov.ru/ru/novosti/minyust-rossii-zavershil-rabotu-po-analizu-praktiki-primeneniya-normativnyh-pravovyh-aktov> (дата обращения: 11.08.2020).

3. Система цифровых пропусков

Отправным документом для анализа данной системы на предмет соответствия порядку обработки персональных данных является форма согласия на обработку персональных данных¹⁰.

Согласно данной форме в качестве оператора персональных данных, собираемых в рамках системы мониторинга граждан посредством электронных пропусков, выступают сразу несколько лиц: Департамент предпринимательства и инновационного развития г. Москвы, Департамент информационных технологий г. Москвы, казенное учреждение г. Москвы «Информационный город», Фонд «Московский инновационный кластер». В принципе, множественность лиц на стороне оператора как таковая не противоречит требованиям Закона о персональных данных¹¹, поскольку согласно п. 2 ст. 3 Закона оператором является государственный орган, муниципальный орган, юридическое или физическое лицо, самостоятельно или совместно с другими лицами организующие и (или) осуществляющие обработку персональных данных, а также определяющие цели обработки персональных данных, состав персональных данных, подлежащих обработке, действия (операции), совершаемые с персональными данными. Указание в качестве оператора сразу четырех лиц будет означать обязанность соблюдения каждым из них всех требований, возлагаемых на оператора Законом о персональных данных, в том числе и возможность предъявления гражданами требований, вытекающих из наличия такого статуса (например, предусмотренных ст. 14 и 16 Закона о персональных данных), к каждому из таких лиц.

Форма согласия на обработку персональных данных предусматривает достаточно широкий объем данных, на обработку которых субъект дает свое согласие. К ним относятся: «фамилия, имя, отчество; дата рождения; адрес; профессия; место работы, адрес организации, иная информация о трудовой деятельности; должность в организации; данные документа, удостоверяющего личность, гражданство, образова-

ние; номера телефонов; адрес электронной почты; технические данные, которые автоматически передаются устройством, с помощью которого используются информационные системы и (или) сайт оператора (в том числе технические характеристики устройства (идентификатор устройства), IP-адрес, файлы cookies, информация о браузере и др.)». Нетрудно заметить, что приведенный перечень не является исчерпывающим: формулировки «иная информация о трудовой деятельности», «и др.» применительно к перечню собираемых технических данных явно указывают на возможность сбора и обработки иных персональных данных, кроме прямо поименованных в форме согласия. Это вступает в противоречие с ч. 1 ст. 9 Закона о персональных данных, согласно которой согласие должно быть информированным и сознательным.

В отсутствие точного перечня персональных данных, на обработку которых дается согласие, нельзя говорить о том, что лицо дает действительно информированное согласие на обработку своих данных.

Названный порок формы согласия усиливается положениями документа под названием «Соглашение о пользовании информационной системой обеспечения деятельности инновационного кластера на территории города Москвы»¹², регламентирующего порядок использования информационных систем инновационного кластера. Такие системы администрируются Фондом «Московский инновационный кластер» — одним из операторов персональных данных, обрабатываемых в рамках системы электронных пропусков. Именно на базе указанных информационных систем был реализован сервис проверки действительности электронных пропусков¹³. Согласно п. 3.3 Соглашения пользователь системы конклюдентными действиями в виде ее фактического использования дает согласие на «на обработку любой информации о Пользователе». Если пользователь с этим не согласен, то в силу п. 2.3 он не вправе пользоваться системой, что означает

¹² Текст Соглашения см.: <https://i.moscow/upload/request/consent.pdf> (дата обращения: 11.08.2020).

¹³ Официальный сайт сервиса (<https://i.moscow/covid>) в настоящий момент не функционирует в связи с отменой 9 июня 2020 г. системы электронных пропусков. Но информацию о нем можно найти, см.: Как получить и проверить цифровые пропуска для сотрудников. URL: <https://www.mos.ru/news/item/73591073/> (дата обращения: 11.08.2020).

¹⁰ Форму согласия на обработку персональных данных см.: <https://i.moscow/media/download/11878> (дата обращения: 11.08.2020).

¹¹ Федеральный закон от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных».



невозможность проверки действительности выданных пропусков с целью минимизации рисков получения штрафов за нарушение режима самоизоляции.

Кроме того, в приведенном списке упомянуты данные, которые представляются явно избыточными для целей предоставления пропуска, например сведения о гражданстве или образовании, не говоря уже об «иной информации о трудовой деятельности». Порядок выдачи пропусков не предусматривает какой-либо дифференциации лиц по обладанию определенными видами образования. В числе данных, вносимых в заявление на выдачу пропуска, указывается тип документа, удостоверяющего личность (паспорт гражданина РФ или паспорт гражданина иностранного государства), но каких-либо особенностей по его получению для граждан определенных государств не предусмотрено, в связи с чем непонятно, зачем требуется обработка данных о гражданстве¹⁴. Сбор подобных данных вступает в противоречие с принципом минимизации обрабатываемых данных, установленным в ч. 5 ст. 5 Закона о персональных данных и предусматривающим, что «содержание и объем обрабатываемых персональных данных должны соответствовать заявленным целям обработки. Обрабатываемые персональные данные не должны быть избыточными по отношению к заявленным целям их обработки».

Форма согласия содержит положения, согласно которым оператор вправе «в соответствии с частью 3 статьи 6 [Закона о персональных данных] поручить обработку моих персональных данных другому лицу на основании заключаемого с этим лицом договора». Сведений о личности такого «другого» лица или какие-либо критерии его выбора в форме не указано. Фактически это означает, что собранные персональные данные могут обрабатываться любым лицом, которое выберет один из четырех операторов по своему усмотрению. При этом гражданин не информируется о факте передачи данных на обработку третьему лицу. Тем самым форма согласия предполагает дачу бланкетного согласия на возможность обработки данных любым лицом, которое будет определено без согласования с гражданином. Такого рода условия не соответствуют критериям, установленным в ст. 9

Закона о персональных данных. Судебная практика также признает их противоречащими требованиям закона. Существует немало судебных актов, где подобная ситуация рассматривается как нарушение закона: «...из текста, подписанного с потребителем заявления, невозможно установить наименование или фамилию, имя, отчество и адрес компаний, осуществляющих обработку персональных данных по поручению оператора. Таким образом, не поименованные лица, фактически становясь операторами либо лицами, получившими доступ к персональным данным потребителя, не становятся обязанными сохранять конфиденциальность таких данных»¹⁵.

Наконец, из формы согласия нельзя определить сроки обработки предоставляемых данных. Но поскольку в ней указано, что согласие предоставляется сроком на 10 лет, то, по всей видимости, данные могут храниться как минимум в течение этого срока. Вряд ли разработчики формы ожидали, что режим повышенной готовности будет действовать в течение 10 лет, а значит, нам лишь остается предположить, что этот срок призван обслуживать некую иную цель обработки, к которой, вероятно, относится направление «новостных материалов оператора и (или) третьих лиц; получение от оператора и (или) третьих лиц по сетям электросвязи информации (материалов информационного и (или) рекламного характера)». Учитывая, что перечень таких третьих лиц, которые могут направлять рассылки подобного характера, никак не конкретизирован, а оператор(-ы), как отмечалось выше, имеет возможность поручить обработку таких данных любому третьему лицу, получается, что гражданин, воспользовавшийся сервисом получения электронного пропуска и проверивший его действительность с использованием сервисов г. Москвы, подписывается на рекламные рассылки от непоименованных третьих лиц сроком на 10 лет. К сожалению, буквальный смысл соответствующих положений формы согласия не может быть перечеркнут заявлениями руководителя столичного Департамента предпринимательства и инновационного развития

¹⁴ См.: Как получить цифровой пропуск: ответы на главные вопросы. URL: <https://www.mos.ru/news/item/72877073/> (дата обращения: 11.08.2020).

¹⁵ Постановление Девятого ААС от 06.05.2020 по делу № А40-332928/2019. См. также: постановления Девятого ААС от 27.03.2020 № 09АП-5837/2020 по делу № А40-285139/2019, от 11.02.2020 № 09АП-82576/2019 по делу № А40-275719/2019, от 27.11.2019 № 09АП-58196/2019 по делу № А40-185800/2019, от 15.01.2018 № 09АП-59736/2017 по делу № А40-141391/17.

Алексея Фурсина в том, что форма является типовой, обработка данных осуществляется в строгом соответствии с Законом о персональных данных, а направляемые информационные материалы представляют собой «справочные материалы по борьбе и профилактике распространения вируса, что также подпадает под федеральный закон о рекламе и ее распространении»¹⁶. Вывод о подпадании подобных рассылок под действие законодательства о рекламе вызывает сомнения, поскольку согласно п. 3 и 4 ч. 1 ст. 2 Закона о рекламе¹⁷ он не распространяется на справочно-аналитические и информационные материалы, а также на сообщения органов государственной власти, если они не носят рекламного характера. Официальные заявления московских властей также не проливают свет на возможные сроки хранения данных, собранных при оформлении цифровых пропусков. В пресс-службе столичного Департамента информационных технологий указали, что они «не удалены, их планируется уничтожить после завершения судебных процедур»¹⁸.

В любом случае непредоставление гражданину информации о сроке обработки и хранения его данных является дополнительным аргументом об отсутствии у предоставляемого согласия информированного и сознательного характера.

Это вытекает и из правоприменительной практики, согласно которой отсутствие таких сведений в форме согласия, «подписываемой» посредством проставления галочки, является нарушением. Так, суд указал, что «при проставлении знака V о согласии на обработку персональных данных, субъекту персональных данных не предоставляется информация относительно оператора, обрабатывающего персональные данные субъектов персональных данных, *сроков хранения персональных данных* (курсив мой. — А.С.), перечня обрабатываемых персональных данных, а также целей обработки персональных данных, что

является нарушением ч. 1 ст. 9 [Закона о персональных данных]»¹⁹.

Таким образом, порядок предоставления согласия субъекта на обработку персональных данных для целей получения им цифрового пропуска вступает в противоречие с рядом требований Закона о персональных данных: собираемые данные носят избыточный характер по отношению к целям обработки; полный перечень обрабатываемых данных и лиц, привлеченных для их обработки, а также сроки обработки субъекту не раскрываются, что не позволяет говорить об информированном и сознательном характере предоставляемого согласия.

Этих нарушений достаточно для того, чтобы констатировать факт отсутствия юридически значимого согласия на обработку персональных данных с точки зрения действующего законодательства.

Следует отметить, что согласие субъекта является не единственным основанием для обработки персональных данных. Такая обработка может осуществляться без его согласия в случаях, установленных законом, — в частности, на основании п. 4 ч. 1 ст. 6 Закона о персональных данных, когда она «необходима для исполнения полномочий федеральных органов исполнительной власти, органов государственных внебюджетных фондов, исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления и функций организаций, участвующих в предоставлении соответственно государственных и муниципальных услуг». Получение цифрового пропуска позиционируется именно как государственная услуга (сервис) г. Москвы. На официальном портале *mos.ru* она находится в соответствующем разделе²⁰.

Практике Верховного Суда РФ уже известны случаи, когда отказ государственных органов г. Москвы от предоставления государственной услуги вследствие

¹⁶ См.: Власти Москвы опровергли информацию о передаче данных из системы пропусков третьим лицам // ТАСС. 2020. 25 мая. URL: <https://tass.ru/moskva/8553717> (дата обращения: 11.08.2020).

¹⁷ Федеральный закон от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

¹⁸ См.: Власти Москвы еще не удалили персональные данные, полученные для цифровых пропусков // ТАСС. 2020. 30 июня. URL: <https://tass.ru/obschestvo/8854111> (дата обращения: 11.08.2020).

¹⁹ Апелляционное определение Московского городского суда от 26.02.2019 по делу № 33-8756/2019.

²⁰ Список сервисов см.: <https://www.mos.ru/services/catalog/popular/> (дата обращения: 11.08.2020).



отказа гражданина от подписания их форм согласия на обработку персональных данных был признан незаконным. Так, Верховный Суд отметил, что «отказ от подписания Андрониковым И.В. в заявлении отдельного согласия на обработку персональных данных в предложенном Административным регламентом объеме, не мог являться основанием для возвращения ему заявления и документов, представленных для получения государственной услуги»²¹. В соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 7 Закона о предоставлении государственных и муниципальных услуг²² «органы, предоставляющие государственные услуги, и органы, предоставляющие муниципальные услуги, не вправе требовать от заявителя представления документов и информации или осуществления действий, представление или осуществление которых не предусмотрено нормативными правовыми актами, регулирующими отношения, возникающие в связи с предоставлением государственных и муниципальных услуг».

В свете этого приведенные выше нарушения требований к согласию не имели бы особой юридической значимости при наличии какого-либо иного законного основания для обработки персональных данных без согласия субъекта. Как отмечалось ранее, такое основание можно было бы усмотреть в положениях п. 4 ч. 1 ст. 6 Закона о персональных данных. Однако рассматриваемая ситуация является куда более сложной, чем кажется на первый взгляд.

Дело в том, что за перемещение в отсутствие электронного пропуска предусмотрена административная ответственность. Согласно ст. 3.18.1 Кодекса об административных правонарушениях (КоАП) г. Москвы²³ невыполнение гражданами требований нормативных правовых актов г. Москвы, направленных на введение и обеспечение режима повышенной готовности на территории города, в том числе необеспече-

ние режима самоизоляции, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере 4 тыс. руб., за повторное нарушение или же за совершение таких действий с использованием транспортного средства — 5 тыс. руб. Уже в апреле жители Москвы стали получать по почте штрафы на сумму 5 тыс. руб. за передвижение на автомобилях, не вписанных в цифровые пропуска²⁴. Соответствующие нарушения фиксируются в автоматическом режиме при помощи технических средств — камер с функциями фото- и видеозаписи. При этом согласно ч. 1.1 ст. 16.6 КоАП г. Москвы дела об административных правонарушениях, предусмотренных вышеуказанной статьей, рассматриваются в упрощенном порядке, установленном ч. 3 ст. 28.6 КоАП РФ, т.е. без составления протокола и без участия лица, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении.

Поскольку данная публикация посвящена анализу соответствия систем электронного мониторинга граждан требованиям законодательства о персональных данных, оставим в стороне подробное рассмотрение вопроса о соответствии данных положений регионального КоАП требованиям федерального КоАП²⁵. В нашем случае основной интерес пред-

²⁴ См.: В Москве водители начали получать штрафы с дорожных камер за поездки без пропусков // *Znak.com*. 2020. 28 апр.

²⁵ На мой взгляд, данный вопрос имеет вполне однозначный ответ: положения КоАП г. Москвы не могут противоречить положениям КоАП РФ. Последним предусмотрены конкретные виды правонарушений, которые могут фиксироваться техническими средствами и по которым производство может осуществляться в упрощенном порядке: правонарушения в области дорожного движения и в области благоустройства территории. Состав ст. 3.18.1 КоАП г. Москвы находится в главе 3 «Административные правонарушения, посягающие на общественный порядок и общественную безопасность» и не относится к указанным в КоАП РФ исключениям. Никакие указы Президента РФ, постановления Государственного санитарного врача РФ и прочие подзаконные акты не способны изменить федеральный закон. Равным образом дополнение Федерального закона от 21.12.1994 № 68-ФЗ «О защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера» положением о праве региональных властей устанавливать «обязательные для исполнения гражданами и организациями правила поведения при введении режима повышенной готовности» (подп. «у» п. 1 ст. 11) не является индальгенцией для несоблюдения ими требований федерального законодательства, а также нормой, устанавливающей примат принятого в рамках режима повышенной готовности регионального законодательства над федеральным. Определенное подтверждение этим очевидным тезисам

²¹ Кассационное определение Судебной коллегии по административным делам ВС РФ от 22.01.2020 № 5-КА19-56.

²² Федеральный закон от 27.07.2010 № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг».

²³ Введена Законом г. Москвы от 01.04.2020 № 6 «О внесении изменений в статьи 2 и 8 Закона города Москвы от 10 декабря 2003 года № 77 „Об общественных пунктах охраны порядка в городе Москве“ и Закон города Москвы от 21 ноября 2007 года № 45 „Кодекс города Москвы об административных правонарушениях“».

ставляют требования ст. 16 Закона о персональных данных, согласно которым «запрещается принятие на основании исключительно автоматизированной обработки персональных данных решений, порождающих юридические последствия в отношении субъекта персональных данных или иным образом затрагивающих его права и законные интересы». В рассматриваемом случае как раз идет речь о подобных ситуациях: 1) имеет место определенное решение, принятое в рамках нормативно-правового акта органа власти субъекта РФ; 2) данное решение имеет юридические последствия в отношении гражданина в виде привлечения его к административной ответственности; 3) данное решение принимается исключительно в автоматическом режиме на основе обработки персональных данных гражданина (данных, предоставленных им при получении электронного пропуска либо установке или функционировании приложения «Социальный мониторинг». Никакого анализа должностным лицом каждого конкретного факта на предмет наличия реальных оснований для привлечения к административной ответственности здесь не производится, должностное лицо просто придает процессуальную форму решению, принятому алгоритмом, тем самым штампуя его.

В Законе о персональных данных предусмотрено лишь два исключения из этого правила: наличие письменного согласия субъекта или наличие федерального закона, устанавливающего также меры по обеспечению соблюдения прав и законных интересов субъекта персональных данных. Очевидно, что законодательство г. Москвы не является федеральным законом, не говоря уж о том, что в соответствующих его «штрафных» положениях не предусмотрено никаких мер «по обеспечению соблюдения прав и законных интересов субъекта персональных данных». Поэтому именно письменное согласие субъекта становится своего рода фундаментом законной обработки персональных данных для целей

выдачи электронных пропусков и последующего привлечения к административной ответственности.

В отсутствие письменного согласия субъекта персональных данных на обработку его персональных данных с возможностью привлечь его к административной ответственности по итогам такой обработки, выявившей факт нарушения правил оформления цифрового пропуска, обработка его данных будет незаконной. Как следствие, полученные в результате такой незаконной обработки персональных данных сведения не должны использоваться в качестве доказательства при рассмотрении дела об административном правонарушении (ч. 3 ст. 26.2 КоАП РФ).

4. Приложение «Социальный мониторинг»

Мобильное приложение «Социальный мониторинг» представляет собой специальное программное обеспечение, установленное на индивидуальном мобильном устройстве (смартфоне или планшетном компьютере) пользователя, подключенном к сети Интернет и сетям сотовой связи, позволяющем установить реальное географическое положение пользователя в определенной геолокации в Москве. Функционирование установленного приложения обеспечивает среди прочего Государственная информационная система «Единый центр хранения и обработки данных» с алгоритмом распознавания лиц.

Как указано в описании приложения, представленном на платформах *Google Play* и *App Store*, при регистрации пользователь подтверждает номер телефона, делает фотографию, геолокация (местонахождение) отправляется автоматически. Это нужно для того, чтобы проверить, находится ли пользователь в той же локации, которую указал в согласии, выбирая лечение на дому. Чтобы у пользователя не было возможности оставить смартфон дома и выйти на улицу без него, приложение в случайное время присылает СМС-уведомления с запросом дополнительного подтверждения — для этого потребуется сделать селфи. Если пользователь покидает исходную геолокацию или не реагирует на уведомление, система предупреждает городские службы о возможном нарушении режима изоляции.

можно найти в Обзоре ВС РФ по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19) от 21.04.2020 № 1, в п. 17 которого Суд явно обозначил, что нарушения введенных регионами правил поведения в рамках режима повышенной готовности должны квалифицироваться по КоАП РФ несмотря на то, что дублирующие положения уже содержались на тот момент в КоАП г. Москвы.



Подробно объем собираемых данных и порядок их обработки раскрыт в Политике конфиденциальности в области обработки и обеспечения безопасности персональных данных, обрабатываемых в мобильном приложении «Социальный мониторинг»²⁶. Алгоритм контроля за соблюдением гражданами режима повышенной готовности посредством данного приложения определен в Порядке применения технологий электронного мониторинга местоположения гражданина в определенной геолокации с использованием мобильного приложения «Социальный мониторинг»²⁷. Рассмотрим эти документы подробнее.

В качестве оператора персональных данных, собираемых и обрабатываемых посредством приложения «Социальный мониторинг», в Политике конфиденциальности указано две организации: Департамент информационных технологий г. Москвы и Государственное казенное учреждение города Москвы «Московское городское агентство по телекоммуникациям», которое обеспечивает эксплуатацию государственной информационной системы «Единый центр хранения и обработки данных», являющейся своего рода серверной частью системы социального мониторинга наряду с мобильным приложением «Социальный мониторинг», который представляет собой пользовательскую часть.

Механизм электронного мониторинга с использованием приложения предполагает получение согласия гражданина на его применение с последующей самостоятельной установкой приложения на личное или предоставленное органами власти г. Москвы мобильное устройство. Форма согласия утверждена приложением № 9 к приказу Департамента здравоохранения г. Москвы от 11.04.2020 № 387.

В соответствии с этой формой гражданин выражает согласие на обработку следующих персональных данных: а) фамилия, имя, отчество (при наличии), пол, дата и место рождения, тип, серия и номер основного документа, удостоверяющего личность, сведения о дате выдачи указанного документа и выдавшем его органе, адрес регистрации по месту жительства (пребывания), страховой номер индивидуального

лицевого счета (СНИЛС), контактные данные (номер абонентского устройства подвижной радиотелефонной связи, адрес электронной почты), иные сведения, установленные нормативными правовыми актами Российской Федерации и города Москвы; б) биометрические персональные данные (цифровое фотографическое изображение лица). Как видно, данный перечень также не является закрытым, поскольку в нем фигурирует расплывчатая формулировка «иные сведения, установленные нормативными правовыми актами Российской Федерации и города Москвы», предполагающая, что гражданин должен сам внимательно изучить все законодательство РФ и г. Москвы и определить, что это за сведения.

Следует отметить, что сама форма согласия интегрирована в общий документ с названием «Добровольное согласие на получение медицинской помощи в амбулаторных условиях (на дому) и соблюдение режима изоляции при лечении новой коронавирусной инфекции (COVID-19)», который состоит из трех частей: первая посвящена собственно согласию на получение медицинской помощи, вторая — изложению составов КоАП и УК РФ, которые могут быть применены к нарушителю режима изоляции, и только в третьей части без какого-либо отграничения от предыдущих разделов мелким шрифтом приводится текст согласия на обработку персональных данных.

Учитывая, что весь пакет документов подписывается в условиях недостатка времени на ознакомление с ними и в условиях стрессовой ситуации, такой подход к подаче информации о порядке сбора и обработки персональных данных не обеспечивает выполнение требований ч. 1 ст. 9 Закона о персональных данных об информированном и сознательном характере такого согласия.

По сути, эта ситуация мало чем отличается от сокрытия важных условий договора посредством использования мелкого шрифта в многостраничных стандартных договорных условиях, которое еще с начала прошлого века признается судами в различных странах недобросовестной практикой²⁸. В России также существует ряд дел, где суды признавали исполнение договорных

²⁶ Текст Политики см.: <https://www.mos.ru/privacypolicy/sostop/> (дата обращения: 11.08.2020).

²⁷ Утвержден распоряжением Департамента информационных технологий г. Москвы от 29.04.2020 № 64-16-186/20.

²⁸ Подробнее см.: *Карапетов А.Г., Савельев А.И.* Свобода договора и ее пределы: в 2 т. Т. 2: Пределы свободы опреде-

условий мелким шрифтом нарушением прав потребителя. Например, в одном деле суд указал, что «мелкий шрифт, которым был выполнен договор, крайне затруднял визуальное восприятие его текста, не обеспечивал удобочитаемость, что не позволило потребителю получить полную информацию о предоставляемой услуге и сделать осознанный выбор»²⁹. В другом деле суд указал, что «мелкий шрифт, включенный в текст условия договора, крайне затрудняет визуальное восприятие текста договора, что не позволяет потребителю получить полную информацию и сделать правильный выбор»³⁰. Безусловно, сам по себе мелкий шрифт не является основанием для лишения документа юридической силы, однако может быть индикатором отсутствия действительного волеизъявления лица, который *в совокупности с другими факторами* может свидетельствовать об отсутствии реального волеизъявления лица. В качестве таких дополнительных факторов, свидетельствующих об отсутствии подлинного добровольного согласия на обработку персональных данных, осуществляемую в рамках системы «Социальный мониторинг», можно указать следующее.

В форме согласия содержится положение о том, что «согласие на обработку моих персональных данных у каждого из операторов может быть отозвано путем личного обращения или направления письменного обращения, что будет являться фактом неиспользования мобильного приложения „Социальный мониторинг“, о последствиях которого я проинформирован(-а)». Иными словами, формально возможность отозвать согласие есть, но ее реализация повлечет неблагоприятные последствия для гражданина в виде его принудительной госпитализации и привлечения к административной ответственности: это указано на портале правительства Москвы³¹, но в самой форме согласия явно не выражено.

ления условий договора в зарубежном и российском праве. М., 2012.

²⁹ Постановление АС Волго-Вятского округа от 23.12.2014 № Ф01-5177/2014 по делу № А43-4394/2014.

³⁰ Постановление Девятого ААС от 05.03.2017 № 09АП-4287/2017 по делу № А40-214729/16. См. также: постановление Девятого ААС от 06.07.2016 № 09АП-20451/2016 по делу № А40-29005/16.

³¹ «Если было подписано соответствующее согласие или постановление санитарного врача, а в дальнейшем человек отказался от использования сервиса, вовремя не отреагировал на запрос приложения или нарушил режим изоляции, он будет привлечен к административной ответственности. Гражданину грозит штраф в размере четырех тысяч руб-

Соответствует ли такой подход требованиям законодательства? Согласно ч. 1 ст. 9 Закона о персональных данных субъект дает согласие на их обработку свободно, своей волей и в своем интересе. Согласно положениям Модернизированной конвенции Совета Европы № 108 «О защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных», подписанной Россией 10 октября 2018 г., обработка персональных данных должна осуществляться на основе справедливого баланса всех интересов, публичных и частных, при этом согласие на обработку персональных данных должно быть дано «свободно» (ч. 1 и 2 ст. 5) и данные положения не допускают отступлений в национальном законодательстве (ст. 11). Как отметил Роскомнадзор, в связи с подписанием протокола Россия «берет на себя обязательства по гармонизации национального законодательства в сфере персональных данных с учетом положений обновленной Конвенции»³². А значит, обеспечение на уровне законодательства РФ инструментов свободного волеизъявления субъекта при даче согласия на обработку его данных является вполне конкретным обязательством, вытекающим из международного договора.

Вряд ли можно говорить о каком-либо свободном волеизъявлении в условиях, когда единственной альтернативой является принудительная госпитализация и (или) привлечение к административной ответственности.

Наконец, форма согласия содержит достаточно расплывчатые формулировки относительно сроков обработки данных. В ней говорится, что «согласие действует со дня его подписания до дня окончания режима изоляции по решению лечащего врача», — это дает субъекту персональных данных основания полагать, что данные будут удалены после его выздоровления. Однако согласно п. 4.2 упоминавшегося ранее Порядка применения технологий электронного мониторинга местоположения гражданина «срок хранения информации о местоположении в городе Москве с использованием мобильного приложения „Социаль-

лей, а также принудительная госпитализация». См.: «Социальный мониторинг»: как пользоваться приложением.

³² См.: Модернизированная конвенция Совета Европы представляет россиянам новые права в сфере защиты персональных данных. URL: <https://rkn.gov.ru/news/rsoc/news62380.htm> (дата обращения: 11.08.2020).



ный мониторинг“ составляет 10 рабочих дней со дня прекращения контроля за соблюдением режима изоляции. Департаментом информационных технологий города Москвы обеспечивается архивное хранение информации, связанной с мониторингом местоположения гражданина в городе Москве с использованием мобильного приложения „Социальный мониторинг“, на срок, не превышающий один год со дня прекращения контроля за соблюдением режима изоляции». Таким образом, хранение данных продолжается и после выздоровления гражданина, о чем в форме согласия не упоминается. При этом на практике процесс удаления данных пациента из системы «Социальный мониторинг» вследствие несогласованности действий и процессов различных ведомств может затянуться на месяцы, с чем столкнулось множество пациентов после выздоровления³³.

5. Некоторые выводы

По итогам рассмотрения форм согласий на обработку персональных данных граждан, используемых для легитимации систем электронного мониторинга соблюдения гражданами режима повышенной готовности в Москве, а также сопутствующих документов можно сделать следующие выводы.

1. Формы согласий, лежащие в основе сбора и обработки персональных данных граждан системами электронного мониторинга, содержат расплывчатые формулировки, не позволяющие предоставить информированное и сознательное согласие. Данные формы не устанавливают ни точного перечня обрабатываемых данных и лиц, которым данные могут быть переданы на обработку; ни сроков хранения и обработки таких данных. Обстоятельства, при которых дается согласие, а также существенные неблагоприятные последствия его непредоставления или отзыва свидетельствуют о том, что оно не является свободным и добровольным. В связи с этим говорить о наличии юридически значимого согласия на обработку персональных данных, соответствующего требованиям ст. 9 Закона о персональных данных, невозможно.

2. В отсутствие такого согласия и специального *федерального* законодательства алгоритмическая автоматизированная обработка данных в ходе электронного мониторинга для целей привлечения гражданина к административной ответственности за нарушение (несоблюдение) режима самоизоляции или карантина является незаконной.

Приведенные выше выводы о несоответствии порядка обработки персональных данных в системах электронного мониторинга основаны на анализе общедоступных источников. Нельзя исключать возможности наличия и иных нарушений в этой части, однако для их выявления необходим анализ внутренних документов и инфраструктуры таких систем, который может быть проведен лишь уполномоченным контрольно-надзорным органом и невозможен в рамках статьи в юридическом издании.

6. Возможный подход *de lege ferenda*

Весьма интересным является вопрос, как можно было бы имплементировать системы электронного мониторинга с соблюдением не только буквы, но и духа законодательства о персональных данных. Вопрос приобретает весьма практический характер, учитывая, что в обозримом будущем не исключены повторные вспышки эпидемии коронавирусной инфекции.

Нетрудно заметить, что все обозначенные выше проблемы так или иначе связаны с параметрами согласия субъекта персональных данных, которое было выбрано в качестве главного легитимирующего основания обработки данных в системах электронного мониторинга. Представляется, что в рассматриваемом случае указанное основание было использовано некорректно и именно этот выбор в значительной степени и потянул за собой множество несоответствий порядка обработки данных в системах федерального законодательства.

Поскольку речь идет об обработке данных в публичном интересе, последняя должна осуществляться на основании закона, четко регламентирующего ее условия и порядок, а также гарантии защиты прав граждан. В Законе о персональных данных уже существует ряд общих положений, которые могли бы служить основанием для обработки персональных данных лица

³³ Дергачева А. Как здоровые люди попадают в плен «Социального мониторинга» // The Village. 2020. 3 июня. URL: <https://www.the-village.ru/village/city/situation/382297-plen> (дата обращения: 11.08.2020).

без его согласия, например п. 2 ч. 1 ст. 6 (обработка необходима для выполнения возложенных законодательством РФ на оператора функций, полномочий и обязанностей), п. 4 ч. 1 ст. 6 (обработка персональных данных необходима для исполнения полномочий органов государственной власти и предоставления государственных услуг), п. 7 ч. 1 ст. 6 (обработка необходима для достижения общественно значимых целей при условии, что при этом не нарушаются права и свободы субъекта персональных данных). Однако, учитывая особую общественную значимость мер, направленных на борьбу с эпидемиями, и их способность вступать в сильный конфликт с правом на неприкосновенность частной жизни, данные положения должны сопровождаться дополнительной регламентацией, предоставляющей гарантии защиты прав граждан.

Такие дополнительные положения должны быть закреплены на уровне федерального законодательства и как минимум: 1) жестко регулировать основания и условия передачи данных на обработку негосударственным субъектам (таксистам, «народным дружинникам» и др.) с определением их ответственности за обработку и запретом на использование таких данных в коммерческих целях; 2) четко определять порядок удаления данных из систем электронного мониторинга; 3) устанавливать повышенные технические меры защиты обрабатываемых персональных данных; 4) предусматривать эффективные и оперативные процедуры корректировки неточной или ошибочной информации, содержащейся в системах мониторинга; 5) предусматривать возможность использования результатов обработки таких данных для целей принятия юридически значимых решений в отношении субъекта, в частности в виде привлечения к административной ответственности; 6) предусматривать дополнительные механизмы общественного контроля за процессами обработки данных в подобных системах с целью повышения прозрачности их функционирования.

Следует еще раз подчеркнуть, что подобные положения должны устанавливаться **на уровне федерального законодательства**, распространяясь тем самым на всех граждан РФ, безотносительно к региону их проживания. Делегирование данного вопроса регионам недопустимо, так как в соответствии со ст. 4 Закона о персональных данных законодательство в области персональных данных основывается на Конституции РФ и международных договорах РФ и

состоит из этого Закона и других определяющих случаи и особенности обработки персональных данных федеральных законов.

Акты государственных органов, в том числе региональных, не могут содержать положения, ограничивающие права субъектов персональных данных.

В связи с этим ссылки региональных властей на положения Указа Президента РФ от 02.04.2020 № 239 «О мерах по обеспечению санитарно-эпидемиологического благополучия населения на территории Российской Федерации в связи с распространением новой коронавирусной инфекции (COVID-19)», возложившего на руководителей субъектов РФ обязанности по выработке комплекса мер ограничительного характера для борьбы с коронавирусной инфекцией, а равно положения п. «у» ч. 1 ст. 11 Закона о защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера о праве региональных властей устанавливать «обязательные для исполнения гражданами и организациями правила поведения при введении режима повышенной готовности» не могут быть основанием для нарушения региональными властями прав субъектов персональных данных, установленных на уровне федерального законодательства, или произвольной корректировки их содержания³⁴. И уж тем более легитимирующим подобные действия актом не может служить глубоко подзаконный акт вроде постановления Главного государственного санитарного врача РФ от 02.03.2020 № 5 «О дополнительных мерах по снижению рисков завоза и распространения новой коронавирусной инфекции (2019-nCoV)», который обязывает руководителей субъектов РФ обеспечить организацию и проведение мероприятий, направленных на предупреждение завоза и распространения, своевременное выявление и изоляцию лиц с признаками новой коронавирусной инфекции, и с учетом складывающейся эпидемиологической ситуации в регионе и прогноза ее развития своевременно вводить ограничительные мероприятия. Согласно ч. 3 ст. 55 Конституции РФ право на

³⁴ О применимости данных положений для обоснования законности и конституционности антивирусных мер региональных властей по установлению режима самоизоляции см.: *Агальцова М., Иманова Т.* Самоизоляция: анализ законности и конституционности антивирусных мер // Закон. 2020. № 5.



неприкосновенность частной жизни, которое защищается посредством законодательства о персональных данных, может быть ограничено только федеральным законом.

Некорректное использование согласия субъекта как основания для обработки персональных данных в московских системах электронного мониторинга повлекло не только нарушение требований закона, предъявляемых к такому согласию, но и дальнейшую дискредитацию данного института. По этой причине не случайны попытки избавиться от необходимости получения согласия под предлогом конструирования специальных правовых режимов³⁵.

Согласие должно оставаться одним из ключевых условий обработки персональных данных, но его сфера применения должна преимущественно ограничиваться отношениями с организациями и иными частными операторами, осуществляющими обработку персональных данных в собственных интересах. В отношениях же с государством, где присутствует явно выраженный публичный интерес (как в рассматриваемом случае), обработка данных должна осуществляться без согласия гражданина в четко регламентированных случаях. Государство, прикрываясь полученным согласием, не должно перекладывать ответственность на граждан за результаты осуществления своих публичных функций по принципу «сам подписал» — например, в случаях, когда произошла утечка персо-

нальных данных от лиц, которым оператор, пользуясь широкими формулировками согласия, передал их на обработку, или когда такие лица начинают атаковать гражданина рекламными сообщениями со ссылкой на то, что гражданин дал согласие, подписав типовую форму, в которой фигурирует согласие на получение таких рассылок в течение 10 лет. Достаточно распространённым является мнение, что граждане безответственно подходят к даче согласий на обработку их данных. Однако нередко игнорируется тот факт, что не менее безответственно к формулированию условий таких согласий подходит и оператор, понимая, что все написанное в форме неизбежно будет принято субъектом под страхом неполучения онлайн-сервиса, государственной услуги или какого-либо иного необходимого для него блага.

Установление адекватного и сбалансированного правового режима обработки персональных данных в системах электронного мониторинга для целей борьбы с эпидемиями необходимо не только для соблюдения конституционных прав и свобод граждан и выполнения международных обязательств. Существует и куда более прагматичная цель.

Одним из ключевых факторов эффективного функционирования систем электронного мониторинга является доверие к ним со стороны граждан. В отсутствие такого доверия будет создаваться лишь видимость эффективности.

Как отмечается Советом Европы, доверие граждан может быть обеспечено посредством «внедрения в подобные системы механизмов защиты прав на неприкосновенность частной жизни и предоставления прозрачной информации о функционировании системы, ее целях и обрабатываемых данных»³⁶. Всемирная организация здравоохранения также подчеркивает, что «технологии слежки могут быстро перейти размытую черту от наблюдения за эпидемией к слежке за населением, в связи с чем необходимы специальные законы, политики и надзорные механизмы, устанавливающие строгие ограничения на использование техно-


³⁵ См., напр.: п. 9.1 ч. 1 ст. 6 Закона о персональных данных, согласно которой допускается без согласия гражданина «обработка персональных данных, полученных в результате обезличивания персональных данных, осуществляется в целях повышения эффективности государственного или муниципального управления, а также в иных целях, предусмотренных Федеральным законом „О проведении эксперимента по установлению специального регулирования в целях создания необходимых условий для разработки и внедрения технологий искусственного интеллекта в субъекте Российской Федерации — городе федерального значения Москве“ и внесении изменений в статьи 6 и 10 Федерального закона „О персональных данных“, в порядке и на условиях, которые предусмотрены указанным Федеральным законом». См. также: законопроект «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона „Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в Российской Федерации“ (в части развития технологий искусственного интеллекта и больших данных)». URL: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=106119> (дата обращения: 11.08.2020).

³⁶ Joint Statement on Digital Contact Tracing by Alessandra Pierucci, Chair of the Committee of Convention 108, and Jean-Philippe Walter, Data Protection Commissioner of the Council of Europe. Strasbourg, 28 April 2020. URL: <https://www.coe.int/en/web/data-protection/contact-tracing-apps> (дата обращения: 11.08.2020).

логий мониторинга граждан и осуществление исследований с использованием данных, сгенерированных подобными технологиями». При этом эффективность систем мониторинга граждан должна оцениваться в том числе через призму «уверенности общественности в их надежности и доверия к правительственным или частным лицам, ответственным за проектирование, распространение и управление такими технологиями»³⁷.

Недоверие граждан к информационным системам, многократно усиливается утечками данных из них, влечет стремление уклониться от их использования. Согласно исследованию консалтинговой компании *Gartner*, опасения пользователей относительно сохранности своих данных влекут самоцензурирование и сокращение количества выкладываемых в Сеть данных, а также использование альтернативных способов защиты данных (VPN, плагины к браузерам и пр.)³⁸. Это, в свою очередь, может повлечь сокращение и ухудшение качества данных, необходимых для адекватной персонализации сервисов. О негативном влиянии отсутствия доверия на развитие технологий искусственного интеллекта говорится и в материалах Мирового экономического форума³⁹.

В связи с этим модернизация федерального законодательства с целью обеспечения им реальной, а не формальной защиты прав граждан на неприкосновенность их частной жизни должна стать не менее приоритетной задачей в рамках создания благопри-

ятной среды для развития технологий искусственного интеллекта и других информационных технологий. «Добровольное» согласие гражданина на обработку данных в таких системах не может компенсировать отсутствие законодательства, которое приведет в итоге к конфликтам и непринятию не только систем электронного мониторинга, но и любых иных сервисов и систем, администрируемых государством или окологосударственными компаниями. 

REFERENCES

Agaltsova, M. and Imanova, T. "Self-Isolation: The Legality and Constitutionality of Antivirus Measures" [*Samoisolyaysia: analiz zakonnosti i konstitutsionnosti antivirusnih mer*]. Statute [*Zakon*]. 2020. No. 5. P. 60-70.

Karapetov, A.G. and Savelyev, A.I. Freedom of Contract and Its Limits in 2 vol.: Vol. 2. [*Svoboda dogovora i ee predeli v 2 t.*]. Moscow, 2012. 454 p.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Alexander I. Savelyev

Associate Professor of the Faculty of Law at the National Research University "Higher School of Economics", Legal Attorney of IBM Russia/CIS, Deputy Chairman of the Commission for Regulation of Digital Economy of Association of Lawyers of Russia (Moscow Branch), Member of the Advisory Board of the Russian Data Protection Authority, PhD in Law, LLM (Russian School of Private Law) (e-mail: Alexandersavelyev83@gmail.com).

³⁷ World Health Organization. Ethical considerations to guide the use of digital proximity tracking technologies for COVID-19 contact tracing: Interim guidance, 28 May 2020. URL: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/332200/WHO-2019-nCoV-Ethics_Contact_tracing_apps-2020.1-eng.pdf (дата обращения: 11.08.2020).

³⁸ Gartner/Maverick Research: The Disappearing Customer, 18 September 2017.

³⁹ How to Prevent Discriminatory Outcomes in Machine Learning. WEF Global Future Council on Human Rights 2016–2018. White Paper, March 2018.



**ЕВГЕНИЙ
ДМИТРИЕВИЧ
СУВОРОВ**

доцент кафедры
гражданского права
Университета имени
О.Е. Кутафина (МГЮА),
кандидат юридических
наук

К ВОПРОСУ О МЕСТЕ ЦИФРОВЫХ ТЕХНОЛОГИЙ В РАМКАХ ИНСТИТУТА ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ*

Статья посвящена особенностям исполнения обязательств, где так или иначе присутствуют цифровые технологии. Автор приходит к выводу, что цифровая технология применительно к исполнению обязательства может либо являться способом исполнения (смарт-контракты, передача блага по цифровым средствам коммуникации и т.п.), либо создавать объект права, составляющий предмет исполнения (криптовалюты), либо обеспечивать учет прав, передаваемых в ходе исполнения (токены, цифровая коммуникация с реестрами). В статье предлагаются принципы разрешения правовых проблем в сфере исполнения обязательств с использованием цифровых технологий, а также приводятся некоторые соображения относительно правового регулирования исполнения обязательств в рамках смарт-контрактов.

Ключевые слова: смарт-контракт, токен, цифровые права, исполнение обязательств, цифровые средства коммуникации, момент исполнения обязательства

Развитие цифровых технологий и сопутствующее изменение правового регулирования ставят вопрос о месте цифровых технологий в проблематике исполнения обязательств. По нашему мнению, цифровые технологии являются не более чем средством для исполнения обязательств, и именно в этом своем качестве должны обсуждаться при решении цивилистических вопро-

* Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16200 «Трансформация концептуальных основ договорного права в условиях развития цифровых технологий: смарт-контракты и иные новеллы договорного регулирования».



EVGENY D. SUVOROV

Associate Professor of
the Civil Law Department at
Kutafin Moscow State Law
University (MSAL), PhD
in Law

THE PLACE OF DIGITAL TECHNOLOGY IN THE PERFORMANCE OF OBLIGATIONS*

The article is devoted to the peculiarities of fulfillment of obligations, where digital technologies are present in one way or another. The author concludes that digital technology, in relation to the performance of the obligation, can either be a means of performance (smart contracts, transfer of goods through digital means of communication, etc.), or create an object of law, which is the subject of performance (cryptocurrencies), or ensure accounting of rights transferred in the course of performance (tokens, digital communication with the registers). The article proposes principles for resolving legal problems in the field of performance of obligations using digital technologies, as well as some considerations regarding legal regulation of performance of obligations under smart contracts.

Keywords: *smart contract, token, digital rights, performance, digital means of communication, time of performance*

сов. Например, такое исполнение тоже может подвергаться анализу на предмет того, является ли оно надлежащим, в каком месте оно сделано, каков его момент, кто осуществил исполнение и кто принял, если принял, и т.п. Дать ответы на все эти вопросы

сама по себе технология неспособна, т.е. она имеет нейтральное значение для вопросов права. Безусловно, специфика средства исполнения обязательства накладывает некий отпечаток, как ранее это имело место с исполнением денежных обязательств путем безналичных переводов. И все же такое средство не может отменять (при всех своих особенностях) традиционные нормы исполнения, источником которых является не требование эффективности

* Funding: The reported study was funded by RFBR, project number 18-29-16200 «Transformation of the conceptual foundations of contract law in the context of digital development: smart contracts and other novelties of contract regulation».

и удобства использования технологии, а принцип справедливости. В связи с этим не технология должна определять принцип разрешения того или иного конфликта, отменяя такой регулятор, как справедливость и основанное на нем право, а, наоборот, принцип справедливого разрешения столкновения интересов должен служить стимулом для доработки (ограничения) технологии. Такой же подход мы встречаем и у других ученых¹.

Это наше убеждение подтверждается и историческим опытом: несмотря на значительное изменение технических условий жизни общества со времен Сцеволы, Гая, Ульпиана, Павла и Юстиниана², мы по-прежнему говорим о той самой купле-продаже (*emptio-venditio*) с тем же набором справедливых решений: продавец отвечает за передачу и качество товара, покупатель — за уплату покупной цены.

Каковы принципы разрешения конфликтов в сфере исполнения обязательств с использованием цифровых технологий? Для ответа на этот вопрос необходимо дать гражданско-правовую квалификацию наиболее типичным проявлениям использования соответствующих технологий в настоящее время, а именно перевести такие явления на язык права, что позволит подобрать справедливое регулирование таких отношений, выработанное за многовековую историю. О необходимости гражданско-правовой квалификации тех или иных явлений, предполагающих использование цифровых технологий, говорят и другие авторы³.

Прежде всего определим типичные области, где исполнение обязательства так или иначе сопряжено с использованием цифровых технологий. Заметим, что их использование в сфере исполнения обязательств отнюдь не исчерпывается проблематикой так называемых смарт-контрактов, а также цифро-

вых прав (токенов), что и покажем далее. Поскольку место цифровых технологий в таких типичных областях может различаться (средство передачи исполнения, средство создания материального объекта обязательства), их значение в перечне типичных областей будет определяться специальным образом.

В частности, речь идет о следующих ситуациях:

- 1) передача объектов права во исполнение обязательства по цифровым каналам связи (результаты интеллектуальной деятельности) в случае, когда кредитор передается объект права в виде файла (например, направление видеофайла, аудиофайла, программы и т.п.);
- 2) предоставление доступа к объекту права с использованием цифровых средств коммуникации (объекты авторского права), когда сам объект права остается у должника или иного уполномочившего должника лица, а средства коммуникации лишь позволяют воспроизвести на устройстве кредитора соответствующее произведение (например, аренда кинофильма);
- 3) предоставление информации, которая аккумулирована с использованием цифровых технологий, а действия по ее передаче составляют предмет конкретного обязательства;
- 4) передача прав на тот или иной объект, права на который учтены в силу закона в реестре, с использованием цифровых каналов связи с реестродержателем;
- 5) оказание услуг в процессе коммуникации должника и кредитора с использованием цифровых каналов связи (услуги образования, консультирования);
- 6) исполнение денежного обязательства посредством коммуникации с банком плательщика посредством цифровых каналов связи;
- 7) передача цифрового объекта права (криптовалюты), т.е. объекта, созданного с использованием цифровых технологий;
- 8) самоисполняемая передача цифрового права в отношении права требования или (в случае снятия

¹ См.: *Гринь О.С., Гринь Е.С., Соловьев А.В.* Правовая конструкция смарт-контракта: юридическая природа и сфера применения // *Lex Russica*. 2019. № 8. С. 58; *Савельев А.И.* Договорное право 2.0: «умные» контракты как начало конца классического договорного права // *Вестник гражданского права*. 2016. № 3. С. 32–60.

² См., напр.: *Дигесты Юстиниана*. Т. III. Книга восемнадцатая. М., 2008. С. 558 и далее.

³ См., напр.: *Савельев А.И.* Некоторые риски токенизации и блокчейнизации гражданско-правовых отношений // *Закон*. 2018. № 2. С. 36–51.

запретов⁴) любого иного объекта права в рамках реализации смарт-контрактов;

9) передача цифрового права (токена) на право требования или (в случае снятия запретов) токена на иные объекты прав.

Из этого перечня видно, что цифровая технология применительно к исполнению обязательства может выполнять тройную функцию:

1) быть способом исполнения (смарт-контракты, передача блага по цифровым средствам коммуникации и т.п.); либо

2) создавать объект права, составляющий предмет исполнения (криптовалюты); либо

3) обеспечивать учет прав, передаваемых в ходе исполнения (токены, цифровая коммуникация с рестраями).

Исполнение обязательства с использованием цифровых средств коммуникации предполагает ответы на следующие вызванные их спецификой вопросы:

1) каков порядок согласования способа исполнения, имея в виду необходимость прямого выражения согласия на исполнение с использованием цифровых средств коммуникации;

2) как и кем осуществляется исполнение (кто является субъектом исполнения), а равно как и кем осуществляется принятие исполнения (кто является субъектом принятия исполнения), с учетом того, что отсутствует непосредственный контакт между должником и кредитором;

3) каков момент исполнения обязательства, принимая во внимание, что средства коммуникации предполагают процесс передачи исполнения, учиненного должником. Здесь мы можем усмотреть аналогию с исполнением обязательства по передаче вещи без обязательства доставки, где исполнение и фактическое поступление вещи во владение кредитором не являются одновременными событиями (п. 1 ст. 224, п. 2 ст. 458 ГК РФ), или с исполнением обязательства по передаче вещи на условиях выборки, где такие события *могут* не совпадать (абз. 3 п. 1 ст. 458 ГК РФ). Во всех этих случаях, если фактического поступления не состоялось по причине, за которую не отвечает должник, последний будет считаться исполнившим обязательство⁵. Следовательно, исполнение происходит до поступления материального объекта обязательства во владение кредитора. О том, что речь идет об исполнении, а не о «фикции исполнения», «способе определения момента исполнения», «способе распределения рисков», свидетельствует переход права собственности на вещь до ее фактической передачи кредитору (п. 1 ст. 224 ГК РФ)⁶;

⁴ В настоящее время действует принцип обязательного указания в законе вида цифрового права (см. ст. 141.1 Гражданского кодекса (ГК) РФ). В силу Федерального закона от 02.08.2019 № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» речь сейчас идет только об утилитарных цифровых правах в отношении прав требования (ст. 8 Закона). Что касается ближайшего будущего, то в силу Федерального закона от 31.07.2020 № 259-ФЗ «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» с 1 января 2021 г. утилитарные цифровые права будут сосуществовать с цифровыми финансовыми активами и цифровой валютой. Под первыми понимаются цифровые права, включающие денежные требования, возможность осуществления прав по эмиссионным ценным бумагам, права участия в капитале непубличного акционерного общества, право требовать передачи эмиссионных ценных бумаг, которые предусмотрены решением о выпуске цифровых финансовых активов в порядке, установленном данным Законом, выпуск, учет и обращение которых возможны только путем внесения (изменения) записей в информационную систему на основе распределенного реестра, а также в иные информационные системы (п. 2 ст. 1 Закона). Под вторыми — совокупность электронных данных (цифрового кода или обозначения), содержащихся в информационной системе, которые предлагаются и (или) могут быть приняты в качестве средства платежа, не являющегося денежной единицей Российской Федерации, денежной единицей иностранного государства и (или) международной денежной или расчетной единицей, и (или) в качестве инвестиций и в отношении которых отсутствуют лицо, обязанное перед каждым обладателем таких электронных данных, за исключением оператора и (или) узлов информационной системы, обязанных только обеспечивать соответствие порядка выпуска этих электронных данных и осуществления в их отношении действий по внесению (изменению) записей в такую информационную систему ее правилам (п. 3 ст. 1 Закона).

⁵ Гражданское право: учеб. в 2 т. / под ред. Е.Е. Богдановой. Т. 2. М., 2020. С. 221; Российское гражданское право: учеб. в 2 т. Т. II: Обязательственное право / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2015. С. 183–184.

⁶ О том, что речь идет именно об исполнении, а не о юридическом приеме, свидетельствует и судебная практика: см., напр., п. 8 Постановления Пленума ВАС РФ от 22.10.1997



5) каково место исполнения обязательства, если в ходе исполнения используются аппаратные средства должника, средства коммуникации, аппаратные средства кредитора;

6) каковы особенности исполнения кредиторских обязанностей с учетом того, что кредитору необходимо обеспечить принятие исполнения, передаваемого через цифровые средства коммуникации;

7) как проверить качество исполнения (соответствие переданного объекта права условиям обязательства), если в ряде случаев отсутствуют сохраняемые доказательства (следы) исполнения, что характерно, например, для оказания услуг посредством цифровых каналов связи, предоставления срочного доступа к объекту права;

8) каков порядок оспаривания произведенного исполнения, принимая во внимание необходимость определить момент, место исполнения. Это особенно актуально для случаев оспаривания исполнения обязательств по мотиву оказания предпочтения в случае банкротства должника (ст. 61.1, 61.3 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»; далее — Закон о банкротстве). Именно там необходимо определить момент исполнения, имея в виду, что исполнение, произведенное за пределами периода подозрительности, не может быть оспорено.

В данной статье мы предложим принципы для разрешения правовых проблем в сфере исполнения обязательств с использованием цифровых технологий и выскажем некоторые соображения относительно правового регулирования процесса исполнения обязательств в рамках смарт-контрактов.

1. Принципы разрешения правовых проблем в сфере исполнения обязательств с использованием цифровых технологий

При ответе на ранее обозначенные вопросы в большинстве случаев мы будем опираться на принципы

достижения баланса интересов, уже выработанные цивилистической мыслью.

Так, представляется, что ключевыми принципами для разрешения проблем исполнения обязательств с использованием цифровых технологий (включая цифровые средства коммуникации) являются следующие:

1) риски отсутствия полномочий при реализации средства коммуникации должны распределяться на основе передачи соответствующего риска той стороне обязательственного отношения, в сфере контроля которой находится данное средство коммуникации;

2) стороны обязательства должны прямо выразить согласие на исполнение обязательства с использованием цифровых средств коммуникации;

3) если волеизъявление, имеющее значение для исполнения обязательства, поступило со средства коммуникации, находящегося в сфере контроля стороны, то оно считается сделанным этой стороной (уполномоченным на это ею лицом);

4) отсутствие у кредитора средств принятия исполнения с использованием цифровых средств коммуникации в тех случаях, когда стороны договорились прямо о таком способе исполнения, следует квалифицировать как нарушение кредиторской обязанности и, следовательно, просрочку кредитора (ст. 406 ГК РФ).

С учетом приведенных принципов опишем наше представление о способах разрешения некоторых проблем, возникающих при исполнении обязательств с использованием цифровых средств коммуникации.

Исполнение обязательств с использованием цифровых средств коммуникации в ряде случаев ставит вопрос о распределении рисков некорректной работы самих средств коммуникации (аппаратные средства должника — сеть — аппаратные средства кредитора), в том числе о просрочке в принятии исполнения по причине неполадок у кредитора. Представляется, что эти риски должны относиться на участника обязательства, в сфере контроля которого находятся соответствующие средства или который выбрал лицо, контролирующее их (*contra proferentem*).

№ 18 «О некоторых вопросах, связанных с применением Положений Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре поставки»; Определение ВАС РФ от 11.02.2014 № ВАС-771/14 по делу № А12-30613/2012.

Риск принятия исполнения ненадлежащим лицом должен ложиться на кредитора, если принятие осуществлено с использованием предусмотренных условиями обязательства средств и последние, очевидно, находятся в сфере контроля кредитора.

Если же такой контроль не имеет места, кредитор считается принявшим на себя риск поступления исполнения через согласованное с ним средство принятия. Здесь уместно привести аналогию с совершением сделки: в силу п. 65 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» если иное не установлено законом или договором и не следует из обычая или практики, установившейся во взаимоотношениях сторон, юридически значимое сообщение может быть направлено в том числе посредством электронной почты, факсимильной и другой связи, осуществляться в иной форме, соответствующей характеру сообщения и отношений, информация о которых содержится в таком сообщении, когда можно достоверно установить, от кого исходило сообщение и кому оно адресовано (например, в форме размещения на сайте хозяйственного общества в сети Интернет информации для участников этого общества, в форме размещения на специальном стенде информации об общем собрании собственников помещений в многоквартирном доме и т.п.). Как представляется, названное разъяснение подтверждает, что использование цифровых средств коммуникации должно вытекать из закона или договора, и связывает юридические последствия сообщения не столько с самим фактом его передачи, сколько с появлением такого сообщения на средствах коммуникации, находящихся в сфере контроля сообщаемого.

Отсутствие у кредитора средства приема цифровой коммуникации, если оно требуется по условиям обязательства, является нарушением кредиторской обязанности и влечет просрочку кредитора.

Кредитор при этом не может требовать исполнения обязательства иными способами. Более того, риск невозможности исполнения (передача по цифровым каналам связи билета на прошедшее мероприятие, прямая трансляция уже состоявшегося мат-

ча и т.п.) или утраты интереса к такому исполнению (приобретение аудиовизуального произведения для торжественного мероприятия) должен приниматься кредитором на себя (ст. 416, 405, 406 ГК РФ). Это означает, что кредитор не будет вправе претендовать и на возврат встречного предоставления, совершенного им в целях получения исполнения (п. 2 ст. 416 ГК РФ).

Оспаривание исполнения обязательства, совершенного с использованием цифровых средств коммуникации, предполагает установление факта и момента исполнения. Как уже говорилось, при оспаривании преимущественного удовлетворения, произведенного должником по делу о банкротстве, в круг подлежащих установлению обстоятельств входит дата совершения исполнения в пределах периода подозрительности (п. 2 и 3 ст. 61.3 Закона о банкротстве). Кроме того, подлежит установлению сам факт исполнения, т.е. выбытия того или иного актива из конкурсной массы должника.

Исполнение обязательства с использованием цифровых средств коммуникации является особым способом исполнения обязательства, на что должен выразить согласие кредитор (*ex ante* в сделке — основании для обязательства (рамочном соглашении и т.п.), *ex post* — в виде отдельного согласия, если изначально такой способ не предполагался).

Прямое выражение согласия необходимо потому, что данный способ исполнения нельзя считать подразумеваемым (по крайней мере, в большинстве случаев, где он является альтернативой иным способам). К примеру, оказание образовательных услуг не очным, а дистанционным способом обычно не предполагается и должно сопровождаться явным волеизъявлением заинтересованной стороны.

Что же касается юридически значимых сообщений в рамках заранее согласованного цифрового способа коммуникации, то:

1) требование об исполнении обязательства с использованием цифровых средств коммуникации может быть передано с использованием тех же оговоренных средств коммуникации (претензионный порядок). Такое решение предопределено общим предметом



коммуникации — субъективным правом, способ осуществления которого по общему правилу может быть идентичным исполнению корреспондирующей обязанности;

2) полномочие на принятие исполнения с использованием цифровых средств коммуникации (представительство в принятии исполнения, ст. 312 ГК РФ) может быть выдано с использованием тех же оговоренных средств коммуникации;

3) сообщение о каузе предоставления исполнения (ст. 319.1 ГК РФ) может передаваться с использованием тех же оговоренных цифровых средств коммуникации.

В исполнении обязательства могут участвовать третьи лица как на стороне кредитора (переадресация исполнения, исполнение в пользу третьего лица, исполнение третьему лицу), так и на стороне должника (возложение исполнения обязательства, произвольное исполнение третьим лицом).

Применительно к третьим лицам в рамках исполнения обязательства с использованием цифровых средств коммуникации:

1) исполнение обязательства с использованием цифровых средств коммуникации третьим лицом в силу возложения является допустимым и предполагает наличие у такого третьего лица соответствующих технических возможностей. Право должника возложить исполнение обязательства на третье лицо (п. 1 ст. 313 ГК РФ) и обязанность кредитора принять предложенное третьим лицом исполнение не могут приводить к изменению способа согласованного исполнения по тому мотиву, что такое третье лицо не обладает техническими возможностями для исполнения с использованием цифровых средств коммуникации;

2) произвольное исполнение обязательства третьим лицом с использованием цифровых средств коммуникации, т.е. исполнение без возложения по инициативе самого третьего лица (п. 2 ст. 313 ГК РФ), допустимо, только когда третье лицо располагает соответствующими техническими возможностями. Мотивы такого решения аналогичны предыдущей ситуации, но с одной особенностью: здесь речь не идет о реализации

права должника на возложение исполнения, т.е. он не будет способствовать организации технической возможности исполнения у изъявившего его учинить третьего лица. Произвольное исполнение третьим лицом иным способом, нежели предусмотренный по условиям обязательства, должно приводить к квалификации такого исполнения как неосновательной передачи блага кредитору, в случае его обогащения (сбережения) — к требованию о возврате неосновательного обогащения (ст. 1102 ГК РФ). Если же такое благо не представляет интереса для кредитора, то и такого требования не должно возникать, обязательство во всех случаях должно квалифицироваться как неисполненное;

3) исполнение обязательства с использованием цифровых средств коммуникации третьему лицу в силу переадресации предполагает наличие у третьего лица технической возможности принятия исполнения. Так, в соответствии с п. 1 ст. 312 ГК РФ если иное не предусмотрено соглашением сторон и не вытекает из обычаев или существа обязательства, должник вправе при исполнении обязательства потребовать доказательств того, что исполнение принимается самим кредитором или уполномоченным им на это лицом. Само по себе уполномочивание на получение исполнения может происходить в нескольких формах, в частности: выдача доверенности третьему лицу, переадресация исполнения (о которой сообщено кредитором непосредственно должнику). То, что переадресация является формой уполномочивания на получение исполнения, подтверждается и на уровне Верховного Суда РФ: согласно п. 19 Постановления Пленума от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении» переадресация исполнения также возможна путем письменного уполномочия, представленного непосредственно кредитором должнику. В свою очередь, как следует из Постановления Президиума ВАС РФ от 26.05.2009 № 730/09, переадресация исполнения производится на основании одностороннего распоряжения кредитора; такое распоряжение уполномочивает получателя исполнения на его принятие. Таким образом, в случае переадресации речь в широком смысле идет о представительстве в принятии исполнения: отсюда вытекает необходимость обладания принимающим лицом теми техническими возможностями, которые обеспечат принятие исполнения от

имени представляемого в соответствии с условиями обязательства. Следовательно, кредитор не может переадресовать исполнение без обеспечения условий его принятия у третьего лица, если на это прямо не выразил согласие должник. Данные замечания связаны с тем, что в большинстве случаев переадресация — принятие исполнения одного обязательства — для принимающего исполнение третьего лица является одновременно исполнением обязательства перед ним как кредитором в другом обязательстве, где должником выступает переадресующий кредитор. То есть переадресация исполнения третьему лицу одного обязательства является одновременно формой исполнения другого обязательства перед тем же третьим лицом.

Исполнение обязательства по передаче реестрового права ставит вопрос о распределении рисков девиации в поведении реестродержателя.

Представляется, что цифровой способ коммуникации с любым реестродержателем предполагает ответственность должника за отсутствие изменений в реестре, имея в виду, что коммуникация производится между должником и реестродержателем. Иными словами, должник принимает на себя риск невозможности исполнения по причине неработоспособности средств коммуникации у реестродержателя.

Принятие исполнения обязательства с использованием цифровых средств коммуникации может приводить к лишению права на последующее оспаривание сделки — основания обязательства в силу принципа непротиворечивого поведения (п. 2 ст. 166 ГК РФ). Это предопределено тем, что принятие исполнения с использованием цифровых средств коммуникации в ряде случаев может не сопровождаться осведомленностью кредитора о таком принятии. Как уже говорилось выше, поступление исполнения на находящееся в сфере контроля кредитора средство коммуникации должно квалифицироваться именно как исполнение — даже когда кредитор не располагает сведениями о нем. В определенном смысле это развитие идеи о моменте, с которого оферент считается получившим акцепт. Кажется уместным сравнение с немецким опытом, где «решающую роль... играет момент поступления оферты, то есть тот временной отрезок, когда она

оказывается в пределах досягаемости и сферы влияния контрагента»⁷. Как пишут Цвайгерт и Кётц, «такое решение данной проблемы, действующее в отношении не только акцепта оферты, но и вообще любого волеизъявления, передаваемого с помощью средств связи, призвано обеспечить справедливое распределение рисков волеизъявления между оферентом и контрагентом»⁸.

Введение в отношении должника процедуры банкротства должно влечь невозможность исполнения с использованием цифровых средств коммуникации, если это технически реализуемо, либо возврат исполненного, если исполнение технически остановить невозможно (смарт-контракт).

Речь идет о главном принципе банкротного права — принципе равенства кредиторов (*pari passu*), не допускающем получение исполнения в полном объеме одним из кредиторов в то время, как иные кредиторы в силу недостаточности имущества должника смогут получить только часть. Этот принцип реализуется путем запрета на индивидуальное исполнение с момента введения процедур банкротства (ст. 63, 126 Закона о банкротстве), оспаривания сделок с преимущественным удовлетворением (ст. 61.3 Закона о банкротстве)⁹. В судебной практике неоднократно подтверждалась невозможность индивидуального исполнения обязательства после введения процедур банкротства. Так, в соответствии с п. 16 Обзора судебной практики Верховного Суда РФ № 1 (2017)¹⁰ реестровое требование кредитора к должнику о понуждении к совершению предоставления в натуральной форме неисполнимо и подлежит оценке и трансформации в денежное требование путем его включения в реестр требований кредиторов должника. В противном случае кредитор получал бы удовлетворение своих требований из конкурсной массы предпочтительно перед иными кредиторами, что противоречит принципу очередности и пропорци-

⁷ Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. Т. 2. М., 2000. С. 59.

⁸ Там же.

⁹ Подробнее см., напр.: Суворов Е.Д. О правовой природе оснований для оспаривания преимущественного удовлетворения и возражений против такого оспаривания // Вестник экономического правосудия РФ. 2016. № 12. С. 127–141.

¹⁰ Утвержден Президиумом ВС РФ 16.02.2017.



ональности удовлетворения требований кредиторов (п. 2 и 3 ст. 142 Закона о банкротстве)¹¹.

Кредитор может реализовывать секундарные права, направленные на исполнение обязательства, посредством цифровых средств коммуникации. Однако реализация секундарного права в противоречии с его условиями должна влечь взыскание в пользу должника. Несмотря на то, что действие может быть неправомерным, оно, как правило, приведет к реализации интереса кредитора (например, к списанию денежных средств со счета должника по одностороннему волеизъявлению кредитора). Участники соответствующей операции (банк, иные операторы) в большинстве случаев проверяют лишь формальные условия для реализации подобных прав, в связи с чем такая возможность кредитором будет осуществлена. Именно поэтому следует вести речь о возврате списанного как способе защиты интересов должника.

Совершение действий, направленных на исполнение обязательства с помощью средств коммуникации, находящихся в сфере контроля должника, должно считаться исполнением самого должника. Аналогичный подход должен применяться и к иным юридически значимым действиям в ходе исполнения обязательства.

Выше уже говорилось о связанности каждого из контрагентов тем, что исходит от находящегося в их сфере контроля средства коммуникации. По этой причине получение доступа к средству коммуникации должника и реализация действий, приводящих к передаче блага кредитору, не могут служить основанием для иска к кредитору о возврате полученного по мотиву

неуполномоченности получившего доступ к средству коммуникации должника.

2. Значение цифровых технологий при исполнении смарт-контрактов для института исполнения обязательств

В науке нет устоявшегося определения смарт-контракта, на что уже неоднократно обращалось внимание исследователями¹².

Тем не менее представляется, что так или иначе речь идет о передаче актива во исполнение обязательства с использованием программных средств, алгоритм которых предполагает зачисление актива кредитору при наступлении обстоятельств, заданных в программе. Находится ли такое обязательство за пределами понятия «смарт-контракт», возникает ли оно именно из него или же термин «смарт-контракт» означает именно процедуру исполнения обязательства, возникшего из договора, не называемого «смарт-контрактом», не имеет значения для главного: все авторы признают, что процесс исполнения обязательства предполагает реализацию определенного алгоритма, в процессе которой воля контрагентов не будет играть никакой роли. Здесь, таким образом, мы не даем определения термину «смарт-контракт», а выделяем общее во всех случаях, когда такой термин используется.

Иными словами, речь идет об автоматизации перехода актива от должника кредитору. Такая автоматизация может занимать (1) весь процесс развития договорного отношения (стороны лишь соглашаются на вход (это и есть основание возникновения обязательства), а также, при сегрегации подлежащего передаче блага, исполнение должником; далее процесс подчинен алгоритму, который вручит учиненное исполнение кредитору) или (2) отдельные его части (на определенной стадии происходит сегрегация блага для исполнения по алгоритму). Как бы то ни было, общим является то, что в определенный момент развития обязательственного (в широком смысле) отношения его реализация происходит без участия субъекта права, а за счет

¹¹ Соответствующая позиция ранее была высказана в Определении ВС РФ от 28.12.2016 № 308-ЭС16-12236. Аналогичный подход см. также: п. 2 Обзора судебной практики ВС РФ № 4 (2016) (утв. Президиумом ВС РФ 20.12.2016), п. 33 Обзора судебной практики ВС РФ № 3 (2016) (утв. Президиумом ВС РФ 19.10.2016); Определения СКЭС ВС РФ от 18.08.2016 № 301-ЭС16-4180, от 17.10.2017 № 305-ЭС17-12927, от 20.03.2017 № 305-ЭС16-18237, от 20.02.2017 № 302-ЭС16-17715, от 26.12.2016 № 307-ЭС16-18152, от 24.11.2016 № 305-ЭС16-9798, от 06.10.2016 № 305-ЭС16-8204; Постановления Президиума ВАС РФ от 17.06.2014 № 2826/14, от 11.03.2014 № 16768/13. Подробнее см., напр.: *Суворов Е.Д.* Реализация принципа равенства кредиторов при исполнении обязательства по выполнению работ и передаче их результата в случае несостоятельности подрядчика // Вестник МГОУ. 2019. № 2.

¹² См.: *Савельев А.И.* Некоторые правовые аспекты использования смарт-контрактов и блокчейн-технологий по российскому праву // Закон. 2017. № 5. С. 98; *Гринь О.С., Гринь Е.С., Соловьев А.В.* Указ. соч. С. 51–62.

программы. Есть и зеркальный общий критерий: во всех случаях имеются области развития отношений, где воля субъекта права не имеет значения.

Сама по себе автоматизация исполнения обязательства не отменяет того, что мы имеем дело именно с обязательством и его исполнением: вопрос только в том, что воля на исполнение выражается путем помещения блага под воздействие алгоритма, т.е. путем сегрегации блага от имущественной массы должника.

Можно даже сказать, что сегрегация блага станет исполнением обязательства несмотря на то, что вручение блага кредитору будет оторвано от нее по времени и произведено именно за счет реализации алгоритма: мы уже приводили аналогию со сдачей товара перевозчику, рассматриваемой не только в качестве исполнения обязательства (ст. 458 ГК РФ) и момента для перераспределения рисков, но и в качестве момента перехода права собственности (ст. 224 ГК РФ).

В связи с этим смарт-контракт представляется не более чем способом автоматизации отдельных операций в ходе исполнения обязательств. Связано это с тем, что договором (сделкой), исполнением обязательства именуется такие юридические факты, как действия, иначе говоря — проявления активности субъектов права. Последнее предопределено прежде всего тем, что право регулирует отношения между людьми, т.е. здесь исключается регулирование тех или иных технических процессов: в любом случае адресатом норм является субъект, имеющий волю и разум. Применительно же к договорному праву дополнительным аргументом является принцип автономии воли (п. 1 ст. 2 ГК РФ), предполагающий обращение к такому самостоятельно действующему субъекту. Так как в механизме правового регулирования воздействие на того или иного субъекта права предполагает предварительную квалификацию фактической обстановки и действий, квалификации заслуживают именно действия субъектов права (сделки, юридические поступки), а не процессы в силу программы. Следовательно, мы можем квалифицировать только такие действия субъектов права, как: вход в смарт-контракт (воля на договорное правоотношение и (или) автоматизацию процесса исполнения), сегрегация подлежащего передаче кредитору блага (воля на исполнение обязательства).

Кажется, что именно такое восприятие смарт-контракта (как процесса автоматизации отдельных операций в сфере исполнения обязательств) закреплено и в ч. 2 ст. 309 ГК РФ, в силу которой условиями сделки может быть предусмотрено исполнение ее сторонами возникающих из нее обязательств при наступлении определенных обстоятельств без направленного на исполнение обязательства отдельно выраженного дополнительного волеизъявления его сторон путем применения информационных технологий, определенных условиями сделки.

Несмотря на то, что у нас имеется определенное возражение по приведенному законоположению (см. далее), с самим местом смарт-контрактов мы соглашаемся: речь идет об автоматизации процесса исполнения обязательства с использованием информационных технологий.

Возражение, о котором мы упомянули, касается признания за действием программы статуса такого юридического поведения, как исполнение обязательств.

Как представляется, ч. 2 ст. 309 ГК РФ может быть истолкована таким образом, что программа осуществляет исполнение обязательства, с чем мы не можем согласиться. Обязательство исполняется только субъектом права, и делает он это в момент сегрегации блага и помещения его под воздействие алгоритма.

Напомним, что в науке существует дискуссия о том, является ли исполнение обязательства сделкой (юридическим актом) или же юридическим поступком. О сделочной природе исполнения обязательства говорит, например, С.В. Сарбаш¹³, на это же указывается в учебниках МГУ¹⁴ и МГЮА¹⁵, в последнем также приводится обзор альтернативных точек зрения¹⁶. В свою очередь, о том, что исполнение обязательства является не сделкой, а поступком, писал О.А. Крашавчиков: «...важнейшим юридическим поступком... является исполнение должником лежащей на нем по обязательству имущественной (а в определенных слу-

¹³ Сарбаш С.В. Исполнение договорного обязательства. М., 2005.

¹⁴ Гражданское право: учеб. в 4 т. / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2019. Т. 3. С. 394.

¹⁵ Гражданское право: учеб. в 2 т. Т. 2. С. 197.

¹⁶ Там же. С. 198.



чаях и неимущественной) обязанности. Сюда должны быть отнесены не только действия по передаче имущества должником кредитору, но также действия по выполнению работ и оказанию услуг»¹⁷. И далее: «Не будучи направлены на достижение каких-либо правовых последствий, юридические поступки тем не менее должны иметь какую-то иную определенную направленность, поскольку они являются действиями людей»¹⁸.

Мы склоняемся ко второй точке зрения, принимая во внимание, что эффект исполнения обязательства не зависит от направленности воли исполняющего на прекращение обязательства (им может быть вообще третье лицо, судебный пристав-исполнитель). Тем не менее, какой бы позиции мы ни придерживались, общим является одно: исполнение обязательства в системе юридических фактов является именно действием субъекта права и, следовательно, предопределено волей¹⁹.

Раз право может признавать характер исполнения обязательства только за действиями субъектов права, но не за автоматизированным изменением в сфере распределения благ, то в случаях, когда исполнение сопряжено с автоматизацией отдельных элементов (в большей или меньшей части), в качестве такового мы должны квалифицировать не сам автоматизированный процесс, а действия обязанного лица, направленные на то, чтобы будущий автоматизированный процесс завершился в соответствии с условиями обязательства: например, на счет списания должника было зачислено то предоставление, которое в силу алгоритма будет затем перечислено на счет кредитора. Это и есть та сегрегация подлежащего передаче блага, о которой мы говорили выше. К примеру, если смарт-контракт нужен для перечисления средств на счет кредитора при загрузке кредитором определенных данных в программу, то исполнением обязательства будет сегрегация этих средств должником на своем счете и помещение их под режим возможных к списанию за счет действия алгоритма, а вручением исполнения — перечисление

средств на счет кредитора — также за счет действия алгоритма.

Более того, смарт-контракт может не предусматривать отдельного от сделки процесса исполнения обязательства. Науке гражданского права такие ситуации известны под именем реальных сделок, особенно заметной будет аналогия с реальным договором дарения: в нем нет места исполнению обязательства, он скорее представляет собой основание для перехода права, на чем его значение заканчивается. В связи с этим смарт-контракты, предполагающие выражение воли сторонами единожды, должны толковаться как реальные сделки, в момент совершения которых уже подготовлены ресурсы для передачи оговоренного: только процесс передачи может обуславливаться определенным алгоритмом, за реализацией которого наблюдает соответствующая программа.

Например, купля-продажа с использованием смарт-контракта предполагает, что и продавец, и покупатель в одно и то же время заключают договор купли-продажи (совпадение волеизъявлений) и предоставляют подлежащее передаче контрагенту благо. Будучи сегрегированным, такое предоставление зачисляется на счет конкретного контрагента в момент, обусловленный алгоритмом. Но единое действие по вхождению в сделку и передаче предоставления есть единственное основание для квалификации отношения: это (несмотря на неизвестность российскому определению понятия «договор купли-продажи» в ст. 454 ГК РФ²⁰) реальный договор купли-продажи.

Как мы знаем, в реальной сделке передача вещи не является исполнением обязательства, так как обязательства еще никакого не возникло (до передачи нет сделки), а, будучи совершенной, эта сделка не порождает обязательства (вещь уже передана). В связи с этим мы не можем согласиться с тезисом А.И. Савельева, согласно которому «те автономные смарт-контракты, которые предусматривают автоматизированный порядок исполнения всех обязательств сторон договора, представляют собой качественно

¹⁷ Красавчиков О.А. Категории науки гражданского права // Избранные труды в 2 т. Т. 2. М., 2017. С. 213.

¹⁸ Там же. С. 216

¹⁹ Там же. С. 147. См. также: Гражданское право: учеб. в 4 т. Т. 3. С. 385.

²⁰ Проблематика реальных договоров купли-продажи уже разбиралась в литературе, см., напр.: Белов В.А. Понятие договора купли-продажи // Коммерческое право. 2015. № 2. С. 18–82.

новое явление, бросающее вызов классическим доктринам договорного права»²¹.

По нашему мнению, благодаря понятию реальных сделок можно поместить такие смарт-контракты в лоно традиционной цивилистики.

Возможно, автор имел в виду только консенсуальные договоры, но тогда речь явно идет не обо всех классических доктринах договорного права.

Конечно же, мы учитываем, что смарт-контракт позволяет передавать не вещи в классическом смысле, а данные. Но эти данные так или иначе могут опосредовать передачу благ: денежных средств, вещей, учитываемых в реестрах, и т.п. По этой причине аналогия с реальными сделками позволяет обосновать типичность для договорного права совершения сделки и передачи блага на основании этой сделки. Выше мы уже писали, что смарт-контракт есть лишь способ автоматизации передачи блага и может поглощать все отношение или его часть, об аналогии с реальными сделками мы говорим в большей степени для тех случаев, когда смарт-контракт позволяет автоматизировать все отношение, и в опровержение тезиса о «качественно новом явлении». Возражение, что реальная сделка связывает с передачей вещи само свое совершение, а смарт-контракт опосредует передачу как исполнение, не учитывает, что сам по себе смарт-контракт не есть исполнение, последнее производится в момент сегрегации подлежащего передаче актива: если такая сегрегация производится в момент входа в сделку, налицо реальная сделка, если позже — консенсуальная.

Несовпадение момента передачи блага с моментом его принятия также не ново: классическим способом исполнения обязательства по передаче товара без обязательства доставки является предоставление товара продавцом первому перевозчику, а не вручение его покупателю (п. 2 ст. 458 ГК РФ). Кроме того, такое обязательство при продаже на условиях выборки считается исполненным в момент маркировки и обеспечения кредитору возможности изъять маркированную вещь своими односторонними действиями (абз. 3 п. 1 ст. 458 ГК РФ).

²¹ Савельев А.И. Некоторые правовые аспекты использования смарт-контрактов... С. 101.

Возражение, что сдача вещи перевозчику есть лишь способ распределения рисков, выше нами уже разбиралось как неверное: в момент сдачи вещи происходит переход права собственности (п. 1 ст. 224 ГК РФ), а значит, мы говорим именно о состоявшемся исполнении. Несогласие с качеством исполнения, приводящее к его непринятию, является явлением второго порядка. Во-первых, качество может быть надлежащим и момент исполнения будет определен именно моментом сдачи; во-вторых, претензии по качеству могут быть необоснованными, и тогда тот же момент будет иметь значение как момент исполнения обязательства. В-третьих, ненадлежащее исполнение (в том числе сдача перевозчику ненадлежащего товара) не является исполнением потому, что не соответствует условиям обязательства, а не потому, что кредитор его не принял.

Наиболее яркой является аналогия с условным депонированием (эскроу): в силу п. 5 ст. 926.1 ГК РФ обязательство депонента по передаче бенефициару имущества считается исполненным с момента передачи этого имущества эскроу-агенту²².

Примерно в этом же ключе рассуждает и А.И. Савельев: «...в условиях, когда сторона не может повлиять на ход исполнения, а операции по исполнению полностью запрограммированы, сложно применять нормы, которые предполагают наличие у стороны какой-то автономии воли и, соответственно, возможности нарушить договор или исполнить его иным образом, отличающимся от ожиданий другой стороны. Фактически в таких смарт-контрактах воля сторон на заключение и на исполнение договора представляет собой единое целое»²³. В связи с этим кажется противоречивым утверждение автора о *вызове классическим доктринам договорного права*²⁴.

Таким образом, мы полагаем, что исполнение смарт-контракта, реализуемое программой, не является исполнением обязательства (юридическим поступком) с точки зрения юридических фактов.

²² Сравнение смарт-контрактов с эскроу мы встречаем и в иных публикациях: *Гринь О.С., Гринь Е.С., Соловьев А.В.* Указ. соч. С. 57.

²³ Савельев А.И. Некоторые правовые аспекты использования смарт-контрактов... С. 107–108.

²⁴ См. там же. С. 101.



Наш принципиальный тезис состоит в том, что за действием программы мы не можем усматривать юридического факта; единственным фактом является только поведение человека, т.е. субъекта права.

Именно так и следует квалифицировать любое отношение, где программные средства позволяют автоматизировать отдельные элементы, ранее выполнявшиеся человеком: только воля и поступки человека имеют значение для квалификации. Выше мы уже говорили, что исполнением будет сама сегрегация блага (предоставление возможности изъять благо без воли должника).

В свете этого трактовка, предложенная в ч. 2 ст. 309 ГК РФ, нуждается в уточнении: речь не должна идти об исполнении обязательства программой. В частности, она могла бы быть уточнена следующим образом: *условиями сделки может быть предусмотрено, что исполнение возникающих из нее обязательств осуществляется путем обеспечения должником возможности передачи кредитору предмета исполнения с использованием информационных технологий, определенных условиями сделки.*

Следует также иметь в виду, что данная норма может касаться таких случаев использования информационных технологий (смарт-контрактов), когда момент волеизъявления должника на участие в обязательстве и волеизъявления должника на передачу блага кредитору во исполнение такого обязательства не совпадают, т.е. имеет место исполнение обязательства из ранее совершенной сделки (сегрегация актива происходит уже после вступления в консенсуальную сделку). Если речь идет о реальной сделке, то о самом процессе исполнения с использованием автоматизированных средств (алгоритмов) говорить не приходится. В такой ситуации осуществленная передача вещи (блага) (реальная сделка) происходит в момент ее сегрегации, а вручение блага отстоит по времени от момента сегрегации. Смарт-контракт здесь не более, чем средство вручения ранее переданной вещи, в связи с чем речь идет не об автоматизации процесса исполнения возникшего обязательства, а об автоматизации передачи блага в подтверждение и совершение реальной сделки.

Далее, для юридических фактов важен **момент**, когда такой факт имеет место. Законодатель уделяет от-

дельное внимание моменту исполнения обязательств (ст. 458 ГК РФ), имея в виду, что с этого момента обязательство прекращается.

Так как момент обеспечения будущего вручения блага с использованием информационных технологий и момент самого вручения в большинстве случаев не совпадают, существуют две альтернативные модели:


- 1) обязательство считается исполненным в момент обеспечения должником возможности такого исполнения (вхождение в алгоритм и сегрегация актива);
- 2) обязательство считается исполненным в момент фактического вручения, т.е. поступления блага в сферу контроля кредитора (завершение реализации алгоритма).

Первая модель близка к продаже товара на условиях выборки (абз. 3 п. 1 ст. 458 ГК РФ): само обеспечение возможности получить исполнение уже является исполнением. Выше мы уже рассуждали о значении принятия исполнения кредитором в случаях, когда моменты передачи (подготовки к выборке) и получения вещи не совпадают, где попытались показать, что исполнение производится не в момент принятия, а в момент **надлежащей** сдачи перевозчику (подготовки к выборке). Думается, что такая модель должна быть общей, за рядом исключений, о которых будет сказано ниже. Связано данное решение с тем, что должник с согласия кредитора помещает благо в сферу действия алгоритма, который уже не зависит от должника: согласившийся на подобный алгоритм кредитор должен нести риск с момента помещения блага. В определенном смысле обеспечение возможности получения есть депонирование передаваемого блага, имеющее место при условном депонировании (глава 47.1 ГК РФ), с одним отличием: передача блага в эскроу обеспечивается третьим лицом, имеющим собственную волю (эскроу-агент), в смарт-контрактах — реализацией программы.

Исключением является ситуация, при которой должник отвечает за реализацию алгоритма (является разработчиком, связанным лицом, гарантировал безошибочность алгоритма). Перенесение риска на кредитора в таком случае является лишним основанием: должник не утратил сферы контроля.

Кроме того, стороны могут прямо предусмотреть ответственность должника до момента зачисления, что является давно известным способом отклонения от общего правила (ст. 316, п. 1 ст. 458 ГК РФ). Так, в силу п. 1 ст. 316 ГК РФ место исполнения денежного обязательства может не совпадать с местом банка кредитора (сфера контроля кредитора), а предоставивший товар в распоряжение покупателя продавец тем не менее может нести риски до иного момента, нежели маркировка товара. Другими словами, распределение рисков относится к сфере автономии воли сторон.

Таким образом, каким бы ни был смарт-контракт, сам акт исполнения или передачи в реальной сделке производится в момент, когда предоставляющий контрагент сегрегирует благо и помещает его в сферу действия алгоритма. Это означает, что квалификация соответствующего поведения должника определяется без учета действия алгоритма.

Например, должник, сегрегировавший предмет исполнения ненадлежащим образом (не в том объеме или не того качества), будет отвечать за ненадлежащее исполнение. Адекватная сегрегация актива, подлежащего передаче, по общему правилу должна снимать вопрос об ответственности должника в случае, когда в силу специфики работы программы такой актив не дойдет в необходимом виде до кредитора. Исключениями могут быть ситуации прямой гарантии должника, а также нахождение алгоритма в сфере контроля такого должника. 

REFERENCES

- Belov, V.A. "Sale-Purchase Contract Definition" [*Ponyatiye dogovora kupli-prodazhi*]. Commercial Law [*Kommercheskoye pravo*]. 2015. No. 2. P. 18–82.
- Bogdanova, E.E. (ed.). Civil Law: A Course Book in 2 vol. Vol. 2. [*Grazhdanskoye pravo: ucheb. v 2 t. T. 2*]. Moscow, 2020. 448 p.
- Grin, O.S., Grin, E.S. and Solovyov, A.V. "The Legal Design of the Smart Contract: The Legal Nature and Scope of Application" [*Pravovaya konstruktsiya smart-kontrakta: yuridicheskaya priroda i sfera primeneniya*]. Lex Russica. 2019. No. 8. P. 51–62.

Krasavchikov, O.A. Categories of Science in Civil Law: Selected Works in 2 vol. Vol. 2 [*Kategorii nauki grazhdanskogo prava: Izbrannyye trudy v 2 t. T. 2*]. 2nd ed. Moscow, 2017. 492 p.

Sarbash, S.V. Performance of Contractual Obligation [*Ispolneniye dogovornogo obyazatel'stva*]. Moscow, 2005. 636 p.

Savelyev, A.I. "Contract Law 2.0: 'Smart Contracts' and the Beginning of the End of the Classic Contract Law" [*Dogovornoye pravo 2.0: "umnyye" kontrakty kak nachalo kontsa klassicheskogo dogovornogo prava*]. Civil Law Review [*Vestnik grazhdanskogo prava*]. 2016. No. 3. P. 32–60.

Savelyev, A.I. "Some Legal Aspects of Implementation of Smart Contracts and Blockchain Technologies under Russian Law" [*Nekotoryye pravovyye aspekty ispol'zovaniya smart-kontraktov i blokcheyn-tehnologiy po rossiyskomu pravu*]. Statute [*Zakon*]. 2017. No. 5. P. 94–117.

Savelyev, A.I. "Some Risks Related to Tokenisation and Blockchainisation of Civil-Law Relations" [*Nekotoryye riski tokenizatsii i blokcheynizatsii grazhdanskogo-pravovykh otnosheniy*]. Statute [*Zakon*]. 2018. No. 2. P. 36–51.

Sukhanov, E.A. (ed.). Civil Law: A Course Book in 4 vol. [*Grazhdanskoye pravo: ucheb. v 4 t.*]. 2nd ed. Vol. 3. Moscow, 2019. 800 p.

Sukhanov, E.A. (ed.). Russian Civil Law: A Course Book in 2 vol. Vol. 2: Law of Obligations [*Rossiyskoye grazhdanskoye pravo: ucheb. v 2 t. T. 2: Obyazatel'svennoye pravo*]. Moscow, 2015. 1217 p.

Suvorov, E.D. "On the Legal Nature of the Grounds for the Avoidance of Preferential Transfer of Debtor's Property and Objections to Such Avoidance" [*O pravovoy prirode osnovaniy dlya osparivaniya preimushchestvennogo udovletvoreniya i vozrazheniy protiv takogo osparivaniya*]. Herald of the Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiyskoy Federatsii*]. 2016. No. 12. P. 127–141.

Suvorov, E.D. "The Implementation of the Equality of Creditors Principle in Case of Contractor's Insolvency to Perform Works and Transfer the Results" [*Realizatsiya printsipa ravenstva kreditorov pri ispolnenii obyazatel'stva po vypolneniyu rabot i peredache ikh rezul'tata v sluchaye nesostoyatel'nosti podryadchika*]. Bulletin of the Moscow State Region University [*Vestnik MGOU*]. 2019. No. 2. P. 129–145.

Zweigert, K. and Koetz, H. An Introduction to Comparative Law. Private Law: in 2 vol. Vol. 2 [*Vvedeniye v sravnitel'noye pravovedeniye v sfere chastnogo prava: v 2 t. T. 2*]. Moscow, 2000. 512 p.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Evgeny D. Suvorov

Associate Professor of the Civil Law Department at Kutafin Moscow State Law University (MSAL), PhD in Law (e-mail: edsuvorov@gmail.com).



**РАИЛЬ РАСЫХОВИЧ
ВАЛИЕВ**

соискатель кафедры
гражданского права
юридического
факультета Казанского
(Приволжского)
федерального
университета

НЕДОГОВОРНЫЕ ПРОЯВЛЕНИЯ ОБЪЕКТСПОСОБНОСТИ ШАНСОВ И РИСКОВ ИЗ УСЛОВНО- ОТЛАГАТЕЛЬНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Настоящая статья представляет собой развитие авторской концепции, согласно которой имущественное положение сторон условно-отлагательного обязательства следует рассматривать не только с точки зрения возможных будущих прав и обязанностей, но и с точки зрения уже наличествующих шансов/рисков, имеющих самостоятельную (независимую от наступления или ненаступления условия, оторванную от возможных будущих прав и обязанностей) имущественную ценность и принципиально объектоспособных. В ней анализируются ситуации, в которых такие шансы и риски *de lege ferenda* могут проявлять или *de lege lata* уже проявляют свою недоговорную объектоспособность. С точки зрения объектоспособности шансов и рисков рассматриваются, в частности, вопросы, связанные с недобросовестным воспрепятствованием наступлению отлагательного условия, банкротством и ликвидацией сторон условно-отлагательного обязательства, универсальным правопреемством в таком обязательстве, коллизией интересов предшествующего условного и последующего безусловного залогодержателей в случае, когда обращение взыскания по безусловному требованию опережает наступление отлагательного условия. Обосновывается вывод, что политика и практика обращения с шансами и рисками из условно-отлагательных обязательств должны быть направлены на расширение сферы недоговорных проявлений объектоспособности таких шансов и рисков.

Ключевые слова: условное обязательство, условное требование, условный долг, шанс, риск

В предыдущей статье¹ мы пришли к выводу, что имущественное положение сторон условно-отлагательного обязательства необходимо рассматривать

¹ См.: *Валиев Р.Р.* Имущественное положение сторон условно-отлагательного обязательства // Закон. 2020. № 7. С. 157–177.

**RAIL R. VALIEV**

PhD Candidate at
the Faculty of Law at Kazan
(Volga Region) Federal
University

NON-CONTRACTUAL MANIFESTATIONS OF OBJECTIVITY OF CHANCES AND RISKS FROM CONDITIONAL SUSPENSIVE OBLIGATIONS

This article is a development of the author's concept, according to which the property status of the parties to a conditional suspensive obligation should be considered not only in the light of possible future rights and duties, but also through prism of existing chances/risks, which have autonomous (i.e. independent of the occurrence or non-occurrence of the condition, detached from possible future rights and duties) property value and are fundamentally objective. It analyses situations in which such chances and risks *de lege ferenda* may or *de lege lata* already manifest their non-contractual objectivity. From the point of view of objectivity of chances and risks, it considers, in particular, issues related to unfair obstruction of occurrence of a suspensive condition, bankruptcy and liquidation of the parties to a conditional suspensive obligation, universal succession in such obligation, conflict of interests of the previous conditional and subsequent unconditional chargeholders in case the foreclosure under an unconditional claim precedes the occurrence of a suspensive condition. The conclusion is grounded that the policy and practice of handling chances and risks from conditional suspensive obligations should be aimed at expanding the scope of non-contractual manifestations of objectivity of such chances and risks.

Keywords: *conditional obligation, conditional claim, conditional debt, chance, risk*

дифференцированно, с учетом характерной для него двойственности: не только с точки зрения возможных будущих прав и обязанностей, но и с точки зрения уже наличествующих шансов/рисков, имеющих самостоятельную (независимую от наступления или ненасту-

пления условия, оторванную от возможных будущих прав и обязанностей) имущественную ценность.

При этом большая часть той статьи была посвящена договорным проявлениям объектоспособности таких

шансов/рисков. С ними дело обстоит немного проще: в отношениях между собой стороны, учитывая общий принцип свободы договора, могут «сделать объектом» практически все что угодно — разумеется, в пределах, допускаемых законом². Сложнее — с ситуациями, в которых шансы/риски из условно-отлагательных обязательств могут проявлять свою объектоспособность *независимо от воли сторон*. Далее мы как раз и попытаемся найти такие недоговорные ситуации и «зарегистрировать» в них шансы/риски примерно так же, как физики по всему миру пытаются «зарегистрировать» нейтрино.

1

Мы уже отмечали в предыдущей статье различия в романо-германском и английском подходах к вопросу о последствиях (недобросовестного) воспрепятствования наступлению условия стороной, которой наступление условия невыгодно. Романо-германское право исходит из необходимости применения в таких случаях фикции наступления условия. Точно так же решает вопрос и российское право (абз. 1 п. 3 ст. 157 Гражданского кодекса (ГК) РФ)³. Между тем столь радикальное решение вопроса на практике далеко не всегда оказывается справедливым.

Во-первых, как справедливо отмечает А.Г. Карапетов, «могут быть ситуации, когда недобросовестное вторжение одной из сторон в естественный ход событий имеет место, но применение фикции никак интересам другой стороны помочь не может или даже может оказаться крайне нежелательным»⁴. И далее: «Иными словами, когда сторона недобросовестно вмешивается в естественный ход событий и способствует или препятствует наступлению условия, абсолютно неразумно применять нормы, предусмотренные в п. 3 ст. 157 ГК РФ, если включение фикции наступления

условия явно невыгодно другой, добросовестной, стороне»⁵. В таком случае А.Г. Карапетов предлагает: а) применять соответствующую фикцию только по заявлению пострадавшей стороны; б) дать добросовестной стороне возможность взыскивать убытки с недобросовестной стороны⁶.

Во-вторых, и это применительно к рассматриваемой нами проблематике шансов/рисков из условно-отлагательных обязательств главное, при автоматическом применении фикции наступления условия не учитывается то простое обстоятельство, что условие могло бы не наступить и при отсутствии факта воспрепятствования его наступлению. В этом смысле английский подход, позволяющий взыскивать с воспрепятствовавшей стороны убытки без применения фикции наступления условия, представляется нам куда более правильным.

Так, в одном деле⁷ из английской судебной практики рассматривался спор двух футбольных клубов, заключивших между собой договор о трансфере игрока. В этом договоре в числе прочего был пункт, обязывающий клуб-приобретатель выплатить клубу-отчуждателю дополнительное к основной цене договора вознаграждение в размере 25 тыс. фунтов стерлингов в том случае, если перешедший игрок забьет 20 голов в официальных матчах за первую команду клуба-приобретателя. Через несколько месяцев после заключения указанного договора в руководстве клуба-приобретателя произошли изменения, вследствие которых было решено отказаться от услуг данного игрока, права на него были переданы третьему клубу до наступления отлагательного условия в виде 20 забитых голов. Суд обязал клуб-приобретатель, осуществивший трансфер игрока в третий клуб и таким образом воспрепятствовавший наступлению отлагательного условия, выплатить клубу-отчуждателю 22 тыс. фунтов стерлингов вместо оговоренных в договоре на случай наступления условия 25 тыс. Уменьшение присужденной суммы было мотивировано так: игрок мог получить травму, которая не позволила бы ему достичь необходимого показателя и при отсутствии воспрепятствования наступлению условия. Добавим, что в данном конкретном деле договор между двумя

² Видимо, именно этим отчасти объясняется такое многообразие существующих в доктрине теорий, связанных с проблематикой объектов гражданских правоотношений.

³ См. также: постановления АС Западно-Сибирского округа от 16.08.2018 № Ф04-3224/2018; ФАС Московского округа от 22.07.2011 № КГ-А40/5666-11-1,2; Президиума ВАС РФ от 29.04.1997 № 129/97.

⁴ Карапетов А.Г. Условные права и обязанности: обзор проблемных вопросов применения ст. 157 и 327 ГК РФ // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 6. С. 125. Пример такой ситуации см. там же. С. 125–126.

⁵ Там же. С. 126.

⁶ См. там же. С. 126–127.

⁷ См.: Bournemouth and Boscombe Athletic FC Ltd v. Manchester United FC Ltd. The Times, May 22, 1980.

футбольными клубами не ограничивал наступление условия каким-либо сроком, соответственно, вероятность того, что игрок рано или поздно, но все-таки забьет необходимое количество голов, была очень высокой. Именно поэтому присужденная сумма (читай: цена шанса, которым условный кредитор обладал на момент воспрепятствования наступлению условия) была максимально приближена к номиналу условного требования.

В связи с этим можно сослаться на другое английское дело⁸, в котором подрядчик заключил с заказчиком дополнительное соглашение, предусматривающее выплату подрядчику бонуса, если он успеет завершить работы к определенному сроку (*acceleration agreement*). Опуская различного рода нюансы, присущие практически каждому судебному делу, отметим, что в данном случае суд признал заказчика воспрепятствовавшим⁹ наступлению указанного условия, но взыскал с него только половину от оговоренного соглашением бонуса. При этом было разъяснено, что в результате такого воспрепятствования подрядчик был лишен шанса на получение бонуса. Очевидно, что в этом деле вероятность наступления условия на момент воспрепятствования была значительно ниже, чем в предыдущем. Соответственно, и присужденная доля от номинала условного требования оказалась существенно меньшей. При желании можно привести примеры, в которых вероятность наступления отлагательного условия на момент воспрепятствования такому наступлению была бы столь низкой, что присуждение даже половины от номинала условного требования выглядело бы крайне несправедливым¹⁰.

Каждому конкретному шансу в каждый конкретный момент времени соответствует определенная вероятность его реализации. И чем выше эта вероятность,

тем больше ценность шанса в долях от цены полноценного права. Чрезвычайно важно учитывать эту вариативность при разрешении споров, подобных указанным выше. Правило об *автоматическом* применении фикции наступления (по крайней мере, отлагательного) условия здесь явно неуместно. Нужен более взвешенный, более гибкий подход.

Имея в виду все вышесказанное, полагаем, что практика должна идти по пути толкования абз. 1 п. 3 ст. 157 ГК РФ как закрепляющего возможность, но не необходимость применения фикции наступления отлагательного условия при соответствующих обстоятельствах. Базовым сценарием в данном случае должно быть возмещение убытков. Их размер должен определяться имущественной ценностью соответствующего шанса, которая, в свою очередь, равняется произведению цены полноценного права на вероятность наступления отлагательного условия в момент воспрепятствования такому наступлению.

При этом практические сложности в установлении точного размера убытков не могут служить основанием для отказа в удовлетворении требования об их возмещении¹¹. Другими словами, политика и практика возмещения убытков в данном случае должны исходить из объектоспособности шансов/рисков сторон условно-отлагательного обязательства.

Отдельно стоит отметить, что условный кредитор может лишиться своего шанса не только из-за действий условного должника, но и из-за действий какого-либо третьего лица. Возникает вопрос: может ли условный кредитор в связи с этим предъявить какие-либо требования к такому третьему лицу? Здесь мы упираемся в проблему допустимости абсолютной защиты относительного права, которая не так однозначна, как может показаться на первый взгляд. Еще В.К. Райхер отмечал, что «обязательственное право, как и вещное, может быть нарушено любым третьим лицом (а не только должником), а в соответствии с этим защищается и против нарушений со стороны третьих лиц»¹².

⁸ См.: John Barker Construction Ltd v. London Portman Hotel Ltd. [1996] 83 BLR 31.

⁹ Правда, в данном случае, равно как и в предыдущем деле, воспрепятствование не было недобросовестным, что не влияет, однако, на принципиальный вывод о самостоятельной имущественной ценности шансов/рисков из условно-отлагательных обязательств.

¹⁰ Гораздо сложнее, но, наверное, теоретически тоже можно представить примеры, в которых возмещение убытков оказывается более предпочтительным, чем фикция ненаступления (именно отлагательного применительно к нашей теме) условия (абз. 2 п. 3 ст. 157 ГК РФ). В дальнейшем, однако, наши выводы будут касаться только абз. 1 п. 3 ст. 157 ГК РФ и только отлагательного условия.

¹¹ См.: абз. 2 п. 12 Постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

¹² Райхер В.К. Абсолютные и относительные права. (К проблеме деления хозяйственных прав). В особенности приме-



В немецкой литературе то же утверждал, например, П. Эртманн¹³. О принципиальной допустимости абсолютной защиты относительного права снова заговорили в последние годы¹⁴.

В поддержку такой допустимости можно сослаться, например, на ст. VI.–2:211 Проекта общей системы принципов, определений и модельных норм европейского частного права (далее — *DCFR*), согласно которой деликтный иск к третьему лицу, склонившему должника к неисполнению обязательства перед кредитором, возможен, если это лицо имело умысел именно на нарушение должником своего обязательства перед кредитором и действовало не для защиты собственных легитимных интересов.

Представим, что в нашем примере с двумя футбольными клубами и бонусом в случае достижения перешедшим игроком определенного статистического показателя клуб-приобретатель взял на себя обязательство не осуществлять трансфер игрока в какой-то *определенный* третий клуб, который является принципиальным соперником клуба-отчуждателя. Затем этот третий клуб все-таки переманил игрока (возможно, даже не нуждаясь в нем) к себе именно с целью навредить своему принципиальному сопернику. На основании вышеприведенной статьи *DCFR* требование клуба-отчуждателя к третьему клубу («интервенту») в таком случае принципиально допустимо.

нительно к советскому праву // Вестник гражданского права. 2007. № 2. С. 183–184.

¹³ Эртманн П. Притязание обязательственно-управомоченного лица о возмещении вреда // Вестник гражданского права. 2008. № 1; СПС «КонсультантПлюс». Ученый хотя и оспаривает применимость общего иска о возмещении вреда из абз. 1 § 823 Германского гражданского уложения (ГГУ) к третьему лицу, нарушившему интерес кредитора, но вместе с тем указывает, что такой интерес может найти защиту иным способом. В качестве одного из примеров он приводит абз. 2 § 844 ГГУ. Похожая ст. 1088 есть и в ГК РФ.

¹⁴ См., напр.: Карпетов А.Г. Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд // Вестник экономического правосудия РФ. 2014. № 12. С. 37–40; Синицын С.А. Абсолютная защита относительных прав: причины, последствия и соотношение с принятой классификацией субъективных прав // Вестник гражданского права. 2015. № 1. С. 7–44; Гутников О.В. Деликтная ответственность за нарушение относительных прав: перспективы развития в российском праве // Закон. 2017. № 1; СПС «КонсультантПлюс».

По этому поводу А.Г. Карпетов пишет: «В принципе возыскание убытков не с должника, нарушившего свое обязательство, а с „интервента“ может быть удачным решением в тех случаях, когда должник банкрот и не способен отвечать по иску об убытках»¹⁵. В ситуации банкротства должника (клуба-приобретателя) «было бы крайне несправедливым и неэффективным оставлять кредитора беззащитным в условиях наличия фигуры „интервента“, чье поведение с точки зрения добросовестности упречно, а с точки зрения каузальной связи вполне может быть охарактеризовано как причина возникновения убытков у кредитора»¹⁶.

Требование к клубу-«интервенту», из-за которого клуб-отчуждатель лишился своего шанса на получение бонуса, принципиально не противоречит и абз. 1 п. 1 ст. 1064 ГК РФ, поскольку шансы, как мы выяснили, тоже являются имуществом¹⁷. Мы, конечно, понимаем, что в современной российской практике реализация такого требования, скорее всего, обречена на провал.

Мы хотим лишь сказать, что если абсолютная защита принципиально допустима для относительного (обязательственного) права, то она должна быть признана принципиально допустимой и в отношении шанса из условно-отлагательного обязательства.

Таким образом, первая ситуация, в которой шансы/риски из условно-отлагательных обязательств могут проявлять свою недоговорную объектоспособность, связана с недобросовестным воспрепятствованием наступлению отлагательного условия стороной, которой наступление условия невыгодно, а также с причинением вреда шансу третьим лицом.

¹⁵ Карпетов А.Г. Модели защиты гражданских прав... С. 39.

¹⁶ Там же.

¹⁷ При этом под вредом обычно понимается *всякое умаление блага* (см., напр.: Гражданское право: учеб. в 4 т. Т. 1: Общая часть / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2008. С. 601), т.е. и лишение шанса в том числе: «одна только возможность наступления известных, выгодных для условно-управомоченного лица, юридических последствий представляет собой ценное благо (курсив наш. — Р.В.), тем более ценное на практике, чем вероятнее, что условие исполнится» (Гримм Д.Д. Лекции по догме римского права. Пособие для слушателей. СПб., 1914. С. 111).

2

Перейдем теперь к проблеме условных требований в банкротстве.

Еще Г.Ф. Шершеневич по этому поводу отмечал: «Так как в законодательстве нашем не содержится постановлений относительно порядка удовлетворения условных требований, то необходимо признать, что такие претензии, хотя и заявляются конкурсному правлению, но удовлетворение могут получить только по наступлении условия. Они, за молчанием закона, ни в коем случае не должны быть сравниваемы с обязательствами срочными»¹⁸. С сожалением констатируем, что действующий Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве) также обходит данную проблему стороной. Как следствие, даже с заявлением условных требований в деле о банкротстве кредиторы в отечественных реалиях могут испытывать серьезные проблемы¹⁹.

Между тем совершенно очевидно, что с догматической точки зрения условное требование как имущественный актив условного кредитора и имущественный пассив банкротящегося должника должно каким-то образом учитываться в рамках банкротного дела. Косвенные подтверждения этому можно найти в судебной практике. Так, согласно абз. 2 п. 52 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством» (далее — Постановление № 42) если требования кредитора к поручителю удовлетворены решением суда, вступившим в законную силу, которое не исполнено, то поручитель при определенных условиях имеет право заявить в деле о банкротстве должника свое будущее требование, которое может у него возникнуть после исполнения судебного акта (п. 1 ст. 365 ГК РФ).

На основании вышеуказанного разъяснения Пленума ВАС мы можем констатировать принципиальную способность возможного будущего требования, в том числе условного, быть заявленным в деле о банкротстве.

При этом заявить такое требование можно уже на стадии наблюдения, так как временному управляющему для выполнения своих обязанностей, в частности для полноценного анализа финансового состояния должника, нужно иметь максимально полное представление об активах и пассивах последнего.

Обязательство до наступления отлагательного условия еще не существует. Означает ли это, что согласно буквальному толкованию п. 1 ст. 5 Закона о банкротстве условное требование должно быть отнесено к числу требований по текущим платежам? Думается, что нет. Как совершенно справедливо отмечает Д.В. Новак, смысл законодательного выделения требований по текущим платежам «состоит в том, что для обеспечения минимальной хозяйственной деятельности должника в той мере, в какой это требуется исходя из целей применяемых к нему процедур банкротства, необходимо *стимулирование контрагентов должника к вступлению с ним в хозяйственные отношения (или продолжению с ним таковых) после принятия заявления о признании должника банкротом*»²⁰. Условный же кредитор, вступая в хозяйственные отношения с должником (заключая с ним условный договор), по умолчанию не знает о его предстоящем банкротстве.

²⁰ Новак Д.В. Текущие платежи по денежным обязательствам в деле о банкротстве // Несостоятельность (банкротство): научно-практический комментарий новелл законодательства и практики его применения / под ред. В.В. Витрянского. М., 2010. С. 8. И далее: «Очевидно, что если бы на платежи по любым денежным обязательствам должника независимо от момента их возникновения распространялся общий режим пропорционального удовлетворения требований кредиторов в соответствии с установленной законодательством о несостоятельности очередностью, то контрагенты должника в большинстве случаев никак не были бы мотивированы на продолжение с ним хозяйственных отношений после возбуждения дела о банкротстве, поскольку существовал бы значительный риск недостаточности имущества должника для удовлетворения их требований. В свою очередь такая ситуация привела бы к тому, что во многих случаях деятельность должника была бы парализована, а это не только исключало бы всякую возможность восстановления его платежеспособности, но и существенно затруднило бы формирование конкурсной массы для справедливого удовлетворения требований кредиторов» (Там же).

¹⁸ Шершеневич Г.Ф. Конкурсное право. Казань, 1898. С. 201.

¹⁹ Такие проблемы возникают и с заявлением требований, подобных условным. Например, для того, чтобы обосновать возможность заявления кредитором требования в деле о банкротстве поручителя до наступления срока исполнения обеспечиваемого обязательства, приходится идти окольными путями (см. об этом: Сайфуллин Р.И. Поручительство и банкротство: взаимная связь правовых институтов: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2019. С. 72–83).



Другими словами, он вступает с ним в хозяйственные отношения не потому, что простимулирован внеочередным удовлетворением своего возможного будущего требования. Таким образом, в данном случае буквальное толкование п. 1 ст. 5 Закона о банкротстве должно уступить толкованию телеологическому²¹: с точки зрения догмы права условное требование не относится к числу требований по текущим платежам.

Другое дело, что и реестровым требованием назвать условное требование проблематично. Да, абз. 3 п. 52 упомянутого Постановления № 42 применительно к будущему требованию поручителя говорит о включении его в реестр требований кредиторов. Видимо, это объясняется предусмотренной этим же абзацем возможностью вступления в дело о банкротстве наряду с поручителем и кредитора, у которого требование уже существует. Все-таки буквальное прочтение Закона о банкротстве приводит к выводу о включении в реестр требований кредиторов только существующих (возникших) требований²².

Технически условное требование должно учитываться, видимо, где-то отдельно, вне реестра²³, а уже после (в случае) наступления отлагательного условия включаться в реестр на основании дополнительного судебного акта, констатирующего такое наступление и, как следствие, признающего соответствующее право (требование). То есть до наступления отлагательного условия условный кредитор не должен иметь права голоса на собраниях кредиторов, но, видимо, может

участвовать в них без права голоса (абз. 1 п. 1 ст. 12 Закона о банкротстве)²⁴.

|| Удовлетворению условное требование подлежит по общему правилу только в случае наступления отлагательного условия²⁵.

Условное требование должно быть учитываемо, разумеется, и в деле о банкротстве условного кредитора.

Немецкий законодатель более внимателен к проблеме условных требований в банкротстве. Так, согласно абз. 1 § 191 немецкого Закона о несостоятельности (*Insolvenzordnung*) при предварительном распределении конкурсной массы отлагательно обусловленное требование кредитора учитывается в полной сумме; приходящаяся на такое требование часть конкурсной массы пока удерживается. Согласно абз. 2 того же параграфа при окончательном распределении конкурсной массы отлагательно обусловленное требование кредитора не учитывается, если возможность наступления условия представляется столь отдаленной, что ко времени такого распределения требование не имеет никакой имущественной ценности; в этом случае удерживаемая в соответствии с абз. 1 часть становится свободной для распределения по остальным требованиям.

Из приведенных норм видно, что немецкий законодатель, оценивая имущественную ценность шанса, которым условный кредитор обладает до наступления отлагательного условия, ориентируется не на номинал возможного будущего требования, а на вероятность, точнее даже — вероятное время наступления условия. Другими словами, условное требование номиналом в 10 условных единиц с близкой перспективой наступления условия для него ценнее (т.е. заслуживает внимания при окончательном распределении конкурс-

²¹ Постановление Пленума ВАС РФ от 23.07.2009 № 63 «О текущих платежах по денежным обязательствам в деле о банкротстве» описывает множество других случаев, когда, несмотря на формально-юридическое возникновение обязательства после даты принятия заявления о признании должника банкротом, требование по такому обязательству должно считаться реестровым, а не текущим.

²² Формулировки подзаконных нормативно-правовых актов, регулирующих ведение реестра требований кредиторов (см., напр.: Общие правила ведения арбитражным управляющим реестра требований кредиторов (утв. Постановлением Правительства РФ от 09.07.2004 № 345; далее — Общие правила ведения реестра), Типовую форму реестра требований кредиторов (утв. приказом Минэкономразвития России от 01.09.2004 № 233), Методические рекомендации по заполнению типовой формы реестра требований кредиторов (утв. приказом Минэкономразвития России от 01.09.2004 № 234)), также не оставляют в нем места для условных требований.

²³ Наподобие того, как это предусмотрено в отношении требований, заявленных после закрытия реестра (см. п. 9 Общих правил ведения реестра).

²⁴ Также условный кредитор должен обладать правами, указанными в абз. 4 п. 30 Постановления Пленума ВАС РФ от 23.07.2009 № 60 «О некоторых вопросах, связанных с принятием Федерального закона от 30.12.2008 № 296-ФЗ „О внесении изменений в Федеральный закон „О несостоятельности (банкротстве)“».

²⁵ Так и согласно абз. 4 п. 52 Постановления № 42 выплата из конкурсной массы в пользу поручителя, заявившего в дело о банкротстве свое будущее требование, может быть произведена только после предоставления им доказательств перехода к нему прав кредитора на основании п. 1 ст. 365 ГК РФ.

ной массы), чем условное требование номиналом в 1000 условных единиц, но с отдаленной перспективой наступления условия (внимания не заслуживает). Очевидно, это сделано для того, чтобы не затягивать и без того долгий процесс банкротства. Как отмечается в литературе, банкротное производство должно, конечно не в ущерб основным его целям, быть по возможности быстрым, так как это в интересах и кредиторов (составляющее конкурсную массу имущество со временем теряет в цене), и должника (пока идет производство, его руки связаны), и государства (чем дольше процесс, тем больше административных издержек)²⁶.

Но справедлив ли такой подход в отношении условного кредитора, требование которого хотя и имеет отдаленную перспективу возникновения, но по своему номиналу огромно? Безусловно, нет. Как мы не устаем повторять, имущественная ценность шанса, которым обладает условный кредитор до разрешения отлагательного условия, определяется двумя факторами: она зависит не только от вероятности (или отдаленности) наступления условия, но и от цены возможного будущего требования. Последняя, в свою очередь, зависит, несомненно, и от номинала такого требования. Поэтому формулировка немецкого закона (если возможность наступления условия представляется столь отдаленной, что требование не имеет никакой имущественной ценности) априори порочна. Если возможность наступления отлагательного условия маловероятна или отдаленна, это еще не означает, что условное требование не имеет никакой имущественной ценности.

Для лучшего понимания представим договор купли-продажи картины неизвестного художника. Допустим, картина продается за 1000 условных единиц. При этом в договоре есть пункты (на тот случай, если впоследствии выяснится, что картина принадлежит кисти какого-либо всемирно известного художника), обязывающие покупателя выплатить продавцу дополнительное вознаграждение (а) в размере 30 тыс. условных единиц, если рыночная цена картины в течение последующих десяти лет достигнет отметки в 100 тыс. условных единиц, и (б) в размере 300 тыс. условных

единиц, если ее рыночная цена в течение указанного срока достигнет отметки в 1 млн условных единиц. Через два года после заключения данного договора выяснилось, что картина принадлежит кисти всемирно известного художника эпохи Возрождения. Рыночная цена картины сразу же подскочила до 900 тыс. условных единиц, покупатель доплатил продавцу предусмотренные в таком случае 30 тыс. условных единиц. Еще через три года покупатель подал заявление о своем банкротстве. До окончательного распределения конкурсной массы прошел еще один год. В этот момент рыночная цена картины составляет 950 тыс. условных единиц.

Если руководствоваться немецким Законом о несостоятельности, условное требование продавца номиналом в 300 тыс. условных единиц, заявленное в деле о банкротстве покупателя, не имеет никакой имущественной ценности ввиду отдаленности возможного наступления отлагательного условия (ожидание его разрешения может затянуться на оставшиеся от десятилетнего срока четыре года), а потому не учитывается при окончательном распределении конкурсной массы. Соответственно, продавец при таком раскладе останется ни с чем, хотя (а) его условное требование может быть самым большим по своему номиналу среди всех кредиторов покупателя, (б) вероятность наступления отлагательного условия в виде роста рыночной цены картины с 950 тыс. до 1 млн условных единиц в течение оставшихся четырех лет составляет примерно 50%, поскольку за предыдущие четыре года после установления авторства картины ее рыночная цена так же выросла на 50 тыс. условных единиц. Вопрос о справедливости по отношению к продавцу в данном случае приобретает риторический характер.

Описанная проблема с ущемлением прав условного кредитора возникает из-за несовместимости двух постулатов. Первый: банкротный процесс не должен сильно затягиваться. Второй: условное требование подлежит удовлетворению в деле о банкротстве только в случае наступления отлагательного условия (ожидание разрешения условия может занять долгие годы). Отказываться от первого постулата вряд ли уместно: неразумно продлевать и без того долгий банкротный процесс еще на несколько лет лишь ради того, чтобы дождаться разрешения условия. При этом отлагательное условие может быть сформулировано так, что его разрешение не будет ограничиваться ка-

²⁶ См.: *Kauffman D. Procedures for Estimating Contingent or Unliquidated Claims in Bankruptcy // Stanford Law Review. 1982. № 1. P. 159–160.*



ким-либо отрезком времени, т.е. ожидать разрешения условия можно бесконечно долго.

А вот от второго постулата можно отказаться. Ранее, повторимся, мы пришли к выводу о том, что имущественное положение сторон условно-отлагательного обязательства нужно рассматривать не только с точки зрения возможного будущего требования, но и с точки зрения уже наличествующих шанса условного кредитора и риска условного должника, имеющих *самостоятельную* имущественную ценность. Еще ранее мы пришли к выводу о *принципиальной объектоспособности шансов/рисков*²⁷. Такой подход позволяет не ждать неразумно долго разрешения условия и одновременно избежать несправедливого ущемления прав условного кредитора в деле о банкротстве.

Другими словами, если ожидание разрешения отлагательного условия может чрезмерно затянуть ведение банкротного дела, суд должен по заявлению условного кредитора и помимо воли других заинтересованных лиц дать денежную оценку шансу условного кредитора (соответственно, риску условного должника) и в соответствующей сумме учитывать уже безусловное требование некогда условного кредитора при распределении конкурсной массы.

Такая денежная оценка должна равняться произведению номинала условного требования и вероятности наступления отлагательного условия (как ее определил суд на основании доводов заинтересованных лиц). Так, в примере с картиной шанс/риск должен быть оценен примерно в 150 тыс. условных единиц. Аналогичное решение, пусть с поправкой на неравнозначность англосаксонского *contingent claim* и российского (романо-германского) «условное требование», а также без упоминания шанса/риска, предусмотрено § 502 (c) (1) раздела 11 «Банкротство» Свода законов США (*US Code*). Важно понимать, что указанный подход с денежной оценкой шанса/риска подразумевает удовлетворение (частичное ввиду банкротства) требования некогда условного кредитора *независимо от последующего наступления или ненаступления условия*, т.е. такое удовлетворение должно оставаться в силе

даже в том случае, если впоследствии отлагательное условие отпадет.

А.Г. Карапетов, рассуждая о риске вечной подвешенности, отмечает, что «разумные участники оборота решают эту проблему, включая в договор (одностороннюю сделку) механизм разрешения неопределенности по прошествии четко зафиксированного срока»²⁸. И в примере с картиной стороны, в принципе, могли бы предусмотреть решение на случай банкротства покупателя (условного должника) — например, установить, что в такой ситуации продавцу должна доплачиваться одна треть от разницы между ценой картины на момент банкротства и первоначальной ценой (конечно, если эта разница положительна). «Если стороны не оказались столь дальновидными и не позаботились о том или ином варианте прекращения состояния подвешенности, право должно вмешаться и, восполнив пробел в договоре, исключить вечную неопределенность»²⁹. И далее: «Механизм этого вмешательства судов может быть разным»³⁰. Выше мы как раз и предложили механизм такого вмешательства на случай, когда ожидание разрешения отлагательного условия может чрезмерно затянуть дело о банкротстве условного должника.

Возможна и обратная ситуация, когда банкротится условный кредитор. При традиционном подходе здесь возникает та же дилемма: или ожидать бесконечно долго разрешения условия, тем самым затягивая и без того долгий банкротный процесс, или оставить банкротящегося условного кредитора без удовлетворения по его условному требованию, тем самым недополучив столь нужное имущество в конкурсную массу. Согласно же предлагаемому нами подходу необходимо произвести денежную оценку шанса банкротящегося условного кредитора (соответственно, риска условного должника). Однако в российских правовых реалиях сделать это в ситуации с банкротящимся условным кредитором гораздо сложнее, чем в ситуации с банкротящимся условным должником.

Дело в том, что условное требование к банкротящемуся условному должнику рассматривается судом, ведущим дело о банкротстве и знающим все обстоя-

²⁷ См.: Валиев Р.Р. Распоряжение потенциальными возможностями (шансами), возникающими из условно-отлагательных сделок // Законодательство. 2012. № 2. С. 19–28.

²⁸ Карапетов А.Г. Условные права и обязанности... С. 96.

²⁹ Там же.

³⁰ Там же.

тельства данного дела, в том числе то, что оно может чрезмерно затянуться, если ждать разрешения условия. В ситуации же с банкротящимся условным кредитором его условное требование к условному должнику рассматривается за рамками банкротного дела, в том числе, возможно, судом общей юрисдикции. Если денежную оценку условного требования в рамках дела о банкротстве, несмотря на отсутствие соответствующего регулирования, еще можно представить на практике, имея в виду в том числе иностранный опыт, то представить, что сторонний суд, даже если удастся убедить его в том, что (а) ожидание разрешения условия чрезмерно затянет банкротное дело, (б) шанс имеет самостоятельную (независимую от наступления или ненаступления условия) имущественную ценность, взыщет с условного должника какую-то сумму (пусть и намного меньшую, чем номинал условного требования) до наступления отлагательного условия, крайне сложно.

Тем не менее мы сейчас говорим о политике рассматриваемой проблемы, т.е. о том, каким регулирование должно быть.

De lege ferenda у суда, рассматривающего дело о банкротстве условного должника, должно быть право дать денежную оценку шансу/рisku, т.е. преобразовать условное требование в безусловное меньшего размера. А раз мы даем такое право банкротному суду, совершенно нелогично отказывать в таком праве суду стороннему.

Теоретически можно, конечно, представить законодательную норму, предусматривающую, что если дело касается условного требования, оно как в ситуации с банкротящимся условным должником, так и в ситуации с банкротящимся условным кредитором должно рассматриваться судом, ведущим дело о банкротстве. Но устанавливать такое регулирование только ради условных требований, довольно редко остающихся в подвешенном состоянии вплоть до распределения конкурсной массы, вряд ли разумно, тем более что во второй ситуации это сильно ущемляет права условного должника в плане территориальной подсудности. Поэтому *de lege ferenda* преобразование условного требования в безусловное меньшего размера — естественно, только в случае, если ожидание разрешения отлагательного условия может чрезмерно затянуть ведение банкротного дела, — должно производиться

и сторонним судом в ситуации банкротства условного кредитора (по заявлению конкурсного управляющего и независимо от воли условного должника на основе, конечно, состязательности сторон).

Есть, правда, и альтернативный вариант. Так, А.Г. Карапетов предлагает реализовывать с торгов принадлежащее банкротящемуся кредитору «условное правопритязание с немедленным правовым эффектом» (в нашей терминологии — шанс)³¹. «Было бы странно, — отмечает автор, — не включать такое условное притязание в конкурсную массу и не продавать его с торгов третьим лицам именно в режиме распоряжения условным правом с немедленным распорядительным эффектом и заменой кредитора в правоотношении, связанном с ожиданием наступления отлагательного условия. Видимо, возможно обращение взыскания на такое особое имущественное право по долгам этого кредитора и вне рамок дела о банкротстве»³².

Что касается реализации шанса с торгов вообще, безотносительно к банкротству условного кредитора, то она вряд ли уместна ввиду следующего. Если в отношении условного кредитора возбуждается исполнительное производство, реализации должно подлежать иное, помимо принадлежащего ему шанса, имеющееся у него имущество. Если же такого иного имущества недостаточно для удовлетворения требований кредиторов, кто-то из них может подать заявление о банкротстве условного кредитора. И тогда, если отлагательное условие чрезмерно затягивает банкротное дело, сторонний суд должен быть вправе преобразовать условное требование в безусловное меньшего размера (оценить шанс). Средства, вырученные от реализации такого безусловного требования, попадают в конкурсную массу и удовлетворяют (частично) требования кредиторов. Другими словами, недопустимость реализации шанса с торгов не ущемляет прав кредиторов условного кредитора, так как они в конечном итоге получают имущественную ценность шанса через преобразование его в безусловное требование меньшего номинала.

Если рассуждать о реализации шанса с торгов в строго единственном случае банкротства условного кредитора, то мы против даже такого осторожного решения.

³¹ Карапетов А.Г. Условные права и обязанности... С. 110–111.

³² Там же. С. 111.



Лучше оставить условное требование делом двоих — условного кредитора и условного должника, не выводя его за рамки их отношений. Торги же подразумевают неопределенный круг третьих лиц и, следовательно, оставляют место для различного рода злоупотреблений, *учитывая в том числе ограниченную оборотоспособность шансов*³³. К тому же предлагаемый нами вариант с преобразованием шанса в безусловное требование меньшего номинала легче в своей практической осуществимости и потребует меньших изменений в законодательстве, чем вариант с реализацией шанса с торгов, пусть и только в том случае, если речь идет о банкротстве условного кредитора.

Таким образом, вторая ситуация, в которой шансы/риски из условно-отлагательных обязательств могут проявлять свою недоговорную объектоспособность, связана с банкротством, причем как условного должника, так и условного кредитора.

3

Ликвидация юридического лица (в *небанкротном* порядке), так же как и банкротство, является некой конечной станцией, где условный кредитор может получить имущественную ценность шанса, а потому логично проанализировать с этой точки зрения и ее.

Сначала рассмотрим вариант ликвидации условного должника. Как и в случае с банкротством, регулирование ликвидации касается лишь срочных обязательств ликвидируемого лица: с момента принятия решения о ликвидации срок исполнения его обязательств перед кредиторами считается наступившим (п. 4 ст. 61 ГК РФ). Фиктивно считать в этом случае условие наступившим, конечно, недопустимо. Г.Ф. Шершеневич отмечал по этому поводу (правда, применительно к банкротству) следующее: «При срочном обязательстве кредитор имеет несомненное право в момент установления его, вопрос только в том, когда это право осуществится. Такой уверенности не существует в условном обязательстве, осуществление которого зависит от постороннего обстоятельства. Поэтому невозможно признать за обладателем условного требо-

вания тех же прав, какие признаются за срочным требованием»³⁴. Соответственно, как и при банкротстве, возникает дилемма: или бесконечно долгое ожидание разрешения отлагательного условия, или оставление условного кредитора без какого-либо удовлетворения.

Здесь нужно различать добровольную и принудительную ликвидацию. Добровольная ликвидация условного должника до разрешения отлагательного условия и без выплаты условному кредитору номинальной стоимости условного требования, несомненно, должна признаваться незаконной³⁵. Если условный должник так сильно желает ликвидироваться, пусть тогда удовлетворит условное требование по номиналу. Если же он не желает платить по номиналу, пусть тогда и ликвидируется, а ждет разрешения условия, так как нужно было отдавать себе отчет в том, на каких условиях принимаешь на себя обязательство (что ожидание разрешения условия может занять неопределенно долгое время).

Есть и другой вариант (впрочем, как и при банкротстве и в других рассматриваемых в настоящей статье случаях): договориться с условным кредитором о новации условного требования в безусловное меньшего размера или об отступном меньшей, чем номинал условного требования, стоимости. Но мы в рамках настоящей статьи исследуем только недоговорные проявления объектоспособности шансов/рисков из условно-отлагательных обязательств.

В случае принудительной ликвидации условного должника дело обстоит принципиально иначе. Недопустимо ждать разрешения отлагательного условия, если условный должник был зарегистрирован с грубыми и неустраняемыми нарушениями закона, либо осуществляет свою деятельность без лицензии, либо осуществляет деятельность, запрещенную законом, или с другими неоднократными или грубыми нарушениями закона (п. 3 ст. 61 ГК РФ). Но тем более недопустимо оставлять условного кредитора без какого бы то ни было удовлетворения. Поэтому, так же как и при банкротстве условного должника, *суд в том случае, если ожидание разрешения усло-*

³⁴ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 200.

³⁵ Такая ликвидация вполне может быть квалифицирована по ст. 159 Уголовного кодекса Российской Федерации, если условие впоследствии наступит.

³³ См.: Валиев Р.Р. Имущественное положение сторон... С. 174–175.

вия чрезмерно затягивает ликвидационный процесс, должен дать денежную оценку шансу условного кредитора, т.е. преобразовать его условное требование в безусловное меньшего размера. Правда, рассматриваться такой преобразовательный иск условного кредитора будет не в том же деле, в котором рассматривается иск о ликвидации условного должника, что создает дополнительные проблемы в плане практической реализации такого иска в российских правовых реалиях. Однако *de lege ferenda* предъявление и удовлетворение такого иска должно признаваться возможным.

Теперь рассмотрим вариант ликвидации условного кредитора. Также разобьем его на два подварианта: добровольную и принудительную ликвидацию. В случае с добровольной ликвидацией все просто: условный кредитор ликвидируется по собственному желанию, понимая, что у него осталось нереализованное условное требование. Значит, его это устраивает, условное обязательство прекращается на основании ст. 419 ГК РФ.

При принудительной ликвидации условного кредитора ситуация немного усложняется, но все же остается довольно простой. Большинство случаев, предусмотренных п. 3 ст. 61 ГК РФ, являются своего рода санкцией за те или иные неправомерные действия. В них предоставление ликвидируемому условному кредитору привилегии в виде возможности частичного удовлетворения условного требования до наступления отлагательного условия вряд ли справедливо. Ведь право не должно поощрять неправомерное поведение. Что же касается подп. 5 п. 3 ст. 61 ГК РФ, под которым понимаются, в частности, ситуации корпоративного конфликта или уклонения некоторых участников юридического лица от участия в нем³⁶, то предоставление такой привилегии выглядит неразумно, поскольку сами участники условного кредитора, пусть и не всегда неправомерными действиями, довели ситуацию до ликвидации.

Стоит также отметить, что небанкротная ликвидация условного кредитора отличается от его банкротства

тем, что предполагает достаточность имущества условного кредитора для удовлетворения требований своих кредиторов даже в случае, если условный кредитор не получит имущественную ценность своего шанса. Другими словами, права кредиторов условного кредитора не нарушаются в случае его ликвидации. В том числе поэтому при ликвидации условного кредитора (в отличие от его банкротства) условное требование не должно преобразовываться в безусловное меньшего размера.

Мы видим, что из четырех случаев ликвидации (добровольная и принудительная ликвидация условного должника и добровольная и принудительная ликвидация условного кредитора) лишь в одном, а именно при принудительной ликвидации условного должника, суду *de lege ferenda* должно быть дано право произвести денежную оценку условного требования, т.е. преобразовать его в безусловное требование меньшего размера.

||| Таким образом, третья ситуация, в которой шансы/риски из условно-отлагательных обязательств могут проявлять свою недоговорную объектоспособность, связана с принудительной (небанкротной) ликвидацией условного должника.

4

Статья 3-810 (b) Единообразного наследственного кодекса США (*Uniform Probate Code*) предусматривает два варианта действий, если требование кредитора наследодателя носит условный характер: либо кредитору наследодателя наследниками или другими лицами предоставляется обеспечение того или иного рода (покрывающее номинал такого требования) на случай возможного в будущем наступления отлагательного условия, либо, *если кредитор согласен*, ему (независимо от наступления или ненаступления условия в будущем) может быть выплачена действительная (фактическая) или согласованная стоимость требования (читай: шанса) с учетом неопределенности последнего (которая, очевидно, будет меньше номинала). В данном случае мы имеем дело с договорным проявлением объектоспособности шансов/рисков из условно-отлагательных обязательств. Стоит ли российскому

³⁶ См.: п. 29 Постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».



законодателю заимствовать данную норму с поправкой о возможности недоговорного (принудительного) преобразования условного требования кредитора наследодателя в безусловное меньшего размера?

Чтобы ответить на этот вопрос, нужно понимать принципиальную разницу между ликвидацией и банкротством, с одной стороны, и смертью — с другой. Ликвидация юридического лица влечет его прекращение без перехода в порядке универсального правопреемства его прав и обязанностей к другим лицам (п. 1 ст. 61 ГК РФ). Обязательство по общему правилу прекращается ликвидацией юридического лица (ст. 419 ГК РФ). При банкротстве же требования кредиторов, не удовлетворенные по причине недостаточности имущества должника, считаются погашенными (п. 9 ст. 142 Закона о банкротстве). Ликвидация и банкротство являются, как мы говорили, конечными станциями, на которых кредиторы могут удовлетворить свои требования.

Наследование, в свою очередь, подразумевает универсальное правопреемство. Обязательство по общему правилу не прекращается ни смертью должника, ни смертью кредитора (ст. 418 ГК РФ). Наследники, принявшие наследство, отвечают по долгам наследодателя солидарно — разумеется, в пределах стоимости перешедшего к ним наследственного имущества (п. 1 ст. 1175 ГК РФ). Даже если отсутствуют наследники как по закону, так и по завещанию, либо никто из наследников не имеет права наследовать или все наследники отстранены от наследования, либо никто из наследников не принял наследства, либо все наследники отказались от наследства и при этом никто из них не указал, что отказывается в пользу другого наследника, имущество умершего считается выморочным и переходит в зависимости от его вида Российской Федерации или иным публично-правовым образованиям (п. 1 и 2 ст. 1151 ГК РФ). При этом каких-либо исключений в плане ответственности по долгам наследодателя ни для Российской Федерации, ни для иных публично-правовых образований не сделано³⁷.

Если в случаях с банкротством и принудительной ликвидацией условного должника чрезмерное ожидание разрешения отлагательного условия невозможно, в том числе из-за того, что это конечные станции, то в ситуации с наследованием такое ожидание вполне допустимо, так как условный долг наследодателя (условного должника) никуда не исчезает, а переходит к правопреемникам. К правопреемникам переходит и условное требование в случае смерти условного кредитора. Поэтому в обоих случаях наследования нет необходимости во введении в российское законодательство положения о возможности принудительного (помимо воли как минимум одной из сторон) преобразования условного требования в безусловное меньшего размера.

Более того, учитывая возможность сколь угодно долго ожидать разрешения отлагательного условия, такое принудительное преобразование при наследовании будет нарушать права условного кредитора (его правопреемников) в случае последующего наступления условия или условного должника (его правопреемников) в случае последующего отпадения условия. *Добровольное же преобразование допустимо и de lege lata.*

Аналогична наследованию ситуация с реорганизацией юридического лица. Последняя также подразумевает универсальное правопреемство (ст. 58 ГК РФ). В случае реорганизации в форме разделения и выделения передаточный акт должен содержать положения о правопреемстве по всем обязательствам реорганизованного юридического лица в отношении всех его кредиторов и должников, а также порядок определения правопреемства в связи с в том числе возникновением прав и обязанностей реорганизуемого юридического лица, которое может произойти после даты, на которую составлен передаточный акт (п. 1 ст. 59 ГК РФ). Таким образом, условное обязательство так же, как и в случае с наследованием, никуда не исчезает, а переходит к правопреемникам. Следовательно, и при реорганизации вполне допустимо сколь угодно долгое ожидание разрешения отлагательного условия. Соответственно, в данном случае опять же нет необходимости во введении в российское законодательство положения о возможности принудительного преобразования условного требования в безусловное меньшего размера.

³⁷ См.: абз. 1 п. 60 Постановления Пленума ВС РФ от 29.05.2012 № 9 «О судебной практике по делам о наследовании».

Тем не менее и в случае наследования, и в случае реорганизации шансы/риски из условно-отлагательных обязательств de lege lata проявляют свою недоговорную объектоспособность.

Общепризнано, что условно-отлагательные обязательства переходят по наследству³⁸. Для этого существуют как минимум три способа обоснования. Первый, самый древний и самый экстравагантный, применялся в римском праве. Римские юристы обосновывали наследуемость условных обязательств (и обходили таким образом правило о недопустимости *ab heredis persona incipere obligationem*, согласно которому сделка, устанавливающая обязательство не для самого ее участника, а для его наследника, являлась ничтожной), считая условную сделку совершенной только в момент наступления условия³⁹. Не углубляясь излишне в данную довольно простую тему, отметим лишь, что в настоящее время почти не осталось ученых, разделяющих позицию римских юристов в вопросе момента совершения условной сделки⁴⁰.

Второй способ основывается на обратном действии наступления отлагательного условия. Так в свое время поступал еще Р.Ж. Потье⁴¹. Статья 1179 дореформенного⁴² Гражданского кодекса Франции (далее — ФГК) также давала повод для такой логики: первое ее предложение было посвящено обратному действию

наступления условия, второе — переходу к наследникам прав кредитора, умершего до наступления условия. С отменой в качестве общего правила принципа обратного действия наступления отлагательного условия ст. 1304-6 ФГК такой способ не годится даже для Франции. Для России он тем более неприменим в качестве общего правила.

Остается третий способ, который, собственно, и является верным: признать, что по наследству переходит не возможное будущее обязательство, а именно шансы/риски, наличествующие у сторон условно-отлагательной обязательственной сделки еще до наступления условия, так как не может перейти по наследству то, чего еще нет. Обязательство возникает сразу на наследнике из перешедшего к нему шанса/риска.

Все сказанное применимо и к реорганизации юридического лица.

Таким образом, четвертая ситуация, в которой шансы/риски из условно-отлагательных обязательств не просто могут, а de lege lata проявляют свою недоговорную объектоспособность, связана с универсальным правопреемством — как на активной, так и на пассивной стороне условно-отлагательного обязательства.

5

Выше мы уже цитировали мнение А.Г. Карапетова о необходимости вмешательства права для исключения вечной подвешенности сторон условно-отлагательного обязательства. Еще одна цитата: «Вечная договорная и связывающая стороны конструкция без права вырваться из такой связи (тем более заставляющая стороны вечно находиться в ожидании наступления условия и возникновения правоотношения) — это абсолютная и противная праву аномалия. Соответственно, при отсутствии каких-либо указаний на предельный срок ожидания наступления условия суд должен вводить подразумеваемое положение о разумном сроке»⁴³. Действительно ли в этом вопросе нужно быть настолько категоричным?

³⁸ См., напр.: Барон Ю. Система римского гражданского права: в 6 кн. СПб., 2005. С. 171; Виндшейд Б. Учебник пандектного права. Т. 1. Общая часть. СПб., 1874. С. 211; Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Т. I. Часть общая. СПб., 1911. С. 766; Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность / Курс советского гражданского права. М., 1954. С. 50.

³⁹ См.: Flume W. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft. Berlin, 1975. S. 689–690.

⁴⁰ Единственное известное нам исключение — Д.О. Тузов (см. об этом подробнее, в том числе критику такого подхода: Громов С.А. Спорные аспекты учения об условных сделках // Сделки: проблемы теории и практики: сб. ст. / отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2008. С. 256–258; Рудоквас А.Д. Opus magnum: монографии Д.О. Тузова о недействительности сделок в гражданском праве // Вестник гражданского права. 2009. № 2. С. 296–298). Содержащаяся в п. 2 ст. 61.1 Закона о банкротстве фикция предусмотрена только для целей этого закона (см. об этом: Карапетов А.Г. Условные права и обязанности... С. 78), а потому лишь подтверждает господствующее мнение.

⁴¹ Pothier R.J. A Treatise on the Law of Obligations, Or Contracts. Vol. I. London, 1806. P. 127.

⁴² Имеется в виду реформа общей части обязательственного права 2016 г.

⁴³ Карапетов А.Г. Условные права и обязанности... С. 99.



Нам представляется, что нет. Вернемся к примеру с куплей-продажей картины неизвестного художника. Особенности ценообразования в сфере искусства таковы, что зачастую невозможно или по крайней мере очень сложно спрогнозировать, сколько будет стоить тот или иной предмет искусства через десять, двадцать, тридцать и т.д. лет, тем более если его авторство неизвестно. В такой ситуации вполне логично предусмотреть в договоре купли-продажи доплату, которая может быть на несколько порядков выше первоначальной цены картины, на случай резкого повышения ее цены в течение десяти, двадцати, тридцати и т.д. лет. Логичным будет и условие о доплате в виде определенного процента от разницы между ценой, по которой покупатель перепродает картину третьему лицу, и первоначальной ее ценой. Такая перепродажа может случиться в течение всей жизни покупателя. Можно также привести пример трансферного рынка подающих надежды молодых талантов в том или ином командном виде спорта. Через пять — семь лет такой талант может превратиться в звезду мирового спорта с соответствующим увеличением его стоимости на трансферном рынке в сотни, а то и в тысячи раз. В этой сфере договорные условия о вечной или как минимум очень долгой подвешенности также представляются вполне логичными. Так просто взять и объявить в подобных случаях отлагательное условие отпавшим ввиду истечения разумного срока ожидания его разрешения — крайне несправедливое по отношению к условному кредитору решение.

Поэтому *сама по себе* долгая или даже вечная подвешенность не является «противной праву аномалией». Другое дело, что такая ситуация, как мы показали выше, может осложняться другими факторами, например не терпящим долгого ожидания ликвидационным, в том числе банкротным, процессом, которые перевешивают прямо выраженную волю сторон условно-отлагательного обязательства на установление долгой или вечной подвешенности. Среди таких факторов могут быть и застрявшие в режиме долгой или вечной подвешенности третьи по отношению к условно-отлагательному обязательству лица. В ситуации с банкротством это не терпящие долгого ожидания кредиторы условного должника или условного кредитора.

Может ли быть еще одним таким фактором застрявшее в режиме долгой или вечной подвешенности имущество? В предыдущей нашей статье мы уже

вскользь упоминали о преждевременном (до наступления отлагательного условия) исполнении, которое в определенном случае не может быть истребовано обратно по правилам о неосновательном обогащении⁴⁴. Похожие ситуации могут возникнуть в случае преждевременной выдачи задатка, преждевременно-го внесения обеспечительного платежа. Тем более не может быть возвращено как неосновательное обогащение заложенное условным должником или третьим лицом до наступления отлагательного условия имущества. Стоит ли в таких ситуациях давать условному должнику или третьему лицу, предоставившему залог, право требовать принудительного преобразования условного обязательства в безусловное меньшего размера для вызволения своего застрявшего надолго или навечно имущества? Думается, нет, поскольку имущество застряло по их собственной воле.

Но что делать, если имущество застревает в режиме долгой или вечной подвешенности не по воле лица, у которого есть права на такое имущество? Такая ситуация может возникнуть в случае, если обращение взыскания по безусловному требованию, обеспеченному последующим залогом, опережает наступление отлагательного условия, т.е. возникновение требования, обеспеченного предшествующим залогом.

Согласно п. 6 ст. 342.1 ГК РФ в случае обращения взыскания на заложенное имущество по требованиям, обеспеченным последующим залогом, предшествующий залогодержатель вправе потребовать одновременно досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства и обращения взыскания на это имущество. Однако в нашем случае отлагательное условие еще не наступило, обеспечиваемое требование предшествующего залогодержателя еще не возникло. Он не вправе требовать досрочного исполнения обязательства, так как оно попросту не существует и может никогда и не возникнуть. Других непосредственно применимых к нашему случаю статей в ГК РФ нет, из чего складывается впечатление, что законодатель в такой ситуации отдает предпочтение последующим залогодержателям.

Другой вариант решения проблемы предлагал в свое время Л.В. Гантовер, который применительно к

⁴⁴ См.: Валиев Р.Р. Имущественное положение сторон... С. 168.

кредитному залогу, т.е. обеспечивающему будущее требование, отмечал: «...является необходимость предусмотреть в законе, как поступать, когда требование еще не возникло, а между тем имение, на котором числится кредитный залог, подвергнется публичной продаже. Необходимость эта обязательна, очевидно, в одинаковой мере для всякого законодательства, все равно, строит ли оно свои постановления, относящиеся к залоговому праву, на началах, присущих ипотечной системе, или нет. Между тем наше законодательство проходит этот вопрос совершенным молчанием. В виду того, что в данном случае у кредитора еще нет требования, подлежащего удовлетворению из имения, хотя в то же время оно может возникнуть, необходимо оградить права кредитора, на случай будущего возникновения требования, удержанием суммы, в которой кредитный залог установлен, из денег, вырученных за имение, и указать порядок хранения этой суммы, впредь до наступления права на получение удовлетворения»⁴⁵. Л.В. Гантовер, таким образом, отдает преимущество предшествующему залогодержателю.

Нам представляется, что категоричность (преимущество либо всегда независимо от нюансов конкретной ситуации за последующими залогодержателями, либо всегда за предшествующим условным залогодержателем) в рассматриваемом нами случае явно неуместна. С одной стороны, желание предшествующего условного залогодержателя заранее обеспечить свое возможное будущее требование, в том числе с целью получения приоритета, вполне естественно. С другой стороны, столь же естественно нежелание последую-

щих залогодержателей ожидать, возможно бесконечно долго, разрешения отлагательного условия, учитывая тем более, что предмет залога с течением времени может сильно потерять в цене. Отдавая предпочтение какой-либо одной стороне, мы неизбежно ущемляем интересы другой. Получается, что необходимо более тонкое юридическое решение, учитывающее нюансы каждой конкретной ситуации.

Очевидно, *поиск такого решения нужно начать с вопроса о добросовестности последующих залогодержателей*. Согласно абз. 2 п. 1 ст. 342.1 ГК РФ независимо от момента возникновения залога, если будет доказано, что залогодержатель на момент заключения договора или на момент возникновения обстоятельств, с которыми закон связывает возникновение залога, знал или должен был знать о наличии предшествующего залогодержателя, требования такого предшествующего залогодержателя удовлетворяются преимущественно. Не существует каких-либо веских причин не толковать данную норму расширительно: она должна покрывать и тот случай, когда предшествующий залогодержатель является условным. Если залогодержатель, следующий по рангу за условным залогодержателем, недобросовестен по отношению к нему (знал или должен был знать о его наличии), т.е. если заложенное имущество, на которое он имеет права, застряло в риске долгой или вечной подвешенности по его собственной воле, то требования условного залогодержателя независимо от остальных обстоятельств той или иной конкретной ситуации должны иметь приоритет.

На данный приоритет не может повлиять даже то обстоятельство, что следующие за первым безусловным залогодержателем второй, третий и т.д. безусловные залогодержатели являются добросовестными по отношению к условному залогодержателю (не знали и не должны были знать о его наличии), так как они в любом случае не могут удовлетворить свои требования раньше первого (недобросовестного по отношению к условному) безусловного залогодержателя, который, в свою очередь, не может удовлетворить свои требования раньше условного залогодержателя. Другими словами, первым критерием в деле установления приоритета в рассматриваемом нами случае является добросовестность или недобросовестность именно первого следующего за условным безусловного залогодержателя. Если он недобросовестен, приоритет

⁴⁵ Гантовер Л.В. Залоговое право. Объяснения к положениям главы IV раздела I проекта Ветчинного устава. СПб., 1890. С. 439–440. Применительно непосредственно к условному обязательству аналогичное решение находим у В. Голевинского: «В случае обеспечения (условного. — Р.В.) обязательства ипотекою, веритель может требовать, чтобы при распределении суммы, вырученной за имение, было признано старшинство за ожидаемым долговым его требованием по порядку ипотечных статей, с назначением в его пользу соответственной суммы из цены имения, для произведения уплаты по обязательству, на случай если условие осуществится. Следующие ипотечные верители, даже безусловные, будут удовлетворены только после верителя, хотя и условного, но прежде их записанного по ипотеке, и только в случае ненаступления условия, им будет принадлежать назначенная в пользу условного верителя часть суммы, вырученной за имение» (Голевинский В. О происхождении и делении обязательств. Варшава, 1872. С. 187–188).



в любом случае за условным залогодержателем, все остальные безусловные залогодержатели ожидают, возможно даже бесконечно долго, разрешения отлагательного условия.

Кому отдать приоритет, если первый следующий за условным безусловный залогодержатель добросовестен, т.е. если заложенное имущество, на которое он имеет права, застряло в риске долгой или вечной подвешенности не по его воле? Для ответа на этот вопрос нужно сначала понять, как вообще предшествующий условный залогодержатель может уберечь себя от риска опережающего обращения взыскания на заложенное имущество последующими залогодержателями.

Пункт 2 ст. 342 ГК РФ в дореформенной редакции предусматривал возможность запретить последующий залог предшествующим договором о залоге. Судебная практика в итоге пришла к тому, что последующий залог, установленный в нарушение такого договорного запрета, является действительным, при этом предшествующий залогодержатель вправе потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства, а если его требование не будет удовлетворено, — обратиться взыскание на предмет залога (подп. 1 п. 2 ст. 351 ГК РФ в дореформенной редакции)⁴⁶.

В литературе высказывалась точка зрения, что и послереформенная редакция ГК РФ позволяет запретить последующий залог предшествующим договором о залоге, в том числе путем закрепления в таком договоре необходимости получения согласия предшествующего залогодержателя на установление залогодателем последующего залога⁴⁷. При этом и сейчас последующий залог, установленный в нарушение такого договорного запрета, должен быть действительным, а единственной защитой предшествующего залогодержателя — помимо, конечно, возможности взыскания убытков с залогодателя — остается упомянутое выше право, закреп-

ленное подп. 1 п. 2 ст. 351 ГК РФ⁴⁸, которое в случае с условным предшествующим залогодержателем не может быть реализовано. Таким образом, данный способ защиты никак не помогает предшествующему условному залогодержателю в закреплении его приоритета.

Если в отношении заложенного имущества ведется учет залогов, то предшествующий условный залогодержатель может застолбить за собой приоритет путем учета своего залога в соответствующем реестре (п. 10 ст. 342.1 ГК РФ) — несмотря на то, что по общему правилу абз. 1 п. 1 ст. 342.1 ГК РФ очередность удовлетворения требований залогодержателей устанавливается в зависимости от момента возникновения каждого залога, а согласно п. 3 ст. 341 ГК РФ залог, обеспечивающий будущее (т.е. и условное) обязательство, возникает не ранее возникновения этого обязательства. Но этот способ защиты не имеет универсального характера.

Универсальный способ защиты находим в абз. 2 п. 2 ст. 342 ГК РФ, который позволяет предусмотреть в предшествующем договоре залога условия, на которых может быть заключен последующий договор залога. При этом согласно п. 5 ст. 342 если последующий договор залога заключен с нарушением условий, предусмотренных для него предшествующим договором залога, о чем залогодержатель по последующему договору знал или должен был знать⁴⁹, его требования к залогодателю удовлетворяются с учетом условий предшествующего договора залога. Среди таких условий может быть, например, ограничение суммы, на которую совокупно могут рассчитывать все последующие залогодержатели при удовлетворении своих требований из стоимости заложенного имущества. Подобное условие при определенных обстоятельствах может уберечь предшествующего условного залогодержателя от риска неполучения полного удовлетворения своего возможного будущего требования из стоимости заложенного имущества. Нас, однако, интересует риск опережающего обращения взыскания на заложенное имущество последующими залогодер-

⁴⁶ См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 08.12.2009 № 10683/09.

⁴⁷ См. об этом подробнее: Бевзенко Р.С. Обеспечение обязательств (залог, поручительство, гарантия): сб. публикаций. М., 2015. С. 451–452.

⁴⁸ См. там же. С. 454–455.

⁴⁹ Добросовестность/недобросовестность в данном случае, так же как и в абз. 2 п. 1 ст. 342.1 ГК РФ, должна пониматься как знание или незнание самого факта наличия предшествующего договора залога, а не его условий (см. об этом подробнее там же. С. 453–454).

жателями. *В связи с этим условный залогодержатель может включить в договор с залогодателем пункт о том, что последующие залогодержатели не вправе обращать взыскание на заложенное имущество ранее разрешения отлагательного условия.*

Как мы видим, у предшествующего условного залогодержателя есть универсальный инструмент для минимизации риска опережающего обращения взыскания последующими залогодержателями. Поэтому если он как разумный участник оборота не воспользовался этим инструментом, то справедливым решением в ситуации добросовестности первого следующего за условным безусловного залогодержателя будет отдать приоритет такому добросовестному безусловному залогодержателю.

Кто в такой ситуации будет вторым по рангу, соответственно, зависит от добросовестности или недобросовестности по отношению к условному залогодержателю следующего за первым безусловным залогодержателем второго безусловного залогодержателя. Если он добросовестен по отношению к условному залогодержателю (добросовестность или недобросовестность по отношению к первому безусловному залогодержателю не имеет значения), то он будет вторым по рангу, а условный залогодержатель — третьим. Если нет, то наоборот: второму безусловному залогодержателю придется ожидать разрешения отлагательного условия.

Наконец, самая интересная ситуация возникает тогда, когда предшествующий условный залогодержатель воспользовался вышеуказанным универсальным инструментом (предметом залога в нашем случае является имущество, в отношении которого не ведется учет залогов⁵⁰), но следующий за ним безусловный залогодержатель является добросовестным по отношению к нему.

⁵⁰ Если предмет залога является имуществом, в отношении которого такой учет ведется, и при этом предшествующий условный залогодержатель не воспользовался правом преимущественно учесть свой залог, то приоритет, как и в случае с вышеуказанным универсальным инструментом, должен быть, разумеется, у последующего добросовестного залогодержателя.

В такой ситуации отдавать приоритет последующему безусловному залогодержателю, что следовало бы сделать исходя из буквы закона (п. 3 ст. 341, абз. 1 п. 1 и п. 6 ст. 342.1 ГК РФ), не совсем справедливо, учитывая, что предшествующий условный залогодержатель предпринял все доступные ему меры для нивелирования риска опережающего обращения взыскания последующими залогодержателями. Как справедливо отмечает Е.А. Евдокимова, «смысл залога, обеспечивающего будущее требование, как раз-таки и состоит в том, чтобы еще до момента возникновения обеспечиваемого обязательства дать возможность залогодержателю закрепить за собой на будущее преимущественное положение по отношению к иным залогодержателям»⁵¹. Не отдавать же приоритет последующему безусловному залогодержателю только потому, что *de lege lata* у предшествующего условного залогодержателя нет универсального *гарантированного* способа закрепления приоритета за собой. Но не совсем справедливо и отдавать приоритет предшествующему условному залогодержателю, так как последующий безусловный залогодержатель является добросовестным (т.е. заложенное имущество, на которое он имеет права, застряло в риске долгой или вечной подвешенности не по его воле), а бесконечно долгое ожидание им разрешения условия фактически сведет ценность его залогового права к нулю.

В такой патовой ситуации как раз и можно воспользоваться нашей концепцией о самостоятельной имущественной ценности и объектоспособности шансов/рисков из условно-отлагательных обязательств. Другими словами, *de lege ferenda* у последующего безусловного залогодержателя должно быть право на предъявление и удовлетворение иска о денежной оценке условного требования предшествующего залогодержателя, т.е. о преобразовании его условного требования в безусловное меньшего размера (размер этот, как и в других вышеперечисленных случаях, равняется цене шанса/риска на данный конкретный момент времени и определяется на основе состязательности сторон).

⁵¹ Евдокимова Е.А. Старшинство залогов при обеспечении будущих обязательств // Закон. 2015. № 6. С. 72.



Такой преобразовательный иск должен быть удовлетворен судом помимо воли залогодателя (условного должника), поскольку ситуация сложилась подобным образом по его вине. Кроме того, такой иск *по общему правилу* должен быть удовлетворен судом и помимо воли предшествующего условного залогодержателя (условного кредитора). Однако если он делает ставку на наступление отлагательного условия и рассчитывает, таким образом, получить полную номинальную стоимость своего условного требования от условного должника, зная о платежеспособности последнего и без залога, ему ничто не мешает уступить приоритет последующему залогодержателю, оставив за собой целое условное требование. Основанием для отказа в иске может также служить, например, то обстоятельство, что стоимости заложенного имущества хватит на удовлетворение требований обоих залогодержателей. Если такого или иного заслуживающего внимания обстоятельства не имеется и при этом предшествующий условный залогодержатель не желает добровольно уступать свой приоритет, то его условное требование должно преобразовываться в безусловное меньшего размера принудительно.

Таким образом, пятая ситуация, в которой шансы/риски из условно-отлагательных обязательств могут проявлять свою недоговорную объектоспособность, связана со столкновением предшествующего условного залогодержателя, предпринявшего все доступные ему меры для минимизации риска опережающего обращения взыскания на заложенное имущество последующими залогодержателями, и последующего безусловного добросовестного залогодержателя.

Итак, мы показали пять ситуаций, в которых шансы/риски из условно-отлагательных обязательств проявляют *de lege lata* или могут проявлять *de lege ferenda* свою недоговорную объектоспособность. Из этих пяти ситуаций такие шансы/риски проявляют свою недоговорную объектоспособность *de lege lata* только в одной ситуации. Исходя из этого, делаем вывод, что **политика и практика обращения с шансами и рисками из условно-отлагательных обязательств должны быть направлены на расширение сферы недоговорных проявлений объектоспособности таких шансов и рисков.**

REFERENCES

- Baron, Yu. The System of Roman Civil Law in 6 vol. [*Sistema rimskogo grazhdanskogo prava: v 6 kn.*]. Saint Petersburg, 2005. 1102 p.
- Bevzenko, R.S. Collateral Obligations (Pledge, Surety, Guarantee): Collected Publications [*Obespecheniye obyazatel'stv (zalog, poruchitel'stvo, garantiya): sbornik publikatsiy*]. Moscow, 2015. 592 p.
- Ertmann, P. "Creditor's Claim in Tort" [*Prityazaniye obyazatel'stvenno-upravomochennogo litsa o vozmeshchenii vreda*]. Civil Law Review [*Vestnik grazhdanskogo prava*]. 2008. No. 1, available at "ConsultantPlus" Legal Reference System.
- Evdokimova, E.A. "Priority of Security Interests for Future Obligations" [*Starshinstvo zalogov pri obespechenii budushchikh obyazatel'stv*]. Statute [*Zakon*]. 2015. No. 6. P. 70–76.
- Flume, W. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft. Berlin, 1975. 985 p.
- Gambarov, Yu.S. The Course of Civil Law. Vol. 1. General Part [*Kurs grazhdanskogo prava. T. I. Chast' obshchaya*]. Saint Petersburg, 1911. 780 p.
- Gantover, L.V. Mortgage Law. Explanations of the Provisions of Chapter IV, Section I of the Draft Estate Code [*Zalogovoye pravo. Ob'yasneniya k polozheniyam glavy IV razdela I proyekta Votchinnoy ustavy*]. Saint Petersburg, 1890. 773 p.
- Golevinskiy, V. Origin and Division of Obligations [*O proiskhozhdenii i delenii obyazatel'stv*]. Warsaw, 1872. 302 p.
- Grimm, D.D. Lectures on the Dogma of Roman Law. A Handbook for Listeners [*Lektsii po dogme rimskogo prava. Posobiye dlya slushateley*]. Saint Petersburg, 1914. 421 p.
- Gromov, S.A. "Controversial Aspects of the Doctrine of Conditional Transactions" [*Spornyye aspekty ucheniya ob uslovnykh sdelkakh*], in: Rozhkova, M.A. (ed.). Transactions: Problems of Theory and Practice: Collected Papers [*Sdelki: problemy teorii i praktiki: sb. st.*]. Moscow, 2008. P. 255–297.
- Gutnikov, O.V. "Tort Liability for Violation of Relative Rights: Prospects for Development in the Russian Law" [*Deliktная otvetstvennost' za narusheniye otnositel'nykh prav: perspektivy razvitiya v rossiyskom prave*]. Statute [*Zakon*]. 2017. No. 1, available at "ConsultantPlus" Legal Reference System.
- Karapetov, A.G. "Civil Remedies: An Economic Perspective" [*Modeli zashchity grazhdanskikh prav: ekonomicheskij vzglyad*]. Herald of the Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiyskoy Federatsii*]. 2014. No. 12. P. 24–73.
- Karapetov, A.G. "Contingent Rights and Liabilities: Review of Problems with Application of Articles 157 and 327 of

- the Civil Code of the Russian Federation” [Uslovnnyye prava i obyazannosti: obzor problemnykh voprosov primeneniya st. 157 i 327 GK RF]. Herald of the Economic Justice of the Russian Federation [Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiyskoy Federatsii]. 2017. No. 6. P. 71–128.
- Kauffman, D. “Procedures for Estimating Contingent or Unliquidated Claims in Bankruptcy”. Stanford Law Review. 1982. No. 1. P. 153–174.
- Novak, D.V. “Current Payments under Monetary Obligations in Bankruptcy Proceedings” [Tekushchiye platezhi po denezhnym obyazatel'stvam v dele o bankrotstve], in: Vitryanskiy, V.V. (ed.). Insolvency (Bankruptcy): Academic and Practical Commentary on the Novelties of Legislation and Practice of Its Application [Nesostoyatel'nost' (bankrotstvo): Nauchno-prakticheskiy kommentariy novell zakonodatel'stva i praktiki ego primeneniya]. Moscow, 2010. P. 7–26.
- Novitskiy, I.B. Deals. Limitation Period / A Course of Soviet Civil Law [Sdelki. Iskovaya davnost' / Kurs sovetskogo grazhdanskogo prava]. Moscow, 1954. 248 p.
- Pothier, R.J. A Treatise on the Law of Obligations, Or Contracts. Vol. I. London, 1806. 578 p.
- Raykher, V.K. “Absolute and Relative Rights. (To the Problem of Division of Economic Rights). Especially with Regard to Soviet Law” [Absolyutnyye i otnositel'nyye prava. (K probleme deleniya khozyaystvennykh prav). V osobennosti primenitel'no k sovetskomu pravu]. Civil Law Review [Vestnik grazhdanskogo prava]. 2007. No. 2. P. 144–204.
- Rudokvas, A.D. “Opus Magnum: Monographs by D.O. Tuzov on Invalidity of Transactions in Civil Law” [Opus magnum: monografii D.O. Tuzova o nedeystvitel'nosti sdelok v grazhdanskom prave]. Civil Law Review [Vestnik grazhdanskogo prava]. 2009. No. 2. P. 273–321.
- Sayfullin, R.I. Surety and Bankruptcy: The Mutual Relationship of Legal Institutions: A PhD Thesis in Law [Poruchitel'stvo i bankrotstvo: vzaimnaya svyaz' pravovykh institutov: dis. na soiskanie uchenoy stepeni kand. yurid. nauk]. Moscow, 2019. 268 p.
- Shershenevich, G.F. Competition Law [Konkursnoye pravo]. Kazan, 1898. 498 p.
- Sinitsyn, S.A. “Peremptory Defense of Relative Rights: Causes, Consequences and Its Relationship to Conventional Classification of Subjective Rights” [Absolyutnaya zashchita otnositel'nykh prav: prichiny, posledstviya i sootnosheniye s prinyatoy klassifikatsiyey sub"yektivnykh prav]. Civil Law Review [Vestnik grazhdanskogo prava]. 2015. No. 1. P. 7–44.
- Sukhanov, E.A. (ed). Civil Law in 4 vol. Vol. 1: General Part: A Course Book [Grazhdanskoye pravo: ucheb. v 4 t. T. 1: Obshchaya chast']. Moscow, 2008. 736 p.
- Valiev, R.R. “Disposal of Potential Opportunities (Chances) Arising from Conditional Transactions” [Rasporyazheniye potentsial'nymi vozmozhnostyami (shansami), vznikayushchimi iz uslovno-otlagatel'nykh sdelok]. Legislation [Zakonodatel'stvo]. 2012. No. 2. P. 19–28.
- Valiev, R.R. “Property Status of Parties to Conditional Suspensive Obligation” [Imushchestvennoye polozheniye storon uslovno-otlagatel'nogo obyazatel'stva]. Statute [Zakon]. 2020. No. 7. P. 157–177.
- Vindsheyd, B. The Coursebook of Pandect Law. Vol. 1. General Part [Uchebnik pandektnogo prava. T. 1. Obshchaya chast']. Saint Petersburg, 1874. 358 p.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Rail R. Valiev

PhD Candidate at the Faculty of Law at Kazan (Volga Region) Federal University (e-mail: valievrail@mail.ru).



**МАРИЯ ИГОРЕВНА
НЕМОВА**

аспирантка кафедры
уголовного права
Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»

КРИПТОВАЛЮТА КАК ПРЕДМЕТ ИМУЩЕСТВЕННЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

В статье рассматриваются препятствия и перспективы признания криптовалюты предметом преступлений против собственности. Автор приходит к выводу, что криптовалюта должна признаваться предметом преступления вне зависимости от соблюдения или нарушения установленных правил ее оборота потерпевшим. Необходимо отказаться от физического признака предмета хищения и пересмотреть действующую систему норм об уголовной ответственности за имущественные преступления, чтобы эффективно охранять отношения по обороту криптовалюты и других неовещественных имущественных благ. Для определения размера похищенного при отсутствии информации о стоимости похищенной криптовалюты следует руководствоваться заключением эксперта или специалиста

Ключевые слова: криптовалюта, альтернативные средства расчета, предмет хищения

Безвозмездное корыстное изъятие криптовалюты не укладывается в типичный шаблон квалификации хищений и других преступлений против собственности. Причина этому — специфика криптовалюты как предмета преступления. Несмотря на часто появляющиеся в СМИ сообщения о преступлениях в отношении криптовалюты, правоприменительная практика по делам о хищении криптовалют является крайне скудной.



MARIIA I. NEMOVA

PhD Candidate at the Chair
of Criminal Law and
Criminalistics at National
Research University
“Higher School of
Economics”

CRYPTOCURRENCY AS AN OBJECT OF PROPERTY CRIMES

The article focuses on four points — criminal law protectiveness of cryptocurrency, the lack of statutory regulation for cryptocurrency, non-substantial goods as an object of property crimes and cryptocurrency valuation methods. The author concludes that criminal law should protect any assets if they are widespread, significant and positive. The absence of statutory regulation should not influence criminal law protection of property relations. It's necessary to exclude tangibility as an attribute of criminality and reform the current system of criminal liability to protect cryptocurrency and other intangibles. In the case of lack of information about cryptocurrency value, an expert assessment of its value at the moment of charge-off may be taken into account.

Keywords: *cryptocurrency, alternative settlement means, object of embezzlement*

1. Правовой режим криптовалюты и его влияние на уголовно-правовую охрану общественных отношений по обороту криптовалюты

До принятия Федерального закона от 31.07.2020 № 259-ФЗ «О цифровых финансовых активах, циф-

ровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — Закон о ЦФА и цифровой валюте), вступающего в силу с 1 января 2021 г., оборот криптовалюты не регулировался специальными нормами. В связи с неопределенностью правового режима криптовалюты, которая сохраняется до начала действия указан-

ного закона, сложились две противоположные точки зрения о том, должно ли уголовное право охранять общественные отношения по обороту криптовалюты.

Согласно одной из точек зрения неопределенность правового режима оборота криптовалюты не позволяет считать посягательства на нее преступными¹. Более того, Банк России неоднократно информировал, что операции с криптовалютами расцениваются как подозрительные, поскольку согласно ст. 27 Федерального закона от 10.07.2002 № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» криптовалюты являются денежными суррогатами, оборот которых на территории Российской Федерации запрещен². Позиция недопустимости уголовно-правовой охраны общественных отношений по обороту криптовалюты в отсутствие специального регулирования отражена в судебной практике. Например, Петроградский районный суд г. Санкт-Петербурга в приговоре от 30.06.2020, сославшись на отсутствие правового статуса криптовалюты, исключил из объема обвинения вымогательство криптовалюты в размере, эквивалентном 55 млн руб., и признал подсудимых виновными лишь в вымогательстве наличных денежных средств в размере 5 млн руб.³

В соответствии с противоположной точкой зрения уголовно-правовая охрана общественных отношений по обороту криптовалюты должна быть обеспечена независимо от наличия или отсутствия специального регулирования оборота криптовалюты. Например, В.В. Хилюта, не являясь сторонником признания

криптовалюты предметом преступлений против собственности, все же настаивает, что уголовное право охраняет те отношения, которые уже есть и сложились на практике, при этом не имеет особого значения, успели ли цивилисты разработать для них соответствующие конструкции и придать им позитивный статус⁴. Позиция о необходимости уголовно-правовой охраны оборота криптовалют также получила свое развитие в правоприменительной практике. В частности, в приговоре от 25.04.2019 Кировский районный суд г. Казани признал криптовалюту предметом мошенничества и грабежа⁵.

Представляется, что верным является второй подход: отсутствие регулирования криптовалют не должно означать отсутствия их уголовно-правовой охраны. Действующий Уголовный кодекс (УК) РФ не содержит каких-либо формальных ограничений, которые могут предопределить исключение отношений по обороту криптовалют из числа других охраняемых законом общественных отношений.

С принятием Закона о ЦФА и цифровой валюте оборот криптовалюты, которая соответствует понятию цифровой валюты, легализован. Следовательно, вышеопи-санная дискуссия должна утратить свою актуальность после вступления Закона в силу.

Вместе с тем Закон о ЦФА и цифровой валюте предусматривает ограничения оборота цифровой валюты и условия судебной защиты требований, связанных с обладанием цифровой валютой. Если до его вступления в силу была вероятность, что «хищение» криптовалюты может не признаваться преступлением из-за неопределенного правового режима криптовалюты, то с 1 января 2021 г. перед правоприменителем встанет вопрос, является ли преступным «хищение» криптовалюты, которая находилась в обороте с нарушением установленных правил и ограничений.

Согласно ч. 3 ст. 1 Закона о ЦФА и цифровых валютах функциями цифровых валют являются платеж и инве-

¹ См., напр.: *Быкова Е.Г., Казаков А.А.* О правовой оценке противоправного безвозмездного изъятия криптовалюты // Уголовное право. 2018. № 2. С. 19; *Перов В.А.* Квалификация действий лиц, совершающих преступления с использованием криптовалюты на территории Российской Федерации // Российский следователь. 2018. № 4. С. 54–57; *Сидоренко Э.Л.* Криптовалюта как предмет хищения: проблемы квалификации // Мировой судья. 2018. № 6. С. 18.

² Информация Банка России от 27.01.2014 «Об использовании при совершении сделок „виртуальных валют“, в частности, Биткойн». URL: https://www.cbr.ru/press/pr/?file=27012014_1825052.htm; от 04.09.2017 «Об использовании частных „виртуальных валют“ (криптовалют)». URL: https://www.cbr.ru/press/pr/?file=04092017_183512if2017-09-04t18_31_05.htm (дата обращения: 06.08.2020).

³ Суд не посчитал криптовалюту предметом преступления, исключив ее хищение из обвинения. См.: приговор Петроградского районного суда г. Санкт-Петербурга по делу № 1-95/2020 (уникальный идентификатор дела 78RS0017-01-2019-007246-02). Также об этом деле см.: http://rapsinews.ru/judicial_news/20200630/305983859.html (дата обращения: 06.08.2020).

⁴ *Хилюта В.В.* Криптовалюта как предмет хищения (или к вопросу о перереформировании предмета преступлений против собственности) // Библиотека уголовного права и криминологии. 2018. № 2. С. 58–68. URL: <https://elib.grsu.by/doc/26045> (дата обращения: 06.08.2020).

⁵ Приговор Кировского районного суда г. Казани от 25.04.2019 по делу № 1-37/2019.

стирование. Однако, как ни парадоксально, ч. 5 ст. 14 Закона запрещает российским юридическим лицам, российским филиалам и представительствам международных организаций и иностранных юридических лиц, физическим лицам — резидентам России использовать цифровую валюту для расчетов. Запрещено также информирование о предложении расчетов цифровой валютой (ч. 7 ст. 14). Лицам, занимающим государственные должности и должности государственной службы, запрещено обладать цифровыми финансовыми активами и цифровыми валютами (ст. 25).

В силу ч. 6 ст. 14 Закона о ЦФА и цифровых валютах условие предоставления судебной защиты российским юридическим лицам, российским филиалам и представительствам международных организаций и иностранных юридических лиц, физическим лицам — резидентам России по требованиям, связанным с обладанием цифровой валютой, — информирование о фактах обладания цифровой валютой и совершения сделок и операций с цифровой валютой. Порядок декларирования цифровой валюты должен быть определен в законодательстве о налогах и сборах, однако в настоящее время еще не установлен.

Таким образом, Закон о ЦФА и цифровых валютах предопределяет различный объем прав и обязанностей обладателей цифровой валюты в зависимости от того, является ли российское право их личным законом. Кроме того, в Законе о ЦФА и цифровых валютах фактически реализована позиция Банка России о квалификации криптовалют как денежных суррогатов, поскольку функция средства расчета цифровых валют констатируется, но ее использование запрещено юридическим и физическим лицам, чьим личным законом является российское право. Следовательно, криптовалюта легализована лишь как инвестиционный, но не платежный инструмент. В такой ситуации становится актуальным вопрос, будет ли российское уголовное право охранять общественные отношения по обороту цифровой валюты, если потерпевший получил цифровую валюту или же произвел ее отчуждение виновному с нарушением установленных ограничений ее оборота. Например, если потерпевший занимает должность государственной службы, либо если получил криптовалюту в качестве вознаграждения за свою работу, а затем лишился ее в результате противоправных действий виновного лица, либо же если потерпевший рассчитался криптовалютой за

товар или услугу, которые планировал получить, не осознавая обмана со стороны виновного лица.

Представляется, что уголовно-правовая охрана общественных отношений по обороту цифровой валюты должна обеспечиваться вне зависимости от соблюдения или нарушения правил ее оборота потерпевшим.

Иное толкование предоставило бы широкие возможности противоправного завладения криптовалютой без несения ответственности за это. Посягая на криптовалюту, использовавшуюся в качестве средства платежа, виновное лицо в любом случае причиняет вред общественным отношениям по обороту имущества. Кроме того, Закон о ЦФА и цифровых валютах и гражданское законодательство не предусматривают прекращение прав на цифровую валюту в случае нарушения запрета на ее использование в качестве встречного предоставления.

Аналогичным образом ограничение права на судебную защиту вследствие нарушения требований об информировании обладания цифровой валютой и о сделках и операциях с ней не следует толковать расширительно.

Потерпевший должен иметь право на уголовно-правовую защиту, даже если ранее он не уведомил государство о наличии у него криптовалюты, поскольку противоправное посягательство на криптовалюту нарушает публичный порядок.

Ограничение права на судебную защиту может иметь гражданско-правовые, а не уголовно-правовые последствия. Согласно буквальному толкованию ч. 6 ст. 14 Закона о ЦФА и цифровых валютах правило об условиях судебной защиты также распространяется на обязательства, вытекающие из причинения вреда или неосновательного обогащения. Данное установление представляется несправедливым, однако основания для ограничительного толкования правовой нормы отсутствуют. Следовательно, при рассмотрении уголовного дела об имущественном преступлении в отношении криптовалюты гражданскому истцу на основании ч. 6 ст. 14 Закона о ЦФА и цифровой валюте может быть отказано в удовлетворении требований о возмещении имущественного вреда, при-



чиненного преступлением, если потерпевший ранее не задекларировал обладание цифровой валютой.

В Законе о ЦФА и цифровой валюте регулированию оборота цифровой валюты посвящена лишь одна статья, которая преимущественно содержит ограничения, а не правила оборота. По мнению специалистов в области криптоэкономики, принятое регулирование следует дополнить законом об обороте цифровой валюты⁶. Председатель Комитета по финансовому рынку Государственной Думы А.Г. Аксаков прогнозирует, что специальный закон о цифровой валюте будет принят на осенней сессии 2020 г.⁷ Вполне вероятно, что новый закон будет содержать дополнительные правила и ограничения, которые способны повлиять на уголовно-правовую охрану общественных отношений по обороту криптовалюты. В конце августа 2020 г. стало известно, что Министерством финансов РФ подготовлен пакет законопроектов о внесении изменений в Закон о ЦФА и цифровых валютах, а также изменений в УК, УПК и КоАП РФ. Положения законопроекта Минфина фактически воспроизводят ранее обсуждавшуюся версию законопроекта о цифровой валюте, в которой была закреплена возможность получения прав на криптовалюту лишь в процедурах банкротства, исполнительного производства и универсального правопреемства, а также предлагалось введение административной и уголовной ответственности за оборот криптовалюты⁸.

2. Криптовалюта как имущество

Закон о ЦФА и цифровой валюте не поставил точку в споре о правовой природе криптовалюты. Согласно легальному определению цифровая валюта — это

совокупность электронных данных (цифрового кода или обозначения), содержащихся в информационной системе. Электронные данные, цифровой код или информация как таковые не поименованы в перечне объектов гражданских прав в ст. 128 Гражданского кодекса (ГК) РФ. Вместе с тем в соответствии со ст. 17, 19, 21, 22 Закона о ЦФА и цифровой валюте цифровая валюта признается имуществом для целей применения законодательства о противодействии легализации доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма, законов о банкротстве, об исполнительном производстве и о противодействии коррупции.

Из имеющейся правоприменительной практики по делам о преступлениях в отношении криптовалюты также следует, что криптовалюта рассматривается как имущество, поскольку преступления, связанные с ней, квалифицируются по статьям главы 21 УК РФ. Неправомерное посягательство на криптовалюту обязательно причиняет имущественный вред потерпевшему, и основным объектом преступлений в данном случае являются общественные отношения по обороту имущества. Преступления в отношении криптовалюты также могут посягать на общественные отношения по защите компьютерной безопасности, но только в случае, если способ совершения преступления представляет собой вмешательство в функционирование информационных систем или влечет за собой иные последствия, указанные в ст. 159.6, 272, 273 УК РФ.

Однако констатация того, что криптовалюта является имуществом, не разрешает основные трудности, которые возникают при квалификации имущественных преступлений в отношении криптовалюты. Криптовалюта не является типичным предметом преступления, поскольку традиционно под предметом преступления понимают вещь, посредством воздействия на которую причиняется вред объекту преступления. В доктрине уголовного права постепенно отходят от вещной трактовки, признавая предметом преступления, например, интеллектуальные ценности⁹.

Среди преступлений против собственности наиболее жесткая привязка к традиционному пониманию

⁶ Закон о ЦФА следует дополнить законом о цифровой валюте — эксперты // Финмаркет. 2020. 4 авг. // URL: <http://www.finmarket.ru/news/5288063> (дата обращения: 06.08.2020).

⁷ Закон о цифровой валюте могут принять осенью, заявили в Госдуме // РИА Новости. 2020. 19 июля. URL: <https://ria.ru/20200719/1574556773.html> (дата обращения: 06.08.2020).

⁸ Проекты федеральных законов «О цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и статью 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации», «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях». URL: <https://ru.scribd.com/document/462402413/Законопроект> (дата обращения: 06.08.2020).

⁹ См., напр.: Уголовное право. Общая часть: учеб. / отв. ред. А.И. Чучаев. М., 2018. С. 92.

предмета преступления сохранилась в составах хищения. Один из обязательных признаков предмета хищения — физический, т.е. посягательство совершается именно в отношении вещи, а не имущественных прав и прочих неовещественных категорий. Исходя из этого, к примеру, выделяются две разновидности мошенничества — мошенничество в форме хищения, предметом которого является вещь, и мошенничество в форме приобретения права, совершенное в отношении права на чужое имущество.

Вещный подход к предмету хищения постепенно подвергается пересмотру. Согласно п. 5 Постановления Пленума Верховного Суда (ВС) РФ от 30.11.2017 № 48 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате» (далее — Постановление № 48) в объем предмета мошенничества в форме хищения также включаются безналичные и электронные деньги, которые явно не отвечают физическому признаку предмета хищения. Федеральный закон от 23.04.2018 № 111-ФЗ дополнил ч. 3 ст. 158 УК РФ пунктом «г», который предусматривает ответственность за кражу с банковского счета, а равно в отношении электронных денежных средств. В доктрине также встречаются призывы расширить предмет хищения за счет включения в него неовещественных благ (энергии¹⁰, имущественных прав¹¹ и т.д.). Однако в настоящее время общее правило остается прежним: предметом хищения является вещь. Например, не рассматриваются как хищение противоправные посягательства на электроэнергию или долю в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью. Исключение, которое сформулировано в п. 5 Постановления № 48, в силу принципа законности в уголовном праве не подлежит расширительному толкованию, поскольку это фактически расширяет содержание уголовно-правовой нормы.

¹⁰ См., напр.: Ботвин И.В. Уголовная ответственность за хищение газа, электрической и тепловой энергии // Актуальные проблемы борьбы с преступлениями и иными правонарушениями. 2016. № 14-2. С. 21–23; Хромов Е.В. К вопросу о самовольном потреблении электрической энергии // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. 2013. № 2. С. 91.

¹¹ См., напр.: Шульга А.В. Объект и предмет преступлений против собственности в условиях рыночных отношений и информационного общества : дис. ... д-ра юрид. наук. Волгоград, 2008. С. 48–92.

Таким образом, в настоящее время криптовалюты, не являясь вещью, не могут признаваться предметом хищения в соответствии с традиционно устоявшимися в науке уголовного права позициями. Посягательства на криптовалюту могут охватываться составами главы 21 УК РФ, не относящимся к хищениям (например, ст. 159, 159.6, 163).

В немногочисленной судебной практике по рассматриваемой категории дел преимущественно встречается квалификация корыстных посягательств на криптовалюту как мошенничества. Однако суды указывают на форму мошенничества в виде хищения, а не приобретения права на чужое имущество.

Октябрьским районным судом г. Тамбова Т. был признан виновным в совершении преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 159 УК РФ. Не намереваясь выполнять свои обязательства по оплате криптовалюты, он вступил в переписку с потерпевшим и договорился о покупке у него криптовалюты. Т. направил потерпевшему СМС, полностью повторяющее по своему содержанию СМС от сервиса «Мобильный банк». Получив сообщение, потерпевший был введен в заблуждение, что Т. исполнил свои обязательства по оплате криптовалюты, и перевел на биткойн-кошелек, принадлежащий Т., криптовалюту на сумму 0.03875392 BTC¹².

Представляется, что в этом случае суд использовал верную формулу квалификации деяния с учетом способа совершения деяния, но ввиду имеющейся в настоящее время невозможности признания криптовалюты предметом хищения в приговоре должно быть указано на мошенничество в форме приобретения права на чужое имущество.

В свою очередь, строгая убежденность в невозможности квалификации безвозмездных корыстных посягательств как хищения может привести к недостаточной уголовно-правовой охране общественных отношений по обороту криптовалюты. Корыстные преступления против собственности, не являющиеся хищением (ст. 159–159.6, 163, 165 УК РФ), ограничены указанием на определенный способ совершения преступления или предмет и цель преступления.

¹² Приговор Октябрьского районного суда г. Тамбова от 15.02.2019 № 1-134/2019.



Фактически это может повлечь квалификацию всех корыстных ненасильственных посягательств на криптовалюту как мошенничества, если деяние сопряжено с обманом и злоупотреблением доверием, или как мошенничества в сфере компьютерной информации — в остальных случаях. Криптовалюта не является электронным средством платежа, поэтому ст. 159.3 УК РФ не является специальной нормой для случаев посягательства на нее.

Квалификации посягательства на криптовалюту по ст. 165 УК РФ препятствуют особенности структуры ущерба, предусмотренного данным составом: в результате причинения имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием потерпевший недополучает определенные выгоды, т.е. последствия деяния — не уменьшение имущественной массы (как такового изъятия имущества не происходит), а отсутствие ее прироста¹³. В случае с посягательством на криптовалюту и ее выводом имущественная масса потерпевшего однозначно уменьшается.

С учетом невозможности квалификации корыстных насильственных посягательств на криптовалюту как грабежа или разбоя, являющихся формами хищения, такие деяния могут быть квалифицированы лишь по ст. 163 УК РФ как вымогательство. Однако диспозиция ст. 163 УК РФ не охватывает случаи одновременного применения насилия и получения криптовалюты, поскольку при вымогательстве насилие или угроза его применения являются не способом изъятия имущества, а подкреплением требований о передаче прав на криптовалюту посредством ее перевода. Следовательно, имеется пробел уголовно-правовой охраны неовещественных имущественных благ в случае совершения насильственных посягательств.

Таким образом, в настоящее время возможно привлечение к уголовной ответственности за посягательства на криптовалюту. Вместе с тем уголовный закон, очевидно, не приспособлен к защите неовещественных имущественных благ и не учитывает все способы посягательства на них. В связи с развитием информационных технологий традиционная система преступлений против собственности должна

претерпеть изменения, поскольку потребности уголовно-правовой охраны неовещественных благ не могут игнорироваться, а точечные исключения из правила о физическом признаке предмета хищения не позволят полноценно обеспечить уголовно-правовую охрану.

Реформирование системы преступлений против собственности — это не механическое исключение физического признака предмета хищения, а изменение концептуального подхода к уголовной ответственности за имущественные посягательства.

В науке уголовного права неоднократно обращалось внимание на то, что даже название главы 21 УК РФ «Преступления против собственности» не отражает ее фактического содержания, поскольку в ней идет речь об ответственности за посягательства не только на собственность (вещь), но и на другие имущественные блага¹⁴.

В тексте УК РФ не содержится ограничений для признания предметом хищения неовещественных благ. Таким образом, расширение объема понятия хищения возможно как за счет изменения редакции статей главы 21 УК РФ, так и посредством закрепления соответствующих разъяснений на уровне постановления Пленума ВС РФ, как это было сделано в отношении безналичных и электронных денежных средств. Изменение понятия предмета хищения Пленумом ВС РФ — это полумера, но в отсутствие законодательных изменений даже она может быть полезна в целях предоставления имущественным отношениям равной уголовно-правовой охраны вне зависимости от их формы.

Еще один способ решения проблемы неприспособленности уголовного закона к охране неовещественных имущественных благ — дополнение законодательства специальными нормами. Например, М.А. Простосердов предлагает ввести новую ст. 165.1 «Причинение имущественного ущерба в

¹³ См.: Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: авторский курс: монография в 4 кн. Кн. 4. М., 2019. С. 93.

¹⁴ См., напр.: Безверхов А.Г. О предмете имущественных преступлений // Юридический вестник Самарского университета. 2017. № 4. С. 74–79; Хиллута В.В. Преступления против собственности или имущественные преступления? // Вестник ТГПУ. 2008. № 3. С. 109–112.

сфере компьютерной информации» УК РФ¹⁵. Однако нецелесообразно конструировать самостоятельные уголовно-правовые запреты для охраны имущественных благ в неовещественной форме отдельно от вещей. Форма представления определенной ценности не меняет ее содержания: в частности, наличные и безналичные денежные средства выполняют одни и те же функции и имеют одинаковую номинальную стоимость. В современном мире функциональные подходы к праву постепенно вытесняют сущностные, и для выбора того или иного варианта правового регулирования и запрета первостепенное значение имеет не правовая природа явления, а функциональность и эффективность того или иного правового решения. Следовательно, отсутствуют основания для дифференциации ответственности в зависимости от наличия у определенной ценности физической оболочки. Вместе с тем способ совершения посягательства (например, неправомерный доступ к компьютерной информации) может влиять на оценку общественной опасности и выступать в качестве квалифицирующего признака деяния.

3. Стоимость криптовалюты

Еще один обязательный признак предмета хищения — экономический: предмет хищения должен обладать материальной стоимостью. Экономический признак характерен не только для предмета хищения, но и для предмета (в широком смысле) всех преступлений, предусмотренных главой 21 УК РФ. Посягательство на имущество, не обладающее меновой и потребительской стоимостью, не является имущественным преступлением. Например, хищение фотографии, которая имеет сугубо нематериальную ценность для потерпевшего, не является преступлением, так как предмет посягательства не обладает меновой стоимостью.

Криптовалюты обладают потребительской и меновой стоимостью: они способны удовлетворять имущественные потребности и участвуют в гражданском обороте.

По причине наличия у криптовалют собственной стоимости их нельзя рассматривать как легитимационные знаки, удостоверяющие право на получение определенного блага, и квалифицировать посягательства на них как неоконченное преступление (стадию преступления) в отношении другого предмета, который можно приобрести при помощи криптовалюты.

Криптовалюты, являясь альтернативным средством расчета, имеют собственный курс, подобно курсу национальных валют. Стоимость криптовалюты по общему правилу не обеспечена каким-либо другим имуществом, является номинальной и формируется по законам спроса и предложения. Исключением могут быть централизованные криптовалюты, в системах которых регулятор (эмитент) полномочен влиять на курс криптовалюты и установить ее обеспечение другими товарными ценностями. Курс децентрализованных и большинства необеспеченных централизованных криптовалют не имеет привязки к курсу какой-либо национальной валюты. Вышеописанные обстоятельства существенно затрудняют оценку стоимости криптовалюты.

В приговорах по рассматриваемой категории дел суд преимущественно ограничивается сведениями о субъективном представлении виновного о стоимости криптовалюты, например принимает во внимание договоренность потерпевшего и виновного о стоимости сделки с криптовалютой или учитывает оценку стоимости криптовалюты, которая была озвучена потерпевшим виновному во время совершения преступления. Объективная оценка стоимости похищенной криптовалюты в большинстве случаев не производится судом: не исследуются заключения эксперта или специалиста, не принимаются во внимание сведения о курсах конвертации криптовалюты на различных площадках обмена.

В деле, рассмотренном Октябрьским районным судом г. Тамбова, потерпевший договорился с виновным, что в результате конвертации 0.03875392 BTC в рубли и с учетом стоимости услуг по конвертации потерпевший должен получить на счет 20 тыс. руб. Виновное лицо заранее не намеревалось исполнять свои обязательства по конвертации и присвоило себе 0.03875392 BTC. Размер ущерба, причиненный преступлением, был оценен судом в размере 20 тыс. руб.

¹⁵ Простосердов М.А. Экономические преступления, совершаемые в киберпространстве, и меры противодействия им: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016. С. 102.



без обоснования, из чего именно сложилась данная сумма¹⁶.

В приговоре Сургутского городского суда Ханты-Мансийского автономного округа — Югры указано, что согласно заключению эксперта рыночная стоимость похищенного BTC-е кода составляет 821 100 руб. 00 коп. Однако, как становится ясно из фабулы, специальные знания эксперта использовались не для установления стоимости биткойна. Потерпевший и виновные лица заранее обговорили, что стоимость BTC-е кода равна 10 тыс. долл. США, и эксперт при определении размера ущерба установил рублевый эквивалент этой суммы на момент совершения преступления¹⁷.

В случае отсутствия доказанной договоренности между потерпевшим и виновными о стоимости криптовалюты органы предварительного расследования и суд столкнулись бы с необходимостью подтверждения размера причиненного ущерба при помощи доказательств, дающих объективное знание о стоимости криптовалюты.

Среди прочих выделяется приговор Кировского районного суда г. Казани от 25.04.2019, в котором суд произвел оценку похищенных биткойнов по курсу криптовалютной биржи *Exmo*. Апелляционная инстанция поддержала данный подход¹⁸. Суд при определении стоимости криптовалюты не использовал специальные знания эксперта, а опирался на протокол осмотра нотариусом графиком курса биткойна к доллару США с сайта *Exmo*, а также выпиской из Банка России о курсе доллара США к российскому рублю¹⁹.

В отсутствие официального курса криптовалют наиболее достоверным способом определения их стоимости является заключение эксперта или специалиста.

По общему правилу согласно п. 30 Постановления № 48 при отсутствии сведений о стоимости похищенного имущества она может быть установлена на основании заключения специалиста или эксперта. На возможность определения стоимости криптовалюты при помощи заключения эксперта или специалиста ориентировал Пленум ВС РФ в Постановлении от 07.07.2015 № 32 «О судебной практике по делам о легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем, и о приобретении или сбыте имущества, заведомо добытого преступным путем», посвященном проблемам применения ст. 174 и 174.1 УК РФ.

Требуется разработка экспертной методики по определению стоимости криптовалюты. Такая методика должна учесть высокую волатильность курса криптовалют и их ограниченную ликвидность.

При оценке криптовалюты может использоваться сравнительный подход, при применении которого устанавливается средняя цена криптовалюты, актуальная для одного и того же времени на различных площадках обмена. В частности, подобным образом Российская ассоциация криптовалют и блокчейна определяет стоимость биткойна и других криптовалют, которые торгуются в паре с биткойном: в течение суток с интервалом в 30 секунд производится автоматический запрос котировок различных криптовалютных бирж. Полученная информация анализируется в конце дня (23:59:40 по московскому времени) и определяется средневзвешенный курс биткойна, высчитывается его отношение к доллару и рублю²⁰.

4. Заключение

С принятием Закона о ЦФА и цифровых валютах стало очевидно, что общественные отношения по обороту криптовалюты воспринимаются государством как потенциальный объект уголовно-правовой охраны, поскольку криптовалюта не была полностью запре-


¹⁶ Приговор Октябрьского районного суда г. Тамбова от 15.02.2019 № 1-134/2019.

¹⁷ Приговор Сургутского городского суда Ханты-Мансийского автономного округа — Югры от 13.11.2017 по делу № 1-762/2017.

¹⁸ Апелляционное определение Верховного суда Республики Татарстан от 18.10.2019 по делу № 22-7705/2019.

¹⁹ Приговор Кировского районного суда г. Казани от 25.04.2019 по делу № 1-37/2019.

²⁰ В РФ стали определять официальную цену биткоинов // Ассоциация юристов России. 2019. 9 окт. URL: <https://alrf.ru/news/v-rf-stali-opredelyat-ofitsialnuyu-tsenu-bitkoinov/> (дата обращения: 06.08.2020).

щена. Однако появились новые вопросы, связанные с последствиями нарушения установленных правил оборота криптовалюты для определения того, является ли преступлением посягательство на криптовалюту, которая использовалась потерпевшим с нарушением запретов и ограничений, предусмотренных ст. 14 Закона о ЦФА и цифровых валютах. Кроме того, остается актуальной проблема неприспособленности уголовного закона к охране неовещественных благ, к числу которых относятся криптовалюты. Требуется изменение уголовного закона для предоставления охраны всем видам имущества вне зависимости от формы его представления. Одним из возможных вариантов такого изменения является отказ от физического признака предмета хищения, за счет чего понятие хищения будет охватывать в том числе корыстные посягательства на имущество в неовещественной форме. Для определения размера имущественного преступления в отношении криптовалюты целесообразно использовать заключение эксперта или специалиста. 

REFERENCES

- Bezverhov, A.G. "About the Subject Matter of Property Crimes" [*O predmete imushchestvennykh prestupleniy*]. Legal Bulletin of Samara University [*Yuridicheskii vestnik Samarskogo universiteta*]. 2017. No. 4. P. 74–79.
- Botvin, I.V. "Criminal Liability for Theft of Gas, Electricity and Heat" [*Ugolvnaya otvetstvennost' za hishchenie gaza, elektricheskoy i teplovooy energii*]. Actual Issues of Fight against Crimes and Other Offenses [*Aktual'nye problemy bor'by s prestupleniyami i inymi pravonarusheniyami*]. 2016. No. 14-2. P. 21–23.
- Bykova, E.G. and Kazakov, A.A. "About Legal Characterization of Illegal Nonrepayable Cryptocurrency Seizure" [*O pravovoy otsenke protivopravnogo bezvozmeznogo izyatiya kriptovalyuty*]. Criminal Law [*Ugolovnoe pravo*]. 2018. No. 2. P. 16–19.
- Chuchaev, A.I. (ed.). Criminal Law. General Part: A Textbook [*Ugolovnoe pravo. Obshchaya chast': ucheb.*]. Moscow, 2018. 464 p.
- Khilyuta, V.V. "Crimes against Property or Property Crimes?" [*Prestupleniya protiv sobstvennosti ili imushchestvennye prestupleniya?*]. Bulletin of TSPU [*Vestnik TGPU*]. 2008. No. 3. P. 109–112.
- Khilyuta, V.V. "Cryptocurrency as Subject Matter of Fraud" [*Kriptovalyuta kak predmet khishcheniya*], in: Ensuring National Security — a Priority Area of Criminal Law, Criminology and Criminal Executive Policy: Proceedings of the XI Russian Congress of Criminal Law, Dedicated to the Memory of Doctor of Law, Professor Vladimir Komissarov, Held May 31 — June 1, 2018 [*Obespechenie natsional'noy bezopasnosti — prioritetnoye napravlenie ugovovno-pravovoy, kriminologicheskoy i ugovovno-ispolnitel'noy politiki: materialy XI Rossiyskogo Kongressa ugovovnoy prava, posvyashchennogo pamyati doktora yuridicheskikh nauk, professora Vladimira Sergeevicha Komissarova, sostoyavshegosya 31 maya — 1 iyunya 2018 g.*]. Moscow, 2018. P. 279–282.
- Khromov, E.V. "About Unauthorized Consumption of Electric Energy" [*K voprosu o samovol'nom potreblenii elektricheskoy energii*]. Bulletin of the St. Petersburg University of the MIA of Russia [*Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta MVD Rossii*]. 2013. No. 2. P. 87–91.
- Lopashenko, N.A. Crimes against Property: Author's Course in 4 books. Book 4 [*Prestupleniya protiv sobstvennosti: avtorskiy kurs v 4 kn. Kn. 4*]. Moscow, 2019. 184 p.
- Perov, V.A. "Classification of Actions of Persons Committing Crimes Using Cryptocurrency on the Territory of the Russian Federation" [*Kvalifikatsiya deystviy lits, sovershayushchih prestupleniya s ispol'zovaniem kriptovalyuty na territorii Rossiyskoy Federatsii*]. Russian Investigator [*Rossiyskiy sledovatel'*]. 2018. No. 4. P. 54–57.
- Prostoserdiv, M.A. Economic Crimes Committed in Cyberspace and Measures to Counter Them: A PhD Thesis in Law [*Ekonomicheskie prestupleniya, sovershaemye v kiberprostranstve, i mery protivodeystviya im: dis. na soiskanie uchenoy stepenikand. yurid. nauk*]. Moscow, 2016. 232 p.
- Shul'ga, A.V. Object and Subject Matter of Crimes against Property in the Conditions of Market Relations and Information Society: A PhD Thesis in Law [*Obyekt i predmet prestupleniy protiv sobstvennosti v usloviyah rynochnykh otnosheniy i informatsionnogo obshchestva: dis. na soiskanie uchenoy stepeni doktora yurid. nauk*]. Volgograd, 2008. 422 p.
- Sidorenko, E.L. "Cryptocurrency as a Subject Matter of Fraud: Problems of Classification" [*Kriptovalyuta kak predmet hishcheniya: problemy kvalifikatsii*]. Magistrate [*Mirovoy sudya*]. 2018. No. 6. P. 18–24.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Mariia I. Nemova

PhD Candidate at the Chair of Criminal Law at National Research University "Higher School of Economics" (e-mail: maria-nemova@mail.ru).



**ДЕНИС АНАТОЛЬЕВИЧ
АРХИПОВ**

партнер Санкт-Петербургского адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»



**ВЛАДИМИР
ВЛАДИМИРОВИЧ
КОНОВАЛОВ**

адвокат Московской городской коллегии адвокатов

EXPERT SHOPPING, ИЛИ «КТО ПРЕДЛОЖИЛ ЭКСПЕРТА, НАЗНАЧЕННОГО СУДОМ, ТОТ И ВЫИГРАЛ ДЕЛО»: МОЖНО ЛИ РЕШИТЬ ЭТУ ПРОБЛЕМУ?

В статье рассматривается проблема, за рубежом известная как *expert shopping*: практика подбора экспертов, которые поддерживают позицию сторон по спорным вопросам, с целью повлиять на содержание экспертного заключения и предрешить исход дела в суде. Авторы анализируют предпосылки проблемы, а также условия и способы ее возможного решения в контексте российского гражданского (арбитражного) процесса.

Ключевые слова: expert shopping, подбор экспертов, эксперт, экспертное заключение

1. Заключение эксперта де-факто предрешает исход дела

На сегодняшний день для разрешения гражданских дел все чаще требуется проведение исследований с использованием специальных познаний. Такие познания, как правило, выходят за рамки кругозора и опыта судьи¹. Оптимальный

¹ «Вся сумма накопленных в течение нескольких тысячелетий знаний — все это может составить интерес безграничного в своих желаниях человека, а значит, на все это может посягнуть другой и все это может быть привлечено на суд праву» (С.Г. Пределы оценки судом заключения сведущих людей // Вестник права. СПб., 1901. № 9. С. 162. URL: <https://>

**DENIS A. ARKHIPOV**

Partner at Egorov Puginsky
Afanasiev & Partners Law
Offices

VLADIMIR V. KONOVALOV

Attorney at the Moscow
Bar Association

EXPERT SHOPPING OR “THE ONE WHO NOMINATES THE COURT-APPOINTED EXPERT WINS THE CASE”: IS THERE A WAY TO FIX THE PROBLEM?

The article addresses a problem that is known as expert shopping, i.e. the practice of finding an expert who supports the party’s case in the matters in dispute in order to impact the contents of an expert opinion and foreclose the outcome of the case. The authors have reviewed the background of the issue, as well as potential solutions in the context of Russian civil (*arbitrazh*) proceedings.

Keywords: *expert shopping, expert finding, expert, expert opinion*

способ восполнить их недостаток — это привлечь «сведущее лицо» (эксперта).

По закону эксперту не делегируются полномочия по установлению фактических обстоятельств дела. Его задача — содействовать сторонам и суду в процессе доказывания путем представления экспертного за-

ключения. Последнее не имеет заранее установленной силы, суд должен оценивать его в совокупности с другими доказательствами по делу (ст. 71 Арбитражного процессуального кодекса (АПК), ст. 86 Гражданского процессуального кодекса (ГПК) РФ)².

naukaprava.ru/catalog/435/1272/2325/33677; дата обращения: 19.08.2020).

² См.: п. 12 Постановления Пленума ВАС РФ от 04.04.2014 № 23 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе» (далее — Постановление ВАС РФ № 23); п. 7 Поста-

Тем не менее на практике заключения экспертов приобретают особое доказательственное значение. Это объясняется тем, что эксперты склонны «узурпировать» полномочия судей, а судьи по изложенным ниже причинам не могут и/или не хотят критично оценивать экспертные заключения.

Для того чтобы перепроверить и выразить мотивированное несогласие с выводами эксперта, также нужны специальные знания. Трудно ожидать от суда надлежащей оценки экспертного заключения, если он не обладает такими знаниями и сам ранее дистанцировался от самостоятельного исследования спорного вопроса, назначив по делу судебную экспертизу.

Все это на практике порождает особую стойкость проведенных исследований, когда добиться повторной экспертизы в суде крайне сложно, а выводы экспертов, по сути, определяют решение суда.

Так, по статистике арбитражных судов Московского региона за 2018 г., в 93% дел, где суд назначил судебную экспертизу, суды первой инстанции основывали свои выводы на заключениях экспертов, которые по факту доказывали доводы истца или ответчика, и лишь в 7% случаев назначали повторную экспертизу³.

Разумеется, введение в российскую практику распространенных в англосаксонских странах стандартов (руководств) по оценке экспертных заключений (*reliability test*⁴) и характерная для европейских правовых систем помощь суду со стороны специалистов (ст. 188 ГПК, ст. 87.1 АПК РФ) позволят поставить перед экспертом корректные вопросы и выявить откровенно спекулятивные и ненаучные заключения (*junk science*), однако

в остальных случаях суду по-прежнему будет сложно оценить качество проведенного исследования.

Необходимо принимать во внимание основной вектор развития современного гражданского (арбитражного) процесса — ускорение, упрощение и удешевление процедуры рассмотрения дел и, разумеется, снижение нагрузки на судей. Снижение нагрузки происходит, в частности, путем делегирования части судебных полномочий помощникам и иным лицам, содействующим правосудию, в том числе экспертам.

Все это приводит к постепенному отходу от устоявшегося (как у нас, так и за рубежом) правила, что эксперт не вправе разрешать вопросы права (*ultimate issue rule*) или вопросы, не требующие специальных знаний (*common knowledge rule*). Как результат, заключение эксперта приобретает все большее значение для рассмотрения дела и де-факто наделяется особой доказательственной силой (*prima facie evidence*).

Судебная практика уже допускает делегирование эксперту вопросов применения норм российского права: абз. 2 п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 60 «О некоторых вопросах, возникших в связи с созданием в системе арбитражных судов Суда по интеллектуальным правам» предусматривает право Суда по интеллектуальным правам направить запрос в порядке ч. 1.1 ст. 16 АПК РФ лицам, которые обладают специальными знаниями, чтобы **подтвердить (опровергнуть) правильность применения норм права нижестоящим судом**⁵.

Массовое назначение судебных экспертиз по вопросам, не требующим специальных знаний, вынуждает вышестоящие суды время от времени издавать разъяснения об отсутствии в тех или иных случаях необходимости привлекать экспертов⁶.

новления Пленума ВС РФ от 19.12.2003 № 23 «О судебном решении».

³ При анализе авторы использовали базу судебных определений арбитражных судов первой инстанции СПС «КонсультантПлюс» и Картотеку арбитражных дел (<https://kad.arbitr.ru>; дата обращения: 19.08.2020). В выборку попали дела, в которых (а) суд назначал экспертизу и (б) дело было рассмотрено по существу.

⁴ Вопрос о содержании, сфере применения и разновидностях подобных стандартов (*Frye test*, *Daubert test*) выходит за рамки статьи, подробнее о нем см., напр.: *Ireland Law Reform Commission. Consultation paper: Expert evidence*. Dublin, December 2008. P. 101–132. URL: https://www.lawreform.ie/_fileupload/consultation%20papers/cpExpertEvidence.pdf (дата обращения: 19.08.2020).

⁵ См., в частности, постановление Суда по интеллектуальным правам от 17.06.2015 по делу № А40-29515/2014, где Суд поставил перед учеными вопрос «относительно возможности распространения норм пп. 2 п. 1 ст. 1244 и п. 3 ст. 1263 ГК РФ на ретрансляцию аудиовизуальных произведений».

⁶ См.: п. 98 Постановления Пленума ВС РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»; п. 16 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона „О рекламе“».

Как следствие, на практике мы имеем (а) упрощенный подход судов к оценке экспертных заключений (суд проверяет документ на предмет соответствия формальным требованиям, зачастую лишь пробегаем глазами оглавление документа и сразу переходит к выводам) и (б) склонность юристов маскировать свои доводы под выводы экспертного заключения, чтобы зацементировать свою позицию по делу (*lawyers prefer expert's opinion over common sense*⁷).

2. Две модели вовлечения экспертов в орбиту судебного разбирательства

В дополнение к вышеизложенному особые сложности у суда и участвующих в деле лиц возникают при оценке заключения эксперта, выбранного и/или назначенного самим судом, что характерно для российского процесса.

Несмотря на то, что в большинстве правовых систем эксперты могут быть назначены как сторонами, так и судом, условно можно выделить два основных подхода к вовлечению экспертов в орбиту судебного разбирательства: англосаксонский и европейский⁸.

В англосаксонских странах экспертов исторически выбирают сами стороны, и эксперты выступают сви-

детелями той стороны, которая их назначила (*party-appointed expert*). Стороны оплачивают услуги экспертов, поэтому последние склонны подгонять выводы под позицию «своей» стороны.

И хотя на экспертах лежит процессуальная обязанность перед судом давать правдивые показания, которая в развитых правовых системах подкрепляется не только страхом уголовного наказания, как в России, но и высоким уровнем правовой культуры и соображениями репутации, предвзятость таких экспертов в той или иной степени предполагается⁹.

Корректность их выводов проверяется в ходе довольно жесткого опроса в судебном заседании (*cross-examination*), в рамках которого представители сторон стремятся максимально дискредитировать позицию эксперта, назначенного оппонентом, и вывести его на чистую воду.

Суд в англосаксонских странах вправе по своей инициативе назначить собственного эксперта, однако эта возможность используется им редко. К тому же, как правило, задача такого эксперта — не подготовка самостоятельного заключения, а лишь помощь суду в оценке заключений, представленных сторонами¹⁰.

В европейских правовых системах эксперты, как правило, назначаются судом из кандидатур, отобранных сторонами (нередко из специального реестра экспертов, см. об этом далее), и выступают в роли помощников суда (*court-appointed expert*).

Такие эксперты рассматриваются в качестве нейтральных, непредвзятых, а значит, даже если сторонам удастся убедить суд в необходимости вызова эксперта для опроса в судебном заседании, им придется сильно постараться, чтобы развеять

⁷ См.: *Schneider M.E.* Technical experts in international arbitration // *ASA Bulletin*. 1993. Vol. 11. № 3. P. 446. URL: http://www.lalive.ch/data/publications/mes_technical_experts.pdf (дата обращения: 19.08.2020).

⁸ Подробный разбор преимуществ и недостатков той или иной системы назначения экспертов выходит за рамки статьи. Этот вопрос уже был детально исследован в зарубежной литературе, см., в частности: *Jolowicz J.A.* On Civil Procedure. Cambridge, 2000. P. 222–242; *Langbein J.H.* The German Advantage in Civil Procedure // *The University of Chicago Law Review*. 1985. Vol. 52. P. 835–841. URL: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol52/iss4/1/>; *MacGregor Smith A.* Using Impartial Experts in Valuations: A Forum-Specific Approach // *William & Mary Law Review*. 1994. Vol. 35. P. 1241–1250. URL: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol35/iss3/10/>; *Timmerbeil S.* The Role of Expert Witnesses in German and U.S. Civil Litigation // *Annual Survey of International & Comparative Law*. 2003. Vol. 79. P. 163–187. URL: <https://digitalcommons.law.ggu.edu/annl-survey/vol9/iss1/8/>; *Johnston P.L.* Court-Appointed Scientific Expert Witnesses: Unfettering Expertise // *Berkeley Technology Law Journal*. 1987. Vol. 2. P. 263–264. URL: <https://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol2/iss2/3/> (дата обращения: 19.08.2020).

⁹ В американской литературе о таких экспертах высказываются весьма не лестно: их сравнивают с наемниками (*hired gun*), «саксофонами, играющими ту мелодию, которую им закажут стороны», а то и вовсе с «дамами легкого поведения» (*Langbein J.H.* Op. cit. P. 835; *Johnston P.L.* Op. cit. P. 249).

¹⁰ *Lee T.V.* Court-Appointed Experts and Judicial Reluctance: A Proposal to Amend Rule 706 of the Federal Rules of Evidence // *Yale Law & Policy Review*. 1988. Vol. 6. P. 497. URL: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylpr/vol6/iss2/15/> (дата обращения: 19.08.2020).



его ауру непогрешимости. Сам же опрос будет проходить в максимально неконфликтной форме, поскольку жесткая критика эксперта будет восприниматься как умаление авторитета судьи, который его назначил¹¹.

Стороны, разумеется, не лишены возможности представить собственные (внесудебные) экспертные заключения, но они будут иметь для суда заведомо меньшее доказательственное значение и могут быть использованы лишь как повод для назначения очередной (повторной/дополнительной) судебной экспертизы.

На этот счет в отечественной литературе отмечалось, что российские суды, особенно суды общей юрисдикции, обычно негативно воспринимают альтернативные (внесудебные) экспертные заключения и потому отказываются принимать их в качестве доказательств ошибочности выводов судебного эксперта¹².

По статистике арбитражных судов Московского региона за 2018 г., сторонам удавалось убедить суд в необходимости допроса эксперта по подготовленному им заключению лишь в 26% случаев, при этом в подавляющем большинстве дел такой опрос не приводил к назначению повторной (дополнительной) экспертизы¹³.

С учетом изложенного в европейских правовых порядках, к числу которых относится и Россия, суду проще и комфортнее принять на веру выводы эксперта, который был отобран и/или назначен самим судом и к тому же был предупрежден об уголовной ответственности. Не случайно поэтому суждения эксперта, облеченные в процессуальную форму экспертного заключения, имеют решающее значение при рассмотрении спора, а во многих случаях и фактически предрешают его исход.

¹¹ Reisinger K.B. Court-Appointed Expert Panels: A Comparison of Two Models // *Indiana Law Review*. 1998. Vol. 32. P. 236. URL: <https://journals.iupui.edu/index.php/inlawrev/article/view/3340> (дата обращения: 19.08.2020); Timmerbeil S. Op. cit. P. 175.

¹² Подробнее по данной проблеме см., в частности: Каменков М.В. О процессуальном статусе внесудебных заключений экспертов // *Закон*. 2014. № 9. С. 150–155.

¹³ Подробнее о статистической выборке см. сноску 3.

3. Выбор эксперта предопределяет результаты экспертизы

Закономерен и сам по себе не составляет проблемы тот факт, что экспертное заключение фактически предрешает исход спора. Проблема же в том, что назначение кандидатуры конкретного эксперта по предложению той или иной стороны зачастую предопределяет содержание и выводы экспертного заключения.

Дело даже не в том, что отдельные эксперты имеют свой интерес в исходе спора либо ангажированы из-за личных связей, служебной зависимости или коррупционной составляющей (*personal bias*) (хотя этого также нельзя исключать, особенно в текущих российских реалиях). И не в том, что отобранные сторонами эксперты из-за когнитивных искажений порой склонны неосознанно корректировать свои выводы в соответствии с позицией номинировавшей их стороны (*unconscious bias*)¹⁴.

Суть проблемы лежит в другой плоскости и имеет системный характер: предлагая кандидатуру эксперта, сторона, как правило, уже заручилась его предварительным (непредвзятым) мнением либо изначально знает его (беспристрастную) позицию по спорному вопросу и потому не сомневается в результате судебной экспертизы, если этот эксперт будет назначен. Мнения же экспертов, которые сторону не устраивают, в орбиту судебного разбирательства просто не попадают (*selection bias*)¹⁵.

За рубежом данная проблема известна как *expert shopping* (недобросовестная практика подбора экспертов, далее для лаконичности будем исполь-

¹⁴ Подробнее о психологической предвзятости и (или) ангажированности экспертов по личным, финансовым и иным соображениям см.: Dwyer D. *The Judicial Assessment of Expert Evidence*. Cambridge, 2008. P. 166–175; Ireland Law Reform Commission. Op. cit. P. 197–215.

¹⁵ Существует и противоположная тактика, когда сторона намеренно обращается к наиболее авторитетным экспертам, поддерживающим не устраивающую ее точку зрения по спорному вопросу, чтобы «законфликтовать» их и иметь возможность заявить им отвод в случае, если оппонент захочет представить их кандидатуры для проведения судебной экспертизы. Данный вопрос тесно связан с проблемой конфликта интересов и процедурой отвода экспертов, которые выходят за рамки данной статьи.

зовать термин «подбор экспертов»). Еще в 1876 г. английский суд с сожалением отмечал негативные последствия такой процессуальной практики и упоминал о ситуации, когда сторона обошла 68 (!) экспертов, прежде чем найти подходящую кандидатуру¹⁶.

На наш взгляд, в зависимости от процессуальной стадии можно выделить три способа подбора экспертов: когда (а) стороне из тех или иных источников уже известна позиция эксперта по спорному вопросу и ей не требуется проводить с ним предварительные консультации; (б) сторона узнает позицию эксперта в ходе предварительных консультаций, предшествующих его назначению для проведения судебной экспертизы; (в) сторона ознакомилась с невыгодным для нее проектом заключения эксперта, которому уже поручено проведение экспертизы, и потому ставит перед судом вопрос о его замене на более подходящего эксперта со ссылкой на якобы выявленную некомпетентность назначенного эксперта и пр. (эта разновидность характерна для стран общего права, где эксперт выступает свидетелем стороны, имеющей возможность ознакомиться с проектом заключения до его подачи в суд).

Эта проблема порождена состязательной природой гражданского процесса и потому имеет объективный и неотвратимый характер. Она опровергает расхожую точку зрения, что судебные эксперты изначально продажны, беспринципны и готовы с легкостью обосновать любую позицию, которую им закажут стороны. Напротив, зачастую именно принципиальность экспертов вынуждает стороны тратить время на то, чтобы подбирать для себя подходящие кандидатуры¹⁷. А ведь именно такая репутация судебных экспертов, по крайней мере за рубежом, отпугивает достойных ученых и специалистов от участия в экспертной работе, которую последние рассматривают чуть ли не как поход на Голгофу (*witness box as a Golgotha*)¹⁸.

Сказанное в полной мере применимо и к российскому гражданскому (арбитражному) процессу.

Из действующего законодательства следует, что выбор эксперта относится к исключительной компетенции суда (ст. 79 ГПК, ст. 82 АПК РФ). Тем не менее закон никак не регламентирует процесс отбора таких экспертов, поэтому кандидатуры последних в подавляющем большинстве случаев предлагают сами стороны, даже если вопрос о необходимости экспертизы был поставлен судом.

Отобранные таким образом эксперты обычно делают заключение в поддержку стороны, которая их номинировала, что подтверждают фактические данные¹⁹. Так, по статистике арбитражных судов Московского региона за 2018 г., **когда стороне удавалось добиться назначения кандидатуры «своего» эксперта, последний в 75% случаях делал выводы, которые полностью отвечали ее интересам** и на которых потом строилось вынесенное судебное решение (о соблюдении/несоблюдении технических требований, предопределяющих вывод о качестве поставленного товара; об оценке рыночной стоимости объекта, которая до запятой совпадала с оценкой, положенной в основу иска/отзыва на иск, и т.д.).

Этот вопрос неоднократно поднимался в литературе²⁰, однако анализ способов решения проблемы подбора экспертов в российском гражданском (арбитражном) процессе до сих пор не проводился.

¹⁹ При анализе авторы использовали базу судебных определений арбитражных судов первой инстанции СПС «КонсультантПлюс» и Картотеку арбитражных дел. В выборку попали дела, в которых (а) суд назначал экспертизу, (б) дело было рассмотрено по существу, (в) из судебных актов четко следовало, чью именно кандидатуру предпочел суд (за исключением тех немногочисленных случаев, когда суд сам отбирал эксперта), (г) суд согласился с выводами эксперта и отказался назначить повторную (дополнительную) экспертизу.

²⁰ См.: Лазарев С.В. Вопросы независимости эксперта и качества экспертного заключения в арбитражном процессе // Вестник ВАС РФ. 2012. № 8. С. 58–69; Жижина М.В. Рецензирование экспертных заключений в практике рассмотрения арбитражных дел // Вестник арбитражной практики. 2014. № 4. С. 51–58; Шаройкин Ю.В. Правовая модель института независимой медицинской экспертизы // Медицинское право. 2016. № 3. С. 44–49.

¹⁶ Thorn v. Worthing Skating Rink Co. (1876), 6 Ch. D. 415 at 416.

¹⁷ Prichard F. Experts in Civil Cases: An Inside View. New York, 2005. P. 184–185.

¹⁸ MacGregor Smith A. Op. cit. P. 1248–1249.



4. Окончательное решение проблемы подбора экспертов пока недостижимо

Все способы решить проблему подбора экспертов, которые приходят на ум, в действительности ее не решают. Так, назначение судом двух экспертов, номинированных обеими сторонами, не приведет к желаемому результату, поскольку это поставит суд, не обладающий специальными знаниями, в ситуацию выбора между двумя потенциально противоречащими друг другу заключениями. Это особенно критично при отсутствии в России процедуры перекрестного допроса (*cross examination*) или ее аналога, а также соответствующих навыков у практикующих юристов.

Лишено практического смысла и предоставление сторонами на одобрение суда сразу нескольких экспертов с последующим выбиванием сторонами и/или судом не устраивающих их кандидатур из итогового списка. Если сторона смогла подобрать одного эксперта, то, в принципе, нет препятствий и для того, чтобы собрать целый пул подходящих экспертов, каждый из которых способен поддержать позицию «своей» стороны.

По-прежнему актуально замечание К.И. Малышева о том, что «заключение экспертов основывается в большей части случаев на теоретических соображениях, всегда более или менее несовершенных, и сами эксперты, давая свое заключение, могут часто сомневаться и не доверять своим выводам»²¹. Именно поэтому единство мнения среди экспертов является недостижимым идеалом, а несогласие с выводами назначенного судом эксперта, выраженное, допустим, в ходе повторной экспертизы, еще не означает ошибочности первого заключения.

И речь даже не о том, что каждый эксперт всегда в той или иной мере предвзят, поскольку на его убеждения влияет его научная школа, профессиональное окружение и прочие факторы. Суть в том, что не исключены ситуации, когда выводы эксперта, не являясь откровенно ошибочными или ненаучными, могут по каким-либо причинам не разделяться научным (экспертным) сообществом. Более того, существуют ситуации, когда ученые (эксперты), действуя добросовестно

но, вообще не могут прийти к консенсусу по спорному вопросу (*good scientists often disagree*)²².

Не вдаваясь подробно в вопросы философии науки, стоит отметить, что с точки зрения критического рационализма научное знание всегда приблизительно и вероятно, а значит, главным критерием научности полученных выводов является не столько возможность их подтверждения (верификации), сколько принципиальная возможность их опровержения (фальсификации)²³.

В этом смысле плюрализм взглядов является неотъемлемой гарантией достоверности экспертного заключения, особенно в нетехнических дисциплинах. А потому в состязательном процессе каждая сторона будет стараться использовать эту особенность в своем интересе.

Поэтому, на наш взгляд, единственный способ окончательно искоренить практику подбора экспертов — это не позволять сторонам предлагать суду кандидатуры экспертов, т.е. передать этот вопрос исключительно на усмотрение суда. Однако на сегодняшний день этот вариант трудно реализуем по следующим причинам.

Закрепление полномочий по отбору экспертов исключительно за судом бессмысленно до тех пор, пока уровень судебной нагрузки²⁴ не снизится до такой степени, чтобы у суда появилось достаточно времени и стимулов для погружения во все непростые вопросы, связанные с назначением судебной экспертизы. При этом дело не только в особенностях российских судей, поскольку инертность судов в отборе экспертов отмечают и зарубежные специалисты²⁵.

И если поиск эксперта для оценки рыночной стоимости объекта либо для проведения почерковедческого

²¹ Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства. СПб., 1876. С. 234.

²² Caudill D.S. «Dirty» Experts: Ethical Challenges Concerning and a Comparative Perspective on the Use of Consulting Experts // St. Mary's Journal on Legal Malpractice & Ethics. 2018. Vol. 8. P. 365. URL: <https://commons.stmarytx.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1008&context=lmej> (дата обращения: 19.08.2020).

²³ Подробнее см.: Notturmo M.A. Falsifiability Revisited: Popper, Daubert, and Kuhn // The Journal of Philosophy, Science & Law: Daubert Special Issue. 2015. Vol. 15. URL: <http://jpsl.org/archives/falsifiability-revisited/> (дата обращения: 19.08.2020).

²⁴ Подсудная нагрузка. Эксперты ВШЭ зафиксировали серьезную переработку судей в России // РБК. 2018. 18 апр. С. 4–5.

²⁵ Langbein J.H. Op. cit. P. 841; Lee T.V. Op. cit. P. 499.

исследования для суда не составит труда, поскольку информация о них общедоступна и услуги распространены, то найти эксперта для определения причин крушения спутника, обрушения моста либо угольного разреза уже намного сложнее.

Однако даже если у суда появится процессуальная обязанность по отбору кандидатур экспертов, это будет иметь свои неблагоприятные последствия: принцип состязательности диктует необходимость уважать право сторон полагаться на экспертов, которым они доверяют. Стороны могут не принять выбор эксперта, который будет произвольно, на их взгляд, отобран судом, что негативно скажется на авторитете правосудия.

Не стоит забывать, что суд тоже может быть в определенной степени предвзят и при отборе ориентироваться прежде всего на свой опыт успешного взаимодействия с конкретным экспертом, выводы которого могут не отражать точку зрения, сложившуюся в экспертном сообществе. Такое может произойти, если ранее суд привлекал его для решения аналогичных вопросов при рассмотрении других дел²⁶.

В свете этого на сегодняшний день подбор экспертов не может быть исключен окончательно. По этой причине вместо того, чтобы бороться с причинами проблемы, нужно сконцентрироваться на том, как устранить негативные последствия такой практики.

5. Промежуточные варианты решения проблемы подбора экспертов

Многие развитые правовые порядки предлагают тот или иной способ сгладить негативные последствия практики подбора экспертов²⁷. На основании

²⁶ Langbein J.H. Op. cit. P. 838–839; Рындзюнский Г. Техника гражданского процесса. М., 1925. С. 138–139.

²⁷ Подробнее про порядок отбора (назначения) экспертов и оценки экспертных заключений в Англии, США, Италии и других европейских правовых порядках см.: Dwyer D. Op. cit. P. 184–197. См. также информацию с официального сайта Европейского института экспертов и экспертиз (EIEI). URL: <https://experts-institute.eu/en/expertise-law-and-jurisprudence/> (дата обращения: 19.08.2020). Однако есть и исключения. Так, в гражданском процессуальном законодательстве Германии и Франции, как и в России, нет положений о по-

доступной информации мы проанализировали эффективность наиболее очевидных и/или распространенных способов.

Каждый из перечисленных ниже способов имеет свои преимущества и недостатки, и в целом они могут быть скомбинированы друг с другом. В связи с этим их нужно рассмотреть по отдельности (в порядке возрастания эффективности).

5.1. Запрет на досудебные контакты с экспертом и/или обязательное раскрытие информации о таких контактах

В российском процессе запрет на взаимодействие с экспертом без контроля суда действует только после того, как эксперту была поручена экспертиза (ч. 2 ст. 85 ГПК РФ, п. 11 Постановления ВАС РФ № 23). Однако действующее законодательство не запрещает сторонам вести переговоры с экспертами до назначения экспертизы, если, конечно, это не образует состав преступления за дачу заведомо ложного заключения либо за подкуп или принуждение к даче ложного заключения (ст. 307, 309 Уголовного кодекса (УК) РФ).

Поэтому наиболее очевидный способ борьбы с подбором экспертов — это запрет на досудебные переговоры с экспертом и/или обязанность раскрывать сведения о наличии и содержании контактов с экспертом под угрозой наказания²⁸. В случае выявления фактов взаимодействия с экспертом, выходящего за рамки формального уточнения сроков и стоимости проведения экспертизы, суд может отвести эксперта либо учесть эти сведения при оценке достоверности экспертного заключения.

В зарубежных правовых порядках, в которых существует процедура обязательного раскрытия доказательств (*discovery/disclosure*), по общему правилу коммуникации юриста и эксперта не подлежат раскрытию, однако в некоторых случаях суды делают исключение.

рядке отбора судебных экспертов и не регламентирован ни один из описанных ниже способов борьбы с подбором экспертов.

²⁸ Ранее подобное решение предлагалось С.В. Лазаревым (Указ. соч. С. 58–69).



Так, в английском процессе, если сторона ходатайствует о замене эксперта, которого она уже номинировала перед судом для подготовки экспертного заключения, ей необходимо обосновать наличие объективных причин, препятствующих проведению судебной экспертизы (выявившаяся некомпетентность эксперта в спорных вопросах и пр.). В тех случаях, когда суд сочтет такое обоснование недостаточным, он вправе разрешить стороне заменить эксперта при условии (*conditional order*), что она раскроет перед судом не устроивший ее проект заключения предыдущего эксперта, чтобы суд мог оценить наличие/отсутствие в действиях по замене эксперта признаков недобросовестного подбора эксперта²⁹.

Простота подобного решения (достаточно внести изменения в законодательство) не должна вводить в заблуждение: в действительности оно обладает существенными недостатками.

Прежде всего, это не решит поставленную проблему полностью. Как было сказано ранее, существует несколько форм подбора экспертов. Когда стороне из тех или иных источников уже известна позиция эксперта по спорному вопросу и у нее нет потребности в предварительных консультациях, запрет и/или раскрытие информации о досудебных контактах никак не помогут³⁰.

Стоит также отметить, что обойти запрет на внепроцессуальные контакты до момента назначения эксперта или скрыть следы нарушения можно путем устного взаимодействия, что не оставляет подлежащего раскрытию «бумажного следа». Либо же взаимодействие между стороной и экспертом может осуществляться через третье лицо (другого эксперта), которое на

момент судебного разбирательства будет «в тени» (*shadow expert*)³¹.

Наконец, последствия нарушения запрета или обязанности по раскрытию достаточно эфемерны. Риск отвода кандидатуры эксперта, номинированной стороной, как и иные меры процессуального воздействия, не способен исключить переговоры сторон с экспертом, поскольку от результатов экспертизы, по сути, зависит итог процесса. Процедура обязательного раскрытия доказательств в российском процессе из-за отсутствия реальных санкций за ее несоблюдение (суд вправе лишь возложить на нарушителя все судебные расходы по делу) также фактически не работает, а потому стороны не будут раскрывать содержание своих контактов с экспертом. Что же касается уголовной ответственности, то в текущих условиях она также недостаточно эффективна³².

Об эффективности запрета или обязанности по раскрытию можно будет говорить только тогда, когда обязательства представителей и экспертов перед судом будут превалировать над их обязательствами перед клиентами (*overriding duty*)³³, а обязанность не допускать подбор экспертов будет вытекать не столько из нормы закона, сколько из этических требований, предъявляемых к профессиональным представителям и судебным экспертам, что, в свою очередь, предполагает введение монополии на их деятельность при суде.

При таком подходе нарушение правил, направленных на борьбу с подбором экспертов, может повлечь

²⁹ См., в частности, следующие дела: *Vilca v. Xstrata Ltd.* [2017] EWHC 1582 (QB); *Burke v. Imperial Healthcare.* [2019] EWHC 3719 (QB). Подобный способ эффективен лишь против одной из разновидностей подбора экспертов, когда сторона уже номинировала своего эксперта перед судом, но еще имеет возможность ознакомиться с проектом экспертного заключения до его подачи в суд. Для российского процесса, где контакт стороны с экспертом после его назначения возможен лишь под контролем суда, подобная практика нехарактерна, поэтому далее данный способ не рассматривается.

³⁰ Отдельно стоит вопрос о том, как быть, если эксперт уже проводил исследование либо тем или иным образом участвовал в рассмотрении другого дела, в котором участвовала хотя бы одна из сторон текущего спора (особенно актуально для корпоративных споров). Решение данного вопроса связано с рассмотрением вопроса о пределе действия преюдиции и потому выходит за рамки настоящей статьи.

³¹ *Lord Woolf. Access to Justice: Final Report.* London, 1996. Ch. 13 at [31]. URL: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20060214041428/http://www.dca.gov.uk/civil/final/sec3c.htm#c13>; *Friedland P., Brown de Vejar K.* Discoverability of Communications between Counsel and Party-Appointed Experts in International Arbitration // *The Journal of the London Court of International Arbitration.* 2012. Vol. 28. P. 16. URL: <https://www.curtis.com> (дата обращения: 19.08.2020).

³² По статистике ВС РФ за 2019 г., к уголовной ответственности по ст. 307 УК РФ за дачу заведомо ложных показаний и/или дачу ложного заключения привлечли 482 человек, а по ст. 309 за подкуп или принуждение к даче ложных показаний и/или даче ложного заключения — 33 человек. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=5259> (дата обращения: 19.08.2020). При этом большая часть выявленных преступлений, по всей вероятности, касалась показаний свидетелей, а не заключений экспертов.

³³ Подробнее см.: *Архипов Д.А.* Адвокат в суде: отстаивание позиций перед судом или «борьба всех против всех» без правил // *Судья.* 2019. № 4. С. 22–27.

умаление профессиональной репутации, привести к запрету практиковать в суде или быть квалифицировано как уклонение от проведения экспертизы с правом суда признать фактические обстоятельства, требующие специальных знаний, установленными или опровергнутыми, в зависимости от того, какое значение они имеют для недобросовестной стороны (такое последствие уклонения от проведения экспертизы предусмотрено действующей редакцией ч. 3 ст. 79 ГПК РФ).

Таким образом, запрет на внепроцессуальные контакты, а также обязанность раскрывать содержание переговоров с экспертами могут вводиться в отношении профессиональных представителей и судебных экспертов, если первые и вторые получают монополию на деятельность при суде, где соответствующее нарушение может, в частности, являться основанием для запрета на профессию.

5.2. Назначение общего эксперта

Не стоит забывать и про такой способ, как назначение общего эксперта (*single joint expert*). Такое решение имеет сразу несколько преимуществ.

Оно в полной мере отвечает требованиям принципа состязательности, поскольку стороны не лишены возможности предлагать и в конечном счете отбирать любого известного им эксперта. Обговаривая кандидатуру эксперта, стороны будут вынуждены идти на компромисс и отбирать эксперта с наиболее нейтральной (объективной) позицией, поскольку они в равной степени заинтересованы в том, чтобы эксперт не отдавал предпочтение одной из сторон.

Как было отмечено выше, эксперт порой склонен имплицитно поддерживать позицию номинировавшей его стороны, а значит, эксперт, назначенный обеими сторонами, будет пытаться, в том числе из-за репутационных соображений, прийти к наиболее непредвзятым и достоверным выводам.

В случае если речь идет о назначении одного общего эксперта, а не о распространенной в международном арбитраже дорогостоящей практике избрания общего эксперта экспертами сторон, подобное решение от-

вечает идее процессуальной экономии. Оно приносит сторонам материальную выгоду (расходы на экспертизу делятся между ними пополам), а ее внедрение не требует от законодателя дополнительных усилий — достаточно дать соответствующие разъяснения на уровне Верховного Суда РФ.

Положения о назначении общего эксперта содержались еще в ст. 518 Устава гражданского судопроизводства 1864 г. Предполагалось, что каждая из сторон в течение установленного судом срока выберет своего эксперта, а последние совместно выберут третьего нейтрального эксперта; если же стороны не могли договориться, суд должен был назначить эксперта самостоятельно, в том числе из предложенных сторонами кандидатур.

Аналогичное решение применяется и в зарубежных странах. Например, в английском процессе складывается тенденция назначения одного эксперта, кандидатура которого должна быть согласована сторонами³⁴. Считается, что такая практика не только сводит на нет разницу в материальном положении сторон и позволяет экономить время и деньги, но и в целом увеличивает вероятность мирного урегулирования спора³⁵.

Закрепление наиболее рациональной модели поведения в качестве диспозитивного правила увеличивает вероятность ее применения³⁶, поэтому можно только поддержать прозвучавшее ранее предложение о регламентации процедуры избрания совместного эксперта в российском гражданском (арбитражном) процессе³⁷.

Действующее процессуальное законодательство формально не запрещает сторонам избрать общего эксперта, однако на практике это происходит крайне редко. Стоит признать, что назначение общего эксперта, несмотря на целый ряд преимуществ, не может полностью устранить риск подбора экспертов, а также является трудновыполнимой задачей на практике.

³⁴ *Iller M.* Civil Evidence: The Essential Guide. Sweet & Maxwell, 2006. P. 402–404, 414.

³⁵ *Lord Woolf.* Op. cit. Ch. 13 at [21].

³⁶ *Карапетов А.Г.* Экономический анализ права. М., 2016. С. 95–96.

³⁷ *Сахнова Т.В.* Судебная экспертиза. М., 1999. С. 137.



Стороны, воспринимая суд как поле битвы до последнего патрона, отнюдь не всегда хотят (и могут) избрать общего эксперта. По свидетельствам современников, хотя Устав гражданского судопроизводства 1864 г. и регламентировал соответствующую процедуру, на практике стороны, «зная наперед, что полюбовное соглашение не состоится», редко договаривались об избрании общих экспертов³⁸.

Зачастую в проведении экспертизы заинтересована лишь одна из сторон, которая ссылается на некое обстоятельство, требующее специальных познаний в вопросе его установления, а вторая сторона ей активно противодействует. В такой ситуации о выборе единой кандидатуры не может быть и речи.

Не исключены ситуации, когда стороны, избирающие общего эксперта, на самом деле преследуют цель подтвердить в суде выводы «своего» эксперта, чтобы впоследствии использовать их против третьих лиц (решение суда по ранее рассмотренному делу может учитываться другим судом даже при формальном отсутствии преюдиции³⁹).

Наконец, в случае избрания общего эксперта риск подбора экспертов не устраняется, а лишь переходит в другую плоскость. Суд, по сути, перекладывает на стороны риск того, что их процессуальный оппонент имел досудебные контакты с экспертом. В этом случае стороны должны прикладывать дополнительные усилия для того, чтобы избежать риска подбора общего эксперта оппонентом: консультироваться с иными экспертами и, при необходимости, представлять суду дополнительные экспертные заключения (как это иногда практикуется в английском процессе⁴⁰).

Однако такие манипуляции сводят на нет все преимущества избрания общего эксперта: расходы на дополнительных экспертов нивелируют экономию от избрания общего эксперта, а представление дополнительных заключений вновь ставит суд, не облада-

ющий специальными знаниями, перед выбором из противоречащих экспертных заключений.

При таких обстоятельствах избрание общего эксперта допустимо при разрешении относительно несложных дел, однако не может быть универсальным и окончательным решением проблемы подбора экспертов.

5.3. Сотрудничество экспертов

Как было указано выше, англосаксонская модель отбора экспертов построена на том, что в ходе перекрестного допроса нанимаемых сторонами экспертов правда так или иначе выльется наружу.

Такой подход вряд ли может быть полностью заимствован из стран, в которых отсутствует сложившаяся культура (навыки) перекрестного допроса (ярким примером такой страны является Россия). К тому же он обладает своими недостатками.

Перекрестный допрос не всегда эффективен и может быть использован для того, чтобы ввести суд в заблуждение относительно содержания той или иной области знаний. На практике опыт эксперта бескомпромиссно, умело и эффективно отстаивать свою позицию в зале суда ценится гораздо больше, чем его реальная компетентность в спорных вопросах.

Более того, суду даже после перекрестного допроса может быть трудно оценить заключения экспертов, если последние используют разную методику, опираются на противоречащие друг другу факты и фокусируются на различных аспектах дела. При этом стороны, как правило, и не заинтересованы в том, чтобы их эксперты шли на контакт с экспертами оппонентов в целях сделать задачу суда более простой⁴¹.

Впрочем, в последнее время ситуация постепенно меняется и состязание экспертов уступает место сотрудничеству. Суд заставляет экспертов сторон до подготовки заключений находить точки соприкосновения по фактам, применяемым методикам и поставленным вопросам (*pre-hearing meetings*), вместе отвечать пе-

³⁸ Красовский А.А. К реформе нашего гражданского процесса // Вестник гражданского права. 1914. № 1. С. 46.

³⁹ См.: Буйко О.И., Коновалов В.В. Проблемы применения преюдиции при разрешении корпоративных споров // Вестник АС Московского округа. 2016. № 4. С. 80–81.

⁴⁰ Daniels v. Walker. [2000] 1 WLR 1382 CA; Peet v. Mid-Kent Healthcare Trust. [2002] 1 WLR 210 CA.

⁴¹ Gross S.R. Expert Evidence // Wisconsin Law Review. 1991. P. 1149–1150.

ред судом по своим экспертным заключениям (*witness conferencing* или *hot tubbing*) и, наконец, объединяться для совместной работы над единым заключением, которое может дополняться с учетом комментариев сторон и суда (*expert teaming*)⁴².

Последний способ, с небольшими отличиями, применяется и в правовых порядках, в которых назначением эксперта занимаются не стороны, а суд. В качестве примера стоит кратко рассказать о процедуре назначения эксперта в итальянском гражданском процессе⁴³.

Здесь суд отбирает и назначает эксперта самостоятельно, но в определении о назначении экспертизы он устанавливает для сторон срок, в течение которого последние вправе представить в суд заявление о назначении собственных экспертов. Задача таких экспертов — оказать содействие судебному эксперту при подготовке заключения, а также помочь суду при его оценке.

Под угрозой признания заключения недействительным эксперт обязан в установленные судом сроки направить проект заключения на рецензирование экспертам сторон, чтобы последние имели возможность заблаговременно представить эксперту свои замечания. В итоге судебный эксперт направляет заключение в суд уже с ответами и комментариями на полученные замечания и, в случае его вызова в суд, эксперты сторон участвуют в его опросе.

При таком подходе уже имеющееся в наличии «противоядие» против подбора экспертов (использование нескольких экспертов) избавляется от своих ключевых недостатков: фокусирования экспертов на различных аспектах дела, применения отличающихся методов и превалирования формы подачи материала над его содержанием.

Представляется, что подобный опыт заслуживает внимания и в целом может быть имплементирован в российский гражданский (арбитражный) процесс. Вместе с тем и у него есть свои подводные камни.

Судебный процесс с участием экспертов — само по себе дело небыстрое и недешевое. Если процесс отбора и назначения экспертов, как в рассматриваемом случае, сложен и требует дополнительных затрат, то менее обеспеченные стороны могут лишиться доступа к эффективному правосудию.

Поэтому, на наш взгляд, указанная модель сотрудничества экспертов сторон и/или суда может быть применена лишь при рассмотрении сложных дел (например, патентных, строительно-подрядных, иных технических споров) и, возможно, только при согласии обеих сторон.

5.4. Отбор экспертов из реестра

Для того чтобы выступить в роли эксперта, лицо должно обладать достаточной квалификацией, опытом и свободным временем, чтобы подготовить качественное экспертное заключение. При прочих равных суд скорее выберет эксперта с более высокой квалификацией, имеющего более длительный опыт исследования аналогичных вопросов, способного провести исследование в сжатые сроки и за меньшие деньги.

Необходимо ли предъявлять к таким экспертам дополнительные формальные требования, а именно стоит ли ограничить пул доступных для сторон экспертов только теми, кто был сертифицирован (аккредитован) в качестве судебных экспертов — сдал специальный экзамен и/или был включен в специальный реестр (общенациональный или при конкретном суде)?

В российском гражданском (арбитражном) процессе подобные дополнительные требования предъявляются лишь к экспертам из государственных экспертных учреждений, при этом порядок аттестации экспертов зависит от того, в каком именно ведомственном учреждении числится эксперт⁴⁴. Отдельно стоит

⁴² *Sachs K.* Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence // *Arbitration Advocacy in Changing Times*, ICCA Congress Series No. 15. Kluwer, 2011 (with N. Schmidt-Ahrendts). P. 135–148. URL: <https://www.lawlibrary.ie/Home.aspx> (дата обращения: 19.08.2020).

⁴³ *Grossi S., Pagni M.C.* Commentary on the Italian Code of Civil Procedure. Oxford University Press, 2010. P. 213–217; *Grossi S.* A Comparative Analysis Between Italian Civil Proceedings and American Civil Proceedings Before Federal Courts // *Indiana International & Comparative Law Review*. 2010. Vol. 20. P. 226. URL: <https://journals.iupui.edu/> (дата обращения: 19.08.2020).

⁴⁴ См.: ст. 12, 13 Федерального закона от 31.05.2001 № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации»; приказы Минюста России от 07.10.2014 № 207; ФТС России от 05.08.2010 № 1457 и т.д.



отметить судебно-медицинские экспертизы, для подготовки которых необходимо иметь лицензию на осуществление медицинской деятельности⁴⁵. Единого реестра государственных экспертов на данный момент нет, при этом суд не связан перечнем государственных экспертных учреждений и вправе поручить проведение экспертизы частному лицу⁴⁶.

К негосударственным экспертам, которые востребованы на практике из-за высокой загрузки государственных экспертов, особые требования не предъявляются, если только они не обязаны по закону состоять в саморегулируемых организациях (как это сделано применительно к оценщикам⁴⁷). Достаточно, чтобы они имели специальные познания, что подтверждается профильным образованием и стажем практической деятельности, изредка рейтингами или иными внешними оценками.

Что касается саморегулируемых организаций, то их деятельность не так эффективна, как кажется на первый взгляд: отсутствуют единые подходы к выработке внутренних профессиональных стандартов, нет единой сложившейся практики привлечения к дисциплинарной ответственности, функция защиты интересов своих членов превалирует над функцией обеспечения качества их работы и т.д. В итоге на сегодняшний день членство в саморегулируемых организациях не останавливает экспертов (в том числе оценщиков) от участия в недобросовестной практике подбора кандидатур, которая умаляет статус судебного эксперта.

В результате судебными экспертами по гражданским и арбитражным делам нередко становятся люди, основной вид деятельности которых не связан с подготовкой экспертных заключений. Интересы таких случайных лиц могут состоять не в представлении суду результатов объективного экспертного исследования, а в продвижении интересов той стороны, которая их номинировала. Если суд признает их заключение недостоверным, они не понесут существенных репутационных рисков — просто вернуться к своему основному

виду деятельности и постараются забыть неудачный опыт в суде как страшный сон.

В свое время была предпринята попытка исправить данную ситуацию. На рассмотрение в Государственную Думу был внесен законопроект, предусматривающий среди прочего сертификацию экспертов и создание единого реестра государственных экспертов⁴⁸. Однако его рассмотрение было отложено до лучших времен.

Принимая во внимание вышеизложенное, одним из способов решения проблемы подбора экспертов является позиционирование судебной экспертной деятельности как самостоятельной профессии и создание механизма допуска к этой профессии только тех, кто прошел предварительный (независимый) отбор, регулярно повышает свою квалификацию и обязан под угрозой потери профессии соблюдать кодекс этики и установленные специальным контрольно-дисциплинарным органом правила проведения судебных экспертиз⁴⁹.

В этом случае можно рассчитывать на то, что среди экспертов не будет случайных людей, а значит, заключения будут готовиться более качественно, объективно, с подробным разбором применимых и неприменимых методик и источников.

Именно такой подход применяется во многих развитых правовых системах. Так, в Испании⁵⁰ ежегодно при каждом суде формируется список экспертов, направляемый в суд профессиональными (саморегулируемыми) организациями экспертов, кандидатура эксперта, который будет готовить заключение, в каждом случае определяется по жребию. В случае отсутствия в реестре специалиста в требуемой области знаний допускается назначить эксперта не из реестра. Аналогичный порядок применяется в Чехии, Австрии, Италии и других странах.

⁴⁵ См.: Решение ВС РФ от 27.02.2019 № АКПИ18-1242, которое подтвердило законность включения услуг по бумажной судебно-медицинской экспертизе (т.е. без исследования пациентов, биологических объектов и вещественных доказательств) в перечень лицензируемой медицинской деятельности.

⁴⁶ См.: п. 1 Постановления ВАС РФ № 23.

⁴⁷ См.: ст. 4 Федерального закона от 29.07.1998 № 135-ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации».

⁴⁸ Законопроект № 306504-6 «О судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации». URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/306504-6> (дата обращения: 19.08.2020).

⁴⁹ См.: Guide to Good Practices in Civil Judicial Expertise in the European Union. URL: <https://experts-institute.eu/wp-content/uploads/2018/03/2016-01-07-eeei-guide-to-good-practices-egle-en-brochure.pdf> (дата обращения: 19.08.2020).

⁵⁰ Turner B. Expert Opinion in Court: Civil Law Jurisdictions (France, Germany, Italy, and Spain). P. 3. URL: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/9780470061589.fsa003.pub2> (дата обращения: 19.08.2020).

Разумеется, даже такой способ не лишен недостатков (возможна профессиональная деформация судебных экспертов, сохраняется проблема создания пула дружественных экспертов по всем требуемым на практике областям знаний и т.д.⁵¹).

Однако важно отметить, что даже если аккредитация в качестве судебного эксперта в итоге так и не станет обязательной, нахождение в реестре будет своего рода гарантией качества экспертного заключения и будет служить ориентиром для выбора кандидатуры эксперта как для сторон, так и для суда. Поэтому, несмотря на сложности в практической реализации, в долгосрочной перспективе данный вариант принесет свои плоды и будет способствовать большей достоверности экспертных исследований.

В связи с этим подобное решение, на наш взгляд, вполне может быть реализовано и в российском процессе: необходимо сформировать (само)регулируемую экспертную среду и в перспективе рассмотреть вопрос о целесообразности введения ограничений на экспертную деятельность при суде.

6. Проблема подбора экспертов — выводы

Проблема подбора экспертов, поддерживающих позицию сторон по спорным вопросам, имеет объективно сложившиеся предпосылки и вряд ли будет решена в ближайшем будущем.

Конечно, можно оставить все как есть: стороны будут подбирать подходящие кандидатуры, а суд, как и раньше, будет назначать экспертов из перечня экспертов, предложенных сторонами, а далее самоустраняться от критичной оценки их выводов. Однако, на наш взгляд, отсутствие возможности поставить окончательную точку в борьбе с подбором экспертов не отменяет необходимости хотя бы частично сглаживать ее негативные последствия. Это может быть сделано при комбинировании рассмотренных выше способов:

— назначение общего эксперта (по несложным спорам);

— сотрудничество судебного эксперта с экспертами сторон по сложным (техническим) спорам;

— выбор и назначение экспертов самим судом, когда он может определиться с наиболее профессиональной и авторитетной кандидатурой;

— создание (само)регулируемой экспертной среды и соответствующих реестров, чтобы гарантировать большую достоверность экспертных заключений и облегчить отбор экспертов как судом, так и сторонами;

— наконец, в случае положительного решения вопроса с монополией на деятельность судебных экспертов и профессиональных представителей (что, конечно, требует отдельного обсуждения) запрет практики досудебного подбора экспертов под угрозой применения дисциплинарных санкций, в частности лишения возможности практиковать в суде. 🏠

REFERENCES

- Arkhipov, D.A. "Legal Attorney at Court: Defending Competing Interests in Court, Or 'Fight Of All Against All' Without Rules" [*Advokat v sude: otstaivaniye pozitsiy pered sudom ili "bor"ba vseh protiv vseh" bez pravil*]. The Judge [*Sud'ya*]. 2019. No. 4. P. 22–27.
- Buyko, O.I. and Konovalov, V.V. "Problems in Resolving Corporate Dispute Resolution with Prejudice" [*Problemy primeneniya preyarditsii pri razreshenii korporativnykh sporov*]. Moscow District Commercial Court Bulletin [*Vestnik AS Moskovskogo okruga*]. 2016. No. 4. P. 75–82.
- Caudill, D.S. "'Dirty' Experts: Ethical Challenges Concerning and a Comparative Perspective on the Use of Consulting Experts". St. Mary's Journal on Legal Malpractice & Ethics. 2018. Vol. 8, available at: <https://commons.stmarytx.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1008&context=lmej> (accessed 19 August 2020).
- Dwyer, D. The Judicial Assessment of Expert Evidence. Cambridge, 2008. 469 p.
- Friedland, P. and Brown de Vejar, K. "Discoverability of Communications between Counsel and Party-Appointed Experts in International Arbitration". The Journal of the London Court of International Arbitration. 2012. Vol. 28, available at: <https://www.curtis.com> (accessed 19 August 2020).
- Gross, S.R. "Expert Evidence". Wisconsin Law Review. 1991. P. 1113–1232.
- Grossi, S. "A Comparative Analysis Between Italian Civil Proceedings and American Civil Proceedings Before Federal

⁵¹ Подробнее см.: Dwyer D. Op. cit. P. 347–352; Ireland Law Reform Commission. Op. cit. P. 307–335.



- Courts". *Indiana International & Comparative Law Review*. 2010. Vol. 20, available at: <https://journals.iupui.edu/> (accessed 19 August 2020).
- Grossi, S. and Pagni, M.C. *Commentary on the Italian Code of Civil Procedure*. Oxford University Press, 2010. 556 p.
- Guide to Good Practices in Civil Judicial Expertise in the European Union, available at: <https://experts-institute.eu/wp-content/uploads/2018/03/2016-01-07-eeee-guide-to-good-practices-eglen-brochure.pdf> (accessed 19 August 2020).
- Iller, M. *Civil Evidence: The Essential Guide*. Sweet & Maxwell, 2006. 593 p.
- Ireland Law Reform Commission. *Consultation Paper: Expert Evidence*. Dublin, December 2008, available at: https://www.lawreform.ie/_fileupload/consultation%20papers/cpExpertEvidence.pdf (accessed 19 August 2020).
- Johnston, P.L. "Court-Appointed Scientific Expert Witnesses: Unfettering Expertise". *Berkeley Technology Law Journal*. 1987. Vol. 2, available at: <https://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol2/iss2/3/> (accessed 19 August 2020).
- Jolowicz, J.A. *On Civil Procedure*. Cambridge, 2000. 426 p.
- Kamenkov, M.V. "Procedural Status of the Out-Of-Court Expert's Opinion" [*O protsessual'nom statuse vnesudebnykh zaklyucheniy ekspertov*]. *Statute [Zakon]*. 2014. No. 9. P. 150–155.
- Karapetov, A.G. *Economic Analysis of Law [Ekonomicheskii analiz prava]*. Moscow, 2016. 528 p.
- Krasovskiy, A.A. "Reforming Our Civil Process" [*K reforme nashogo grazhdanskogo protsessa*]. *Civil Law Review [Vestnik grazhdanskogo prava]*. 1914. No. 1. P. 56–102.
- Langbein, J.H. "The German Advantage in Civil Procedure". *The University of Chicago Law Review*. 1985. Vol. 52, available at: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol52/iss4/1/> (accessed 19 August 2020).
- Lazarev, S.V. "Issues of Independence of Experts and Quality of Expert Opinion during Arbitration Proceedings" [*Voprosy nezavisimosti eksperta i kachestva ekspertnogo zaklyucheniya v arbitrazhnom protsesse*]. *Herald of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation [Vestnik VAS RF]*. 2012. No. 8. P. 58–69.
- Lee, T.V. "Court-Appointed Experts and Judicial Reluctance: A Proposal to Amend Rule 706 of the Federal Rules of Evidence". *Yale Law & Policy Review*. 1988. Vol. 6, available at: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylpr/vol6/iss2/15/> (accessed 19 August 2020).
- Lord Woolf. *Access to Justice: Final Report*. London, 1996, available at: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20060214041428/>, <http://www.dca.gov.uk/civil/final/sec3c.htm#c13> (accessed 19 August 2020).
- MacGregor Smith, A. "Using Impartial Experts in Valuations: A Forum-Specific Approach". *William & Mary Law Review*. 1994. Vol. 35, available at: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol35/iss3/10> (accessed 19 August 2020).
- Malyshev, K.I. *A Course of Civil Litigation [Kurs grazhdanskogo sudoproizvodstva]*. Saint Petersburg, 1876.
- Notturmo, M.A. "Falsifiability Revisited: Popper, Daubert, and Kuhn". *The Journal of Philosophy, Science & Law: Daubert Special Issue*. 2015. Vol. 15, available at: <http://jpsl.org/archives/falsifiability-revisited/> (accessed 19 August 2020).
- Prichard, F. *Experts in Civil Cases: An Inside View*. New York, 2005. 190 p.
- Reisinger, K.B. "Court-Appointed Expert Panels: A Comparison of Two Models". *Indiana Law Review*. 1998. Vol. 32, available at: <https://journals.iupui.edu/index.php/inlawrev/article/view/3340> (accessed 19 August 2020).
- Ryndzyunskiy, G. *The Technique of Civil Process [Tekhnika Grazhdanskogo Protsessa]*. Moscow, 1925. 392 p.
- S.G. "The Limits of the Court's Assessment of the Opinion of People in the Know" [*Predely otsenki sudom zaklyucheniya svedushchikh lyudey*]. *Legal Bulletin [Vestnik Prava]*. Saint Petersburg, 1901. No. 9, available at: <https://naukaprava.ru/catalog/435/1272/2325/33677> (accessed 19 August 2020).
- Sachs, K. "Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence". *Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series No. 15*. Kluwer, 2011 (with N. Schmidt-Ahrendts), available at: <https://www.lawlibrary.ie/Home.aspx> (accessed 19 August 2020).
- Sakhnova, T.V. *Forensic Expertise [Sudebnaya ekspertiza]*. Moscow, 1999. 368 p.
- Schneider, M.E. "Technical Experts in International Arbitration". *ASA Bulletin*. 1993. Vol. 11. No. 3, available at: http://www.lalive.ch/data/publications/mes_technical_experts.pdf (accessed 19 August 2020).
- Sharoykin, Yu.V. "Legal Model of the Institute of Independent Medical Expertise" [*Pravovaya model' instituta nezavisimoy meditsinskoy ekspertizy*]. *Medical Law [Meditsinskoye pravo]*. 2016. No. 3. P. 44–49.
- Timmerbeil, S. "The Role of Expert Witnesses in German and U.S. Civil Litigation". *Annual Survey of International & Comparative Law*. 2003. Vol. 79, available at: <https://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol9/iss1/8/> (accessed 19 August 2020).
- Turner, B. *Expert Opinion in Court: Civil Law Jurisdictions (France, Germany, Italy, and Spain)*, available at: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/9780470061589.fsa003.pub2> (accessed 19 August 2020).
- Zhizhina, M.V. "Review of Expert Opinion in Commercial Disputes Proceedings" [*Retsenzirovaniye ekspertnykh zaklyucheniy v praktike rassmotreniya arbitrazhnykh del*]. *Herald of Commercial Courts Practice [Vestnik arbitrazhnoy praktiki]*. 2014. No. 4. P. 51–58.

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

Denis A. Arkhipov

Partner at Egorov Puginsky Afanasiev & Partners Law Offices (e-mail: denis_arkhipov@epam.ru).

Vladimir V. Konovalov

Attorney at the Moscow Bar Association (e-mail: vladimir_konovalov@kvv-law-office.ru).



**НИКИТА
ВЛАДИМИРОВИЧ
БУШЕЦ**

аспирант факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», главный специалист Центра нотариальных исследований

ПРИВЛЕЧЕНИЕ ГРАЖДАН К УЧАСТИЮ В СУДЕ ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЕЙ (НА ОСНОВЕ ДАННЫХ СОЦИАЛЬНО- ПРАВОВОГО ИССЛЕДОВАНИЯ)*

В статье представлены результаты комплексного социально-правового исследования, посвященного вопросам привлечения граждан к участию в суде в качестве присяжных заседателей. Выявлены и проанализированы причины, по которым граждане уклоняются от явки в суд в случае получения повестки о вызове их в качестве кандидатов в присяжные заседатели. По итогам сформулированы предложения о том, как побудить граждан к участию в осуществлении правосудия. Предложены оптимальные формы взаимодействия аппаратов судов с кандидатами в присяжные заседатели при их приглашении в суд.

Ключевые слова: социально-правовое исследование, организация деятельности суда, суд присяжных, привлечение граждан к участию в правосудии

Вступление в силу Закона РФ от 16.07.1993 № 5451-1 «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР „О судостроительстве РСФСР“, Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР, Уголовный кодекс РСФСР и Кодекс РСФСР об административных правонарушениях» (далее — Закон 1993 г.) оз-

* Статья подготовлена при финансовой поддержке Фонда «Либеральная миссия» в рамках научно-исследовательского проекта «Суд наш» НП «Центр правовых программ Леонида Никитинского».



NIKITA V. BUSHTETS

PhD Student at the Faculty of Law of the National Research University "Higher School of Economics", Chief Specialist of the Center for Notary Research

INVOLVEMENT OF CITIZENS IN PARTICIPATION IN JURY TRIALS (BASED ON SOCIAL AND LEGAL RESEARCH DATA)

This article presents the results of a comprehensive social and legal study on citizens' involvement in court activities as jurors. It identifies and analyses the reasons why citizens avoid appearing in court if they receive summons as candidates for jurors. In the end, proposals were formulated as to how to involve citizens in the administration of justice. The optimal forms of interaction between courts' offices and juror candidates are proposed.

Keywords: social and legal research, organisation of court activity, jury trial, involvement of citizens to participate in justice

наменовало возрождение суда с участием присяжных заседателей в России, которое оказалось одним из самых ярких и символических событий судебной реформы 1990-х гг.¹

Концепция судебной реформы, одобренная Верховным Советом РСФСР в октябре 1991 г., стала предтечей обсуждаемых законодательных изменений, запустив радикальные преобразования нашего правосудия. Как справедливо отметил И.Л. Петрухин, в ней был поставлен диагноз российскому правосудию — «кризис юстиции». Поэтому Концепция представляла собой документ-разоблачение,

¹ См.: Судебная власть / под ред. И.Л. Петрухина. М., 2003. С. 441.

документ-анализ и одновременно программу к действию².

После принятия Закона 1993 г. был проведен ряд организационных мероприятий, направленных на обеспечение реформы. Одним из первых шагов к созданию необходимых для нее условий стало подписание Президентом Б.Н. Ельциным Распоряжений от 22.09.1992 № 530-рп и от 26.09.1993 № 665-рп, которые предусматривали обязанность Государственно-правового управления Президента, Минюста России во взаимодействии с Комитетом Верховного Совета по законодательству разработать программу проведения в нескольких регионах России в 1992–1993 гг. эксперимента по предварительной отработке на практике принципиально новых положений процессуального и судоустройственного законодательства, подготовив соответствующие нормативные акты³.

Первоначально суд присяжных вводился на уровне судов среднего звена на территории девяти регионов России: в Саратовской, Московской, Ивановской, Рязанской областях — с 1 ноября 1993 г., в Ростовской и Ульяновской областях, Ставропольском, Алтайском и Краснодарском краях — с 1 января 1994 г.⁴ В каждом из этих субъектов Федерации были созданы межведомственные координационные советы по оказанию соответствующим судам помощи в работе при введении института присяжных заседателей.

Одновременно велась работа по научно-методическому обеспечению судебной реформы. В частности, подготовлен научно-практический сборник «Суд присяжных», изданы сборник «Нормативные материалы

о судьях и суде присяжных», пособие для судей «Суд присяжных», книга С.А. Пашина «Судебная реформа и суд присяжных». Также издавался информационный бюллетень «Летопись суда присяжных (прецеденты и факты)», где публиковались сведения о работе судов присяжных и о принципиальных решениях судей. Генеральной прокуратурой РФ было издано и разослано во все краевые (областные) прокуратуры методическое пособие «Прокурор в суде присяжных»⁵.

В целях реализации поручений Президента РФ Международным комитетом содействия правовой реформе совместно с Государственно-правовым управлением Президента⁶ был проведен мониторинг деятельности судов присяжных. Задачами мониторинга в том числе были:

- сбор и анализ сведений об организационных затруднениях в деятельности суда присяжных;
- определение состояния правосознания юристов;
- определение образа суда присяжных в общественном мнении.

Таким образом, впервые архитектура судебной реформы предусматривала социологический анализ предполагаемых и уже внесенных законодательных изменений.

По итогам мониторинга выяснилось, что большинство опрошенных юристов выражали сомнение в готовности и желании людей выполнять обязанности присяжных. Так, опасения об уклонении граждан от выполнения обязанности быть присяжным заседателем высказало 20% опрошиваемых, при этом 23% придерживались мнения, что стремиться к выполнению обязанностей присяжных прежде всего будут люди с низким доходом или те, кто имеет возможность без ущерба для своих интересов оставить на время пребывания в суде свои служебные или профессиональные обязанности. А при опросе судей было установлено, что организация вызова присяжных в суд, обеспечение их безопасности, подбор для них помещения, создание

² См.: Судебная власть. С. 443.

³ Как пишет один из основных инициаторов внедрения института суда присяжных в России, «употребление термина „эксперимент“ в упомянутом распоряжении Президента России вовсе не означало, что исходом его может оказаться упразднение суда присяжных; суд присяжных — это конституционное условие существования в нашей стране демократического правового государства, основанного на принципе народовластия. В связи с чем очень быстро слово „эксперимент“ применительно к суду присяжных перестало употребляться, и реформаторы заговорили о „позатпном внедрении“ этого суда» (Пашин С.А. Возможности совершенствования российского суда с участием присяжных заседателей // Суд присяжных в России: совершенствование процедур и расширение юрисдикции. М., 2010. С. 41–51).

⁴ Организация и деятельность судов общей юрисдикции: новеллы и перспективы: монография / отв. ред. В.П. Кашепов. М., 2016. С. 85.

⁵ Цит. по: Шахбанова Х.М. Исторические аспекты развития суда присяжных в России // История государства и права. 2015. № 23. С. 46–49.

⁶ Пашин С.А. Суд присяжных: первый год работы. М., 1995.



надлежащих условий работы вызовут наибольшие трудности при исполнении Закона 1993 г.⁷

Как видим, основные проблемы организации деятельности суда присяжных, решение которых актуально и в настоящий период, были определены еще на стадии его возрождения.

1. Расширение применения института присяжных заседателей

Рассматривая современный период развития института присяжных заседателей, нельзя не упомянуть расширение его применения с 1 июня 2018 г. Сегодня уголовные дела могут быть рассмотрены и в судах первой степени — районном или гарнизонном военном суде, а не только в судах второй степени (областных и приравненных к ним). Вместе с тем коллегия присяжных заседателей, ранее состоящая из 12 человек, с расширением применения института присяжных была сокращена до 8 человек⁸ при рассмотрении уголовного дела в суде областного уровня и до 6 человек при рассмотрении дела в суде районного (гарнизонного) уровня. В связи с этим представляется возможным назвать обсуждаемую реформу суда присяжных свидетельством движения российского уголовного судопроизводства по пути демократических преобразований, заложенных в Концепции судебной реформы 1991 г.⁹, в то же время уровень гарантий прав граждан, определенный Концепцией, все еще не достигнут.

Необходимо обратить внимание на то, что пояснительная записка к проекту федерального закона «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с расширением применения института присяжных заседателей» (далее — законопроект) не содержит сведений об исследованиях, подтверждающих готовность граждан принимать участие в работе судов в качестве присяжных заседателей. Наличие таких данных позволило

бы оценить масштаб предстоящей работы по обеспечению деятельности судов при введении суда присяжных на районный уровень.

Иначе говоря, мы не имеем доказательств того, что, расширяя применение института присяжных заседателей, законодатель провел объективную оценку готовности граждан участвовать в осуществлении правосудия.

Работа суда присяжных предполагает широкое вовлечение общественности. В свете этого одной из важнейших проблем сегодня остается неявка граждан, получивших приглашения из суда для участия в качестве кандидатов в присяжные заседатели. В таких условиях сформировать коллегия присяжных представляется весьма затруднительным, что заметно осложняет процесс осуществления правосудия.

Как пишет экс-председатель Саратовского областного суда В.Н. Тарасов, для обеспечения явки в суд 30–40 кандидатов в присяжные заседатели работники аппарата суда в Саратовской области направляют от 1000 до 1500 приглашений. Так называемый коэффициент полезного действия аппарата по формированию пула присяжных составляет 3–5%. Со слов граждан, основными причинами отказа от участия в качестве присяжного заседателя являются: трудовая занятость, длительность процесса, состояние здоровья, нежелание брать на себя ответственность за судьбу человека, опасения за свою жизнь¹⁰.

Теперь рассчитаем примерную сумму расходов, покрываемых из бюджетных средств, на подготовку и направление приглашений кандидатам в присяжные заседатели. Согласно Правилам финансового обеспечения переданных исполнительно-распорядительным органам муниципальных образований государственных полномочий по составлению списков кандидатов в присяжные заседатели федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации¹¹ норматив финансовых затрат на одного кандидата составляет 60 руб. (из них 10 руб. — на канцелярские и 50 руб. — на почтовые расходы).

⁷ См. там же. С. 38–39.

⁸ См.: Федеральный закон от 23.06.2016 № 190-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с расширением применения института присяжных заседателей».

⁹ См.: Судебная власть. С. 441; Постановление ВС РСФСР от 24.10.1991 № 1801-1 «О Концепции судебной реформы в РСФСР».

¹⁰ Тарасов В.Н. Тенденции и проблемы развития института суда присяжных в России // Судья. 2016. № 5. С. 15–19.

¹¹ Утверждены Постановлением Правительства РФ от 23.05.2005 № 320.

Таким образом, рассылка 1000–1500 приглашений требует в среднем 60–90 тыс. руб. И эти траты обеспечиваются, по данным В.Н. Тарасова, всего 30–40 кандидатов в присяжные.

Данная проблема не является новой и была прекрасно известна управленцам, организующим работу судов. Так, результаты исследования Фонда «Общественное мнение», проведенного в 2006 г. в 44 регионах России, показали нежелание 78% россиян оказаться в числе присяжных¹².

Об этом говорили и в научных кругах. Т.Г. Морщакова констатирует наличие такого негативного общественно значимого процесса, как отказ граждан от участия в суде в качестве присяжных¹³. Л.В. Головки описывает случай, когда в некоторых районных судах приходилось продлевать срок содержания под стражей, потому что не набирались присяжные. Так, судья одного из регионов отметил, что в связи с невозможностью формирования коллегии присяжных он «четыре месяца вынужден продлевать ему [подсудимому] содержание под стражей»¹⁴.

Полагаем возможным в тех случаях, когда нужное число присяжных не набирается в одном районе, предложить судье рассмотреть вопрос об обращении в соседние районы для оказания содействия в поисках присяжных или в областной суд.

Напомним, что для присяжных действующее законодательство предусматривает возмещение командировочных, а также транспортных расходов к местонахождению суда и обратно¹⁵. Для удобства присяжных заседателей судья может принять решение о рассмотрении уголовного дела в другом районном или областном суде при условии размещения таких судов на территории одного субъекта Федерации и тем же

судьей, в производстве которого находится уголовное дело. Другими словами, судья и подсудимый должны иметь возможность отправиться в районный суд, где собрано нужное количество присяжных. Однако в условиях отсутствия подобных процедур, предназначенных для преодоления организационных трудностей, правоприменитель попадает в достаточно сложную ситуацию. В связи с этим представляется необходимым восполнить законодательство предлагаемыми механизмами, которые позволят судьям выйти из подобных обстоятельств.

Не останавливаясь на проблеме привлечения граждан к участию в правосудии в качестве присяжных, согласимся с Л.В. Головки, отметившим недостатки методики реализации судебных реформ и отсутствие их критического и социологического анализа *post factum*¹⁶.

Если сравнить нынешнюю реформу введения суда присяжных в районных судах с реформой 1993 г., то мы увидим отсутствие, во-первых, планомерности, а во-вторых, критического анализа внесенных изменений.

2. Социально-правовое исследование

2.1. Цели и задачи исследования

В связи с отсутствием комплексных социально-правовых исследований, посвященных вопросам привлечения граждан к участию в суде присяжных, по инициативе Л.В. Никитинского и С.А. Пашина был поднят вопрос о необходимости проведения такого исследования, результаты которого позволили бы исправить неблагоприятное положение. Благодаря финансовой поддержке Фонда «Либеральная миссия» Центр правовых программ Леонида Никитинского в рамках реализации проекта «Суд наш» провел одно из первых в современной России социально-правовых исследований, направленных на выявление готовности граждан участвовать в суде в качестве присяжных заседателей.

В целях получения объективных данных к работе привлекались специалисты Аналитического центра Юрия

¹² См.: Суд присяжных // База данных ФОМ. 2006. 6 апр. URL: https://bd.fom.ru/report/cat/pow_jus/dd061423 (дата обращения: 04.08.2020).

¹³ Морщакова Т.Г. Профессиональный или суд присяжных // Известия. 2017. 10 авг.

¹⁴ Головки Л.В. Это тупик, заложенный в законе // Медуза. 2018. 28 дек. URL: <https://meduza.io/feature/2018/12/28/eto-tupik-zalozhenny-v-zakone> (дата обращения: 04.08.2020).

¹⁵ См.: ч. 2 ст. 11 Федерального закона от 20.08.2004 № 113-ФЗ «О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации».

¹⁶ Головки Л.В. Уголовное судопроизводство в условиях перманентной судебной реформы // Закон. 2019. № 4. С. 67–82.



Левады («Левада-Центр»), которые много лет на профессиональной основе работают над подготовкой и проведением крупнейших социологических исследований¹⁷. В нашем случае исследователи работали с фокус-группами, состоящими из 8 российских граждан, в связи с чем данное исследование является скорее качественным, а не статистическим. Географический охват исследования: города Москва, Выборг, Кострома и Ярославль. Результаты исследования публикуются впервые.

Основные задачи исследования:

- выявить готовность граждан принимать участие в суде в качестве присяжных;
- проанализировать причины, по которым граждане не хотят участвовать в работе суда присяжных;
- определить оптимальные формы взаимодействия с кандидатами в присяжные заседатели при их приглашении в суд.

Исследование не претендует на статус фундаментального. Изложенные в заключении работы выводы вполне могут иметь продолжение и дополнение в последующих научных трудах неравнодушных читателей.

2.2. Организация и характер выполненных работ

Прежде чем привести результаты социологического исследования, расскажем подробнее о применяемом методе. Фокус-группа как экспериментальный метод исследования сочетает в себе интервью, дискуссию и беседу. Обсуждение темы, представляющей интерес для исследования, ведется с группой респондентов из, как правило, 7–9 человек¹⁸. Модератор фокус-группы задает вопросы респондентам и внимательно слушает ответы, но не ведет активного диалога, не высказывает своего мнения, не стремится кого-то в чем-то убедить и не демонстрирует своей личной оценки ответов. Одной

из его основных задач является сведение к минимуму своего влияния на содержание ответов респондентов¹⁹.

При формировании фокус-групп исследователи основывались на следующих принципах. В каждом из городов, где проходили опросы, формировалось две фокус-группы из числа граждан, которые теоретически могли получить из суда приглашение для исполнения обязанностей присяжного заседателя в судебном заседании. Это лица в возрасте от 25 до 65 лет, представители самых разных социальных слоев и профессий: менеджеры, инженеры, пенсионеры, бизнесмены, секретари, педагогические работники и т.д. В каждой из групп, состоящей из 8 человек, были представлены граждане разных возрастов, т.е. из каждого десятилетия в диапазоне от 25 до 65 лет.

Еще один критерий предусматривал выявление отношения гражданина к суду присяжных. В первую группу отбирались лица, которые в ходе предварительного анкетирования сообщили, что не отказались бы быть присяжным заседателем. Лица, вошедшие во вторую группу, ответили, что не хотели бы быть присяжным заседателем.

Для исследователей важно сравнить отношение к суду присяжных граждан, готовых исполнять обязанности присяжного заседателя, и тех, кто предпочел уклониться от данной обязанности. Это позволит выработать оптимальные подходы работы с гражданами, по-разному относящимися к суду присяжных.

Исследование со всеми фокус-группами велось по одному и тому же заранее подготовленному сценарию (гайду), содержащему вопросы, подлежащие обсуждению с респондентами.

3. Готовность граждан принимать участие в суде в качестве присяжных

3.1. Фокус-группы, состоящие из лиц, готовых быть присяжными заседателями

3.1.1. Об отношении к суду

Большинство ответов на вопрос о чувствах, испытываемых при прохождении мимо здания суда, носили

¹⁷ Модератор социологических опросов — Алексей Георгиевич Левинсон, заведующий отделом социокультурных исследований «Левада-Центра», профессор факультета социологии НИУ ВШЭ, член Европейского общества исследователей общественного мнения и рынка (*ESOMAR*) с 1994 г.

¹⁸ Мальцева Т.В. Метод фокус-групп в академических исследованиях // Прикладная юридическая психология. 2008. № 3. С. 130.

¹⁹ Белановский С.А. Глубокое интервью и фокус-группы. М., 2019. С. 163.

негативный характер — даже у граждан, готовых исполнить обязанности присяжного заседателя. Наиболее распространенными ответами были: чувство страха, тревоги, волнения. В редких случаях встречались нейтральные ответы, такие как «спокойствие» и «ответственность».

Отвечая на вопрос о том, считают ли граждане суд справедливым, в большинстве случаев группы приходили к мнению, что бывает по-разному, оценивая справедливость суда примерно в 50%. В двух случаях опрашиваемые дали более позитивную оценку суду, отметив уровень справедливости суда на уровне 70%.

3.1.2. Об отношении к суду присяжных

На вопрос о том, следует ли доверять присяжным, респонденты единогласно ответили утвердительно. При этом около 60% опрашиваемых выразили мнение, что роль присяжных в суде выше роли председательствующего судьи, поскольку именно присяжные выносят вердикт о виновности либо невиновности подсудимого вне зависимости от мнения заседающего с присяжными судьи.

Представители опрашиваемых групп имели общее представление о том, что присяжные более справедливы, чем судья, осознавая, что это граждане, не имеющие юридического образования. Их рассуждения были основаны на том, что бывают обстоятельства, в которых присяжные могут оправдать человека, если он пусть и совершил преступление, но, что называется, в благородных целях, например для защиты своей семьи. Респонденты полагают, что в этом случае суд присяжных является единственным инструментом достижения справедливости.

3.2. Фокус-группы, состоящие из лиц, не готовых быть присяжными заседателями

3.2.1. Об отношении к суду

Ответы этих фокус-групп на вопрос о чувствах, испытываемых при прохождении мимо здания суда, были примерно схожими с ответами, полученными в результате работы с первыми фокус-группами. Вместе с тем респонденты дополняли свои эмоции такими словами, как «не зайду», «обойду стороной» или «тяжба», что

может подтверждать предположение автора о меньшем уровне доверия этих граждан вообще ко всем судам, а не только к суду присяжных. То есть если человек не готов быть присяжным, то причина со значительной долей вероятности заключается в недоверии к судебной системе в целом, и, как следствие, суд присяжных, составляющий элемент судебной системы, по инерции вызывает недоверие человека.

Таким образом, неявка граждан в суд в качестве присяжных заседателей является показателем уровня доверия общества к судебной системе.

Повысив уровень доверия граждан к судам, скажем до 80–90%, мы добьемся большего количества откликов на повестки об участии россиян в правосудии. Положительный отклик на каждую вторую повестку мог бы решить проблему несвоевременного формирования коллегии присяжных заседателей.

Примерно 60% опрашиваемых не уверены в справедливости суда. 20% считают суды несправедливыми.

3.2.2. Об отношении к суду присяжных

Приблизительно 90% представителей данных групп убеждены в непрофессионализме присяжных заседателей и одновременно считают судей более компетентными и профессиональными в вопросах рассмотрения уголовных дел. Причиной тому служит опыт судей в таких делах, как отмечают опрашиваемые.

4. Анализ причин, по которым граждане не хотят участвовать в работе суда присяжных

Данный этап исследования состоял из двух частей. Первая заключалась в выяснении того, какие чувства испытали бы граждане, если бы к ним пришла повестка с просьбой явиться в суд для участия в качестве присяжного заседателя. Для этого опрашиваемым демонстрировалась типовая повестка, направляемая в настоящее время потенциальным присяжным²⁰.

²⁰ Форма № 13 утверждена приказом Судебного департамента при Верховном Суде РФ от 15.12.2004 № 161 «Об утверждении Инструкции по судебному делопроизводству



Вторая часть связана с выявлением мнения опрашиваемых: почему граждане отказываются идти в присяжные?

4.1. Тестирование повестки

Респондентов знакомили с повесткой, после чего, убрав документ, просили рассказать о наиболее запоминающихся ее положениях.

Основные ответы: «запомнились требования иметь при себе паспорт», «упоминание о выплате», «надо сообщить в случае неявки и указать причины», «приглашаем вас в суд», «стихийное бедствие, болезнь», «ответственность за неявку».

Ряд граждан отметили, что при прочтении повестки испытали чувство страха, некоторые — чувство вины. Возможно, это связано с устоявшимся в общественном сознании стереотипом, что если человека вызывают в суд, то, значит, он в чем-то виновен. Такая установка вполне могла сохраниться с тех времен, когда суд использовался в качестве инструмента расправы и подавления населения. Это неизжитая психологическая травма нескольких поколений, сродни памяти о 101-м километре, тройках НКВД и ГУЛАГе.

Общее отношение к повестке было отрицательным по следующим высказанным гражданами причинам:

- повелительный тон повестки;
- недостаточно уважительное обращение к получателю;
- вызывающий беспокойство перечень уважительных причин для неявки (стихийное бедствие, болезнь или смерть близкого человека, собственная болезнь, командировка, несвоевременное получение приглашения в суд и т.п.)²¹;
- слишком официальный стиль приглашения;

в верховных судах республик, краевых и областных судах, судах городов федерального значения, судах автономной области и автономных округов».

²¹ Приводятся причины, закрепленные в повестке, утвержденной приказом Судебного департамента при Верховном Суде РФ от 15.12.2004 № 161.

— неясные основания, по которым гражданина вызывают в суд.

Перечисленные причины можно объяснить. К примеру, в повестке указано, что присяжного заседателя вызывают в соответствии с Конституцией РФ и на основании постановления судьи. Вместе с тем подавляющее большинство респондентов не знали содержание норм Конституции, и отсутствие в приглашении цитаты относящейся к делу нормы вызывало у них замешательство.

Нынешняя форма повестки носит ярко выраженный повелительный тон, образуемый использованием таких слов, как «Вы вызываетесь», «исполнение обязанностей», «просим Вас незамедлительно сообщить». Оплотность заключается в том, что быть присяжным — конституционное право и гражданский долг, но не следует путать их с обязанностью. Гражданский долг по своей правовой природе является совокупностью призывов и требований, адресованных государством своему гражданину с целью его привлечения к решению наиболее ответственных государственных и социальных задач. Гражданский долг может быть сформулирован как в виде долга и обязанности гражданина, каковой является, к примеру, защита Отечества (ч. 1 ст. 59 Конституции), так и в форме конституционного права человека и гражданина. Участие граждан в отправлении правосудия в качестве присяжных заседателей закреплено в тексте Основного закона как конституционное право, поэтому государство на сегодняшний день не может вменить в обязанность исполнение этого долга²². Поэтому горизонталь отношений «суд — кандидат в присяжные заседатели» следует выстраивать на условиях равенства взаимодействующих субъектов, а просьбу суда выражать в уважительной форме. По словам респондентов, будущий присяжный, беря в руки приглашение, должен испытывать гордость, искреннее уважение к суду, чувство собственной значимости и нужности для государства, которое представляет суд.

|| Таким образом, как мы видим, нынешняя форма повестки имеет существенные изъяны, кроющиеся в ее содержании.

²² Евстифеев Д.М. Конституционный долг личности в законодательстве и судебной практике // Конституционное и муниципальное право. 2018. № 7. С. 30–32.

По результатам тестирования повестки А.Г. Левинсон заключает: «Текст повестки составлен с точки зрения ее мотивирующей функции неудовлетворительно. Нет текста статьи Конституции и даже номера ее. Язык и стиль жесткий, не вызывает чувства, что цель — делать добро, помогать суду, помогать людям. Если это юридически возможно, документ надо переделать»²³.

Одновременно остается открытым вопрос об использовании других форм взаимодействия с кандидатами в присяжные.

4.2. Причины отказа граждан от участия в суде в качестве присяжных заседателей

На вопрос «Почему граждане не хотят быть присяжными?» 80% респондентов ответили, что это связано, прежде всего:

- с недоверием суду;
- длительностью судебного процесса;
- боязнью судить человека;
- неуверенностью в собственной безопасности;
- потерей дохода.

В связи с этим при информировании граждан о деятельности суда присяжных следует уделять особое внимание разъяснению именно тех положений законодательства, которые убедят граждан в отсутствии причин для беспокойства. Тем более что действующее законодательство предусматривает механизмы защиты присяжных.

4.3. Иные результаты, полученные в ходе исследования

Проведенная работа с фокус-группами хотя и не имела цели рекламировать участие в коллегиях присяжных, но фактически оказалась очень действенным средством такой рекламы/агитации. Люди говорили:

«Ну вот вы нам разъяснили, мы теперь по-другому будем относиться [к суду присяжных]». Собственно, удалось решить задачу, поставленную в исследовании: нормой, решением большинства стало согласие участвовать в отправлении правосудия, а те, кто сохранил негативное отношение к участию, оказались в меньшинстве и были вынуждены оправдываться, почему они не пойдут в присяжные заседатели.

Участники групп часто ссылались на СМИ и сеть Интернет как на главные источники информации и главные агенты формирования их позиций. Соответственно, они в массе своей настаивали на том, что изменят свои позиции, если их будут убеждать фильмы и телепередачи, программы.

Граждане также многократно высказывали пожелания, чтобы знания о присяжных преподавались в школах и вузах.

Таким образом, Центр правовых программ Леонида Никитинского продолжит исследовательскую работу на основе полученных результатов.

5. Оптимальные формы взаимодействия с кандидатами в присяжные заседатели при их приглашении в суд

Итак, тестирование повестки показало, что она совершенно несостоятельна как инструмент привлечения граждан к участию в суде присяжных. Полагаем, причина лежит в сформированном негативном отношении к какой-либо из повесток, будь она прислана из суда или же из другого государственного учреждения. Полагаем, в большинстве случаев в подсознании граждан словосочетание «повестка из суда» ассоциируется со словом «виновен», поэтому мы видим закономерное уклонение населения от явки в суд.

Еще один момент, на который представляется важным обратить внимание, — это отсутствие общих знаний населения о суде присяжных и о том, как он работает. Человек, не имеющий таких знаний, получая приглашение быть присяжным, скорее откажется от участия в деле, в котором он ничего не смыслит или о котором имеет весьма поверхностное представление (и в связи с этим руководствуется устоявшимися стереотипами о судебной системе в целом). Между тем, как показыва-

²³ Из доклада А.Г. Левинсона о результатах работы с фокус-группами.



ет исследование, отношение к суду и его решениям в настоящее время, к сожалению, недоверчивое. Этим объясняется нежелание граждан участвовать в том, в чем они сомневаются в принципе.

Учитывая изложенные обстоятельства, предлагаем, во-первых, разработать комплекс мер, направленных на формирование общих представлений об институте присяжных заседателей.

Площадками могут выступить: телевидение, сеть Интернет, газеты и журналы. Основная задача — показать присяжного таким же человеком, как мы все, который выступает носителем морали и справедливости. Формой подачи может выступить фильм или, к примеру, сериал.

Во-вторых, видится необходимым проводить с кандидатами в присяжные групповые беседы, объясняя людям их права, функции и пр.

Можно делать это на основе просмотра видеоматериалов, о которых мы говорили ранее, чтобы добиться группового эффекта.

В-третьих, показавшую свою неэффективность повестку следует заменить на приглашение к беседе.

Речь идет не о направлении повесток, а, например, о телефонном звонке гражданину с целью его приглашения в суд для просвещения о суде присяжных заседателей. Можно было бы сделать такой звонок первым этапом формирования корпуса кандидатов в присяжные заседатели, не имеющим юридической силы. Ожидается, что после проведения беседы процент отказов будет существенно ниже²⁴.

Такой подход способен существенно снизить уже заложенные в бюджете средства на рассылку неэффективных повесток. Подчеркнем: речь идет не о новых расходах, а о перераспределении уже имеющихся средств на более эффективные методы привлечения граждан к участию в качестве присяжных заседателей и их попутному правовому просвещению о деятельности судов.

6. Обобщенные выводы

В настоящее время обычной реакцией гражданина на повестку с просьбой явиться в суд становится отказ. Согласие — это реакция в той или иной степени маргинализированных людей, или, к примеру, пенсионеров, или активных женщин вроде тех, кого раньше называли общественницами. Среднестатистический человек не готов быть присяжным.

Вместе с тем законодатель, конечно, рассматривает присяжного как носителя здравого смысла и социальной нормы, представителя общественного мнения, который выносит вердикт именно в этом качестве. Соответственно, наша задача состоит в том, чтобы сделать участие в коллегии заседателей нормой/долгом для обычных людей.

В заключение отметим, что повышать мотивацию граждан к участию в суде в качестве присяжных заседателей следует не только за счет просветительских мероприятий среди населения и оптимизации форм взаимодействия с гражданами при их приглашении в суд для исполнения обязанностей присяжного заседателя. Представляется не менее важным предусмотреть ответственность за уклонение граждан от явки в суд без уважительных причин. Наступление негативных последствий подкрепит мотивацию граждан надлежащим образом реагировать на приглашения, полученные из суда.

Так, Программа привлечения к ответственности лиц, не исполняющих обязанности присяжных заседателей (*The Delinquent Juror Prosecution Program*, 1996) (далее — Программа), реализованная в штате Массачусетс Уполномоченным по присяжным (*Office of Jury Commissioner*), подтвердила свою эффективность. В результате применения Программы в 2008 г. к исполнению обязанностей присяжных было призвано 915 428 человек, из которых не ответили на извещение 58 830 граждан, т.е. лишь 6%²⁵.

К достоинствам Программы следует отнести дифференцированный подход к проблеме явки кандидатов в присяжные заседатели, заключающийся в возможности граждан обратиться с просьбой об отсрочке

²⁴ Из доклада А.Г. Левинсона о результатах работы с фокус-группами.

²⁵ Цит. по: Астафьев А.Ю. С чего начинается суд присяжных? // Российский судья. 2019. № 4. С. 42.

исполнения обязанностей присяжного (*to postpone the day of service*). Другими словами, граждане могли заранее определить наиболее удобные им дни для участия в судебном процессе в качестве присяжного заседателя. Такая процедура положительно оценивается американскими юристами, поскольку облегчает формирование коллегии присяжных при рассмотрении других дел²⁶.


При введении суда присяжных в России в 1993 г. Кодекс РСФСР об административных правонарушениях был дополнен ст. 165.6, устанавливающей ответственность за неявку гражданина без уважительной причины по вызову в суд для исполнения обязанностей присяжного заседателя, которая влекла предупреждение или наложение штрафа в размере до одного минимального размера оплаты труда. Однако впоследствии такая ответственность была упразднена²⁷.

Полагаем необходимым восстановить административную ответственность для лиц, не явившихся без уважительной причины по вызову в суд для исполнения обязанностей присяжного заседателя. При этом нужно соблюдать следующие условия.

Во-первых, размер санкции не должен быть слишком низким. Если это штраф, то он должен, с одной стороны, мотивировать граждан исполнить установленную законом обязанность, а с другой стороны, отвечать требованиям соразмерности и учитывать реальную возможность исполнения наказания. Примечательным представляется опыт Испании: неявка без уважительной причины в суд по первому вызову обойдется испанскому присяжному в 150 евро, а по второму — от 600 до 1500 евро (при средней годовой заработной плате по стране примерно 23,6 тыс. евро)²⁸.

Во-вторых, функцию по возбуждению дел об административных правонарушениях, предусматривающих ответственность за неявку граждан в суд,

целесообразно возложить на сотрудников аппарата федеральных судов общей юрисдикции. Это позволит не нагружать судей дополнительными задачами, фактически не относящимися к их непосредственным обязанностям.

В-третьих, процесс направления приглашений гражданам для участия в формировании коллегии присяжных заседателей следует автоматизировать. Например, можно направлять приглашения посредством использования Единого портала государственных и муниципальных услуг или других средств связи, позволяющих установить получение гражданином соответствующего приглашения. Внедрение информационных технологий в процесс рассылки приглашений позволит в автоматическом режиме выявлять лиц, не явившихся в суд, а также формировать постановления о привлечении лиц к административной ответственности, освободив сотрудников аппарата суда от рутинной работы. 

REFERENCES

“Russian and Post-Soviet Society, Its Changes” [*Rossiyskoye i postsovetsskoye obshchestvo, ego izmeneniya*], in: Zorkaya, N.A. (ed.). Bulletin of Public Opinion. Data. Analysis. Discussions [*Vestnik obshchestvennogo mneniya. Dannyye. Analiz. Diskussii*]. 2014. No. 3–4. P. 13–69.

“Russian Society: Legal and Political Culture” [*Rossiyskoye obshchestvo: pravovaya i politicheskaya kul'tura*], in: Dubin, B.V. (ed.). Bulletin of Public Opinion. Data. Analysis. Discussions [*Vestnik obshchestvennogo mneniya. Dannyye. Analiz. Diskussii*]. 2010. No. 4. P. 7–43.

Astafiev, A.Yu. “Where Does a Jury Trial Begin?” [*Shego nachinayetsya sud prisyazhnykh?*]. Russian Judge [*Rossiyskiy sud'ya*]. 2019. No. 4. P. 40–43.

Belanovsky, S.A. Deep Interviews and Focus Groups [*Glubokoye interv'yu i fokus-gruppy*]. Moscow, 2019. 372 p.

Evstifeev, D.M. “Constitutional Duty of the Individual in Legislation and Judicial Practice” [*Konstitutsionnyy dolg lichnosti v zakonodatel'stve i sudebnoy praktike*]. Constitutional and Municipal Law [*Konstitutsionnoye i munitsipal'noye pravo*]. 2018. No. 7. P. 30–34.

Golovko, L.V. “Criminal Procedure in the Context of Permanent Judicial Reform” [*Ugolovnoye sudoproizvodstvo v usloviyakh permanenitnoy sudebnoy reformy*]. Statute [*Zakon*]. 2019. No. 4. P. 67–82.

²⁶ См.: Астафьев А.Ю. Указ. соч. С. 43.

²⁷ Пашин С.А. Возможности совершенствования российского суда с участием присяжных заседателей. С. 41–51.

²⁸ Юришина Е.А. Суд присяжных в Испании: историческая ретроспектива, предпосылки возрождения и некоторые отличительные особенности // Вопросы российского и международного права. 2020. Т.10. № 3А. С. 93.



Golovko, L.V. "This Is a Dead End Laid Down in the Law" [*Eto tupik, zalozhenny v zakone*]. Meduza. December 28, 2018, available at: <https://meduza.io/feature/2018/12/28/eto-tupik-zalozhenny-v-zakone>, data obrashcheniya (accessed 4 August 2020).

Kashperov, V.P. (ed.). Organization and Activity of Courts of General Jurisdiction: Novels and Prospects: A Monograph [*Organizatsiya i deyatelnost' sudov obshchey yurisdiktsii: novelly i perspektivy: monografiya*]. Moscow, 2016. 240 p.

Maltseva, T.V. "Method of Focus Groups in Academic Research" [*Metod fokus-grupp v akademicheskikh issledovaniyakh*]. Applied Legal Psychology [*Prikladnaya yuridicheskaya psikhologiya*]. 2008. No. 3. P. 130–133.

Morshchakova, T.G. "Professional or Jury Trial" [*Professional'nyy ili sud prisyazhnykh*]. Izvestia Newspaper [*Izvestiya*]. August 10, 2017, available at: <https://iz.ru/629352/marina-iurshina/sud-prisiazhnykh-bolee-obektiven-chem-professionalnyi-sud> (accessed 2 August 2020).

Pashin, S.A. "Opportunities for Improving the Russian Court with the Participation of Jurors" [*Vozmozhnosti sovershenstvovaniya rossiyskogo suda s uchastiyem prisyazhnykh zasedateley*], in: Jury in Russia: Improving Procedures and Expanding Jurisdiction [*Sud prisyazhnykh v Rossii: sovershenstvovaniye protsedur i rasshireniye yurisdiktsii*]. Moscow, 2010. P. 41–51.

Pashin, S.A. The Jury: The First Year of Work [*Sud prisyazhnykh: pervyy god raboty*]. Moscow, 1995. 48 p.

Petrukhin, I.L. (ed.). The Judiciary [*Sudebnaya vlast'*]. Moscow, 2003. 720 p.

Shakhbanova, H.M. "Historical Aspects of the Development of Jury Trials in Russia" [*Istoricheskiye aspekty razvitiya suda prisyazhnykh v Rossii*]. History of State and Law [*Istoriya gosudarstva i prava*]. 2015. No. 23. P. 46–49.

Tarasov, V.N. "Trends and Problems in the Development of the Institute of Jury Trials in Russia" [*Tendentsii i problemy razvitiya a instituta suda prisyazhnykh v Rossii*]. The Judge [*Sud'ya*]. 2016. No. 5. P. 15–19.

Yurishina, E.A. "Jury Trial in Spain: Historical Retrospective, Background of the Revival and Some Distinctive Features" [*Sud prisyazhnykh v Ispanii: istoricheskaya retrospektiva, predposylki vozrozhdeniya i nekotoryye otlichitel'nyye osobennosti*]. Issues of Russian and International Law [*Voprosy rossiyskogo i mezhdunarodnogo prava*]. 2020. Vol. 10. No. 3A. P. 87–98.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Nikita V. Bushtets

PhD Student at the Faculty of Law of the National Research University "Higher School of Economics", Chief Specialist of the Center for Notary Research (e-mail: n.bushtets@mail.ru).



**СОФЬЯ ДМИТРИЕВНА
ПИМЕНОВА**

магистр права

ПРИМЕНЕНИЕ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ МЕР СУДОМ ЕС В ИСКАХ ЕВРОПЕЙСКОЙ КОМИССИИ ПРОТИВ ПОЛЬШИ

Суд ЕС наряду с другими международными судами имеет право применять обеспечительные меры, направленные на сохранение прав сторон спора и предотвращение серьезных и необратимых последствий, что может сделать окончательное решение по спору неэффективным. Однако применение обеспечительных мер не должно предопределять окончательное решение по основному спору. Сам Суд ЕС считает, что такие меры должны применяться в исключительных случаях, особенно в исках Европейской комиссии против государств. Для этого Суд ЕС установил чрезвычайно высокий порог доказывания заявителем наличия трех условий, которые, по мнению Суда, необходимы для принятия им решения об обеспечительных мерах в конкретном деле: (а) рассмотрение основного иска должно иметь разумные шансы на успех; (б) должны присутствовать срочность и (в) риск нанесения серьезного и непоправимого ущерба. При этом должны быть приняты во внимание интересы других лиц (сторон спора, третьих лиц или государств — членов ЕС). Особенности обеспечительных мер в исполнении Суда ЕС, которые сближают его с национальными судами и не встречаются у других международных судов, включают в себя (а) право потребовать предоставить встречное обеспечение у стороны, просящей Суд об обеспечительных мерах, а также (б) отсутствие у него права применять обеспечительные меры по собственной инициативе. В рассмотренных в статье так называемых польских делах Суд ЕС впервые в международном правосудии сформулировал основания финансовой ответственности в виде пеней за каждый день неисполнения предписанных Судом ЕС обеспечительных мер.

Ключевые слова: обеспечительные меры, Суд ЕС, Европейская комиссия, Польша



SOFIA D. PIMENOVA

Master of Laws

INTERIM MEASURES APPLIED BY THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION IN THE *COMMISSION V. POLAND* CASES

The Court of Justice of the European Union, along with other international courts, has a power to apply interim measures to preserve the rights of the parties to the dispute and to prevent serious and irreparable harm, which may otherwise lead to ineffectiveness of the Court's final decision. Also, the application of interim measures may not predetermine the Court's final decision. The CJEU itself considers that such measures should be applied in exceptional cases, especially in the claims of the European Commission against EU Member States. To this end, CJEU has set an extremely high threshold for the applicant to prove the existence of three conditions which are necessary to decide whether interim measures should be applied in a particular case: (a) consideration of the main claim should have "reasonable chances of success", (b) there must be urgency and (c) the risk of serious and irreparable harm. The interests of other persons (parties to the dispute, third parties or EU Member States) must be taken into account. Those features of CJEU interim measures, which make it similar to national courts and separate from other international courts, include (a) the right to require security from a party asking the Court for interim measures, and (b) inability to apply interim measures *proprio motu*. In the recent cases involving Poland for the first time in international justice the CJEU has formulated the grounds for financial liability in the form of penalties for each day of failure to comply with the interim measures prescribed by the Court.

Keywords: *provisional measures, interim measures, Court of Justice of the European Union, European Commission, Poland*

1. Обеспечительные меры в праве Европейского союза

Одной из наиболее дискуссионных в современном международном праве является тема обеспечитель-

ных мер, применяемых международными судами. В рамках этой проблематики обсуждаются вопросы компетенции судов по применению таких мер, а также обстоятельства и основания, при наличии

которых обеспечительные меры будут оправданны. Отдельно выделяются вопросы о юридической силе, пропорциональности и возможности оспаривания обеспечительных мер. Сложность и актуальность этих вопросов определяются как продолжающимся процессом распространения международных судов, так и их возрастающей активностью в применении обеспечительных мер.

Процедура применения обеспечительных мер в праве Европейского союза (далее — ЕС, Союз) так же, как и в международном праве, направлена на то, чтобы гарантировать полную эффективность будущих окончательных решений судов ЕС (Суда общей юрисдикции и Суда ЕС) и тем самым надлежащий уровень судебной защиты. Специфика самого ЕС как некой квазифедерации в развитии¹, равно как и специфика судов ЕС, которые рассматривают сразу несколько видов исков, где истцами выступают не только государства, но и институты ЕС и частные лица, а ответчиками могут быть как государства — члены ЕС, так и институты Союза, определяет и особый характер применяемых ими обеспечительных мер в рамках таких исков.

Именно поэтому виды обеспечительных мер и условия их применения в Суде ЕС значительно отличаются от других международных судов и сближают его в этом отношении с национальными судами. Исследователи отмечают, что основные характеристики обеспечительных мер, применяемых Судом ЕС, зеркально повторяют правила применения таких мер во многих государствах — членах ЕС².

Использование Судом ЕС обеспечительных мер зависит от существования рассматриваемого им дела. Так, при рассмотрении запросов национальных судов о выдаче преюдициального заключения Суд ЕС исходит из того, что у него отсутствует право на применение обеспечительных мер. Крайне редко Суд ЕС прибегает к приостановлению действия оспоренного акта, принятого институтами ЕС, поскольку исходит из презумпции законности оспариваемого акта. Однако

если Суд считает, что того требуют обстоятельства, он может применить обеспечительные меры, распорядившись об отсрочке исполнения или о приостановлении действия оспоренного акта (например, штрафа, наложенного Европейской комиссией (далее — Комиссия))³. Практически экзотикой выглядит право Суда ЕС применить обеспечительные меры в исках о бездействии институтов ЕС, но практика показывает, что это возможно⁴. В части исков Комиссии к государствам — членам Союза в рамках процедуры установления факта нарушения ими обязательств по праву ЕС (*infringement procedure*) Суд ЕС использует обеспечительные меры крайне редко, считая это хотя и эффективным, но очень серьезным средством, к которому нужно прибегать только в исключительных и весьма серьезных случаях⁵. Гораздо чаще Суд ЕС использует обеспечительные меры в виде приостановления взыскания штрафов, наложенных Комиссией на компании, уличенные в нарушении антимонопольного законодательства. Именно в делах такого рода Суд ЕС и конкретизировал условия и порядок применения им обеспечительных мер.

Правовой основой компетенции Суда ЕС по применению обеспечительных мер являются ст. 278 и 279 Договора о функционировании Европейского союза (далее — ДФЕС), согласно которым все иски, подаваемые в Суд ЕС, не влекут автоматического приостановления действия оспоренных актов, а Суд ЕС может в любом рассматриваемом деле предписать принятие любых необходимых обеспечительных мер (*prescribe any necessary interim measures*). Эти положения детально раскрываются в ст. 160–166 Регламента Суда

¹ См.: *Исполинов А.* В поисках новой парадигмы: Суд ЕС и ЕСПЧ спустя три года после Заключения № 2/13 // *Международное правосудие.* 2018. № 2. С. 26.

² *Grzeszczak R., Muchel M.* Provisional Measures Against EU Member States in the light of the Białowieża Forest case // *Eastern European Journal of Transnational Relations.* 2018. Vol. 2. No. 1. P. 28.

³ Court of Justice of the European Union (CJEU). Case C-261/90. *Mario Reichert and Others v. Dresdner Bank AG.* Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 26 March 1992. § 3.

⁴ CJEU. Case C-319/97. *Kortas.* Judgment of the Court of 1 June 1999. § 37.

⁵ Впервые Суд ЕС применил обеспечительные меры только в 1977 г. в объединенных делах № C-31/77 R и C-53/77 R *Commission v. Great Britain*, где предписал Великобритании воздержаться от оказания мер государственной поддержки производителям свинины. В деле № C-195/90 R *Commission v. Germany* Суд ЕС применил обеспечительные меры в виде приостановления взимания введенного федеральным законом дорожного налога с грузовиков из других стран — членов ЕС. В делах № C-503/06 *Commission v. Italy* и C-76/08 *Commission v. Malta* Суд ЕС распорядился приостановить действие (в случае с Италией) или не принимать (в случае с Мальтой) нормативные акты, разрешающие охоту на диких птиц.



ЕС⁶ и в идентичных им ст. 156–159 Регламента Суда общей юрисдикции⁷.

Как указывал Суд ЕС, судья, рассматривающий запрос о применении обеспечительных мер, может принять решение о приостановлении оспоренного акта или применить обеспечительные меры только в исключительных обстоятельствах⁸. Это подтверждается и статистикой Суда ЕС: в 2017 г. таких обращений было 3, в 2018 г. — 6 при общем количестве полученных дел — 849⁹. Для сравнения: Европейский суд по правам человека (далее — ЕСПЧ) получил в 2019 г. 1570 ходатайств об обеспечительных мерах, удовлетворив 140 из них¹⁰.

Регламенты обоих судов ЕС требуют указывать в ходатайстве о применении обеспечительных мер предмет основного спора, обстоятельства, свидетельствующие о срочности вопроса, а также фактические и правовые основания, дающие возможность предварительно оценить спор, в отношении которого запрашиваются меры. Регламенты устанавливают, что решение о применении обеспечительных мер принимается в форме мотивированного определения, которое нельзя обжаловать в апелляционном порядке. Это определение может быть изменено или отменено в любой момент даже без соответствующей просьбы любой из сторон.

Что же касается вопросов юридической силы принимаемых судами ЕС обеспечительных мер, то Регламенты обоих судов не оставляют никаких сомнений на этот счет. Статья 91 Регламента Суда ЕС и ст. 121 Регламента Суда общей юрисдикции устанавливают, что все решения и определения этих судов имеют обязательный характер.

⁶ Rules of Procedure of the Court of Justice. URL: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/rp_en.pdf (дата обращения: 08.07.2020).

⁷ Rules of Procedure of the General Court. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015Q0423%2801%29> (дата обращения: 08.07.2020).

⁸ CJEU. *Belgium v. Commission*. Order of the President of the General Court of 18 July 2016. § 12.

⁹ Court of Justice of the European Union Press Release No. 39/19. Luxembourg, 25 March 2019. URL: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-03/cp190039en.pdf> (дата обращения: 08.07.2020).

¹⁰ ECHR Rule 39 requests granted and refused in 2017, 2018 and 2019 by respondent State. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_art_39_01_ENG.pdf (дата обращения: 08.07.2020).

1.1. Условия применения обеспечительных мер Судом ЕС

Во-первых, обязательно наличие критерия *fumus boni iuris*, т.е. оправданности применения мер *prima facie*. Под этим понимается, что рассмотрение основного иска должно иметь разумные шансы на успех. В этом также заключается одно из многих отличий применения обеспечительных мер Судом ЕС от практики, например, Международного суда ООН (далее — МС ООН). Если последний старательно подчеркивает, что его решение об обеспечительных мерах ни в коей мере не означает, что окончательное решение по спору уже predetermined, то Суд ЕС исходит из логики, что судья, рассматривающий ходатайство о применении обеспечительных мер, должен предварительно оценить правовые и фактические аргументы, на которых базируется основной иск. Для этого ходатайство об обеспечительных мерах должно быть изложено таким образом, чтобы позволить Суду ЕС прийти к выводу, что оно на первый взгляд не является необоснованным и не может быть отклонено без детального изучения всех обстоятельств дела, возможного только на стадии рассмотрения спора по существу¹¹.

Во-вторых, должна присутствовать срочность. Иначе говоря, запрашивающей обеспечительные меры стороне следует продемонстрировать, что ситуация не может ждать окончания производства по основному иску. Срочность должна быть оценена в конкретном деле с учетом необходимости применения таких мер, чтобы избежать риска нанесения серьезного и непоправимого ущерба¹².

В-третьих, должен существовать риск серьезного и непоправимого ущерба. Обязанность доказывания наличия этих двух критериев лежит на заявителе, от которого требуется продемонстрировать наличие риска наступления такого ущерба¹³. При этом нет необходимости устанавливать вероятность ущерба с абсолютной точностью, достаточно лишь показать,

¹¹ CJEU. Case T-393/10 R. *Westfälische Drahtindustrie and Others v. Commission*. Order of the President of the General Court of 13 April 2011. § 54–55, 58, 61.

¹² CJEU. Case C-517/15 P-R. *AGC Glass Europe and Others v. Commission*. Order of 14 January 2016. § 27.

¹³ CJEU. Case C-278/00 R. *Greece v. Commission*. Order of President of the Court of Justice of 12 October 2000. § 14.

что он является предвидимым. Исходя из практики Суда ЕС, можно заключить, что ущерб считается необратимым, когда его нельзя устранить решением по существу основного иска, вынесенным в пользу заявителя. Финансовый ущерб также считается необратимым, если он не может быть компенсирован после вынесения решения по существу спора, например в тех случаях, когда есть угроза для существования бизнеса или когда ущерб не может быть выражен в цифрах (риск потери доли на рынке¹⁴ или утраты доверия потребителей¹⁵). При этом гипотетический риск причинения ущерба, базирующийся на будущих или на неопределенных событиях, не может быть основанием применения обеспечительных мер¹⁶.

Эти три условия рассматриваются совместно, а значит, невыполнение хотя бы одного из них является достаточным основанием для отклонения ходатайства об обеспечительных мерах¹⁷.

Помимо этого, судья, рассматривающий ходатайство об обеспечительных мерах, должен принять во внимание интересы других лиц, т.е. произвести, если это необходимо, так называемое взвешивание интересов¹⁸ других сторон спора¹⁹, третьих лиц²⁰ или государств — членов ЕС²¹.

1.2. Особенности обеспечительных мер Суда ЕС, сближающие его с национальными судами

Такой особенностью является, во-первых, аналогичное национальному праву и не встречающееся у дру-

гих международных судов право Суда ЕС потребовать предоставить встречное обеспечение у стороны, просящей Суд об обеспечительных мерах (как правило, в исках частных лиц). Например, если при оспаривании штрафов, наложенных Комиссией, заявитель просит Суд предоставить отсрочку взыскания штрафа до момента вынесения окончательного решения по делу, Суд может пойти на это при условии депонирования указанной им суммы либо предоставления заявителем банковской гарантии.

Во-вторых, в отличие от других международных судов Суд ЕС не имеет права и ни разу не прибегал к применению обеспечительных мер *proprio motu*, т.е. по собственной инициативе (такое право есть у МС ООН, ЕСПЧ, Межамериканского суда по правам человека и других международных судов).

Несмотря на кажущуюся детальность описания процедуры принятия решения об обеспечительных мерах, судья, рассматривающий ходатайство, пользуется широкой дискрецией и вправе, исходя из обстоятельств дела, самостоятельно решать, как и в какой последовательности исследовать соблюдение вышеуказанных критериев. Иными словами, в практике Суда ЕС «отсутствует заранее установленная схема для анализа, в соответствии с которой должно быть исследовано ходатайство об обеспечительных мерах»²². Это дает основание тем немногим авторам, которые исследовали тему обеспечительных мер, применяемых Судом ЕС, заявить, что отличительной особенностью (при этом необязательно позитивной) Суда в этом вопросе является широкое поле усмотрения судьи и расплывчатые критерии применения обеспечительных мер²³.

2. Польские дела

Суд ЕС до недавнего времени весьма редко применял обеспечительные меры в исках Комиссии против государств — членов ЕС, справедливо считая это *ultima ratio regis* — последним доводом, который лучше держать в запасе на крайний случай. Однако в так называемых польских делах — исках Комиссии против Польши — Суд ЕС использовал это оружие,

¹⁴ CJEU. Case C-21/14 P-R. *Commission v. Rusal Armenal*. Order of 12 June 2014.

¹⁵ CJEU. Case T-137/00 R. *Cambridge Healthcare Supplies v. Commission*. Order of the President of the Court of First Instance of 31 October 2000.

¹⁶ CJEU. Case T-624/16 R. *Gollnisch v. Parliament*. Order of 16 February 2017.

¹⁷ CJEU. Case T-203/18 R. *VQ v. European Central Bank*. Order of the President of the General Court 3 May 2018.

¹⁸ CJEU. Case C-162/15 P-R. *Evonik Degussa v. Commission*. Order of 2 March 2016. §21.

¹⁹ CJEU. Case C-176/88 R. *Jack Hanning v. European Parliament*. Order of the President of the Third Chamber of the Court of 11 July 1988.

²⁰ CJEU. Case T-12/93 R. *Comité Central d'Entreprise de la SA Vittel and Comité d'Etablissement de Pierval v. Commission*. Order of the President of the Court of First Instance of 2 April 1993.

²¹ CJEU. Case T-96/92 R. *Comité Central d'Entreprise de la Société Générale des Grandes Sources and others v. Commission*. Order of the President of the Court of First Instance of 15 December 1992.

²² CJEU. Case C-110/12 P(R). *Akhras v. Council*. Order of 19 July 2012. § 23.

²³ См.: *Grzeszczak R., Muchel M.* Op. cit. P. 32.



встав на сторону Комиссии в не имеющем аналогов в истории ЕС ее противостоянии с Польшей. В этих делах Суд ЕС впервые за годы своего существования не только неоднократно применил обеспечительные меры против государства — члена ЕС, но и сформулировал основания финансовой ответственности за их нарушение.

2.1. Дело о вырубке Беловежской пушчи

Первым делом, в рамках которого Суд ЕС удовлетворил ходатайство Комиссии о применении обеспечительных мер против Польши, стало разбирательство в отношении Беловежской пушчи, с 2014 г. являющейся единым трансграничным объектом всемирного наследия ЮНЕСКО. Общая площадь Беловежской пушчи составляет 140 тыс. га: 60 тыс. в Польше, где большая часть принадлежат государственным лесничествам, и 80 тыс. в Беларуси, где весь лесной массив объявлен заповедником.

В 2016 г. польское правительство разрешило на своей части Беловежской пушчи — одного из последних в Европе девственных лесных массивов — крупномасштабную вырубку деревьев, некоторые из которых были многовековыми. Такое решение власти Польши обосновали борьбой с жуком-короедом и защитой остальных участков природного заповедника.

Действиям государства — члена ЕС воспротивилась Комиссия, заявив, что вырубка Беловежской пушчи не только создает угрозу для многочисленных видов редких животных, птиц и насекомых, а также для флоры, но и нарушает положения сразу двух Директив ЕС²⁴. В июле 2017 г. после безуспешных переговоров Комиссия инициировала судебное разбирательство²⁵ против Польши в рамках ст. 258 ДФЕС в Суде ЕС, который в итоге встал на сторону Комиссии.

Данное дело интересно тем, что Комиссия сразу же попросила Суд применить обеспечительные меры,

чтобы остановить масштабную вырубку лесов, в частности многовековых мертвых деревьев, за исключением случаев, когда существует угроза общественной безопасности. Такое решение могло быть вынесено без заслушивания доводов польского правительства.

27 июля 2017 г. заместитель председателя Суда ЕС издал определение об обеспечительных мерах, как и просила Комиссия, обязав Польшу приостановить все операции по вырубке леса²⁶.

Суд ЕС проанализировал наличие разработанных им критериев для применения обеспечительных мер и установил, во-первых, что иск Комиссии к Польше в рамках основного производства не является заведомо необоснованным. Во-вторых, Суд ЕС отметил, что, несмотря на предупреждения Комиссии, активная вырубка леса продолжается теми же темпами, поэтому вопрос не может ждать окончания производства по основному делу. Без применения обеспечительных мер вырубка леса продолжится, что сделает невозможным восстановление природного массива в его первоначальном состоянии. В-третьих, риск серьезного и, главное, необратимого ущерба в виде вырубки массива вековых деревьев очевиден, поскольку речь идет о вырубке порядка 30 тыс. деревьев на площади около 34 тыс. га, что безвозвратно и радикально изменит целостность одного из последних реликтовых лесных массивов Европы.

Отвечая на аргумент Польши о том, что приостановка вырубки леса приведет к полной парализации социально-экономической деятельности в этом районе, Суд отметил, что, во-первых, этот аргумент ничем не подкреплён, а во-вторых, эти интересы не являются большей ценностью, чем интересы сохранения природного массива.

Суд также не согласился с предложением Польши о предоставлении Комиссией встречного обеспечения в размере убытков ответчика от приостановки вырубки леса, который Польша оценила ни много ни мало в 757 млн евро. Суд отметил, что такое обеспечение обычно предусматривается в тех случаях, когда есть риск невозможности лица, просящего об обеспечительных мерах, возместить ущерб ответчика от таких

²⁴ Часть Беловежской пушчи, находящаяся на территории Польши, охраняется Директивой Совета ЕС от 21.05.1992 № 92/43 о сохранении естественных мест обитания, а также дикой фауны и флоры, и Директивой Европейского парламента и Совета ЕС от 30.11.2009 № 2009/147 о сохранении диких птиц.

²⁵ CJEU. Case C-441/17. *Commission v. Poland*.

²⁶ CJEU. Case C-441/17. *Commission v. Poland*. Order of 27 July 2017.

мер, если окончательное решение по основному делу будет вынесено в пользу последнего. Ссылаясь на свое определение об обеспечительных мерах в деле № C-195/90 «*Commission v. Germany*»²⁷, Суд ЕС снова повторил, что в случае с Комиссией, которая представляет весь ЕС, нет никаких оснований считать, что ЕС окажется не в состоянии возместить понесенный ответчиком ущерб.

Однако в беспрецедентном для истории европейской интеграции акте неповиновения Польша открыто отвергла определение Суда ЕС и отказалась прекратить вырубку. Более того, польские власти заявили о намерении исключить Беловежскую пущу из списка Всемирного природного наследия ЮНЕСКО.

Комиссия была вынуждена снова обратиться в Суд ЕС с просьбой применить финансовые санкции к Польше, чтобы принудить ее исполнять обеспечительные меры. Суд впервые в своей практике столкнулся с такой ситуацией и был вынужден решать новый для себя вопрос о последствиях неисполнения предписанных им обеспечительных мер. 20 ноября 2017 г. Большая палата Суда ЕС вынесла второе определение²⁸ об обеспечительных мерах по данному делу на основании ст. 279 ДФЕС, истолковав ее как предоставляющую Суду полномочия также применить любые меры для обеспечения эффективности решения об обеспечительных мерах, включая наложение штрафа в случае их неисполнения. Такая логика Суда ЕС представляется ярким примером судебного активизма и нормотворчества, поскольку право Суда ЕС накладывать штрафы прямо упомянуто лишь в п. 4 ст. 260 ДФЕС в контексте неисполнения государством окончательного решения Суда по существу спора.

В случае с вырубкой Беловежской пущи Суд уполномочил Комиссию проверить исполнение уже предписанных им обеспечительных мер и указал, что если Комиссия установит факты продолжения вырубки, то она вправе снова обратиться в Суд, чтобы тот принял решение о взыскании с Польши пеней (*periodic penalty payment*) в размере как минимум 100 тыс. евро в день, начиная со дня вынесения решения Большой палаты

и до момента выполнения мер, предписанных Судом, или до момента вынесения решения по основному спору. Таким образом, в этом решении речь шла не о наложении штрафных санкций, а о том, что они могут быть наложены (угроза санкций). Это типичный пример излюбленной и многократно опробованной тактики Суда ЕС, состоящей в том, чтобы сначала заявить в мотивировочной части либо в гипотетической форме о своем новом подходе к какому-либо вопросу, понаблюдать за реакцией государств — членов ЕС на такое нововведение и лишь затем воплощать этот новый подход как нечто уже устоявшееся в дальнейших решениях. Применительно к вопросу ответственности за неисполнение обеспечительных мер это означает, что в следующий раз Суд ЕС без колебаний наложит на нарушителя таких мер штрафные санкции, сославшись на свои выводы в деле о Беловежской пуще.

После этого Польша прекратила вырубку, а Суд в окончательном решении от 17.04.2018²⁹ постановил, что Польша, разрешив масштабную вырубку леса в заповедной Беловежской пуще, нарушила законодательство ЕС об охране окружающей среды.

2.2. Дело о принудительной отставке судей Верховного суда Польши

Следующее решение Суда ЕС об обеспечительных мерах в исках Комиссии против Польши касается нашумевшей судебной реформы, начатой правительством Польши еще в 2015 г. После прихода к власти консервативная партия Польши «Право и справедливость» взяла под контроль Национальный судебный совет, который ранее был независимым органом, проверяющим назначение и повышение в должности всех польских судей и оценивающим их поведение.

Для правящей партии серьезным препятствием на пути продвижения ее законопроектов был Верховный суд Польши, который открыто заявлял о своем несогласии с выбранным антидемократическим курсом. Для решения этой проблемы был срочно принят закон о понижении возраста выхода на пенсию членов Верховного суда с 70 до 65 лет. Соответственно, с момента вступления закона в силу в принудительную от-

²⁷ CJEU. Case C-195/90 R. *Commission v. Germany*. Order of 12 July 1990. § 48.

²⁸ CJEU. Case C-441/17. *Commission v. Poland*. Order of 20 November 2017.

²⁹ CJEU. Case C-441/17. *Commission v. Poland*. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 17 April 2018.



ставку немедленно должны были уйти 27 из 73 членов Верховного суда Польши. Освободившиеся вакансии должны были быть заполнены правительственными назначениями. Многие судьи Верховного суда заявили о своем несогласии с положениями нового закона. Так, председатель Суда Малгожата Герсдорф воспротивилась своей принудительной отставке согласно закону, вступившему в силу 3 июля 2018 г., и на следующий день вышла на работу как обычно.

Комиссия обратилась в Суд ЕС, заявив о нарушении Польшей своих обязательств по праву ЕС в виде угрозы верховенству права и независимости национальных судов, и попросила срочно принять решение об обеспечительных мерах в виде приостановления действия нового закона.

Суд согласился с доводами Комиссии. Его определение об обеспечительных мерах представляло собой, скорее, срочное распоряжение³⁰, которое было выдано еще до заслушивания государства-ответчика ввиду очевидной неотложности вопроса (возможность, предусмотренная п. 7 ст. 160 Регламента Суда ЕС). Стоит отметить, что это был первый случай применения к государству — члену ЕС обеспечительных мер в виде полного запрета на применение национального закона.

Рассматривая критерии для применения обеспечительных мер, Суд установил, что представленные Комиссией аргументы не являются *prima facie* очевидно недопустимыми или полностью необоснованными. Поэтому критерий *fumus boni iuris* был выполнен.

В части срочности заместитель председателя Суда ЕС отметила, что в случае реализации положений нового закона уже в ближайшее время произойдут серьезные и необратимые изменения в составе Верховного суда Польши. Это приведет к появлению решений, вынесенных судом, который нельзя считать независимым в понимании права ЕС, что, в свою очередь, нарушит право частных лиц на рассмотрение их требований независимым судом.

Тот факт, что Верховный суд является судом последней инстанции, чьи решения будут считаться *res*

judicata до вынесения Судом ЕС окончательного решения по данному делу, позволяет признать наличие риска серьезного и непоправимого ущерба в том случае, если обеспечительные меры не будут применены до окончания производства по основному делу.

Рассматривая другие интересы, которые могут быть затронуты обеспечительными мерами, заместитель председателя указала, что такие меры не могут серьезно помешать заявленным целям нового закона, в то время как неприменение обеспечительных мер вполне может причинить необратимый ущерб фундаментальному праву на независимый суд.

Кроме того, определение Суда ЕС имело обратную силу, которая заключалась в том, что Суд потребовал правительство Польши восстановить в должности вынужденных уйти на пенсию судей. Потребовалось второе определение об обеспечительных мерах, чтобы президентом Польши был подписан соответствующий закон³¹.

В окончательном решении от 24.06.2019³² Суд ЕС постановил, что польский закон о Верховном суде, понижающий возраст выхода на пенсию членов Верховного суда, противоречит праву ЕС и нарушает принципы несменяемости и независимости судей.

2.3. Дело о Дисциплинарной палате Верховного суда Польши

8 апреля 2020 г. Суд ЕС принял определение о применении обеспечительных мер к Польше в виде приостановления деятельности Дисциплинарной палаты Верховного суда (далее — Дисциплинарная палата), в последние несколько месяцев инициировавшей множество дисциплинарных разбирательств против действующих судей Польши. Очевидно, что запрос Комиссии, поданный еще 14 января 2020 г., стал предметом долгих раздумий судей. Показательно, что несмотря на политическую сложность ситуации, решение о применении обеспечительных мер все же было принято. Вмешательство Суда ЕС в конфликт

³⁰ CJEU. Case C-619/18. *Commission v. Poland*. Order of 19 October 2018.

³¹ CJEU. Case C-619/18. *Commission v. Poland*. Order of 17 December 2018.

³² CJEU. Case C-619/18. *Commission v. Poland*. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 June 2019.

Комиссии с Польшей в такой небывалой для международного правосудия форме подчеркивает важность затронутых вопросов для всего европейского правового порядка.

В 2017 г. Польша приняла новые правила о дисциплинарной ответственности судей Верховного суда и судов общей юрисдикции, включая ответственность за содержание выносимых ими судебных решений. В частности, согласно этой реформе внутри Верховного суда была создана отдельная Дисциплинарная палата, юрисдикция которой предусматривала проведение дисциплинарных разбирательств в отношении судей Верховного суда и рассмотрение апелляционных жалоб по разбирательствам в отношении судей судов общей юрисдикции.

Состав новой Дисциплинарной палаты был сформирован из числа сторонников правящей партии, которые начали возбуждать дисциплинарные производства против польских судей, в первую очередь тех, кто поставил под сомнение принимаемые правящей партией законы, направляя запросы в Суд ЕС об их соответствии принципам права ЕС.

С легкой руки Малгожаты Герсдорф предложенный польским правительством закон о дисциплинарной ответственности судей получил красноречивое название «закон о наморднике» (*muzzle law*). Он рассматривается многими как посягательство на независимость судебной власти и, как представляется, противоречит международным и региональным стандартам судебной независимости, которые обязалась соблюдать Польша.

Новое законодательство предусматривает наказание судей за критику судебной реформы правительства и новых назначений судей. Судьи могут подвергнуться штрафам, понижению в должности или увольнению, если будут обращаться в Суд ЕС за преюдициальными заключениями и следовать полученным ответам и если поставят под сомнение полномочия Дисциплинарной палаты. Кроме того, судьям запрещается проявлять политическую активность и требуется обновлять свое членство в ассоциациях и организациях гражданского общества.

25 октября 2019 г. Комиссия обратилась в Суд ЕС, посчитав, что новый дисциплинарный режим в отно-

шении судей свидетельствует о невыполнении Польшей своих обязательств по праву ЕС. По утверждению Комиссии, порядок формирования Дисциплинарной палаты не обеспечивает гарантий ее независимости и беспристрастности, поскольку она состоит исключительно из судей, избранных Национальным судебным советом. В свою очередь, все 15 членов Национального судебного совета назначаются сеймом (нижней палатой польского парламента).

В преюдициальном заключении от 19.11.2019³³ Суд ЕС на основании запроса, полученного от Коллегии по вопросам труда, социального обеспечения и связей с общественностью Верховного суда Польши, установил, ссылаясь на ст. 47 Хартии ЕС об основных правах и на обширную практику ЕСПЧ, что в соответствии с принципом разделения властей должна быть обеспечена независимость судов от законодательной и исполнительной ветвей власти. Сам факт назначения судей президентом Польши не дает основания утверждать, что судьи от него зависят. Для оценки того, является ли конкретный суд независимым по смыслу права ЕС, нужно оценить все факторы, связанные с его деятельностью, включая гарантии не только от прямого влияния, но и от различных видов косвенного воздействия, которые могут повлиять на вынесение судебного решения. Суд ЕС заявил, что если дела, в которых рассматриваются вопросы применения права ЕС, будут слушаться судом или трибуналом, который не является независимым по смыслу права ЕС, то это будет очевидным нарушением одного из основных компонентов права на эффективную судебную защиту, предусмотренного ст. 47 Хартии ЕС об основных правах.

Получив такие разъяснения от Суда ЕС, указанная Коллегия установила решениями от 05.12.2019 и 15.01.2020, что Дисциплинарная палата не может рассматриваться в качестве суда или трибунала по смыслу права ЕС, учитывая указанные выше особенности ее формирования. Тем не менее даже после этих решений Дисциплинарная палата продолжила выполнять свои функции, привлекая судей любого ранга к ответственности.

Законопроект о дисциплинарной ответственности судей был первоначально отклонен в сенате, верхней

³³ CJEU. Joined Cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 19 November 2019.



палате польского парламента, однако вето сената было преодолено нижней палатой — сеймом, где большинство у правящей партии, и закон был подписан президентом Польши 4 февраля 2020 г., несмотря на заключение Суда ЕС от 19.11.2019.

В этих обстоятельствах 23 января 2020 г. Комиссия попросила Суд ЕС применить в отношении Польши следующие обеспечительные меры: 1) приостановить применение положений, регулирующих деятельность Дисциплинарной палаты в части вынесения решений в качестве первой и апелляционной инстанций в дисциплинарных разбирательствах в отношении судей; 2) воздержаться от передачи дел, находящихся на рассмотрении Дисциплинарной палаты, какой-либо другой палате, также не отвечающей требованиям о независимости; 3) сообщить Комиссии не позднее чем через месяц после уведомления об определении Суда ЕС о применении обеспечительных мер, обо всех мерах, которые были предприняты во исполнение данного определения.

Согласно практике Суда ЕС для принятия решения об обеспечительных мерах Суду необходимо предварительно установить обоснованность требований Комиссии в основном деле (в данном случае речь шла об иске Комиссии к Польше от 25.10.2019). Отвечая на возражения Польши в части юрисдикции Суда ЕС в этом вопросе, Суд отметил, что, хотя вопросы организации национального правосудия находятся в рамках компетенции государств — членов ЕС, они при решении этих вопросов должны соблюдать свои обязательства по праву ЕС. Таким образом, каждое государство — член ЕС должно обеспечить соответствие дисциплинарного режима, применяемого к судьям национальных судов, принципу независимости судебной власти, который является одним из основных принципов права ЕС. Суд ЕС установил, что аргументы об отсутствии гарантий независимости и беспристрастности Дисциплинарной палаты, выдвинутые в связи с неисполнением Польшей своих обязательств, представляются *prima facie* небезосновательными. В силу этого Суд ЕС посчитал, что критерий *fumus boni iuris* выполнен в данном деле.

В отношении выполнения условия срочности Суд ЕС отметил, что Дисциплинарная палата уже ведет многочисленные расследования в отношении судей различного ранга. Для польских судей сама возможность

того, что они могут быть подвергнуты дисциплинарному разбирательству, рассматриваемому судом, чья независимость не гарантирована, может решающим образом повлиять на их собственную независимость. Суд отмечает, что это может причинить серьезный ущерб правопорядку ЕС и вытекающим из него правам граждан и ценностям, изложенным в ст. 2 Договора о Европейском союзе (подписан в Маастрихте 07.02.1992), в частности верховенству закона.

Наконец, Суд указал, что применение обеспечительных мер не влечет за собой ни роспуск Дисциплинарной палаты, ни прекращение ее финансирования, а предполагает лишь временное приостановление деятельности до вынесения Судом окончательного решения. Более того, поскольку применение обеспечительных мер означает приостановление всех дел, рассматриваемых Дисциплинарной палатой, ущерб, причиненный соответствующим лицам в результате приостановления рассмотрения их дел в Дисциплинарной палате, будет меньше, чем ущерб, причиненный в результате рассмотрения этих дел органом, отсутствие независимости и беспристрастности которого нельзя *prima facie* исключить.

3. Заключение

Обеспечительные меры, применяемые Судом ЕС, имеют универсальные характеристики, общие как для международных, так и для национальных судов. Во-первых, производство в части таких мер является вспомогательным процессом по отношению к основному спору и полностью связано с ним. Во-вторых, обеспечительные меры направлены на сохранение положения сторон спора до вынесения окончательного решения по спору. В-третьих, эти меры применяются в ситуации, когда очевидна их срочность во избежание нанесения серьезного и непоправимого ущерба. В-четвертых, применение обеспечительных мер не должно влиять на окончательное решение Суда ЕС по основному спору.

Суд ЕС считает, что обеспечительные меры должны применяться в исключительных случаях, особенно в исках Комиссии против государств. Для этого Суд ЕС установил чрезвычайно высокий порог доказывания заявителем наличия условий, которые необходимы для принятия решения об обеспечительных мерах:

(а) оправданность их применения *prima facie*, означающая, что рассмотрение основного иска должно иметь разумные шансы на успех, (б) срочность и (в) риск нанесения серьезного и непоправимого ущерба. Кроме того, судья, рассматривающий ходатайство о применении обеспечительных мер, должен принять во внимание интересы других лиц, т.е. других сторон спора, третьих лиц или государств — членов ЕС.

Обеспечительные меры, применяемые Судом ЕС, имеют и несколько других особенностей, которые выделяют его среди остальных международных судов и сближают с национальными судами: (а) право Суда ЕС потребовать предоставить встречное обеспечение у стороны, просящей Суд об обеспечительных мерах, а также (б) отсутствие у Суда ЕС права применять обеспечительные меры *proprio motu*.

В рассмотренных выше польских делах Суд ЕС впервые в международном правосудии сформулировал основания финансовой ответственности в виде пеней

за каждый день неисполнения предписанных Судом ЕС обеспечительных мер.®

REFERENCES

Ispolinov, A.S. “In Search of a New Paradigm: The European Court of Justice and the European Court of Human Rights Three Years After Opinion No. 2/13” [V poiskakh novoy paradigmy: Sud ES i ESPCh spustya tri goda posle zaklyucheniya no. 2/13]. *International Justice [Mezhdunarodnoe pravosudie]*. 2018. No. 2. P. 16–27.

Grzeszczak, R. and Muchel, M. “Provisional Measures Against EU Member States in the Light of the Białowieża Forest Case”. *Eastern European Journal of Transnational Relations*. 2018. No. 1. P. 21–35.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Sofia D. Pimenova

Master of Laws (e-mail: sofia.pimenova@inbox.ru).



В СЕНТЯБРЬСКОМ НОМЕРЕ

Среди авторов номера:

А.Е. Шашитко, К.В. Дозмаров

Уголовное право в антитрасте — хорошее место для встречи права и экономики

Критика запрета картельных соглашений per se

В.О. Калятин

Проблема закрепления прав на результаты коллективной творческой деятельности в рамках служебных отношений

Какие риски для работодателя влечет множественность авторов служебных произведений?

Т. Гьяро (перевод Д.О. Тузова, А.Ю. Зезекало)

Римское право погибает с появлением кодификации

Четыре жизни римского права



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

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

Фотография на обложку:
Александр Гребешков

Подписано в печать 05.08.2020

Формат 84x108 1/16
Бумага офсетная № 1
Офсетная печать
Объем 12,5 печ. л.
Тираж 2000 экз.
Цена свободная

