

Московский государственный
юридический университет
имени О.Е. Кутафина (МГЮА)



ТРАДИЦИИ И НОВАЦИИ

В СИСТЕМЕ СОВРЕМЕННОГО
РОССИЙСКОГО ПРАВА

ТОМ 2

Гражданско-правовая секция

XX

МЕЖДУНАРОДНАЯ
КОНФЕРЕНЦИЯ
МОЛОДЫХ УЧЕНЫХ

МОСКВА

2021

СПОНСОРЫ КОНФЕРЕНЦИИ



WHITE & CASE

ПАРТНЕРЫ КОНФЕРЕНЦИИ



Лемчик, Крупский и Партнеры
СТРУКТУРНЫЙ И НАЛОГОВЫЙ КОНСАЛТИНГ



КонсультантПлюс
надежная правовая поддержка





Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

ТРАДИЦИИ И НОВАЦИИ В СИСТЕМЕ СОВРЕМЕННОГО РОССИЙСКОГО ПРАВА

Материалы XX Международной конференции молодых ученых

Том 2

Гражданско-правовая секция

Москва
2021

УДК 34[470+571](082)

ББК 67(2Рос)

Т65

Председатель редакционного совета сборника:

Синюков В. Н., проректор по научной работе Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), д. ю. н., профессор, заслуженный деятель науки РФ

Редакционная коллегия:

Михайлов С. М., к. ю. н., доцент, заведующий кафедрой гражданского и административного судопроизводства; *Богданова Е. Е.*, д. ю. н., профессор, и. о. заведующего кафедрой гражданского права; *Вавилин Е. В.*, д. ю. н., профессор, и. о. заведующего кафедрой семейного и жилищного права; *Ершова И. В.*, д. ю. н., профессор, заведующий кафедрой предпринимательского и корпоративного права; *Жаворонкова Н. Г.*, д. ю. н., профессор, заведующий кафедрой экологического и природоресурсного права; *Новоселова Л. А.*, д. ю. н., профессор, заведующий кафедрой интеллектуальных прав; *Рогачев Д. И.*, к. ю. н., доцент, заведующий кафедрой спортивного права; *Воскобитова Л. А.*, д. ю. н., профессор, заведующий кафедрой уголовно-процессуального права; *Звечаровский И. Э.*, д. ю. н., профессор, заведующий кафедрой уголовного права; *Володина С. И.*, д. ю. н., профессор, заведующий кафедрой адвокатуры; *Корсик К. А.*, д. ю. н., профессор, заведующий кафедрой нотариата; *Ищенко Е. П.*, д. ю. н., профессор, заведующий кафедрой криминалистики; *Россинская Е. Р.*, д. ю. н., профессор, заведующий кафедрой судебных экспертиз; *Зубарев С. М.*, д. ю. н., профессор, заведующий кафедрой административного права и процесса; *Комарова В. В.*, д. ю. н., профессор, заведующий кафедрой конституционного и муниципального и права; *Мошкова Д. М.*, д. ю. н., профессор, заведующий кафедрой налогового права; *Грачева Е. Ю.*, д. ю. н., профессор, заведующий кафедрой финансового права; *Соколова Н. А.*, д. ю. н., доцент, заведующий кафедрой международного права; *Кашкин С. Ю.*, д. ю. н., профессор, заведующий кафедрой интеграционного и европейского права; *Отческая Т. И.*, д. ю. н., профессор, заведующий кафедрой организации судебной и прокурорско-следственной деятельности; *Рыбаков О. Е.*, д. ю. н., доктор философских наук, профессор, заведующий кафедрой философии и социологии; *Исаев И. А.*, д. ю. н., профессор, заведующий кафедрой истории государства и права; *Канашевский В. А.*, д. ю. н., профессор, и. о. заведующего кафедрой международного частного права; *Ефимова Л. Г.*, д. ю. н., профессор, заведующий кафедрой банковского права; *Минбалева А. В.*, д. ю. н., доцент, заведующий кафедрой информационного права и цифровых технологий; *Пузыревский С. А.*, к. ю. н., доцент, заведующий кафедрой конкурентного права; *Люттов Н. Л.*, д. ю. н., профессор, заведующий кафедрой трудового права и права социального обеспечения; *Мохов А. А.*, д. ю. н., профессор, заведующий кафедрой медицинского права; *Романова В. В.*, д. ю. н., доцент, заведующий кафедрой энергетического права; *Бирюкова М. А.*, канд. культурологии, доцент, заведующий кафедрой иностранных языков; *Ногаева В. У.*, к. пед. н., доцент кафедры иностранных языков; *Шабайкина Л. Р.*, ст. преподаватель кафедры иностранных языков; *Ильина Н. Ю.*, к. филол. н., доцент, заведующий кафедрой английского языка; *Калиновская В. В.*, к. филол. н., доцент, заведующий кафедрой юридического перевода; *Петров И. А.*, студент 1-го курса Института публичного права и управления; *Гладкова П. В.*, студент 1-го курса Института прокуратуры; *Калагина А. Е.*, студент 4-го курса Института публичного права и управления.

Т65 **Традиции и новации в системе современного российского права** : материалы XX Международной конференции молодых ученых : в 3 т. – М. : Издательский центр Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2021. – Т. 2 : Гражданско-правовая секция.

ISBN 978-5-906685-62-9

ISBN 978-5-906685-66-7 (т. 2)

УДК 34[470+571](082)

ББК 67(2Рос)

9–10 апреля 2021 г. в рамках VIII Московского юридического форума состоялась XX Международная конференция молодых ученых «Традиции и новации в системе современного российского права» Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). В сборник включены доклады, подготовленные для секционных заседаний, проводившихся в рамках конференции.

ISBN 978-5-906685-62-9

ISBN 978-5-906685-66-7 (т. 2)

© Московский государственный юридический университет
имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2021

Содержание

Подсекция «Гражданское право».....	4
Подсекция «Интеллектуальные права».....	113
Подсекция «Семейное право».....	169
Подсекция «Актуальные проблемы наследственного права».....	211
Подсекция «Корпоративное право».....	229
Подсекция «Трудовое право и право социального обеспечения».....	259
Подсекция «Банковское право».....	323
Подсекция «Информационное право и цифровые технологии»	345
Подсекция «Конкурентное право».....	363
Подсекция «Предпринимательское право».....	376
Подсекция «Природоресурсное и экологическое право»	423
Подсекция «Актуальные проблемы нотариата».....	464
Подсекция «Гражданское и административное судопроизводство».....	485

ПОДСЕКЦИЯ «ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО»

Андреева А. А.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Неосновательное обогащение в договорных правоотношениях: миф или реальность?

Обязательства из неосновательного обогащения традиционно выделяют в качестве самостоятельных внедоговорных обязательств¹. Неосновательное обогащение возникает, когда за счет другого лица при отсутствии правовых оснований происходит сбережение или приобретение имущественной выгоды.

Для защиты нарушенного права и возвращения неосновательно полученного используют кондикционные иски. Если сопоставлять такие иски и иные способы защиты гражданских прав, то приоритет отдается последним. Только при отсутствии оснований для применения специальных гражданско-правовых мер, кондикционный иск имеет самостоятельное юридическое значение².

Однако несмотря на единое понимание кондикции, правоприменительная практика не так однозначна.

В судебной практике распространены случаи предъявления исков о взыскании неосновательного обогащения при наличии арендных отношений с публичным собственником. Так, арендодатель предоставляет земельный участок юридическому лицу по договору аренды. Договор содержит условие о том, что участок должен использоваться в соответствии с установленным видом разрешенного использования. Это в том числе указывается в качестве одной из обязанностей арендатора. Договором также предусмотрена санкция за неисполнения обязанности – неустойка 1,5 % от кадастровой стоимости земельного участка.

Однако арендодатель, устанавливая факт нецелевого использования земельного участка, не взыскивает неустойку, а предъявляет к юридическому лицу иск о взыскании неосновательного обогащения. Исковые требования мотивирует тем, что арендная плата исчисляется на основании кадастровой стоимости, которая в свою очередь зависит от вида разрешенного использования. По мнению арендодателя, использование участка по более «дорогому» виду разрешенного использования причинило собственнику участка убытки, а предпринимателю позволило неосновательно обогатиться. Разница между арендной платой с учетом фактического использования и начисленной текущей арендной платой составила неосновательного обогащения.

К сожалению, суды часто поддерживают позицию арендодателей, удовлетворяя иски о взыскании неосновательного обогащения³.

¹ См., например: Маковский А. Л. Обязательства вследствие неосновательного обогащения (глава 60) // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая / под ред. О. М. Козырь, А. Л. Маковского, С. А. Хохлова. М. : Международный центр финансово-экономического развития, 1996, С. 594.; Эрделевский А.М. Внедоговорные обязательства в арбитражной практике // Финансовая газета. Региональный выпуск, 2000, № 27.

² Новак Д. В. Неосновательное обогащение в гражданском праве. М. Статут, 2010. С. 281.

³ См., например: Постановление АС Московского округа от 22 декабря 2020 г. по делу № А40-188101/2019 // URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/a5433408-83ad-4456-aec1-ceb56f130e60/c1ce3a8c-7fe2-4b2d-924c-19924d4f2073/A40-188101-2019_20201222_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True (дата обращения: 13.02.2021), Постановление 9ААС от 8 октября 2020 г. по делу № А40-294003/19 // URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/20fcda64-543f-493a-a460-2e693a984bba/ff6c5f6f-7d2e-4bb5-9ce4-69feaf1399d4/A40-294003-2019_20201008_Postanovlenie_apelljacionnoj_instancii.pdf?isAddStamp=True (дата обращения: 13.02.2021), Постановление АС Московского округа от 17 декабря 2020 г. по делу № А40-248859/2019 // URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/4a499b13-cc8e-43b6-9233-5cb5a9a5a71e/c57099aa-936d-4ae0-9f7e-4fbbcf3c5f3e/A40-248859-2019_20201217_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True (дата обращения: 13.02.2021).

Такая позиция судов кажется нам неправильной. В договоре аренды, в котором выражена воля сторон, зафиксирована обязанность арендатора использовать участок в соответствии с видом разрешенного использования и санкция за неисполнение такой обязанности. Арендодатель, заключая договор аренды, выразил свое согласие на то, что за нецелевое использование земельного участка подлежит взысканию договорная неустойка. Кроме того, при установлении факта нецелевого использования арендодатель, как добросовестный участник гражданского оборота, вправе предпринять действия для заключения дополнительного соглашения.

В науке гражданского права прослеживается однозначная позиция о соотношении договорных и кондикционных исков. О.С. Иоффе, М.М. Агарков, В.А. Рясенцев, Д.В. Новак в своих работах указывали на приоритет договорного требования¹.

Позиция ученых нашла отражение и в судебной практике. Суды отказывают в исках о взыскании неосновательного обогащения, ссылаясь на неправильно выбранный способ защиты. По мнению судов, нарушение условий договора исключает возможность применения главы 60 Гражданского кодекса РФ. Такая позиция является распространенной, несмотря на сложившуюся противоположную практику².

Действительно, стоит поддержать такой подход судов, поскольку стороны уже согласовали меру ответственности за нарушение целевого использования арендуемого земельного участка. Выявив нарушение условия договора, арендодателю следовало бы обратиться с требованием о выплате договорной неустойки за ненадлежаще выполненную обязанность.

Вместе с тем, правоприменительная практика по взысканию неосновательного обогащения содержит еще один подход. Арендаторы часто используют земельные участки в соответствии с видом разрешенного использования, однако вместе с этим определенную площадь участка эксплуатируют для иных целей. Арендодатели в таких ситуациях обращаются в суд с требованием о взыскании неосновательного обогащения, считая, что нет оснований для использования участка в соответствии с иными видами разрешенного использования.

Арендаторы в свою очередь не возражают против аргумента о неосновательном обогащении. Однако они считают, что, исчисляя размер требований необходимо отталкиваться от фактически используемой не по целевому назначению площади земельного участка.

Суды часто поддерживают позицию арендаторов и удовлетворяет иски частично, производя расчет неосновательного обогащения из площади земельного участка, на котором находится здание используемое, с нарушением вида разрешенного использования³. Занимая такую позицию, суды указывают, что исчисление

¹ Новак Д. В. Неосновательное обогащение в гражданском праве. М. Статут, 2010. С. 281.

² См., например: Постановление 9ААС от 2 сентября 2020 г. по делу № А40-10353/20 // URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/b3b47090-595b-45c0-a2df-e0ed99eae9c2/a45d4894-8d64-4081-adaa-b89c966221fa/A40-10353-2020_20200902_Postanovlenie_apelljacionnoj_instancii.pdf?isAddStamp=True (дата обращения: 13.02.2021), Постановление АС Московского округа от 25 ноября 2020 г. по делу № А40-127668/2019 // URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/3983ea6f-50ff-44c4-a62b-b1a489de8c7a/f838c356-9d05-4141-821b-32fd3632b4f6/A40-127668-2019_20201125_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True (дата обращения: 13.02.2021), Постановление АС Московского округа от 7 декабря 2020 г. по делу № А40-191932/2019 // URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/f3a1faed-5cd7-4c81-967f-ec0b615273fe/58a952c4-5c49-4725-986b-49fea9f2d571/A40-191932-2019_20201207_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True (дата обращения: 13.02.2021).

³ См., например: Постановление АС Московского округа от 25 сентября 2020 г. по делу № А40-169257/2018 // URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/640474ac-9b8b-42cc-8dcd-28331849c07e/3d69469a-a89f-41d3-881b-887ca2454af6/A40-169257-2018_20200925_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True (дата обращения: 13.02.2021), Постановление АС Московского округа от 3 октября 2019 г. по делу № А40-266787/2018 // URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/aa61928b-9a34-42d2-8e87-be041e1461b1/66b58532-5e58-403d-9fbb-b8ee264cf1ac/A40-266787-2018_20191003_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True (дата обращения: 13.02.2021), Постановление АС Московского округа от 26 ноября 2020 г. по делу № А40-251758/19 // URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/fb0dac9c-9436-4b6a-ac19-cc9ecfd11e79/cb9c8c2a-1bdf-44aa-b72c-bcd8392f10f6/A40-251758-2019_20201126_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True (дата обращения: 13.02.2021).

неосновательного обогащения исходя из всей площади арендуемого земельного участка приведет к неосновательному обогащению арендодателя.

Однако и по данному вопросу судебная практика неоднозначна. Суды также отказываются исчислять неосновательное обогащение пропорционально площади участка, используемой не по целевому назначению, поскольку арендная плата определяется за весь земельный участок исходя из разрешенных видов деятельности. Использование хотя бы части участка в противоречии с видом разрешенного использования нарушает правовой режим всего участка¹

С одной стороны, подход об исчислении пропорционального неосновательного обогащения имеет место быть, поскольку обязанность по использованию участка по целевому назначению исполняется ненадлежащим образом лишь частично. Именно поэтому требования о неосновательном обогащении должны пропорционально уменьшаться.

Однако с другой стороны, договор аренды также предусматривает договорную неустойку за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей арендатора, а значит снова конкурирует договорная ответственность и неосновательное обогащение.

Сформировать единообразную позицию мог бы Верховный Суд РФ. Однако по аналогичным делам № А40-122907/2019² и № А40-145646/2019³ отказано в передаче кассационных жалоб для рассмотрения в Верховном Суде РФ, несмотря на то, что по первому делу в иске отказали полностью, сославшись на неприменение главы 60 Гражданского кодекса РФ, а по второму – удовлетворили требования в полном объеме. Абсурдность и неоднозначность практики о неосновательном обогащении демонстрирует еще и тот факт, что в указанных выше делах ответчиком является одно и то же лицо – АО «Бадаевский пивоваренный завод».

Таким образом, сложилась противоречивая судебная практика, в которой выработано несколько самостоятельных позиций. Суды считают, что нарушение условий договора, как исключает взыскание неосновательного обогащения, так и не препятствует этому. Однако придерживаясь второй позиции, судам также приходится определять – взыскивать ли неосновательное обогащение за всю площадь земельного участка или только за часть. Такая практика создает неопределенность в гражданском обороте и не обеспечивает равенство частных субъектов перед законом.

На наш взгляд, при конкуренции договорной и внедоговорной ответственности приоритет должен отдаваться первой. Иной подход обесценивает возможность определять сторонами условия договора аренды и противоречит основным началам гражданского права.

¹ Решение АСГМ от 26 мая 2020 г. по делу № А40-53029/2020-6-384 // URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/51826690-4354-41ad-884a-85f67fdefc15/85948d1c-fa06-4e6e-9130-376479196bdb/A40-53029-2020_20200526_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True (дата обращения: 13.02.2021), Постановление 9ААС от 7 июля 2020 г. по делу № А40-10137/20-37-76 // URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/6601e6bc-fa9b-42d8-9257-ac420225343c/879769e1-5fab-4398-9f02-50c6a946b235/A40-10137-2020_20200707_Postanovlenie_apelljacionnoj_instancii.pdf?isAddStamp=True (дата обращения: 13.02.2021), Постановление АС Московского округа от 17 декабря 2020 г. Дело № А40-248859/2019 // URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/4a499b13-cc8e-43b6-9233-5cb5a9a5a71e/c57099aa-936d-4ae0-9f7e-4fbbcf3c5f3e/A40-248859-2019_20201217_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True (дата обращения: 13.02.2021).

² Определение Верховного Суда РФ от 9 ноября 2020 г. по делу № 305-ЭС20-13812 // URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/8d1b632b-c50a-4114-bf36-fd6cd6f8cf22/68a4bb61-6936-4a21-ab2c-389d82a58da9/A40-122907-2019_20201109_Opredelenie.pdf?isAddStamp=True

³ Определение Верховного Суда РФ от 12 ноября 2020 г. № 305-ЭС20-12758 // URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/4b9133b2-81e5-4762-ad6f-ae7f24d1cd78/4b41b92e-ffe4-4813-8200-fe8b3d68bc60/A40-145646-2019_20201112_Opredelenie.pdf?isAddStamp=True

Антипов А. А., Захарченко А. А.
*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студенты*

Проблемы раздела доли в уставном капитале ООО, составляющей общее имущество супругов

В последнее время довольно часто возникает ситуация, когда в общем имуществе супругов имеются корпоративные права, которые они приобрели в ходе брака. Ввиду того что наиболее распространенной организационно-правовой формой коммерческих организаций являются общества с ограниченной ответственностью (ООО) актуальным представляется вопрос раздела долей в уставном капитале ООО между супругами в результате расторжения брака или иных жизненных обстоятельств.

При расторжении брака в соответствии со статьей 38 Семейного кодекса РФ раздел общего имущества супругов должен происходить в равных долях. В п. 15 постановления Пленума Верховного суда от 5 ноября 1998 года № 15¹ содержится аналогичное заключение: «Общей совместной собственностью супругов, подлежащей разделу (п.п. 1 и 2 ст. 34 СК РФ), является любое нажитое ими в период брака движимое и недвижимое имущество, которое в силу ст. 128, 129, п.п. 1 и 2 ст. 213 ГК РФ может быть объектом права собственности граждан, независимо от того, на имя кого из супругов оно было приобретено или внесены денежные средства, если брачным договором между ними не установлен иной режим этого имущества».

При этом в соответствии с пунктом 4 статьи 21 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ (ред. от 31.07.2020, с изм. от 24.02.2021) «Об обществах с ограниченной ответственностью» «Участники общества пользуются преимущественным правом покупки доли или части доли участника общества по цене предложения третьему лицу или по отличной от цены предложения третьему лицу и заранее определенной уставом общества цене (далее – заранее определенная уставом цена) пропорционально размерам своих долей, если уставом общества не предусмотрен иной порядок осуществления преимущественного права покупки доли или части доли»².

Таким образом, образуется определенная юридическая коллизия относительно порядка применения данных нормативных правовых актов. Кроме того, проблема, затронутая в данной работе, затрагивает ряд институтов гражданского права: совместная собственность, корпоративное, семейное право. Ввиду того что отношения, которые являются предметом нашего исследования, регулируются нормами сразу нескольких правовых институтов, зачастую бывает сложно их согласовать и уяснить каким образом решить то или иное дело в конкретном случае.

Для того чтобы лучше понять причину существования проблем раздела долей в уставном капитале ООО, нужно обратиться к доктрине и разобраться в самой природе доли, то есть понять, что из себя представляет доля в уставном капитале юридического лица.

В доктрине существует несколько концепций относительно этого вопроса. Первая концепция, вещная, основывается на статье 34 Семейного кодекса. В этой статье перечислено то, что должно считаться общим имуществом супругов. И доля фигурирует в этом перечне. Но тогда возникает вот какой вопрос: дело в том, что в перечне 34 статьи не все является вещами, например, та же доля, а право собственности, как и другие вещные права, устанавливают господство над вещью, то есть над предметом материального мира. В отношении этой проблемы высказывается Моисеева Т.М., в своей работе³ она говорит, что есть то имущество супругов, к которому применимо правило совместной собственности супругов, а есть то имущество, к которому это правило нельзя применять. И доля как раз-таки и есть

¹ Российская Федерация. Пленум Верховного Суда. О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 05.11.1998 № 15 – // КонсультантПлюс: официальный сайт. – 2021. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_20961/

² Российская Федерация. Законы. Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ (ред. от 31.07.2020, с изм. от 24.02.2021) «Об обществах с ограниченной ответственностью». Текст электронный // КонсультантПлюс: официальный сайт. – 2021. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_17819/0a525c7e819fb19114001672d79d782c72f55caf/

³ Моисеева Т. М. Совместная собственность супругов и (или) общее имущество супругов: анализ современного семейного и гражданского права // URL: <https://istina.msu.ru/publications/article/60722895/>

имущество второго типа. Однако, несмотря на то, что данная концепция популярна и широко используется в судебной практике, не все придерживаются такого мнения. Так, С.В. Сарбаш в своих лекциях указывает на то, что применение виндикационного иска как способа защиты доли не говорит о вещной природе этой доли, а говорит лишь об отсутствии других способов.

Корпоративной концепции придерживается Суханов Е.А.¹, и, по его мнению, доля не является вещью, а значит, не может быть объектом вещных прав, в том числе прав собственности, а также доля порождает корпоративные отношения, а не вещные.

Также существует обязательственная концепция. Об обязательственной природе доли говорит Курбатов А.Я.², и заключается это в праве требования к юридическому лицу (ООО), а размер доли определяет размер требования.

На сегодняшний день правоприменительная практика исходит из того, что доля должна быть разделена поровну между супругами без преимущественного права покупки. Это мы можем видеть в постановлении девятого арбитражного апелляционного суда от 23 июня 2020 г. по делу № А40-324092/2019³. Там Татьяна Парфенова стала участником ООО «Фирма «АДА»» после развода. Ей по решению суда перешло 25 % доли участия в обществе. Доля была куплена в период брака, но зарегистрирована только на супруга. Сведения о переходе доли были внесены в ЕГРЮЛ по заявлению Татьяны Парфеновой. С этим не согласился другой участник – Дмитрий Плаксин и потребовал перевести долю Татьяны Парфеновой на общество. Он указывал, что Татьяна Парфенова ранее не была участником ООО и нарушила порядок получения согласия на отчуждение доли в уставном капитале к третьим лицам, который закреплен в уставе ООО. Для этого требовалось единогласное решение всех участников, которое получено не было. Однако суд встал на сторону супруги и отказал в удовлетворении требований Плаксина.

По нашему мнению, приоритет в данном случае должен быть отдан корпоративным правоотношениям, для того, чтобы защитить коммерческий оборот и интересы участников ООО. Мы предлагаем: установить в семейном законодательстве положение о том, что доля при разделе имущества должна перейти к супругу, указанному в реестре в качестве держателя доли. Это требуется для того, чтобы обеспечить интересы других участников ООО и стабильность корпоративных отношений в рамках ООО. При этом, другому супругу должна быть выплачена компенсация, соответствующая стоимости доли, либо должно быть предоставлено иное имущество.

Имеет место и другая точка зрения, согласно которой приоритет должна иметь общая совместная собственность супругов, ведь если один из супругов участвует в деятельности общества с ограниченной ответственностью, это не значит, что другой супруг не является правообладателем доли и участником ООО.

Таким образом, на сегодняшний день вопрос о разделе долей в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью, входящих в состав общего имущества супругов, остается открытым и по-разному понимается и толкуется в доктрине и судебной практике. Жаркая дискуссия вокруг данной проблемы обусловлена ее особенной остротой и актуальностью, ввиду ее практической значимости, а также несогласованности нормативных положений, регулирующих исследуемые общественные отношения. Позиции обеих сторон основаны на соответствующей нормативно-правовой базе и имеют право на существование. В рамках представленной выше работы нами были предложены варианты преодоления указанной коллизии. Вне зависимости от того, какой вариант окажется наиболее предпочтительным, интересы обеих сторон должны быть соответствующим образом учтены, так как безосновательное ущемление интересов субъектов негативно скажется на коммерческом обороте и лично-доверительном характере семейно-бытовых отношений.

¹ Сравнительное корпоративное право : учебник / Суханов Е. А.; ред. Суханов Е.А М. : Статут, 2014. 456 с. URL: <https://knigogid.ru/books/7361-sravnitelnoe-korporativnoe-pravo/toread>

² Курбатов А.Я Понятие доли в уставном капитале как объекта гражданского оборота.

³ Постановление от 23 июня 2020 г. по делу № А40-324092/2019. URL: <https://sudact.ru/arbitral/doc/osSNWGBwNrLZ/>

Антонян А. К.

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
студент*

К вопросу о правовой природе договора аренды части вещи

Договор аренды представляет собой одну из самых востребованных договорных конструкций, направленных на передачу имущества в пользование, в гражданском праве России. Для организации всякой предпринимательской деятельности, как правило, необходимо соответствующее имущество. Становление в России рыночных отношений, провозглашение в Конституции свободы предпринимательской деятельности обусловили экономическую потребность предпринимателей вступления в соответствующие обязательственные правоотношения по передаче имущества во временное владение и пользование. Субъекты малого и среднего предпринимательства заинтересованы, прежде всего, в аренде помещений в составе здания или сооружения. С момента принятия части второй Гражданского кодекса Российской Федерации (далее ГК РФ) в 1996 г. содержание ст. 607 ГК РФ¹, посвящённой объектам договора аренды, не подвергалось каким-либо изменениям. Согласно буквальному толкованию положений названной статьи объектом аренды может быть только вещь в целом. В правоприменительной практике существует вопрос, считать ли обязательственные правоотношения по передаче части недвижимой вещи в пользование договором аренды. Квалификация и правовая природа этих отношений является спорной в юридической доктрине и правоприменительной практике.

Судебно-арбитражная практика последовательно претворяет в жизнь тезис о том, что объектом договора аренды может быть наряду с вещью в целом и часть вещи. Представляется, что суды посредством использования расширительного толкования, фактически дополнили правовое содержание гипотезы нормы, содержащейся в ст. 607 ГК РФ, причислив часть вещь к объектам аренды. Начало этому было положено Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации (далее – ВАС РФ) в Информационном письме Президиума ВАС РФ от 01.06.2000 № 53. ВАС РФ разъяснил, что заключение договоров аренды нежилых помещений не противоречит нормам ГК РФ об аренде зданий и сооружений, поскольку нежилое помещение является объектом недвижимости, отличным от здания или сооружения, в котором оно находится, но неразрывно с ним связанным². В 2011 году ВАС РФ в Постановлении Пленума ВАС РФ от 17.11.2011 № 73 дал генеральное разъяснение по поводу возможности передачи в аренду части вещи. В силу п. 9 названного Постановления Пленума ВАС РФ судам следует иметь в виду, что положения ГК РФ об объекте аренды (в том числе с учетом ст. 606 ГК РФ о возможности передачи объекта аренды только в пользование арендатора) не ограничивает право сторон заключить такой договор аренды, по которому в пользование арендатору предоставляется не вся вещь в целом, а только ее отдельная часть³.

Анализируя указанные положения актов ВАС РФ, приходим к выводу, что часть вещи (в том числе нежилые помещения как часть здания или сооружения) может быть наряду с поименованными в ст. 607 ГК РФ вещами объектом договора аренды. При этом необходимо учитывать требование п. 3 ст. 607 ГК РФ о надлежащей индивидуализации, позволяющей определенно установить имущество, подлежащее передаче арендатору в качестве объекта аренды. В противном случае договор аренды будет считаться незаключённым. ВАС РФ в том же п. 9 вышеназванного Постановления Пленума указывает, что, если права на недвижимые вещи (сооружения, помещения) ранее были зарегистрированы за арендодателем, на государственную регистрацию договора аренды может быть представлен подписанный сторонами документ, содержащий графическое и/или текстуальное описание той части недвижимой вещи, пользование которой будет осуществляться арендатором.

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): Федеральный закон РФ от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 16.12.2019) // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

² О государственной регистрации договоров аренды нежилых помещений: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 01.06.2000 № 53 // Вестник ВАС РФ. № 7. 2000.

³ Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре аренды: Постановление Пленума ВАС РФ от 17.11.2011 № 73 (ред. от 25.12.2013) // Вестник ВАС РФ. № 1. 2012.

Выводы, к которым пришёл ВАС РФ, вступают в некоторую коллизию с нормами Федерального закона от 13.07.2015 № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости»¹ и Федерального закона от 24.07.2007 № 221-ФЗ «О кадастровой деятельности»². В соответствии с ч. 4.1 ст. 1 названного Закона «О кадастровой деятельности» объектом кадастровых работ являются наряду с объектами недвижимости их части. Результатом кадастровых работ для зданий, сооружений, помещений, а также их частей является технический план. Этот документ необходим для осуществления государственного кадастрового учета недвижимого имущества, присвоения ему органом регистрации прав неизменяемого, не повторяющийся во времени и на территории Российской Федерации кадастрового номера (ст. 5, 24 Закона «О государственной регистрации недвижимости»). Логика законодателя означает, что часть недвижимой вещи, в частности нежилые помещения, безоговорочно признанные судебной практикой в качестве объекта договора аренды, будут считаться индивидуализированными только в том случае, если в отношении этого объекта имеется технический план с присвоенный органом регистрации прав кадастровым номером. Верховный Суд Российской Федерации (далее ВС РФ) в «Обзоре судебной практики ВС РФ № 2 (2018)» (утв. Президиумом ВС РФ 04.07.2018) ещё раз подтверждает правовую позицию ВАС РФ по данному вопросу, указав что, отсутствие в государственном кадастре недвижимости сведений о части передаваемого в аренду объекта недвижимости не является препятствием для осуществления государственной регистрации договора аренды части вещи, если имеется подписанный сторонами документ, содержащий графическое и/или текстуальное описание той части, пользование которой будет осуществляться арендатором, и из этого описания следует, что предмет договора аренды согласован сторонами³.

В доктрине существуют различные подходы к рассматриваемой проблеме. По мнению, Е.А. Суханова, в аренду может сдаваться часть здания или сооружения (так называемые нежилые помещения), в этом случае отношения между арендодателем и арендатором должны регламентироваться общими нормами о договоре аренды⁴. Е.А. Суханов отмечает, что для того, чтобы условие об индивидуализации объекта аренды было соблюдено, к договору аренды здания (сооружения) необходимо прилагать документы, идентифицирующие отдельно стоящие здание (сооружение): план объекта недвижимости с указанием кадастрового номера⁵. А для этого требуется постановка такого объекта на кадастровый учёт. К другим выводам, основанным на судебной практике высших судебных инстанций, пришёл Р.С. Бевзенко. По его мнению, графического или словесного описания соответствующей части вещи в договоре достаточно для того, чтобы воля сторон относительно предмета сделки совпала и договор считался бы заключенным. Так как договор аренды части вещи регистрируется как обременение всей вещи (и об этом обременении делается запись, попадающая в том числе и в выписку из реестра), то никакой особой точности в описаниях (например, проведение границы части вещи с точностью до сантиметров), кажется, и не требуется⁶.

Считаем, что разъяснения ВАС РФ и ВС РФ соответствуют потребностям имущественного оборота, поскольку избавляют предпринимателей от дополнительных финансовых и временных затрат, необходимых для постановки на кадастровый учёт частей объектов недвижимого имущества. Стороны обязательства могут самостоятельно определить способ индивидуализации передаваемых в аренду помещений (эти способы могут выражаться, в частности, в составлении схемы расположения арендуемого помещения, плана такого нежилого помещения; экспликации к поэтажному плану здания).

¹ О государственной регистрации недвижимости: Федеральный закон от 13.07.2015 № 218-ФЗ (ред. от 30.12.2020). «Российская газета. № 156. 17.07.2015.

² О кадастровой деятельности: Федеральный закон от 24.07.2007 № 221-ФЗ (ред. от 30.12.2020). Российская газета. № 165. 01.08.2007.

³ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (2018) (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 04.07.2018) // Бюллетень Верховного Суда РФ. № 3. 2019.

⁴ Российское гражданское право : учебник : в 2 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., стереотип. М. : Статут, 2010. Т. 2: Обязательственное право. С. 343.

⁵ Там же. С. 344.

⁶ Бевзенко Р. С. Аренда части вещи // Журнал РШЧП. 2018. № 1. С. 230–232.

Заметим, что позиции Е.А. Суханова и Р.С. Бевзенко расходятся по вопросу индивидуализации части вещи как объекта аренды. В то же время и тот, и другой, считают возможным предоставление в аренду части недвижимой вещи. В доктрине аналогичную позицию занимает и В.А. Алексеев, который обращает внимание на то, что часть объекта недвижимости, не являясь вещью и предметом отчуждения, может выступать предметом пользования. В отношении части здания или помещения может быть заключён договор аренды¹.

Квалификация обязательства по передаче части имущества в пользование в качестве договора аренда части вещи соответствует содержанию права собственности арендодателя². Представляется, что стороны по своему усмотрению определяют условия договора, в том числе условие об объекте, в качестве которого может выступать как вещь в целом, так и её отдельная часть. Такая возможность обуславливается принципом свободы договора. При этом считаем, что самое главное значение квалификации отношений по передаче части имущества в пользование в качестве договора аренды состоит в обеспечении прав и законных интересов более слабой стороны – арендатора. Поскольку только в случае признания таковых отношений арендными, на арендатора будут распространяться такие важные вещно-правовые гарантии как преимущественное право на заключение договора аренды на новый срок (п. 1 ст. 621 ГК РФ), право следования (п. 1 ст. 617 ГК).

Таким образом, передача части недвижимого имущества в пользование является договором аренды и подлежит непосредственному регулированию нормами главы 34 ГК РФ. Предлагаем п. 1 ст. 607 ГК РФ изложить в следующей редакции: «В аренду могут быть переданы индивидуально определённые непотребляемые вещи в целом или части вещей, например, земельные участки и другие обособленные природные объекты, предприятия и другие имущественные комплексы, здания, сооружения, части зданий, сооружений, в том числе нежилые помещения, оборудование, транспортные средства и другие вещи».

Бахтин М. О.

*Томский государственный университет систем управления и радиоэлектроники,
студент*

К вопросу о конкуренции норм общего и специального законодательства, регулирующих ипотечные отношения

Отечественное залоговое право за последние три десятилетия (с момента принятия Закона РФ от 29.05.1992 «О залоге») претерпело кардинальные изменения, что, в первую очередь, было связано с необходимостью урегулирования широкого спектра частных отношений, в динамике которых обеспечительный механизм залога оказался весьма востребованным. В итоге нормы о залоге нашли свое закрепление в многочисленных нормативных актах, что породило проблему конкуренции норм общего и специального законодательства о залоге. Сегодня, помимо положений Гражданского кодекса РФ, нормы о залоге присутствуют и в других кодифицированных актах (например, Земельном кодексе РФ, Кодексе торгового мореплавания РФ), а также в ряде специальных законов, важное место среди которых занимает ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)»³ (далее – Закон об ипотеке).

Процесс совершенствования всего отечественного законодательства привел к утрате единообразия в урегулировании однородных (залоговых) отношений, в том числе тех, которые связаны с залогом недвижимости: нормы об ипотеке приобрели разрозненный характер, что в итоге привело к отсутствию понятного механизма их действия и применения. Изложенное предопределяет необходимость выявления коллизий действующего законодательства о залоге недвижимости с целью их разрешения, в том числе посредством формирования предложений по его оптимизации и совершенствованию. Обозначим некоторых из таких коллизий.

¹ Алексеев В. А. Право недвижимости Российской Федерации. Понятие и виды недвижимых вещей: практическое пособие. Москва: Юрайт, 2018. С. 56.

² Пискунова М. Г. О делимости недвижимых вещей // Недвижимость и инвестиции. Правовое регулирование. 2003. № 1-2 (14-15).

³ Об ипотеке: Федеральный закон от 16.07.1998 № 102-ФЗ (ред. от 30.12.2020) // СЗ РФ. 1998. № 29. Ст. 3400.

1. Положения Земельного кодекса РФ¹ предусматривают ряд обязанностей, возлагаемых как на собственников земельных участков, так и на лиц, не являющихся собственниками, относительно использования земельных участков. В частности, они обязаны использовать земельные участки в соответствии с их целевым назначением. При этом способы такого использования не должны наносить вред окружающей среде, в том числе земле как природному объекту (абз. 2 п. 1 ст. 42 ЗК РФ). Данное императивное предписание в отношениях, возникающих между залогодержателем и залогодателем по договору об ипотеке, выражается, в частности, в том, что возможность залогодателя без согласия залогодержателя совершать ряд действий (например, сдавать заложенное имущество в аренду, передавать его во временное безвозмездное пользование) поставлена под условие – недвижимость предоставляется в пользование для целей, которые соответствуют ее назначению (абз. 3 п. 1 ст. 40 Закона об ипотеке). Правда, указанная норма имеет исключение, которое вступает в непосредственное противоречие с императивной нормой ЗК РФ. Так, норма п. 3 ст. 40 Закона об ипотеке позволяет залогодателю (при условии получения согласия залогодержателя) предоставить заложенное имущество в пользование третьим лицам для целей, которые не соответствуют назначению недвижимости. Выходит, что данная норма вступает в противоречие с принципом целевого использования земель.

В соответствии с п. 1 ст. 7 ЗК РФ по целевому назначению земли делятся на семь категорий. Практическое значение такого деления заключается в том, чтобы не допустить негативных последствий, связанных с нецелевым использованием земель (например, запрет строительства промышленных предприятий на землях сельскохозяйственного назначения существенно снижает вероятность загрязнения этих земель отходами производства). Непосредственное применение нормы п. 3 ст. 40 Закона об ипотеке (без оглядки на императивные предписания ЗК РФ) может привести к утрате конкретным земельным участком его уникальных свойств, что, естественно, идет вразрез с государственной политикой в области охраны земель и экологической безопасности. Указанная норма не должна работать применительно к земельным участкам. Однако для того, чтобы прийти к такому выводу следует провести интеллектуальную работу по системному анализу целого ряда норм гражданского и земельного законодательства. С целью исключения неоднозначности понимания нормы п. 3 ст. 40 Закона об ипотеке применительно к залому земельных участков представляется необходимым внесение дополнения в указанную норму: после слов «не соответствующих назначению имущества» добавить в скобках выражение «за исключением земельных участков».

2. Представляется, что ряд норм Закона об ипотеке характеризуются внутренним противоречием. Речь идет о положениях, которые определяют режим заложенной недвижимости. Так, согласно императивному предписанию нормы абз. 3 п. 1 ст. 1 указанного закона заложенная недвижимость всегда остается у залогодателя в его владении и пользовании. Вместе с тем положение абз. 1 п. 1 ст. 29 закона определяет, что за залогодателем сохраняется лишь право пользования недвижимостью, заложенной по договору об ипотеке. Очевидно, что конструкция «владеть и пользоваться имуществом» отлична от конструкции «пользоваться (но не владеть) имуществом». Однако именно буквальное толкование абз. 1 п. 1 ст. 29 Закона об ипотеке приводит к выводу о том, что если за залогодателем и остается какое-либо правомочие собственника, то это правомочие пользования (но не правомочие владения) заложенной недвижимостью. Понятно, что данная норма в принципе выбивается из общего контекста положений об ипотеке, поскольку системный анализ всех остальных нормативных установлений однозначно приводит к выводу о том, что залогодатель обладает обоими правомочиями – и правом пользования, и правом владения. В цивилистической доктрине имеет место дискуссия о соотношении понятий «пользование имуществом» и «использование имущества». Однако для цели ст. 29 Закона об ипотеке (даже не взирая на название этой статьи) все-таки речь идет об особенностях использования заложенного имущества, а не пользовании им. С целью устранения неоднозначности оценки тех правомочий, которыми наделен залогодатель в отношении заложенной недвижимости, представляется необходимым исключить из абз. 1 п. 1 ст. 29 Закона об ипотеке первое предложение.

3. Отечественное гражданское законодательство прочно стоит на позиции, согласно которой арендатор имущества имеет право отдавать арендные права в залог, если иное не установлено ГК РФ, другим законом или иными правовыми актами (абз. 1 п. 2 ст. 615 ГК РФ). Соответственно, при аренде земельных участков в ситуации, когда

¹ Земельный кодекс Российской Федерации от 25.10.2001 № 136-ФЗ (ред. от 30.12.2020) // СЗ РФ. 2001. № 44. Ст. 4147.

арендатор пожелал отдать принадлежащие ему арендные права в залог, возникает потребность в обращении к специальному законодательству, в частности, с целью определения условий передачи таких прав в залог. Вместе с тем на уровне специального законодательства условия реализации права на передачу арендных прав земельного участка в залог определяются по-разному.

Так, в соответствии с п. 1.1 ст. 62 Закона об ипотеке арендатор земельного участка наделен правом передачи арендных прав в залог. В качестве условия такой передачи закон определяет необходимость получения согласия собственника земельного участка, что соответствует общему правилу абз. 1 п. 2 ст. 615 ГК РФ. Отсутствие такого согласия необходимо рассматривать через призму нарушения обязанности арендатора использовать имущество по назначению, что предоставляет арендодателю возможность досрочного расторжения договора аренды в судебном порядке (п. 3 ст. 615; подп. 1 ч. 1 ст. 619 ГК РФ).

Аналогичное право арендатора земельного участка предусмотрено и земельным законодательством. Однако условие реализации этого права отличается от того, которое обозначено в п. 1.1 ст. 62 Закона об ипотеке. Так, согласно п. 5 ст. 22 ЗК РФ передача арендных прав земельного участка в залог по общему правилу осуществляется без согласия арендодателя, но при условии его уведомления. Отсутствие уведомления о передаче арендных прав в залог имеет иные последствия, отличные от тех, которые наступают в отсутствие получения согласия арендодателя на передачу арендных прав в залог. В тех случаях, когда закон предусматривает необходимость направления уведомления одной из сторон соответствующего правоотношения другой стороне, гражданско-правовые последствия для последней наступят исключительно с момента получения такого уведомления (п. 1 ст. 165.1 ГК РФ). Соответственно, в отсутствие уведомления следует говорить о том, что и передача арендных прав земельного участка не состоялась.

Каждая из приведенных норм Закона об ипотеке и ЗК РФ по отношению к норме абз. 1 п. 2 ст. 615 ГК РФ является специальной. Установить, какая из них обладает приоритетом весьма сложно (посредством системного толкования норм действующего законодательства можно обосновать любой вариант соотношения указанных норм). Очевидно, что подобное состояние норм материального права может привести лишь к дестабилизации гражданского оборота. Исходя из цели гражданско-правового регулирования отношений аренды и существа залоговых отношений, представляется достоверным наличие условия о получении арендатором согласия арендодателя (как правило, собственника) на передачу арендных прав земельного участка в залог, что требует внесения соответствующих изменений в п. 5 ст. 22 ЗК РФ.

Бесаева А. А.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
магистрант*

Возможность возложения на государство ответственности за вред, причиненный арбитражным управляющим: проблемы теории и практики

В науке и практике возникает вопрос о возможности отнесения к представителю государства (и, соответственно, возможности возложения на государство ответственности за причиненный им вред) такого субъекта как арбитражный управляющий.

Для того чтобы разобраться в данном вопросе, необходимо проанализировать правовой статус арбитражного управляющего.

Ни положения Закона о банкротстве¹, ни иные нормативные правовые акты не раскрывают сущности правового положения арбитражного управляющего.

В науке существует несколько подходов к определению правового положения арбитражного управляющего.

Одной из наиболее распространенных является теория представительства.

¹ Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ (ред. от 30.12.2020) «О несостоятельности (банкротстве)» // Собрание законодательства Российской Федерации от 2002 г., № 43, ст. 4190

При этом в рамках данного подхода некоторые ученые полагают, что арбитражный управляющий является представителем не только должника, но и кредиторов, а также собственника имущества должника¹.

Придерживаясь данной теории, можно сделать вывод, что арбитражный управляющий должника, крупнейшим кредитором которого является государство в лице его органов, будет являться представителем государства. А такие ситуации довольно распространены, ведь в большинстве случаев одним из главных конкурсных кредиторов должника является государство в лице его уполномоченных органов (чаще всего, Федеральной налоговой службы). Более того, согласно данной концепции арбитражный управляющий государственного либо муниципального предприятия будет также являться представителем государства (муниципального образования).

Данная точка зрения представляется не вполне обоснованной, поскольку арбитражный управляющий должен действовать в том числе в интересах и должника, и всех конкурсных кредиторов, и иных субъектов (кредиторов по текущим платежам, работников должника), и государства в целом.

Данный вывод подтверждается также позицией Конституционного Суда РФ, согласно которой арбитражный управляющий наделен полномочиями, которые в значительной степени носят публично-правовой характер: он обязан принимать меры по защите имущества должника, анализировать финансовое состояние должника и т.д., действуя добросовестно и разумно в интересах должника, кредиторов и общества².

Кроме того, арбитражный управляющий реализует и свои собственные интересы, поскольку чем эффективнее он осуществит соответствующую процедуру банкротства, тем больше будет размер его вознаграждения (сумма процентов по вознаграждению – п. 3.1 ст. 20.6 Закона о банкротстве).

Также встречается позиция, согласно которой статус арбитражного управляющего зависит от проводимой им процедуры банкротства. Так, во внешнем управлении он представляет интересы должника, в конкурсном производстве – кредиторов, при мировом соглашении – государства³.

С данной точкой зрения также сложно согласиться, поскольку, как уже говорилось, деятельность арбитражного управляющего направлена на поддержание баланса интересов всех участвующих в процедуре несостоятельности субъектов и не может быть сведена лишь к реализации им прав и обязанностей одного из них.

В науке встречаются и иные теории: доверительного управления; трудового договора; вещная теория; публичная теория.

В рамках настоящего исследования особый интерес представляет публичная теория. Согласно данной концепции арбитражный управляющий определяется как должностное лицо, либо как государственный орган (орган принудительного исполнения – арбитражный судебный исполнитель⁴).

Так, Е.В. Богданов предлагает приравнивать статус арбитражного управляющего к правовому положению должностного лица⁵. Свою точку зрения он обосновывает тем, что деятельность арбитражного управляющего тяготеет к судебно-управленческой деятельности, а арбитражный (судебный, как его именует автор) управляющий является лицом, назначенным судом от имени государства и находящимся под контролем государства посредством суда.

Кроме того, Е.В. Богданов выделяет особые функции арбитражного управляющего, носящие публичный характер. Речь идет о надзорной, а также консолидационной функции, в соответствии с которой арбитражный управляющий

¹ См.: Эрлих М. Е. Конфликт интересов в процессе несостоятельности (банкротства): Правовые средства разрешения : монография. С. 116–117.; Карелина С. А., Эрлих М. Е. Роль арбитражного управляющего в механизме разрешения конфликта интересов // Право и экономика. 2012. № 3. С. 3.

² Постановление Конституционного Суда РФ от 19.12.2005 № 12-П «По делу о проверке конституционности абзаца восьмого пункта 1 статьи 20 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой гражданина А. Г. Меженцева» // Собрание законодательства Российской Федерации № 3 от 16.01.2006, ст. 335

³ См.: Семина А. Н. Банкротство: вопросы правоспособности должника – юридического лица. М. : Экзамен, 2003. С. 90–91; Тай Ю. В. Правовые проблемы арбитражного управления : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

⁴ Попондопуло В. Ф. Конкурсное право. М. : Юрист, 2001. С. 136, 137.; Скаредов Г. И. Правовая сущность арбитражных управляющих // Предпринимательское право. 2007. № 4. С. 27.; Шершеневич Г. Ф. Учение о несостоятельности. Казань, 1880. С. 289

⁵ Богданов Е. В. Правовое положение арбитражного (судебного) управляющего // Законы России: опыт, анализ, практика. 2014. № 8.

должен действовать так, чтобы учесть интересы должника, кредиторов и государства и сгладить остроту соответствующего экономического и социального конфликта, что в конечном счете является прерогативой государства.

Е.В. Богданов обращает также внимание на использование законодателем формулировки «полномочия» применительно к правам и обязанностям арбитражного управляющего. По мнению ученого, данное обстоятельство также свидетельствует о властном характере деятельности судебного управляющего, поскольку понятие «полномочия», как правило, свойственно субъектам, наделенным публичной властью.

Некоторые авторы, в свою очередь, отрицают наличие публичных функций у арбитражного управляющего, признавая его исключительно частноправовым субъектом¹.

Что касается зарубежного законодательства и судебной практики, следует отметить, что правовой статус арбитражного управляющего чаще всего определяется через его публично-правовую природу.

Так, Федеральный Конституционный Суд Германии отмечает, что деятельность арбитражного управляющего служит всеобщим интересам, а акт о его назначении судом имеет публичный характер².

В практике ЕСПЧ также анализировался вопрос о возможности возложении на государство обязанности возместить причиненный арбитражным управляющим вред³.

При рассмотрении одного из дел Палата ЕСПЧ признала конкурсного управляющего банка представителем государства, указав, что конкурсный управляющий исполняет свои обязанности под контролем государства и наделен задачей по установлению «справедливого равновесия» между требованиями общественного интереса и защиты основных прав личности. По мнению судей Палаты ЕСПЧ, характер выполняемых конкурсным управляющим функций и факт передачи ему полномочий национальными судами для выполнения этих функций не позволяют государству уклоняться от ответственности за действия лица, которому оно делегировало часть своих полномочий.

Однако Большая палата ЕСПЧ не согласилась с этими выводами, руководствуясь следующими доводами:

- 1) конкурсный управляющий являлся частным лицом, нанимаемым собранием кредиторов, действующим в собственных интересах;
- 2) конкурсный управляющий выбирался на открытом рынке из иных профессионалов, конкурирующих в целях получения данной работы;
- 3) конкурсный управляющий работал за вознаграждение, которое устанавливалось свободно и выплачивалось собранием кредиторов;
- 4) контроль государства имел очень ограниченный характер и являлся последующим, поскольку суды не были обязаны проверять решения конкурсного управляющего с экономической или коммерческой точки зрения, не имели права давать указания конкурсному управляющему о способах управления компанией-банкротом, – это относилось к полномочиям, которые конкурсный управляющий мог осуществлять по своему усмотрению. Суды лишь контролировали соответствие его действий процессуальным и материальным нормам национального законодательства о банкротстве.

Также было отмечено, что в соответствии с утратившим силу Законом РФ от 9 ноября 1992 г. № 3929-1 «О несостоятельности (банкротстве) предприятий» конкурсный управляющий не был подотчетен никакому регулируемому органу, а лишь собранию кредиторов или отдельным кредиторам. Конкурсный управляющий не получал какого-либо государственного финансирования.

Таким образом, Большая палата ЕСПЧ руководствовалась не одними лишь формальными признаками статуса субъекта, причинившего вред (входит ли он в структуру государственных органов, относится ли к должностным лицам этих органов), а проанализировала правоотношение в целом на основе ряда критериев.

Думается, следует согласиться с позицией Большой палаты ЕСПЧ.

¹ Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Кононова А. Л. к Постановлению Конституционного Суда РФ от 19 декабря 2005 г. № 12-П // СПС «КонсультантПлюс»: Судебная практика.

² См.: Трушников С. С. Возбуждение производства по делам о несостоятельности в России и Германии. Изд. дом СПб.ГУ, 2006. С. 136.

³ Постановление ЕСПЧ от 03.04.2012 «Дело «Котов (Kotov) против Российской Федерации» (жалоба № 54522/00) // СПС «КонсультантПлюс»: Судебная практика.

Арбитражный управляющий не является субъектом лишь гражданских правоотношений в чистом виде. В банкротстве тесно соприкасаются гражданско-правовые, налоговые, трудовые, административные, уголовные и иные правоотношения. Следовательно, деятельность арбитражного управляющего имеет как частно-, так и публично-правовой характер.

Наличие публично-правовых черт еще не свидетельствует о том, что арбитражный управляющий всегда действует от имени и в интересах государства. Как уже отмечалось, фигура арбитражного управляющего призвана обеспечить равное обеспечение прав и законных интересов всех участвующих в деле о банкротстве лиц. Исходя из этого, государство не должно отвечать за причиненный данным субъектом вред.

Борха С. С.

*ИЦЧП имени С.С. Алексеева при Президенте РФ,
магистрант*

Последствия смерти солидарного должника в обязательственном праве Аргентины

Фактическая или презюмируемая смерть одного из солидарных должников не приводит к прекращению обязательственного правоотношения, а влечет открытие наследства и его последующий переход к наследникам (абз. 1 ст. 2277 Гражданского и торгового кодекса Аргентины¹, далее – ГИТК), в составе которого оказываются и солидарные правовые связи², допускающие универсальное правопреемство (ст. 398, 1024 и абз. 2 ст. 2277 ГИТК).

Ситуация, когда солидарный должник оставляет после себя одного наследника, не вызывает затруднений. По общему правилу наследник отвечает по долгам наследодателя полученным наследственным имуществом (*cum viribus hereditatis*) или в пределах его стоимости (*pro viribus hereditatis*), если оно было отчуждено (абз. 3 ст. 2280 и ст. 2317 ГИТК). Однако на наследника может быть возложена полная ответственность его личным имуществом (*ultra vires hereditatis*), если он не проводит в установленный срок инвентаризацию, скрывает активы (не включает их в опись), завышает пассивы (включает в опись несуществующие долги) или отчуждает наследственное имущество во вред кредиторам (ст. 2321 ГИТК).

Случай множественности наследников, напротив, сопряжен с многочисленными сложностями, и уже при первом приближении к его изучению становится ясно, что из-за внутренней противоречивости и возможной мертворожденности отдельных положений ГИТК аргентинскому законодателю не удалось достичь правовой определенности при решении ряда теоретических и практических вопросов.

1. С момента открытия наследства и до его раздела наследственная масса пребывает в *состоянии неделимости* (*estado de indivisión*) (ст. 2323–2334 ГИТК). Правовая природа данного явления до сих пор остается предметом научных споров: различными исследователями в свое время были предложены теории юридической личности, целевого имущества (*patrimonio de afectación*), кондоминиума и трансформации *sui generis*³. На сегодняшний день общепризнанно, что каждому наследнику принадлежит право на аликвоту наследственной массы как идеального

¹ Código Civil y Comercial de la Nación (aprobado por Ley Nº 26.994, promulgado por Decreto Nº 1795/2014) // Boletín Oficial de la República Argentina. 2014. Nº 32.985.

² По всей видимости, в состав наследства входит не солидарное обязательство целиком, а только одна из образующих его правовых связей, связывавшая умершего солидарного должника с кредитором, поскольку, очевидно, что происходящее универсальное правопреемство *mortis causa* не может затрагивать имущественные массы переживших солидарных должников. ГИТК на этот счет использует формулировку о «распространении эффектов договора в активном и пассивном планах на универсальных правопреемников» (ст. 1024).

³ См.: Zannoni E. A. Manual de derecho de las sucesiones. 5ª ed., actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea, 2009. § 324–326; Manual de derecho sucesorio / M. Herrera... [et al]; coordinado por M. Herrera y M. V. Pellegrini. 1ª ed. 2ª reimp. Bahía Blanca: Editorial de la Universidad Nacional del Sur. Edius. 2017. P. 224–230 (автор – M. V. Pellegrini).

совокупного объекта (*universalidad jurídica*), а не право в отношении части каждого из входящих в него благ¹. Это означает, что наследник вправе свободно отчуждать лишь принадлежащую ему аликвоту. Данный подход *prima facie* не вызывает принципиальных возражений (прежде всего, если основу наследственной массы составляют движимые и недвижимые вещи). Однако остается неясным, кто или что становится на место одного из солидарных титуляров в обязательственном правоотношении: встречается мнение, что личность покойного заменяется его имущественной массой, продолжающей «действовать» в качестве солидарного должника².

До вступления в силу ГИТК в 2015 г. вопрос правовой природы неделимой наследственной массы имел важное практическое значение, поскольку в условиях отсутствия специального законодательного регулирования правоприменителю приходилось отыскивать нормы сходных институтов, пригодных для регулирования внутренних и внешних отношений участников наследственной общности. Со вступлением в силу ГИТК законодательный пробел был устранен и вопрос отчасти потерял актуальность.

ГИТК установил два набора правил, определяющих порядок управления наследственным имуществом.

При *внесудебном управлении*³ акты управления и распоряжения наследственным имуществом, в том числе исполнение обязательств, требуют согласия всех наследников, которые вправе выдать одному из них или третьему лицу общее полномочие на управление (абз. 1 ст. 2325 ГИТК). В случае, если один из наследников добровольно начнет осуществлять управление наследственным имуществом с ведома других наследников и без возражений с их стороны, будет считаться, что у него возникло соответствующее подразумеваемое полномочие (абз. 3 ст. 2325 ГИТК). Кроме того, возможно совершение аналогичных действий в интересах отсутствующего или имеющего временные препятствия наследника по правилам о ведении чужих дел без поручения (ст. 2326 ГИТК).

При *судебном управлении* исполнением обязательств наследодателя занимается назначенный в судебном порядке управляющий (ст. 2345 и сл. ГИТК), который, по мнению различных авторов, является представителем наследственной массы, наследодателя или наследников либо рассматривается в качестве делегата суда⁴. Кредитор, желающий получить исполнение солидарного обязательства за счет имущества умершего солидарного должника и не являющийся титуляром реальной гарантии, должен заявить о своих требованиях в наследственном процессе (ст. 2356 ГИТК). При условии признания долга всеми наследниками суд авторизует платеж (*declaración de legítimo abono*), а управляющий предпринимает действия по его исполнению (ст. 2357–2358 ГИТК). В противном случае кредитор вынужден предъявлять самостоятельный иск против всех наследников.

2. При применении всего вышеназванного необходимо учитывать следующее:

2.1. Любой из кредиторов вправе возражать выдаче наследственного имущества наследникам до тех пор, пока обязательство не будет исполнено (ст. 843 ГИТК).

2.2. В некоторых случаях для пассивной легитимации по иску об исполнении обязательства, а также для получения наследником возможности признавать долги наследодателя требуется предварительная инвестирура (ст. 2337–2338 ГИТК).

2.3. При удовлетворении требований кредиторов учитывается установленная законом очередность (ст. 2358 ГИТК), а при недостаточности наследственной массы инициируются банкротные процедуры (ст. 2360 ГИТК).

2.4. Наследник, исполнивший долги в размере, превышающем его внутреннюю долю, имеет право регрессного требования к другим наследникам, в том числе посредством суброгации (ст. 915(d), 2320 ГИТК).

¹ См.: Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. T. VI. Libro Quinto y Libro Sexto. Artículos 2277 a 2671 / G. Caramelo, S. Picasso, M. Herrera. 2ª ed. Buenos Aires: Infojus, 2016. P. 61–63 (авторы – N. B. Lloveras, O. E. Orlandi и F. E. Faraoni).

² См.: Ossola F. A. Obligaciones / F. A. Ossola; dirigido por J. C. Rivera; G. Medina. 1a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016. P. 526–527.

³ Нормы о внесудебном управлении применяются до тех пор, пока в судебном порядке не был назначен управляющий (*administrador*) (ст. 2323 ГИТК), то есть как до, так и после начала наследственного процесса, в том числе если закон не устанавливает обязательность судебного управления (см.: Germano J. A. ¿Como puede administrarse una sucesión? // URL: <https://derechosucesorioargentina.com/como-puede-administrarse-una-sucesion/> (дата обращения: 10 февраля 2021 г.)).

⁴ См.: Manual de derecho sucesorio. P. 252 (автор – M. V. Pellegrini).

3. Теперь рассмотрим какие метаморфозы претерпевает солидарный долг при разделе наследственной массы.

Согласно ст. 843 ГК после раздела наследства каждый из наследников обязан исполнить лишь часть обязательства соразмерно наследственной доле. Однако в соответствии со ст. 2376 ГК при разделе между наследниками происходит распределение лишь чистого актива, оставшегося от наследственной массы¹, что предполагает выплату всех долгов наследодателя. В этой связи некоторые авторы делают вывод о невозможности описанной в ст. 843 ГК ситуации в части деления солидарного обязательства между наследниками должника². Такая интерпретация является ошибочной. Несмотря на то что закон устанавливает обязанность кредиторов по не обеспеченным реальной гарантией обязательствам о заявлении своих требований в наследственном процессе (ст. 2356 ГК), ее неисполнение не приводит к прекращению солидарного обязательства и не лишает кредитора права на иск к наследникам после раздела³. Таким образом, деление солидарного долга между наследниками происходит лишь в том случае, если они не были установлены в ходе наследственного процесса. Разумеется, речь идет только об обязательствах с делимым предоставлением. При неделимости размер притязаний кредитора к каждому из наследников сохраняется прежним и после раздела наследства⁴.

Словосочетание «деление солидарного долга между наследниками» следует понимать довольно условно. При разделе солидарность обязательства прекращается лишь во внутренних отношениях между наследниками, но не в отношениях с другими его участниками. Так, если солидарное обязательство изначально связывало трех должников, после чего один из них умер, оставив двух наследников, то кредитор после раздела наследства умершего должника может предъявить требование в полном объеме к первоначальным должникам, но в половинном объеме к каждому из наследников. При этом предоставление, совершенное одним из наследников, частично прекратит обязательство в отношении кредитора, себя и других солидарных должников, но не уменьшит объем требования к другому наследнику. Аналогичным образом ослабевают эффекты признания долга, приостановления и перерыва исковой давности⁵.

Бурыкин Н. С.

*Смоленский филиал Саратовской государственной юридической академии,
студент*

Сущность и тенденции развития каршеринга в РФ

Само понятие каршеринг складывается из двух слов car и sharing, то есть в дословном переводе «совместное пользование автомобилем».

В этой статье говоря о каршеринговой компании, будет подразумеваться компания, которая с целью получения прибыли сдает в краткосрочную аренду автомобиль, находящийся в собственности компании. Её особенностью является поминутная аренда транспортного средства (ТС), хотя возможны и другие тарифы оплаты. Эта особенность может ввести изменения в ст. 190 ГК, добавив в список средств измерения сроков минуты и секунды, поскольку в ныне действующем положении минимальное средство измерения – час. Также возможно добавление и секунд, поскольку в договорах каршеринга часто срок аренды не округляется до минут и пользователь платит за точно определённое, вплоть до секунд время пользования ТС.

¹ См.: Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. P. 122 (авторы комментария – N. B. Lloveras, O. E. Orlandi и F. E. Faraoni).

² См.: Ossola F. A. Op. cit. P. 526.

³ См.: Dictamen № 13/2018 DI ALIR de 17 de diciembre de 2018 // Biblioteca Electrónica de la Administración Federal de Ingresos Públicos. URL: http://biblioteca.afip.gov.ar/dcp/DID_K_000013_2018_12_17 (дата обращения: 10 февраля 2021 г.).

⁴ См. по аналогии: Ossola F. A. Op. cit. P. 528.

⁵ См.: Obligaciones / Silvestre N. O. et al. 2ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2016. P. 861–862.

Актуальность данной темы исследователи обуславливают трудностями в понимании природы договора и отсутствии нормативного регулирования его на федеральном уровне¹. При возможном расширении и более глубоком внедрении этого вида аренды в нашу жизнь, данные отношения считаем возможным назвать шеринг (краткосрочная аренда), по аналогии с лизингом.

Шеринг является категорией экономической, но он требует закрепления и в праве, поскольку в современном обществе развивается экономика совместного пользования. Для людей перестает быть ценностью владение вещами и их право собственности на них, растет количество временных пользований вещью для достижения какой-то цели.

Увеличение случаев различных возмездных пользований чужими вещами приводит к необходимости правового регулирования этого института для уменьшения возможных конфликтных ситуаций путём установления некоторых правил, частично регулирующих эти отношения.

Важным в возможном регулировании этого института считаем подчеркивание слова «краткосрочный», поскольку положения о прокате неприменимы из-за самой сути договора.

Договор шеринга, в отличие от договора проката, заключается не в письменной форме, равно как и аренда транспортного средства без экипажа, а путем акцептования договора в мобильном приложении. Вместе с этим считаем невозможным применение ч. 3 ст. 627 ГК об отказе от договора проката в письменной форме в 10-дневный срок из-за особенностей договора, заключающейся преимущественно в поминутной аренде транспортного средства.

Так же к шерингу неприменимо положение, используемое в аренде ТС, о поддержании технического состояния пользователем.

Данные особенности подчеркивают возможность отнесения договора шеринга не напрямую к договорам об аренде ТС без водителя, а к отдельному подвиду подобных соглашений.

Делимобиль (ООО Каршеринг Россия) определяет свой договор как договор аренды авто, подчеркивая в преамбуле, что он не является договором проката, возможно и из-за причин, указанных выше. Также он определяет его как договор присоединения, что подразумевает полный и безоговорочный акцепт соглашения. Подобные положения закреплены и в договорах других компаний.

В пункте 2.1 договора аренды авто в сервисе Делимобиль описывается порядок заключения договора². Предварительный договор аренды заключается посредством нажатия клавиши «забронировать» при условии выделения ТС на карте, отображаемой на экране мобильного устройства Арендатора (пользователя услуги). Необходимость заключения предварительного договора аренды обуславливается необходимостью при пользовании сервисом вывести определенное ТС из возможности воспользоваться для первичной проверки его человеком, который выявил желание воспользоваться им, путем акцептации договора.

А основной договор, в свою очередь, заключается после внешнего осмотра машины и в этот момент разблокируются двери авто, предоставляя право пользования ТС водителю. С этого момента начинает течь время пользования автомобилем, на основании которого и будет высчитываться стоимость к оплате.

Таким образом, мы можем видеть, что заключаются два договора, первый из которых является консенсуальным, а второй – реальным.

Данная характеристика применима только для договоров тех Компаний, которые пользуются подобной схемой их заключений.

Поскольку арендодатель предоставляет в пользование источник повышенной опасности, не видя клиента сервиса, и заинтересован в сохранности и пригодности к дальнейшему использованию ТС считаем возможным установление ограничений. Подобного мнения, о возможности установления ограничений, придерживается и суд.

В одном из судебных дел Истец приводил довод о том, что Правила дорожного движения не содержат каких-либо ограничений по управлению транспортными средствами лицом, имеющим право на управление транспортными

¹ Филиппов С. А., Переярина П. О. Каршеринг как новое явление в гражданском праве Российской Федерации // Вестник СГЮА. 2019. № 3 (128). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/karshering-kak-novoe-yavlenie-v-grazhdanskom-prave-rossiyskoj-federatsii> (дата обращения: 02.12.2020).

² См.: Договор аренды авто, утверждённый Приказом № ДД-28 от 18 ноября 2019 г. (в редакции Приказа № ДД-54 от 2 ноября 2020 г.) URL: <https://delimobil.ru/terms/vehicle-rental-contract> (дата обращения: 14.11.2020).

средствами соответствующей категории, в зависимости от имеющегося у него водительского стажа. Суд признал их несостоятельным, поскольку это не исключает право арендодателя как собственника или владельца имущества, являющегося объектом аренды, устанавливать для арендаторов дополнительные требования и ограничения при заключении такого рода договоров, в том числе по возрасту и водительскому стажу. Так же он ссылаясь на то, что в ЕГРЮЛ основным видом деятельности каршеринговых компаний является аренда и лизинг легковых автомобилей и легких автотранспортных средств (код ОКВЭД 77.10). Суд указал, что правового значения для настоящего дела код ОКВЭД не имеет, поскольку данное обстоятельство никак не влияет на определение правовой природы спорных договоров¹. Мы можем дополнить это тем, что из-за новизны этой отрасли в списке ОКВЭД её нет, и компании вынуждены использовать ОКВЭД 77.10 как наиболее близкий из существующих, который отображает их деятельность.

Говоря о природе стажа вождения, мы должны понимать, что это не является хорошим инструментом, удостоверяющим опыт и навык водителя, поскольку стаж начисляется с момента выдачи прав вне зависимости от действий водителя.

Дополнительным показателем, который можно использовать для классификации водителей, может быть коэффициент бонус-малус (КБМ), поскольку он рассчитывается исходя из количества заключенных договоров страхования автомобиля и страховых случаев по ним. Использование данного инструмента для проверки водителей снизит риски шеринговой компании и может положительно повлиять на опытного водителя, в случае предоставления ему скидки на краткосрочную аренду за безопасное вождение.

Минусом данной идеи является тот факт, что в случае заключения «открытой» страховки (страхования без ограничений круга лиц, допущенных к управлению ТС) КБМ не изменяется и не учитывает безаварийное вождение.

Использование КБМ может стать одной из целей создания единого реестра, в который необходимо будет сообщать информацию водителю о себе лишь единожды. Данный реестр избавит от необходимости многократной регистрации в разных сервисах для водителей, а прокатчикам даст возможность лучше оценивать конкретного пользователя и обеспечит равную и честную конкуренцию на этом рынке, что положительно повлияет на все стороны отношений.

Ученые рассматривают возможность использования положений закона о защите прав потребителей в случае нарушения прав пользователей, поскольку основным субъектом этих правоотношений является физическое лицо².

Закрепленные в законодательстве положения об использовании как предварительного и основного договора шеринга, использования КБМ для характеристики водителей в целях устранения возможных рисков компании от пользования автомобилем клиентом и возможной для него скидкой за безопасное вождение, ограничение размера штрафа, устанавливаемого Компанией в договоре в случае ДТП, дадут возможность поставить стороны в равное положение.

В случае ДТП Компания помимо компенсации стоимости автомобиля (его ремонта) сможет взыскать с водителя и штраф по договору. Этот штраф часто бывает несоразмерно больше упущенной выгоды, что ущемляет права другой, заведомо слабой стороны соглашения и является злоупотреблением правом. Одним из вариантов компенсации упущенной выгоды, который может быть закреплен в законодательстве о шеринге, может быть её расчет на основании чистой прибыли компании, поделенной на среднее количество функционирующих машин и умноженное на продолжительность вынужденного простоя ТС.

Таким образом, шеринг представляет собой динамически развивающийся сектор экономики, однако правовое регулирование данных отношений находится в процессе становления.

Полагаем, что данные правоотношения можно квалифицировать как отдельный вид договора аренды ТС без водителя. Думается, что для единообразия правового регулирования возможных спорных моментов, прежде всего,

¹ См.: Информация по делу № 02-3451/2018 // URL <https://mos-gorsud.ru/rs/lefortovskij/services/cases/civil/details/b014a7dd-443c-4fb9-bf10-2555899d3346> (дата обращения: 14.11.2020)

² Улицкая Н. М. Каршеринг: история возникновения, тенденции развития и особенности в современной России / Н. М. Улицкая, Т. А. Медведева // Национальные и международные финансово-экономические проблемы автомобильного транспорта : сборник научных трудов. М. : МАДИ, 2017. С. 123–130.

вопросов ответственности в законодательстве необходимо регламентировать данный договор, установить его правовую природу, сформулировать права и обязанности сторон.

Вербицкий Б. А.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

К вопросу о правовой природе простого и двойного складских свидетельств в современном российском гражданском праве

Исключительно точное восприятие правовой природы, содержательной наполненности и существа, а также форменных проявлений простого и двойного складских свидетельств как весьма неоднозначно толкуемых правовых категорий способно обеспечить наиболее рациональное и эффективное их использование участниками современного российского гражданско-правового оборота.

При первом приближении положений § 2 гл. 47 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – «ГК РФ»)¹, регулирующего хранение на товарном складе, нормы о простом складском и двойном складском свидетельствах косвенно указывают на надобность их использования в качестве ценных бумаг. Так, например, в ст. 915 ГК РФ, регламентирующей один из аспектов передачи двойного складского свидетельства, определено, что оно может передаваться по «передаточным надписям», чем, как представляется, является индоссамент – один из элементов формальной легитимации владельца ценной бумаги. Следовательно, по смыслу приведенной нормы, законодатель отождествляет двойное складское свидетельство с ордерной ценной бумагой, а п. 1 ст. 917 ГК РФ телеологически можно толковать следующим образом: простое складское свидетельство – ценная бумага на предъявителя.

Однако при более предметном рассмотрении норм, регулирующих порядок осуществления прав по складским свидетельствам, возникает ряд вопросов относительно их правовой природы, что ставит под сомнение тривиальность их определения в качестве ценных бумаг. Но прежде более детального рассмотрения следует привести следующие постулаты, порой именуемые учением о ценных бумагах.

Во-первых, документарные ценные бумаги в их собственно-цивилистическом понимании знаменуют собой обличенное в форму документа право требования формально-легитимированного ценной бумагой лица на предъявление обязательственных притязаний лицу, являющегося относительно владельца бумаги его должником в силу содержания такого документа. Ценная бумага выдается зачастую лицом обязанным, круг которых исчерпывающим образом очерчивается такой бумагой. Она являет собой именно право требования – право, возникающее из относительного правоотношения, абсолютные права не могут удостоверяться ценной бумагой. Абсолютное право – это право лица на вещь против всех и каждого. Так, В.А. Белов концептуально определяет: «Можно ли представить себе документ, выданный всяким и каждым? По определению это невозможно»². Между тем в настоящей работе рассматриваются складские свидетельства из договоров регулярного хранения.

Во-вторых, само по себе право на бумагу не требуется ее владельцу для получения предоставления по ней от обязанного лица, необходима лишь его формальная легитимация. Данный институт позволяет ускорить процесс передачи тех или иных прав требований, а также получения исполнения по таким «долговым документам». Например, для бумаги на предъявителя характерна одноуровневая формальная легитимация – лицу для получения предоставления следует лишь обладать такой бумагой и предъявить ее лицу обязанному, а для ордерной – двухуровневая: желающему получить предоставление по ценной бумаге лицу следует не только предъявить ее дебитору, но и быть указанным в ней путем учинения индоссаментов.

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации от 30.11.1994 № 51-ФЗ: принят ГД ФС РФ 21.10.1994: введ. ФЗ РФ от 30.11.1994 № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32, ст. 3301 (ч. 1).

² Белов В. А. Ценные бумаги в коммерческом обороте : курс лекций : учебное пособие для бакалавриата и магистратуры / В. А. Белов. – Москва: Юрайт, 2019. 306 с.

В-третьих, особенностью ценных бумаг является следование права из ценной бумаги за самой ценной бумагой, переходящее к новому владельцу без всевозможных пороков и претензий, коими, например, могут являться претензии должника к кредитору. Именно поэтому представляется ненадлежащим регулирование перехода прав по некоторым видам ценных бумаг путем цессии, характерной для так называемых «ректа-бумаг», особенностью которых является переход права на бумагу вслед за правом из бумаги.

Теперь же вернемся к более предметному рассмотрению складских свидетельств. Так, по мнению, Е.А. Суханова, складские свидетельства – это товарораспорядительные ценные бумаги, которые удостоверяют «как факт заключения договора хранения на товарном складе, так и право поклажедателя на получение товара при предъявлении складского документа»¹, с чем нельзя не согласиться. Однако также он отмечает: «складское свидетельство удостоверяет право собственности на товар, а залоговое свидетельство (варрант) – залоговое право на него». Такое толкование правовой природы двойного складского свидетельства представляется весьма противоречивым ввиду невозможности удостоверения ценной бумагой абсолютного права, что ранее отмечалось в настоящей работе. И если складское свидетельство удостоверяет право собственности, то ценной бумагой оно являться не может. В связи с этим возникает закономерный промежуточный вывод: если ценная бумага не может удостоверить право собственности, то и складское свидетельство, будучи ценной бумагой, наличие права собственности у формально-легитимированного владельца по определению являть собой не может; однако если под другим углом рассмотреть складское свидетельство, принимая во внимание, что оно действительно может удостоверить право собственности, то каково существо его правовой природы. Конструктивное смешение доктринального и законодательного понимания таких категорий как «товарораспорядительные ценные бумаги» и «товарораспорядительные документы» постольку, поскольку первые не могут удостоверить право собственности, а последние для этого и предназначены, представляется недопустимым, так как создает неправильное восприятие правовой природы складских свидетельств, что в последующем создает ряд неточностей и пробелов их законодательного регулирования. Для преодоления неопределенности и ответа на один из ключевых вопросов настоящей работы следует обратиться к трем основным теориям товарораспорядительных документов.

Первая – абсолютная, вторая и третья – строго относительная и умеренно относительная соответственно. Суть абсолютной заключается в том, что бумага символизирует собой определенную вещь. Концептуально данная теория характеризуется В.А. Беловым следующим образом: «С передачей права собственности на документ передается право собственности и на представляемый товар». Причем даже в случае передачи самого товара право собственности на него перейдет лишь в момент передачи права собственности на такую бумагу. Строго относительная теория заключается в ином: бумага заменяет собой товар – она удостоверяет право требования владельца такой бумаги, но не само право собственности на товар. Товарораспорядительная бумага при данном подходе рассматривается как инструмент посредственного владения. Третья рассматривает товарораспорядительную ценную бумагу как инструмент непосредственного и посредственного владения, а также осуществления права требования выдачи товара с учетом того, что в случае приобретения товара лицом по общегражданской сделке оно становится собственником и приобретает виндикационное право требования к держателю вещи (отличительная черта от строго относительного – там приобретает обязательственное право требования передачи вещи в собственность). И если третья теория представляется относимой к ГК РСФСР 1922 года, где купля-продажа была «французская» одноуровневая, то первая и вторая – в разной степени нашли отражение в отечественном законодательстве.

Представлялось разумным считать, что отечественный правопорядок придерживается строго относительной теории, а продажа складского свидетельства знаменует не продажу самой вещи, а уступку права требования к хранителю вещи о ее передаче. При такой модели стороны заключали бы договор купли-продажи, а приложение к нему складского свидетельства означало бы выбранный сторонами особый способ исполнения: вручение вещи осуществлялось бы хранителем в пользу покупателя вещи (формально-легитимированного ценной бумагой лица), что знаменовало бы опосредованную передачу вещи продавцом (поклажедателем) покупателю с помощью хранителя вещи.

Однако отечественный правопорядок тяготеет к иной модели – абсолютной. Так, п. 1 ст. 914 гласит: «Держатель складского и залогового свидетельств имеет право распоряжения хранящимся на складе товаром в полном объеме»,

¹ Гражданское право : учебник : в 4 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: Статут, 2020.

что означает отсутствие выбытия из собственности поклажедателя переданной на хранение вещи и установление некоего символического воплощения переданной на хранение вещи поклажедателем в форме простого или двойного складского свидетельства. На это указывает и п. 3 ст. 224: «К передаче вещи приравнивается передача коносамента или иного товарораспорядительного документа на нее», из чего следует, что продажа складского свидетельства и его последующая передача заменяют собой продажу и последующий переход права собственности на вещь, символизируемую таким простым или двойным складским свидетельством, темпорально совпадают.

Таким образом, отечественное гражданское право придерживается абсолютной теории товарораспорядительных документов, из чего следует наличие у владельца простого и двойного складских свидетельств абсолютного права, права собственности, на вещь, символизируемую такой бумагой, что не свойственно ценным бумагам в цивилистическом их понимании. Этим обусловлена недопустимость отнесения складских свидетельств к ценным бумагам.

Гилев К. Е.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

К некоторым вопросам приобретения права собственности на самовольную постройку

Правовая природа режима самовольной постройки носит специфический характер: такой объект материального мира не доступен к обороту, хотя по фактическим признакам является недвижимостью. Неопределенность и нецелесообразность такого положения, когда потенциальному собственнику самовольной постройки запрещено отправлять правомочия собственника в её отношении, предполагает два варианта выхода из сложившейся ситуации: снос самовольной постройки или признание на неё права собственности в установленном законом порядке. Последнее в большей степени отвечает природе гражданского права и принципу экономической целесообразности. Наиболее очевидным способом признания считается признание права собственности через правоустановительное решение суда, являющееся классическим способом для разрешения такой ситуации, однако судебная практика, положения самой статьи 222 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) и её тесное соседство с иными статьями, связанными с возникновением права собственности, дают повод и пищу для размышления о трудностях и возможной вариативности механизмов приобретения права собственности на самовольную постройку.

Абз. 1 п. 3 ст. 222 ГК РФ указывает на возможность судебного признания права собственности на самострой, однако эта же норма устанавливает и «иной» способ. В литературе его часто называют «административный», что обусловлено органом, на который на практике осуществляет признание права собственности на постройку – местная администрация (орган местного самоуправления). Данный способ, как отмечается специалистами, не пользуется популярностью, и на то есть веская причина – неопределенность процедуры. На данный момент отсутствует даже приблизительное понимание того, как такой «иной» способ должен быть осуществлен, однако до недавнего времени рядом исследователей отмечалось, что такой способ закреплен в ст. 25.3 Федерального закона от 21.07.1997 № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», ныне утратившем силу. Положения об ином порядке в п. 3 ст. 222 ГК РФ и данная статья были добавлены в соответствующие акты практически одновременно, что добавляет убежденности в суждении, что это и был искомый иной порядок. Хотя у данной позиции есть бесспорные контраргументы. Во-первых, порядок, указанный в законе, не носит универсальный характер: он предусмотрен прежде всего для индивидуального жилищного строительства, поэтому в народе введение данной статьи в действие и последующая практика реализации её положений получила название «дачной амнистии». Во-вторых, отсутствие безоговорочного характера такого признания: на регистрирующий орган не возложена обязанность проверять законность возведения постройки. То есть право собственности регистрируется, а признаки самовольности могут остаться. Разумно предположить, что при наличии при наличии впоследствии проявившихся признаков самовольности такой объект может быть признан самовольной постройкой со всеми вытекающими. Как было указано ранее, данный закон утратил силу, и в настоящий момент отсутствует какой бы то ни было подобный ему порядок.

Именно по вышеназванным причинам в настоящее время суды при упоминании иного порядка признания права собственности на самострой используют следующие обороты: «не представляется возможным» (Решение № 2-1634/2020 2-1634/2020-М-392/2020 М-392/2020 от 27 июля 2020 г. по делу № 2-1634/2020), «в ином порядке он не может признать право собственности» (Решение № 2-500/2020 2-500/2020-М-478/2020 М-478/2020 от 27 июля 2020 г. по делу № 2-500/2020). А иногда даже так: «административный порядок легализации самовольного строения не предусмотрен» (Решение № 02084/2020 2-2690/2020 2-2690/2020-02084/2020 от 30 июля 2020 г. по делу № 02084/2020). Таким образом, в настоящий момент приходится наблюдать ситуацию «ложной бланкетности», когда законодатель предусмотрел возможность существования иного механизма признания права собственности на самострой, но не предусмотрел механизм его реализации.

Отдельно стоит вопрос о возможности приобретения права собственности на спорный объект, используя механизм ст. 234 ГК. С известной долей категоричности можно утверждать, что приобретение права собственности на самовольную постройку по приобретательной давности невозможно, по меньшей мере, по двум причинам. Во-первых, право собственности на объект *usucapio* (самовольную постройку) приобретается не сам по себе в силу факта времени, но и в силу факта регистрации (п. 1 ст. 234 ГК). Это слабое место такого подхода к получению права собственности, так как известно, что режим самовольной постройки обусловлен пороками строения и расположения, и даже по истечении 15 лет владения «самостроем» у регистрирующего право собственности органа возникнут вопросы, например, при отсутствии разрешения на строительство, акта ввода объекта в эксплуатацию. Во-вторых, такое владение нельзя признать добросовестным в том смысле, в котором его обозначает п. 15 ПП ВС РФ № 10, Пленума ВАС РФ № 22 от 29.04.2010 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» и дублирует Постановление КС РФ от 26.11.2020 № 48-П «По делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 234 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина В.В. Волкова»: давностное владение является добросовестным, если лицо, получая владение, не знало и не должно было знать об отсутствии основания возникновения у него права собственности. Как справедливо указывает Конституционный суд в вышеназванном Постановлении, «столь длительное владение вещью, право на которую отсутствует, предполагает, что давностный владелец способен знать об отсутствии у него такого права, особенно в отношении недвижимого имущества, возникновение права на которое, по общему правилу, требует формального основания и регистрации в публичном реестре».

Однако когда-то суды считали иначе. Так, в п. 12 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 09.12.2010 № 143 суд апелляционной инстанции пришел к выводу о возможности использования механизма приобретательной давности к самовольной постройке. Правда, в обзореваемом из практики деле имелось только формальное основание для признания самостроем (отсутствовало административное разрешение на строительство постройки), а прочие условия легализации объекта отвечали всем законодательным требованиям (имелось право на земельный участок, постройка не создавала угрозу жизни и здоровью третьих лиц и др.).

Как известно, самовольной постройкой нельзя пользоваться (п. 2 ст. 222 ГК РФ), однако здесь не идет речи о запрете владения, которое является важным элементом *usucapio*. Это в очередной раз подтверждает допустимость использования такого способа возникновения права собственности на объект самовольного строительства, но в достаточно ограниченных случаях.

В целом, суды достаточно четко разграничивают основания возникновения права собственности по основаниям, предусмотренным статьями 222 и 234 ГК РФ. Например, судья по Делу № 2-313/2020 указал, что «приобретательная давность не может распространяться на случаи, когда в качестве объекта владения и пользования выступает самовольно возведенное строение». Это доминантная позиция в современной судебной практике.

Что до производных способов приобретения права собственности на самовольную постройку, то они все разом нивелируются законодательным запретом распоряжаться самостроем (п. 2 ст. 222 ГК РФ). Здесь же сказано и о недопустимости совершения сделки, объектом которой может выступать самовольная постройка, что отвечает максиме *peto plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*. Даже если речь идет и не о распоряжении, и не о сделке, права на такую постройку не приобретаются. Например, при наследовании по закону самовольная постройка не включается в наследственную массу (п. 27 ПП ВС РФ № 10, Пленума ВАС РФ № 22 от 29.04.2010 «О некоторых

вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав»). Наследники, которым переходит права на земельный участок, могут предъявить иск с требованиями о признании права собственности на самовольную постройку и включении её в наследственную массу, однако это не будет считаться производным способом возникновения права собственности уже потому, что в состав наследства входят только те вещи, которые принадлежали наследодателю на момент его смерти.

Обобщая всё вышесказанное, можно утверждать, что, во-первых, способ возникновения права собственности на самовольную постройку в судебном или административном порядке, установленный п. 3 ст. 222 ГК РФ, как правило, является самостоятельным. Если же лицо, которое намерено обратиться в суд, уверено в добросовестности своего владения (и соблюдении прочих условий приобретательной давности), а самовольная постройка является таковой исключительно в силу формальных оснований (отсутствие разрешения на строительство, акта ввода объекта в эксплуатацию, если попытка их получить имела место), правообладатель земельного участка имеет шансы на удовлетворение его требований судом. Во-вторых, законодательное регулирование иного способа возникновения права собственности на самовольную постройку неидеально: необходимо либо развить бланкетную норму п. 3 ст. 222 ГК, либо её исключить, чтобы избежать неопределенности в практике. В-третьих, в силу природы производных способов возникновения права собственности они неприменимы к самовольной постройке в любом случае.

Гоменок А. Ю.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Риски покупателя при приобретении ранее приватизированного жилья

Рынок жилой недвижимости богат количеством предложений. По данным исследования риелторской компании «Инком-Недвижимость», спрос на покупку вторичного жилья в Москве превышает количество продаваемых единиц в три раза¹. Заключение такого договора купли-продажи может содержать в себе большой перечень рисков для нового собственника, поэтому требует проведения грамотного исследования во избежание возможных недоразумений в будущем. Одной из опасностей является возможность наличия прав третьих лиц на жилое помещение при приобретении ранее приватизированного жилья. В связи с этим представляется актуальным определение основных препятствий, которые могут ограничить новому собственнику возможность полноценно реализовать свои права в отношении приобретенной собственности.

Согласно п. 1 ст. 558 ГК РФ, указание лиц, имеющих право пользования жилым помещением после его приобретения покупателем является существенным условием договора купли-продажи недвижимости. Судебная практика исходит из того, что отсутствие такового в договоре не является основанием для признания его незаключенным, однако возможно применение последствий признания договора недействительным.

Неисполнение продавцом обязанности по перечислению лиц, наделенных вещными ограниченными правами может свидетельствовать, в случае наличия умысла, об обмане покупателя, проявляющемся в намеренном умолчании об обстоятельствах, о которых лицо должно было сообщить при той добросовестности, какая от него требовалась по условиям оборота. Вследствие этого суд, на основании п. 2 ст. 167 ГК РФ, сможет принудить стороны возратить друг другу все полученное по сделке. При этом, покупатель может столкнуться с рядом трудностей по поиску продавца и процессу передачи денежных средств, что также ставит под угрозу его материальное положение. Поэтому при заключении договора купли-продажи ему в обязательном порядке стоит удостовериться в отсутствии права проживания иных лиц в продаваемой недвижимости.

Закон РФ от 4 июля 1991 г. № 1541-1 «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации» закрепляет, что правом приватизации обладают граждане, занимающие жилые помещения в домах государственного или

¹ На массовом вторичном рынке жилья Москвы спрос в три раза превышает предложение // Союз содействия развитию рынка недвижимости «ИНКОМ-НЕДВИЖИМОСТЬ» [сайт]. URL: <https://www.incom.ru/novosti-i-analitika/novosti-rynka/namassovom-vtorichnom-rynke-zhilya-moskvy-spros-v-tri-raza-prevyshaet-predlozhenie/> (дата обращения: 18.02.2021).

муниципального жилищного фонда по договору социального найма¹. Осуществление приватизации возможно при наличии согласия всех имеющих право на приватизацию данного жилого помещения граждан². Участие в ней доступно лицам, обладающих правом пользования жилым помещением, т.е. нанимателю, членам его семьи (супругу(е), детям, родителям, иным родственникам и нетрудоспособным иждивенцам, вселенным в качестве члена семьи, независимо от наличия регистрации лица по месту жительства)³.

Отсутствие должным образом зарегистрированного согласия или отказа от приватизации может служить поводом к признанию её недействительной и возвращению имущества публичному собственнику. При этом, судебная практика исходит из необходимости получения согласия лиц, хотя и не проживающих в занимаемом помещении, но зарегистрированных в нем и не утративших право пользования им⁴. В связи с этим, покупатель должен удостовериться в соблюдении порядка приватизации.

Особого внимания заслуживает категория бывших членов семьи. В силу п. 4 ст. 31 ЖК РФ прекращение семейных отношений ведет к утрате права пользования приватизированным имуществом. Данное обстоятельство свидетельствует об отсутствии необходимости получения согласия от этих граждан. Но если у бывшего члена семьи нет оснований или возможностей приобретения или проживания в ином жилом помещении, то право пользования недвижимостью по договору социального найма может быть сохранено, а наниматель будет обязан обеспечить это. Исключением из правила по п. 4 ст. 31 ЖК РФ является сохранение за бывшим членом семьи права бессрочного пользования жилым помещением, который имел равные права пользования этим помещением с лицом, его приватизировавшим, в момент перехода недвижимости в собственность⁵. Это значит, что в случае приобретения жилого помещения, данное лицо будет иметь возможность законно осуществлять ограниченное вещное право. При этом установление перечня таких лиц, в случае неуказания их продавцом, может быть проблематичным.

В случае, когда бывший член семьи остается проживать в помещении после прекращения семейных отношений, он также по-прежнему может участвовать в приватизации, давать согласие на ее осуществление⁶. Дальнейшая продажа помещения, приватизированного с нарушением такого порядка, ведет к признанию приватизации недействительной, а также возвращению полученного имущества в государственную или муниципальную собственность. В этом кроется опасность для покупателя, который будет обязан вернуть приобретенную недвижимость, при этом не гарантировав себе реальную возможность возврата уплаченных средств. По мнению Е.А. Останиной, покупатель заинтересован именно в

¹ Закон РФ от 4 июля 1991 г. «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации», ст. 1 // СПС «КонсультантПлюс». URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_100/0b4f1305f8dd9fded8ee1eaf9008904a0758cbd6/ (дата обращения: 18.02.2021)

² Закон РФ от 4 июля 1991 г. «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации», ст. 2 // СПС «КонсультантПлюс». URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_100/b6b3ad6cfd02e6fab52356db00a28d96b2cb9e8/ (дата обращения: 19.02.2021)

³ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 02.07.2009 № 14 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при применении Жилищного кодекса Российской Федерации»(п. 11) // СПС «КонсультантПлюс». URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_89120/06a45105b085227b81de9c834ba85af51bf67976/#dst100036 (дата обращения: 19.02.2021)

⁴ Обзор судебной практики Верховного Суда РФ «Некоторые вопросы судебной практики по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации»(п. 5), 2002, № 5 // СПС «КонсультантПлюс». URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ARB&n=15873#07762763459558382> (дата обращения: 22.02.2021)

⁵⁸ Федеральный закон от 29 декабря 2004 г. № 189-ФЗ «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации», ст. 19 // СПС «КонсультантПлюс». URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_51061/3f30b673efce96c7eae8e3d78c44ad34994ffa3c/ (дата обращения: 07.03.2021)

⁶ Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 № 188-ФЗ п. 4 ст. 69 // СПС «КонсультантПлюс». URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_51057/f60d2a617f415cbdddef9aa150179980474d4a61f/ (дата обращения: 22.02.2021)

жилом помещении, освобожденном от прав третьих лиц, поэтому проблема права пользования имуществом может быть решена только на законодательном уровне¹.

Несовершеннолетние, проживающие вместе с нанимателем, также вправе участвовать в приватизации жилого помещения. Закон устанавливает необходимость получения согласия всех имеющих право на приватизацию жилого помещения совершеннолетних лиц и несовершеннолетних в возрасте от 14 до 18 лет². Верховный Суд РФ определил, что в случае наличия у несовершеннолетнего права пользования жилым помещением наряду с нанимателем, но отсутствие его в перечне собственников полученной, недвижимости сохраняет за ним право на бессрочное пользование таким имуществом³. Иными словами, если ребенок будет лишен возможности реализовать свое право на приватизацию, то есть отказ от приватизации не будет оформлен в установленном порядке, его интересы будут защищаться именно таким способом, а это создает угрозу нарушения прав для нового собственника. владельцу.

Отказ от приватизации, в том числе данный бывшими членами семьи, не утратившими право пользоваться нанимаемой собственностью, закрепляет за гражданами право пожизненного проживания в жилом помещении. Закон не устанавливает обязанность продавца приватизированного имущества оповестить приобретателя обо всех лицах, отказавшихся от приватизации, поэтому каналы информации в этой области ограничены. Ввиду наличия различных обстоятельств, таких как отсутствие актуальных данных и т.п., новый владелец недвижимости может не получить сведений о притязаниях третьих лиц на имущество. М.О. Гурьев предлагает дополнить ч. 2 ст. 7 Закона «О приватизации жилищного фонда Российской Федерации» обязанностью указать в договоре купли-продажи жилого помещения перечень лиц, сохраняющих особый правовой статус при прекращении с собственником семейных отношений⁴.

Примечательным в рассмотрении прав лиц, купивших приватизированное имущество, является Постановление ЕСПЧ «Гладышева против России»⁵. К последнему собственнику квартиры С.М. Гладышевой предъявил иск Департамент жилищной политики и жилищного фонда г. Москвы о vindикации имущества в связи с недействительностью брака и отсутствием права на приватизацию супруги приватизировавшего нанимателя. Суд указал, что ни заявительница, ни иное третье лицо – покупатель квартиры, не должны были оценивать риск прекращения права собственности, т.к. для этих целей предусмотрено действие муниципальной процедуры в рамках контрольного механизма. Поэтому права добросовестного приобретателя, у которого отсутствовала реальная необходимость и возможность удостоверения законности осуществления приватизации прежним собственником, были защищены.

Таким образом, можно сделать вывод о необходимости снижения рисков покупателей недвижимости. Закрепление обязанности перечисления в ЕГРН всех лиц, которые были зарегистрированы и проживали в продаваемом помещении. Существующий механизм отображения данной информации в домовых книгах не совершенен в силу их возможной изнашиваемости и особенностей формата. Электронное закрепление поможет избежать многочисленных споров и пресечь практикуемые в данной области злоупотребления.

¹ Останина Е. А. Спорные вопросы приобретения ограниченных вещных прав на жилые помещения / Вестник Челябинского государственного университета. 2009. № 36 (174). С. 46.

² Закон РФ от 04.07.1991 № 1541-1 «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации», ст. 2 // СПС «КонсультантПлюс», URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_100/b6b3ad6cfd02e6fab52356db00a28d96b2cb9e8/ (дата обращения: 23.02.2021)

³ Определение Верховного Суда РФ от 25.06.2013 № 5-КГ13-52 // «Договор-Юрист. Ру». URL: https://dogovor-urist.ru/судебная_практика/дело/5-кг13-52 (дата обращения: 23.02.2021)

⁴ Гурьев М. О. Правовой статус лиц, отказавшихся от приватизации жилого помещения // Сибирское юридическое обозрение. 2019. Т. 16. № 3 С. 305.

⁵ Постановление Европейского Суда по правам человека от 6 декабря 2011 г. Дело «Гладышева против России» [Gladysheva v. Russia] (жалоба № 7097/10) (I Секция) // СПС «Гарант». URL: <http://base.garant.ru/70189544/> (дата обращения: 23.02.2021)

Горохова Е. С.

*Смоленский филиал Саратовской государственной юридической академии,
студент*

Правовая природа вторичных прав

Вторичные права являются предметом достаточно острых дискуссий в науке гражданского права на протяжении длительного времени. Причем сам факт существования вторичных прав является основой для бурных обсуждений. Если же признается наличие таких прав в сфере гражданско-правового оборота, то вызывает споры правовая природа такого рода прав.

Прежде всего, определим, что в цивилистической науке принято понимать под вторичными правами. В целом, представляется возможным определить вторичное право как возможность одного из субъектов гражданского оборота своими односторонними действиями изменить либо прекратить существующее правовое отношение¹. При этом такая возможность должна быть установлена либо законом, либо соглашением сторон.

Вторичное право представляет собой модель юридически возможного поведения, претворение в жизнь которого, иными словами, – реализация, является юридическим фактом.

Таким образом, представляется важным выделить два важных признака в определении вторичного права:

- вторичное право выступает моделью юридически дозволенного поведения одного субъекта;
- претворение в жизнь данной модели является либо юридическим фактом, либо же фактическим составом, то есть совокупностью юридических фактов, влекущих появление правоотношений или вторичных прав.

Приведем также некоторые примеры, которые демонстрируют конструкцию вторичных прав.

Так, вторичными правами являются право на односторонний отказ или изменение условий обязательства (статья 310 ГК РФ), право на прощение долга (статья 415 ГК РФ), право на выход из состава участников ООО (пункт 1 статьи 94 ГК РФ), право на зачет встречных однородных требований (статья 410 ГК РФ), право отказаться от встречного исполнения или приостановить его (статья 328 ГК РФ), право направить оферту (статьи 421 и 435 ГК РФ), право завещать свое имущество и право изменить либо отменить ранее составленное завещание (статьи 1119 и 1130 ГК РФ), право на принятие наследства (статья 1152 ГК РФ). Конечно, данным перечнем весь объем вторичных прав не исчерпывается, а отражает лишь наиболее яркие примеры анализируемой нами конструкции.

Важно отметить принципиальное отличие конструкции вторичного права от модели правоотношения. В последнем случае речь идет о модели поведения двух сторон правоотношения, двух субъектов, реализующих взаимные юридические права и обязанности. Вторичное право, в свою очередь, является выражением конструкции поведения лишь одного субъекта, то есть только одной из сторон правового отношения. В этом смысле можно сказать, что содержательно модель вторичного права охватывает меньше аспектов, чем модель правоотношения, юридическим содержанием которого выступает определенный набор субъективных прав и обязанностей субъектов данного правоотношения. Сказанное позволяет также сделать вывод, что вторичное право можно сравнивать с субъективным правом, а не только с общей моделью правоотношения, достаточно хорошо разработанной как в теории права, так и в рамках отраслевых юридических наук.

Правоотношение предполагает особую юридическую связь двух субъектов, поведение которых взаимно обусловлено: у одной стороны имеется субъективное право, у другой – коррелирующая данному праву обязанность. Таким образом, право и обязанность являются, образно выражаясь, «двумя сторонами одной медали», поскольку реализация субъективного права невозможна без выполнения соответствующей обязанности. Если же говорить о вторичном праве, то здесь иная ситуация: оно претворяется в жизнь посредством действий только одного субъекта, вследствие чего правовые последствия наступают независимо от действий какого-либо иного лица.

В качестве примера представленной модели можно привести имеющееся у субъекта право на расторжение договора в одностороннем порядке, которое реализуется с помощью односторонних действий. Претворение в жизнь

¹ Бычков А. Вторичные права // ЭЖ-Юрист. 2017. № 31.

такого права влечет за собой прекращение договорного обязательства. Обозначенная конструкция в принципе никак не связана с поведением обязанного лица.

В исследованиях А.Б. Бабаева отражена мысль, что вторичные права существуют в рамках так называемых относительных правоотношений, в которых вторичному праву противопоставляется такое явление, как претерпевание, связанное с «пассивным субъектом». Данный «пассивный субъект» должен считаться с поведением другого строго определенного субъекта относительного правоотношения. При этом А.Б. Бабаев не определяет претерпевание как разновидность юридической обязанности, напротив, проводя между ними различие. Однако четкого определения претерпевания с точки зрения правовых норм исследователь не приводит¹.

Представляется, что необходимо провести различие между двумя моделями пассивного поведения: претерпевания и воздержания от совершения какого-либо действия для того, чтобы принять предложение А.Б. Бабаева о противопоставлении обязанности претерпевания, вытекающей из относительных правоотношений и вторичного права. Однако отличие двух данных типов пассивного поведения лежит лишь в сфере психолого-психических процессов, которые не имеют в данном случае юридико-квалифицирующего значения. В силу этого, считаем невозможным принять точку зрения А.Б. Бабаева относительно правовой природы анализируемых вторичных прав, заключающейся, по мнению исследователя, в связи с относительными правоотношениями и противопоставлении пассивной обязанности что-либо претерпевать.

Со связанностью ситуация похожа. Таким образом, В.С. Ем, рассуждая о вторичном праве акцептовать оферту, показывает, что обязанность оферента не отзываться оферту в течение определенного периода, установленного для ее акцепта, противопоставляется праву на акцепт². Необходимо отметить, что даже, если было получено уведомление об отмене направленной оферты контракт будет считаться заключенным. Из этого можно сделать вывод, что вторичное право не противопоставляется обязанности, а потому оно может существовать и вне рамок правоотношений. В обозначенном факте состоит, по нашему мнению, ключевое отличие между рассматриваемыми вторичными правами и субъективными правами.

Из отсутствия коррелирующей правовой обязанности также вытекает невозможность защитить вторичное право при помощи так называемого исполнительного иска, предполагающего принуждение обязанного лица к исполнению соответствующей обязанности. Раз нет обязанного субъекта, то логично, что и привлечь его нельзя.

В современном российском праве эта проблема в основном обсуждается в контексте науки гражданского процессуального права. Дискуссия относительно взаимоотношений права требования и субъективного материального права представлена следующими существующими в науке точками зрения. Первый подход состоит в проведении различия между правом на иск и правом на защиту в рамках субъективного права.

Иная позиция состоит в том, чтобы признавать право на иск самостоятельным и независимым, имеющим собственное содержание, предмет и момент возникновения. Если уточнить, то такое право возникает в момент нарушения имеющихся субъективных прав, а содержанием данного права является обращенное к суду требование защиты.

Таким образом, субъективное право не включает право требования, при этом вторичное право его также не содержит. Невозможно защитить вторичное право с помощью требования о возмещении ущерба, потому что нет никаких обязательств об обратном, но его можно защитить с помощью иска о признании или же с помощью так называемых преобразовательных исков.

Претворение в жизнь вторичного права может зависеть от создания (изменения, прекращения) вторичного права или правовых отношений вместе, в любой комбинации, а не только по отдельности. Предполагается, что поставка товаров для исполнения обязательственного контракта является подлинным контрактом, заключенным продавцом посредством предложения товаров и согласия получателя. Реализация вторичного права акципента на принятие вещи одновременно подразумевает создание его абсолютного права собственности и обязанности традента передать вещь.

¹ Бабаев А. Б. Проблемы вторичных прав в российской цивилистике : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 32.

² Ем В.С. Категория обязанности в советском гражданском праве (вопросы теории) : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1981.

Наиболее распространенным и в силу этого наиболее изученным и известным результатом реализации вторичного права является односторонняя сделка. По нашему мнению, в настоящее время одним из основных негативных моментов в рассматриваемой сфере является тот факт, что проблематика вторичных прав рассматривается исключительно в призме гражданского права учеными-цивилистами. Такое положение вещей, как представляется, приводит к совершенно необоснованному сужению сферы действия и реализации вторичных прав. При этом вторичное право может являться образцом поведения в рамках разнообразных сфер социальной жизни, имеющих отношение как к частному, так и к публичному праву.

Таким образом, в рамках настоящей статьи были рассмотрены вопросы, связанные с правовой природой, сущностью вторичных прав, широкой сферой их существования и претворения в жизнь.

Гупанова П. А.

*Оренбургский институт (филиал)
Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Выдел доли несовершеннолетнему при покупке недвижимости с использованием средств материнского (семейного) капитала

Ст. 38 Конституции РФ¹ гласит, что семья, материнство и детство находится под защитой государства, т.е. Российская Федерация обязуется укреплять этот важнейший общественный институт. Укрепление института семьи реализуется посредством государственной социальной помощи, которая может отличаться по формам (денежная, натуральная, услуги, льготы) и получателям (дети, многодетные семьи, беременные женщины, сироты и дети, оставшиеся без попечения родителей).

Одной из ключевых мер, призванной поддержать молодые семьи с 2006 года стала программа материнского (семейного) капитала. В 2020 году были внесены изменения в Федеральный закон от 29.12.2006 № 256-ФЗ «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей»², согласно которым право на получение материнского капитала возникает с момента рождения (усыновления) первого ребенка с 1 января 2020 года. Был увеличен размер материнского капитала, который составляет 466 617 рублей в случае рождения (усыновления) первого ребенка начиная с 1 января 2020 года; 616 617 рублей в случае рождения (усыновления) второго.

Материнский (семейный) капитал представляет собой средства федерального бюджета, которые передаются в бюджет Пенсионного фонда Российской Федерации на реализацию дополнительных мер государственной поддержки.

Данные средства могут быть использованы только в ограниченных законом целях, одной из таких целей является улучшение жилищных условий. Перечень целей использования средств материнского капитала является закрытым.

В соответствии с заявлением о распоряжении средствами материнского капитала на улучшение жилищных условий могут направляться: 1) на приобретение (строительство) жилого помещения, осуществляемое гражданами посредством совершения любых не противоречащих закону сделок и участия в обязательствах; 2) на строительство, реконструкцию объекта индивидуального жилищного строительства, осуществляемые гражданами без привлечения организации, осуществляющей строительство (реконструкцию) объекта индивидуального жилищного строительства.

¹ «Конституция Российской Федерации» (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28399/ (дата обращения: 06.02.2021)

² Федеральный закон от 29.12.2006 № 256-ФЗ (ред. от 22.12.2020) «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей» // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_64872/ (дата обращения: 06.02.2021)

Таким образом, законодатель, предусматривая определенные цели, по которым могут быть направлены средства материнского капитала, исключает возможность обналичивания данных средств, которое является уголовно-наказуемым деянием согласно статье 159.2 УК РФ как мошенничество при получении выплат¹.

Помимо установления целевого назначения материнского капитала законом и иными нормативными правовыми актами устанавливается порядок получения и распоряжения средствами материнского капитала.

Лицо, имеющее право на получение материнского капитала должен обратиться с заявлением о выдаче сертификата и необходимыми документами в орган Пенсионного фонда РФ. После получения сертификата для дальнейшего распоряжения денежными средствами необходимо обратиться в территориальный орган Пенсионного фонда РФ по месту жительства с заявлением о распоряжении средствами (частью средств) материнского (семейного) капитала. Заявление подается в любое время по истечении 3 лет со дня рождения (усыновления) ребенка, в связи с рождением (усыновлением) которого возникло право на дополнительные меры государственной поддержки. Перечень документов необходимых при подачи заявления установлены Правительством РФ² и Министерством труда и социальной защиты РФ³.

Важно понимать, что наличные денежные средства не выдаются на руки владельцам сертификатов.

Законодатель закрепляет обязанность оформлять жилое помещение, приобретенное на средства материнского капитала в общую собственность лица, получившего сертификат, его супруга (супруги), детей (в том числе первого, второго, третьего ребенка и последующих детей) с определением размера долей по соглашению. Дальнейшее регулирование вопроса определения долей законодательством не установлено. Государство не устанавливает каких-либо рекомендаций о размерах долей, даже самых минимальных и указывает на добровольные начала выделения долей.

На практике суды сталкиваются со спорами по разделу имущества, приобретенное на средства материнского капитала, в котором доли несовершеннолетних либо не определены совсем, либо определены некорректно.

Показательным в этом плане является Обзор судебной практики Верховного Суда РФ по спорам, связанным с определением долей в праве собственности на жилое помещение, приобретенное (построенное, реконструированное) с использованием средств материнского (семейного) капитала⁴. Верховный Суд РФ устанавливает, что объект недвижимости, который приобретен с использованием средств материнского капитала находится в общей долевой собственности супругов и детей. Данное положение указывает на необходимость выделения долей не только непосредственно ребенку, чей материнский капитал был использован, но и иным членам семьи, а именно супругу и остальным детям.

Выделением долей в праве собственности на недвижимость, приобретенной на средства материнского капитала должен заниматься владелец сертификата. Им как правило, является женщина, родившая ребенка.

Поскольку средства материнского капитала имеют целевое назначение, постольку они не могут признаваться совместно нажитым имуществом, а дети должны признаваться участниками долевой собственности.

При этом необходимо уточнить, что доли в праве собственности на жилое помещение, приобретенное с использованием средств материнского (семейного) капитала, определяются исходя из равенства долей родителей и

¹ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 30.12.2020) // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_10699/ (дата обращения: 06.02.2021)

² Постановление Правительства РФ от 12.12.2007 № 862 (ред. от 19.10.2020) «О Правилах направления средств (части средств) материнского (семейного) капитала на улучшение жилищных условий» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2021) // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_73468/ (дата обращения: 06.02.2021)

³ Приказ Минтруда России от 24.03.2020 № 149н «Об утверждении Правил подачи заявления о распоряжении средствами (частью средств) материнского (семейного) капитала и перечня документов, необходимых для реализации права распоряжения средствами материнского (семейного) капитала» (Зарегистрировано в Минюсте России 19.05.2020 № 58379) // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_352931/ (дата обращения: 06.02.2021)

⁴ «Обзор судебной практики по делам, связанным с реализацией права на материнский (семейный) капитал» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 22.06.2016) // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_200154/ (дата обращения: 7.02.2021)

детей на средства материнского (семейного) капитала, а не на все средства, за счет которых было приобретено жилое помещение. А в случае если помещение было приобретено исключительно на средства материнского капитала, то тогда доли родителей и детей являются равными.

Так, в Ташлинский районный суд Оренбургской области с иском о прекращении права собственности А. на незавершенный строительством жилой дом и признании права собственности А., его супруги З. и их двоих детей на жилой дом, построенный на средства материнского (семейного) капитала по 1/4 доли каждому обратился прокурор¹.

А. и З. состояли в зарегистрированном браке, в этот период у них родилось двое детей.

А. заключил договор микрозайма для улучшения жилищных условий путем строительства жилого дома. Для этих целей З. обратилась в Управление Пенсионного фонда РФ с заявлением о распоряжении средствами материнского капитала.

При этом А. подписал нотариально удостоверенное обязательство оформить жилой дом, построенный с использованием средств материнского (семейного) капитала, в общую собственность всех членов его семьи: жены З. И двоих детей с определением размера долей по соглашению в течение 6 месяцев после ввода объекта индивидуального жилищного строительства (жилого помещения) в эксплуатацию.

А. представил заявление, в котором выразил согласие с иском прокурора частично, просил определить ему в собственность 2/5 доли жилого дома, так как при заключении брака у него в собственности находился земельный участок и незавершенный строительством жилой дом, что подтверждается свидетельством на право собственности на земельный участок и незавершенный строительством жилой дом.

Суд доводы ответчика признал не состоятельными, поскольку как следует из буквального толкования взятых А. обязательств, ответчик взял на себя обязательства по оформлению спорного жилого дома в общую собственность всех членов семьи, что соответственно предполагает оформление права собственности за каждым членом семьи в равных долях. Кроме того, ответчиком не представлено достаточно, доказательств, что его доля в общей собственности превышает долю З. и двоих детей и составляет 2/5. Требования о назначении судебной экспертизы не заявлялось.

Таким образом, суд удовлетворил исковые требования прокурора и обязал А. оформить жилой дом в общую долевую собственность с долей каждого в размере 1/4.

Подводя итог всему вышесказанному, можно сделать следующие выводы:

1. Законодатель устанавливает обязанность выделения долей несовершеннолетним при покупке земельного участка, недвижимости с использованием средств материнского капитала;
2. Выделение долей должно происходить на добровольных началах соглашением о выделении долей либо указанием о долях в договоре купли-продажи, при этом минимальные и максимальные размеры законом не установлены;
3. Доли выделяются исходя из равенства долей родителей и детей на средства материнского (семейного) капитала.

Звонков И. Б.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Сальдирование встречных обязательств как альтернатива зачету

Сальдирование встречных обязательств является относительно новой правовой конструкцией, позволяющей прекратить существующие обязательства без взаимных претензий сторон.

В чем же заключается правовая природа сальдирования взаимных обязательств? Появление такого способа прекращения обязательств связано с деятельностью Верховного Суда Российской Федерации (далее – ВС РФ), который

¹ Материалы судебной практики URL: <https://sudact.ru/regular/doc/uXligT72o9xQ/> (дата обращения: 6.02.2021).

в своих Определениях от 29.01.2018 № 304-ЭС17-14946¹ и от 12.03.2018 № 305-ЭС17-17564² указал, что встречные требования, имеющиеся у сторон могут быть прекращены, не используя зачет, через сальдирование, то есть автоматическим прекращением обязательств (установлением конечной обязанности одной из сторон) без оказания стороне какого-либо предпочтения.

Такой способ прекращения обязательств имеет особую актуальность именно при процедуре банкротства, так как согласно абз. 6 п. 1 ст. 63 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – Закон о банкротстве)³ запрещает зачет встречных однородных требований после возбуждения дела о банкротстве. Более того, такой зачет может быть оспорен как сделка с предпочтением.

Верховный Суд, учитывая баланс интересов сторон, при котором не нарушаются права кредиторов и позволяет прекращать обязательство без предпочтения в отношении конкретного кредитора, вывел такую конструкцию.

Исходя из проанализированной судебной практики, допускается сальдирование встречных обязательств и отграничивается такой способ прекращения обязательств от зачета по следующим критериям:

1. Обязательства сторон возникли либо из единого договора, либо из нескольких взаимосвязанных и взаимообусловленных договоров.
2. Соглашение направлено не на создание новых обязательств, а прекращение уже возникших.
3. Отсутствие предпочтения в отношении конкретного кредитора.
4. Обязательства возникли преимущественно в сфере договора подряда или договора лизинга (финансовой аренды).

Поподробнее остановимся на каждом критерии для применения именно сальдирования, а не зачета:

1. Обязательства сторон возникли либо из единого договора, либо из нескольких взаимосвязанных и взаимообусловленных договоров.

Применение сальдо возможно в случае, если воля сторон и сами обязательства происходят из одного договора, когда стороны обязуются выполнить в отношении друг друга равноценные или близкие по ценности обязательства. Например, в договоре подряда имеется обязательство подрядчика выполнить определенные работы, но также есть обязательство заказчика поставить необходимые материалы для их выполнения в рамках этого договора подряда⁴.

Однако ситуация сальдирования возможна не только в рамках одного договора, но и существующего комплекса хозяйственных отношений, когда между сторонами заключено несколько взаимосвязанных договоров, которые опосредуют друг друга.

Такую позицию занял Верховный Суд РФ⁵, которую развили нижестоящие суды, сталкиваясь с подобными ситуациями. Суды при квалификации прекращения обязательств сторон использовали не буквальное толкование сальдирования, а телеологический метод, рассматривая саму суть сложившихся отношений сторон. Например, АС МО в своем постановлении⁶ указал, что в намерение сторон входило «увязать все обязательства в единое обязательственное отношение» и посчитал правомерным применить сальдо при взаимных обязательствах из договора субаренды вагонов и встречное обязательство по их ремонту. Аналогичного вывода придерживался и Арбитражный суд Восточно-Сибирского округа⁷ квалифицируя как сальдирование обязательств из договора подряда и договора поставки, где одна

¹ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 29.01.2018 № 304-ЭС17-14946 по делу № А46-6454/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

² Определение Верховного Суда Российской Федерации от 12.03.2018 № 305-ЭС17-17564 по делу № А40-67546/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 29.01.2018 № 304-ЭС17-14946 по делу № А46-6454/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 01.04.2018 № 309-ЭС19-2176 по делу № А07-23482/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 03.12.2019 по делу № А40-230298/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

⁷ Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 15.10.2020 по делу № А75-11594/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

сторона приняла на себя обязательство по поставке материалов, конструкций и оборудывания, а противоположная сторона приняла обязательство по выполнению строительства месторождений.

2. Соглашение направлено не на создание новых обязательств, а прекращение уже возникших.

Сальдирование встречных обязательств возможно либо когда стороны изначально зафиксировали в своем соглашении момент сальдирования, либо когда такое сальдирование вытекает из природы таких обязательств и связано с исполнением основных договоров.

Стороны не должны намеренно создавать новые обязательства, специально заключая новые договоры или подстраивая под сальдирование существующие обязательства из других договоров между друг другом, которые не являются составной частью хозяйственно-экономического комплекса существующих отношений с единой направленностью. Например, никак нельзя признать сальдирование из договора займа и договора подряда, если воля сторон изначально не была направлена на единый объект. В противном случае это будет являться зачетом.

3. Отсутствие предпочтения в отношении конкретного кредитора.

Такой критерий является одним из ключевых отличий сальдо от зачета. Ведь при сальдо стороны уже в рамках либо одного договора, либо цепочки договоров прекращают практически равноценные обязательства перед друг другом.

При зачете ситуация обратная, стороны не преследуют единую цель договорных отношений, а по своему усмотрению выбирают наиболее предпочтительного контрагента, с которым можно прекратить отношения в ущерб другим.

Более того, зачетом могут причиняться вред кредиторам, когда по своему усмотрению они прекращают зачастую неравноценные обязательства, игнорируя иные свои обязательства, возможно, более важные в цепочке удовлетворения кредиторов.

При сальдо эта ситуация практически невозможна, потому что стороны либо заранее закрепили такое положения в договоре, либо оно вытекает из сути их отношений.

4. Обязательства возникли преимущественно в сфере договора подряда или договора лизинга (финансовой аренды).

Изначально Верховный Суд РФ применял сальдирование именно к договору подряда и нижестоящие суды, используя казуистический подход, применяли сальдирование только к этому виду договора. Но согласно сложившейся судебной практике на сегодняшний день можно с уверенностью сказать, что сальдирование присутствует в иных видах договоров:

— договор поставки (Определение ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 305-ЭС19-18890 по делу № А40-99919/2017)

— договор аренды (Постановление Арбитражного суда Московского округа от 3 декабря 2019 г. по делу № А40-230298/2017)

— договор лизинга (Определение ВС РФ от 14 апреля 2017 г. № 307-ЭС17-2625, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 27 марта 2019 г. по делу № А40-226056/2016)

— договор оказания услуг по подаче тепловой электроэнергии (Определение ВС РФ от 15.10.2020 № 302-ЭС20-1275 по делу № А19-12341/2018)

Суды понимают сальдирование не буквально, а используют телеологический подход, исходя из правовой природы и цели сальдирования, которая охватывает различные обязательства, а не только договор подряда.

Таким образом, подводя итог вышесказанному, сальдирование встречных обязательств представляет собой прекращение встречных обязательств сторон, вытекающих из единого договора или цепочки договоров с единой хозяйственной целью, направленное на прекращение уже возникших обязательств, а не создание новых, с отсутствием предпочтения определенному кредитору.

Что касается перспектив такого способа прекращения обязательств, можно сказать, что такой способ не может в силу своей правовой природы причинить вред какому-либо кредиторам и направлен на установление баланса интересов сторон. Более того, учитывая складывающуюся судебно-арбитражную практику, можно с уверенностью сказать, что такой способ прекращения обязательств получает все большее распространение в различных договорных

конструкциях. Однако суды нередко квалифицируют сальдо как зачет, не изучая глубоко правовую природу явления или же недобросовестные кредиторы пытаются подменить зачет сальдирование.

Актуальность вопроса соотношения сальдирования и зачета сложно переоценить, но я уверен, что судебная практика выработает точный и единообразный подход в квалификации сложившихся правовых отношениях в ближайшем будущем.

Ибраимова У. И.

*Крымский юридический институт (филиал) Университета прокуратуры РФ,
студент*

Институт медиации: современное состояние и перспективы развития

Ibi semper est victoria, ubi concordia est (где согласие, там всегда и победа)¹.

Мы живем в потрясающее время, когда любую проблему или спор можно решить цивилизованно, мирным путем, договоренностью. Всегда ли так было? Испокон веков человечество задавалось множеством вопросов, касающихся методов и способов разрешения конфликтов, возникающих в общественных отношениях. Порой незначительная мелочь была способна породить вражду и ненависть между целыми народами. Должно ли так быть?

Живя в XXI веке в социуме, стремящемся к тенденции гуманизации всех сфер общественной жизни, важно помнить о существовании не только своих прав, но и о правах другого, рядом идущего с тобой человека. По этой причине крайне необходимо уметь идти на компромисс ради общего блага, достигая некоего консенсуса.

Сегодня мы обладаем бесконечными возможностями по урегулированию разногласий и конфликтов, при которых не будет нанесен вред ни физическому, ни психоэмоциональному здоровью сторонам, участникам спора. Одна из главных таких возможностей – это использование медиации. Этимология этого понятия происходит от английского языка и переводится как посредничество. Вероятно, это обусловлено тем, что применение медиативных процедур больше распространено в англосаксонской правовой системе. Следовательно, медиация представляет собой внесудебный способ разрешения конфликтов при содействии независимого посредника, основанный на добровольном согласии сторон на достижение взаимоприемлемого и взаимовыгодного решения.

Международная практика свидетельствует о том, что введение данного института способствует упрощению процедуры урегулирования правовых споров, позволяет более детально изучить проблемную ситуацию и причины ее возникновения, а также удовлетворить требования каждой из сторон конфликта, к тому же, уменьшает финансово-экономические затраты государства.

Медиация значительно отличается от судебного процесса, хотя бы по той причине, что основывается в первую очередь на анализе интересов всех участников медиативной процедуры. Это значит, что медиатор самостоятельно определяет тот необходимый объем знаний как из юриспруденции, так и из социологии, психологии и технических достижений, который поспособствует принятию сторонами самостоятельного согласия по предмету конфликта.

Применение медиативных технологий при рассмотрении споров, имеющих экономический характер, призвано оказывать содействие развитию партнерских деловых связей, а также формированию этики делового оборота.

В семейно-правовых спорах участие медиатора часто остается недооцененным. Статистика гражданского судопроизводства Российской Федерации зафиксировала в 2019 году более 333 тысяч рассмотренных судами дел о расторжении брака супругов, имеющих детей². Это свидетельствует о загруженности судебной системы. Несоразмерно большое количество исков зачастую приводит к нарушению сроков судебного разбирательства, его затягиванию и бюрократизации, что несет определенные негативные последствия. Судебные тяжбы оказывают серьезное влияние на эмоционально-психическое состояние сторон правового спора, в частности несовершеннолетних. В связи с этим, участие медиатора в подобных ситуациях особо значимо и актуально, поскольку родителями будет достигнуто законное

¹ Публилий Сир – афоризмы, цитаты, высказывания. URL: <https://aforisimo.ru/autor/Публилий+Сир/>.

² Гражданское судопроизводство. Показатели по отдельным категориям дел. Официальный сайт – Судебная статистика РФ URL: <http://stat.xn----7sbqk8achja.xn--p1ai/stats/gr/t/22/s/0>.

и конструктивное соглашение, посему в меньшей степени будет подвергнуто риску здоровье ребёнка и сторон правого спора.

Таким образом, медиация – это одно из ведущих направлений современного государственного строительства. Стоит отметить, во многих зарубежных странах процедура медиации получила широкое применение еще в начале 2000-х годов.

В Российской Федерации данный институт по-прежнему находится лишь в состоянии становления, несмотря на тот факт, что сама процедура получила свое закрепление еще в 2010 году в федеральном законе «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (далее – федеральный закон № 193)¹. Это объясняется несколькими факторами, главный из которых – простое отсутствие информированности населения о таком существующем внесудебном методе урегулирования конфликтов. Так, исследованием, проведенным в формате социологического опроса в апреле – мае 2016 года, выявлено, что основная часть респондентов впервые встретились с понятием «медиация», что подтверждает низкий уровень информированности граждан о данной процедуре².

Граждане России в вопросе защиты нарушенных прав, свобод и интересов отдают приоритет традиционной судебной форме. По этой причине введение нового института не вызывает доверия и воспринимается достаточно остро.

Также не является совершенным российское законодательство, регулирующее данную область правоотношений, значительно отстающее от современных реалий. Например, отсутствие конкретных требований к кандидатуре медиатора в действующем федеральном законе создает определенные трудности в подготовке и обучении медиаторов.

Важным аспектом выступает также нежелание сторон конфликта нести дополнительное финансовое бремя при решении споров, поскольку на данный момент стоимость услуг по привлечению профессиональных медиаторов достаточно высока. Для решения всех вышеназванных существующих на сегодняшний день проблем, связанных с использованием института медиации, достаточно выполнить несколько важных шагов.

Во-первых, необходимо обеспечить достойную нормативно-правовую базу, следовательно, усовершенствовать уже существующий, либо принять новый закон, который в полной мере регламентировал бы институт медиации в Российской Федерации, устанавливал правовой статус медиатора, определял основные требования к его кандидатуре и не вызывал дополнительных вопросов. Помимо этого, предлагается внедрение медиативных процедур в исполнительное производство в качестве дополнительной возможности для урегулирования разногласий.

Во-вторых, важно распространить среди населения идею разрешения конфликтов в досудебном порядке с участием независимого посредника. Для реализации этой задумки недостаточно размещения рекламных баннеров и донесения информации через СМИ, необходимо создание таких условий, при которых обращение к процедуре медиации будет наиболее выгодным, чем обращение в судебные инстанции. Следует ввести частную и государственную медиацию, а также определить категорию дел, использование процедуры медиации в которых будет обязательной.

Помимо этого, предлагается установить возможность совмещения адвокатами профессиональной деятельности с работой медиатора, конечно, при соблюдении некоторых ограничений во избежание конфликта интересов. Ведь именно адвокаты обладают такими важнейшими качествами для медиатора, как коммуникабельность и умение выстраивать диалог.

Важно стремиться к такому уровню правовой культуры населения, при котором каждый гражданин благодаря медиатору сможет самостоятельно найти взаимовыгодное решение с конфликтующей стороной, достичь консенсуса.

Учитывая тенденции развития права, информатизации всех сфер общественной жизни, предоставить гражданам возможность дистанционного проведения медиации с помощью информационных технологий, что особенно важно в это непростое для населения время, сложившееся вследствие распространения коронавирусной инфекции.

¹ Федеральный закон «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» от 27.07.2010 № 193-ФЗ (последняя редакция) // СПС «КонсультантПлюс».

² Безвербная Нарине Арамовна, Чхартишвили Давид Автандилович Анализ информированности населения Ростовской области о медиации (по материалам социологического исследования) // Гуманитарий Юга России. 2017. № 3. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/analiz-informirovannosti-naseleniya-rostovskoy-oblasti-o-mediatsii-po-materialam-sotsiologicheskogo-issledovaniya> (дата обращения: 25.02.2021).

Таким образом, введение процедуры медиации на законодательном уровне недостаточно для введения ее автоматически в жизнь современного общества России. Для полной реализации поставленных целей значимо понимание важности применения медиативных процедур. Создание целостного института медиации способствует гармонизации общественных отношений, качественно повысит уровень развития социальной и экономической сфер общественной жизни, а также обеспечит значительный прогресс в области государственного строительства.

Козлова А. С.

*Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики», студент*

Обязанность поручителя при прекращении процедуры банкротства физического лица

Человек чувствует свой долг лишь в
случае, если он свободен.

Анри Бергсон

Конвенциональной точки зрения относительно вопроса, является ли приведенный в статье 367 ГК РФ¹ перечень оснований прекращения поручительства исчерпывающим, в настоящий момент нет: на уровне высших судов последовательно проводится позиция об открытости списка², однако, нижестоящие суды и ряд исследователей категорично говорят, что перечень оснований для прекращения поручительства является исчерпывающим³. Наибольшее количество дискуссионных вопросов возникает вокруг такого основания, как банкротство. В настоящей работе центральным является вопрос: что происходит с поручительством при прекращении производства по делу о банкротстве в отношении должника-физического лица?

В отношении физического лица завершение процедуры банкротства возможно в двух вариантах: со списанием долгов и без списания долгов. При рассмотрении второго варианта всё кажется очевидным: за должником в силу недобросовестности (либо в случаях, предусмотренных законом) сохраняется обязанность продолжать исполнять требования кредиторов и после вынесения арбитражным судом определения о завершении реализации имущества гражданина. Соответственно, в этом случае отношения по поручительству в части обязанности поручителя не должны трансформироваться. При предъявлении кредитором требования к поручителю, поручитель обязан исполнить это требование, после чего к поручителю в порядке суброгации переходят все права кредитора по первоначальному обязательству. Фактически данный подход подтверждает суброгационную природу поручительства, поскольку обязательство, исполняемое поручителем, сохраняется для должника в связи с неприменением правил освобождения от долгов⁴. Аналогичная позиция многократно встречается в судебной практике⁵.

Сложности возникают при рассмотрении первого варианта – завершения процедуры банкротства с освобождением должника от обязательств. Дело в том, что в отличие от банкротства юридического лица, где основной целью является всё-таки пропорциональное удовлетворение требований кредитора, и речи о восстановлении

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 08.12.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.12.2020 № 45 «О некоторых вопросах разрешения споров о поручительстве» // Российская газета. 15.01.2021. № 6. П.28.

³ Например, Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 06.09.2016 № Ф01-3404/2016 по делу № А38-6864/2015, Апелляционное определение Московского городского суда от 12.07.2016 по делу № 33-26896/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Бевзенко Р. С. Обеспечение обязательств (залог, поручительство, гарантия) : сборник публикаций. М., 2015.

⁵ Например, Апелляционное определение Новосибирского областного суда от 27.06.2017 по делу № 33-6060/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

платежеспособности не идет¹, поскольку по общему правилу юридическое лицо ликвидируется при завершении процедуры банкротства. В банкротстве же физического лица в один ряд с пропорциональным удовлетворением требований ставится цель восстановления платежеспособности должника. Соответственно, в том случае, когда происходит завершение процедуры банкротства физического лица с указанием на применение правил освобождения от долгов, презюмируется полное восстановление платежеспособности гражданина. В таком случае в экономическом плане для гражданина «жизнь начинается с чистого лица», а все существующие требования, независимо от того, включались они в реестр требований кредиторов или нет, считаются погашенными². Резонно возникает вопрос: должен ли поручитель после освобождения основного должника от всех долгов при предъявлении к нему требования погасить задолженность либо же завершением процедуры банкротства в таком порядке обязанность поручителя прекратится в связи с невозможностью предъявления последующего требования к основному должнику в порядке суброгации?

В рассматриваемом случае следует выделить несколько аспектов: во-первых, списание долгов является интенцией в отношении должника и служит целям восстановления платежеспособности должника, соответственно, не должно затрагивать правоотношения между поручителем и кредитором. Во-вторых, (хотя, вероятно, именно это является первоочередным): по договору поручительства у поручителя возникает собственная обязанность, которая не тождественна обязанности должника³. Заключая договор поручительства, поручитель принимает на себя все риски, связанные с тем, что обязательство не будет исполнено основным должником, в том числе в связи с банкротством должника. Поскольку риски добровольно приняты поручителем, то они должны лежать на поручителе и после прекращения процедуры банкротства со списанием долгов в отношении основного должника. Указанное исходит из того, отношения между кредитором и поручителем характеризуются принципом абстрактности и не зависят от отношений между должником и поручителем⁴.

Однако тут же возникает проблема, заключающаяся в суброгационной природе поручительства. Представим ситуацию: поручителем после завершения дела о банкротстве исполнена обязанность должника, соответственно, в силу прямого указания закона в порядке суброгации к нему переходят все права и обязанности кредитора по первоначальному договору⁵. Как результат, у поручителя возникает право требовать исполнения от должника. Но при суброгации нового обязательства не возникло (произошла перемена лиц в обязательстве), а от исполнения всех прежних должник освобожден при завершении процедуры банкротства. При такой модели нивелировался бы сам институт освобождения от обязательств по завершении банкротства, а цель восстановления платежеспособности гражданина не была бы достигнута.

Аналогичная позиция высказывалась Верховным Судом РФ в Определении от 09.07.2019 № 46-КГ19-14. Фабула дела такова: в 2014 году между А. и банком заключен кредитный договор со сроком возврата денежных средств до 20 октября 2017 г. Данное обязательство обеспечивалось поручителем В. Основным должником А. обязательство исполнено не было, в декабре 2015 года в отношении А. введена процедура банкротства. Определением Арбитражного суда от 3 февраля 2017 г. процедура реализации имущества должника А. завершена с применением правил о списании долгов. Однако 1 февраля 2017 года банк направил поручителю В. претензию с требованием о досрочном исполнении обязательства, исковое заявление было подано 6 февраля 2017 года. Верховный Суд РФ при пересмотре данного дела пришел к выводу, что А. перестала надлежащим образом исполнять обязательство еще в октябре 2015 года,

¹ Согласно статистике, опубликованной судебным департаментом ВС РФ, за 2020 год из 12 339 рассмотренных дел процедура банкротства завершена восстановлением платежеспособности должника лишь в 14 делах, процедура финансового оздоровления вводилась лишь в 11 делах.. URL: <https://pravo.ru/news/226818/>.

² Исключения предусмотрены в ч. 6 статьи 213.28 Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СПС «КонсультантПлюс».

³ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / отв. ред. А. Г. Карапетов. М. : М-Логос, 2017. С. 439–440.

⁴ Съеф Ван Эрп. Поручительство и принцип акцессорности: личное обеспечение в свете принципа европейского вещного права // Вестник гражданского права. 2012. № 5. С. 28.

⁵ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 08.12.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

соответственно именно с этого момента начинает течь годичный срок на предъявление требования к поручителю¹. Поэтому на момент подачи искового заявления к поручителю В., во-первых, истек пресекательный срок для предъявления требований к поручителю, во-вторых, (что более важно в рассматриваемом контексте) – требования кредиторов, не удовлетворенные в ходе процедуры реализации имущества, в том числе и требования, не заявленные кредиторами в процедурах банкротства, признаются погашенными, а должник после завершения расчетов с кредиторами освобождается от их дальнейшего исполнения. Таким образом, основное обязательство прекращается при завершении процедуры банкротства с освобождением гражданина от обязательств. При этом определение арбитражного суда о завершении процедуры банкротства подлежит немедленному исполнению (ч. 2 статьи 52 Закона о банкротстве), то есть последствия в виде применения правил о списании с А. долгов и прекращения неисполненных обязательств наступают немедленно с даты принятия определения арбитражного суда о завершении процедуры банкротства гражданина. Следовательно, и поручительство, являясь акцессорным способом обеспечения исполнения обязательства, в данном случае подлежит прекращению².

Таким образом, следует констатировать разницу в правовых последствиях между завершением процедуры банкротства гражданина с освобождением от дальнейшего исполнения обязательств – в этом случае с момента вынесения судом определения требования кредитора как к должнику, так и к поручителю прекращаются. В случае же завершения процедуры банкротства без применения правил об освобождении от обязательств – обязательства и к поручителю, и к должнику сохраняются в полном объеме. Вероятно, такой подход может подвергаться критике, поскольку является «пропоручительским» и не в полной мере обеспечивает интересы кредитора. Однако в целом данная позиция отражает тенденцию законодательного регулирования отношений поручительства: институт поручительства сопровождается защитными нормами по отношению к поручителю (право на возражения против кредитора, пресекательные сроки и прочее). Приемлемое решение в пользу интересов кредитора в данном случае возможно путем выбора иного способа обеспечения, например, кумулятивного перевода долга, который, выполняя те же функции³, напротив, развивает прокредиторскую модель обеспечения⁴.

Коннова Е. А.

*Оренбургский институт (филиал)
Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

К вопросу о проблемах реализации уступки права аренды земельного участка, приобретенного на торгах

На данный момент в собственности государственных ведомств, субъектов РФ и муниципальных образований числится большое количество стратегически важных для развития бизнеса участков земли. Учитывая тот факт, что государство не может обеспечивать эффективное использование их всех, а отчуждение перспективно не выгодно, довольно закономерным является решение о сдаче в аренду таких участков. Аренда земель позволяет развивать новые бизнес-направления, наращивать объемы экономики, привлекать сторонние инвестиции и в целом использовать данные участки вместо того, чтобы они просто числились за государственными образованиями. Фактически государство

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 08.12.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

² Определение Верховного Суда РФ от 09.07.2019 № 46-КГ19-14.. URL: http://vsrf.ru/stor_pdf.php?id=1789908. Дата запроса: 22.02.2020

³ Дорохов А. И. Соотношение кумулятивного принятия долга и поручительства // Опыты цивилистического исследования : сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. А. М. Ширвиндт, Н. Б. Щербаков. Вып. 2. М. : Статут, 2018. С. 102–105.

⁴ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 № 54 «О некоторых вопросах применения положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации о перемене лиц в обязательстве на основании сделки» // СПС «КонсультантПлюс».

делегирует свои полномочия по благоустройству и эффективному использованию земель арендаторам. Эффективность достигается посредством личной заинтересованности арендующих лиц.

В 2015 году вступил в силу Федеральный закон от 23.06.2014 № 171-ФЗ «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹.

Изменение, которое будет затронуто в данной статье касается способов передачи земельных участков, находящихся в государственной и муниципальной собственности. Появилась возможность заключения договора аренды земельного участка без проведения процедуры торгов (п. 2 ст. 39.6 ЗК² РФ). Здесь следует указать, что в таком случае порядок определения размера арендной платы за земельные участки определяется Правительством, органом государственной власти субъектов или органом местного самоуправления. Фактически предоставление земельного участка в таком порядке можно назвать льготным, устанавливается размер арендной платы, который не может быть выше размера земельного налога, рассчитанного в отношении такого земельного участка, однако и перечень лиц, имеющих право на такую форму заключения договора ограничен законом.

Для всех остальных субъектов права основным способом заключения договора аренды земельного участка являются торги, порядок проведения которых регламентирован статьями 39.11 и 39.12 ЗК РФ.

Договор аренды земельных участков, заключается на определенный срок и если ограничить сферу его применения бизнесом, то можно сделать вывод о целесообразности заключения подобных договоров на длительные сроки. В таком случае стороны идут на закономерный риск, который может возникнуть ввиду изменения воли одной из сторон, чаще всего арендатора. Он может утратить платежеспособность, найти более выгодный для целей своей деятельности участок, не иметь возможность осуществлять первоначально запланированную деятельность. Наиболее разумным решением в данной ситуации будет уступка права аренды.

Данный переход возможен в том случае, если их оборот допускается нормативными правовыми актами. Обращаясь к ст. 22 ЗК РФ, мы видим, что передача прав и обязанностей по договору аренды третьему лицу разрешена в том случае, если иное не установлено федеральными законами. При этом следует указать, что ГК РФ³ в части договоров, заключенных посредством торгов, устанавливает обязанность победителя торгов осуществлять свои обязательства лично (в п. 7 ст. 448 ГК РФ). Действие данных положений имеет место в том случае, если иное не установлено законом, и, если, в соответствии с законом, заключение договора возможно только путем проведения торгов.

Соответственно мы имеем две противоречащие друг другу нормы. ГК РФ и ЗК РФ ссылаются на запрет применения своих норм в случаях, установления иного в федеральном законодательстве. Фактически они взаимно исключают друг друга, что приводит к юридической коллизии. Поскольку ЗК РФ по отношению к ГК РФ является специализированным кодифицированным актом, то будет правильным следуя принципам толкования, применять нормы земельного законодательства. Подобную точку зрения отражает в своих письмах Минэкономразвития России от 17.09.2015 № Д23и-4569⁴ и 24.04.2017 № ОГ-Д23-4755⁵, в котором указывает на необходимость применения положений ст. 22 ЗК РФ.

Судебная практика идет по пути предпочтения общей нормы п. 7 ст. 448 ГК РФ, в ее основе лежит практика Верховного Суда Российской Федерации, а именно Определение Верховного Суда Российской Федерации от 05.08.2019 № 308-ЭС19-11702 по делу № А32-25143/2018 указывает на личный характер выполнения обязательства,

¹ Федеральный закон от 23.06.2014 № 171-ФЗ «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 26. Ст. 3377.

² Земельный кодекс Российской Федерации от 25.10.2001 № 136–ФЗ (ред. от 27.12.2019, с изм. от 05.03.2020) // СЗ РФ. 2001. № 44. Ст. 4147.

³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ (ред. от 30.12.2020) (с изм. и доп., вступ. в силу с 10.01.2021) // СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410.

⁴ Письмо Минэкономразвития России от 17.09.2015 № Д23и-4569 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс» (дата обращения: 05.03.2021).

⁵ Письмо Минэкономразвития России от 24.04.2017 № ОГ-Д23-4755 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс» (дата обращения: 05.03.2021).

полученного на торгах, однако уже следующим предложением указывается «если иное не установлено законом», в рассматриваемом Верховным судом делом стороны заключили договор один из пунктов которого содержит запрет для арендатора на передачу земельного участка в субаренду, залог и осуществление переуступки прав третьим лицам. Безусловно законодатель ссылается в своей позиции на норму ГК РФ, однако данное дело разрешается условиями договора, а не обращением к законодательству. Учитывая ту часть определения, где раскрывается позиция ВС РФ на уступку прав, можно сказать, что фактически в случае отсутствия вышеназванного условия договора, вопрос судом мог бы решаться в пользу преимущества норм ЗК РФ. Отсутствие четкой позиции по данному вопросу приводит к тому, что правоприменитель чаще всего ориентируется на положения Верховного Суда РФ ссылаясь на часть определения, которая во многом сама по себе не решала исход дела.

В данном случае наиболее верным будет принятие акта толкования судебной практики, где будет изложена четкая позиция по вопросу применения двух законодательных кодифицированных актов. Этот вопрос весьма актуален поскольку, если мы посмотрим на ситуацию более широко, то увидим, что фактически п. 2 ст. 3 ГК РФ закрепляет, что нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать нормам гражданского кодекса, в то время как п. 3 ст. 3 ЗК РФ устанавливает приоритет земельного законодательства, в случаях, предусмотренных кодексом, фактически получается, что в рассматриваемом нами случае мы имеем правовую коллизию.

При анализе судебной практики с 2016 по 2020 год можно сделать вывод, что основным фактором, влияющим на решение судьи, был способ заключения договора аренды: с проведением торгов или без таковых. Не учитывалась специфика и целевое назначение договора, а обоснование производилось только путем отсылки к ст. 3 ГК РФ и ст. 448 ГК РФ. Подавляющее большинство решений выносились в пользу запрета переуступки, хотя в последнее время данная тенденция претерпела изменения. Например, решение Арбитражного суда Челябинской области от 27.12.2017 по делу № А76-32123/2017¹, где указано, что с учетом положений п. 2 ст. 607 ГК РФ и п. 3 ст. 3 ЗК РФ, из содержания п. 5 ст. 22 ЗК РФ прямо следует возможность арендатора передавать свои права и обязанности по договору аренды и требования п. 7 ст. 448 ГК РФ не подлежат применению. Приведенный пример примечателен тем, что судья аргументирует свое решение ссылаясь на тот факт, что само гражданское законодательство допускает применение норм специализированного законодательства по отношению к ГК РФ. Поэтому мы можем говорить о соответствии данного решения принципам законности и обоснованности.

Вполне закономерно будет внести изменение в п. 7 ст. 448 ГК РФ, для последующей возможности переуступки права аренды третьим лицам. Обязательства по такому договору должны быть исполнены победителем торгов лично, если иное не установлено законом. Одновременно будет верным ввести в ЗК РФ норму, содержащую правило о возможности переуступки права аренды земельного участка, заключенного путем проведения торгов, в случае стратегической важности его использования в целях, предусмотренных изначальным договором.

В заключение, интересным представляется формулировка законодателя в п. 7 ст. 448 ГК РФ «за исключением требований по денежному обязательству», договор аренды возмездный, он предполагает установление ренты, которая позволяет отнести его к денежному обязательству, такой же точки зрения придерживаются правоведы². Кроме того, необходимо сказать о том, что земельные участки, находящиеся в федеральной или муниципальной собственности, для целей бизнеса передаются чаще всего при наличии экономически и социально значимых целей, в таком случае арендодателю выгодно дальнейшее использование участка в соответствии с его предназначением. Таким образом, мы приходим к выводу, что арендодатель заинтересован в исполнении обязательства в значительной мере, а «личное исполнение» отходит на второй план. Если мы будем применять п. 2 ст. 391 ГК РФ, то обезопасим кредитора (арендодателя) от рисков, связанных с возможными недостаточно корректными кандидатурами для переуступки права аренды. Внесение изменений поможет правоприменителям наиболее стратегически выгодно для политики государства, разрешать гражданско-правовые споры, а также в перспективе позволит привлечь большее количество инвесторов для развития бизнес-направлений, связанных с непосредственным использованием земель.

¹ Решение от 27 декабря 2017 г. по делу № А76-32123/2017 // Судебные и нормативные акты в РФ <https://sudact.ru/arbitral/doc/YkVMyoNJAzo8/> (дата обращения: 05.03.2021).

² Латыев А. Н. Уступка прав по договору, заключенному на торгах. Комментарий к определению судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 20.04.2017 № 307-ЭС16-19959 // Вестник экономического правосудия. 2017. № 6. С. 6.

Красильникова Д. В.
*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
магистрант*

Животные как особый объект гражданских прав

В последние годы отношение людей к животным меняется: владельцы более ответственно подходят к уходу за животным; запрещаются контактные зоопарки; случаи жестокого обращения с животными, которые становятся широко известными, вызывают резонанс в обществе; развиваются общественные организации по защите животных; многие компании становятся лояльнее к хозяевам с животными – количество «dog friendly» заведений растет; транспортные компании вносят изменения в правила перевозки животных в пользу питомцев. Например, с 15 февраля 2021 года рейсами компании S7 Airlines теперь можно перевозить до пяти животных в салоне самолета, тогда как ранее было не более двух животных¹. Правила железнодорожных перевозок также меняются. В 2019 году «Федеральная пассажирская компания» расширила перечень видов животных, разрешенных к перевозке в поездах дальнего следования без сопровождения владельцев, в частности теперь железнодорожным транспортом можно перевозить енотов, лягушек и ящериц². Вслед за общественным отношением меняется и правовое регулирование. Российский законодатель уделяет большое внимание вопросу отношения к животным. В ст. 114 Конституции Российской Федерации внесены изменения: к полномочиям Правительства Российской Федерации теперь относится формирование ответственного отношения к животным.

В законодательстве Российской Федерации дано легальное определение понятия «животное» – это существо, которое может испытывать эмоции и физические страдания³. Но единого правового регулирования не выработано. Это вызвано разнообразием видов живых организмов, которое не позволяет применять единый правовой режим. В 2018 году в Российской Федерации был принят федеральный закон «Об ответственном обращении с животными и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – Закон), в котором указаны следующие виды животных:

- дикие животные, которые содержатся или используются в условиях неволи, – дикие животные, изъятые из среды их обитания и их потомство;
- домашние животные – животные, находящиеся на содержании владельца – физического лица, под его надзором (временным или постоянным), а местом их содержания не являются зоопарки, цирки, дельфинарии и океанариумы⁴.

Также можно выделить третий вид животных – дикие животные, находящие в условиях естественной среды⁵. Данный вид животных не входит в понятие животного, используемого в Гражданском кодексе Российской Федерации и Законе. Дикие животные как объекты животного мира находятся в государственной собственности. Установление данной формы собственности способствует защите публичных интересов, таких как охрана животного мира и среды обитания животных. Но вряд ли можно говорить о том, что государство может реализовывать право собственности в гражданском-правовом смысле в полном объеме.

¹ URL: <https://www.s7.ru/news/S7-Airlines-uvelichila-chislo-razreshennykh-k-perevozke-v-salone-zhivotnykh/> (дата обращения: 21.02.2021).

² URL: <https://www.rzd.ru/ru/9284/page/3102?id=182226> (дата обращения: 06.03.2021).

³ Федеральный закон от 27.12.2018 № 498-ФЗ «Об ответственном обращении с животными и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 31.12.2018. № 53 (ч. I). Ст. 8424.

⁴ Федеральный закон от 27.12.2018 № 498-ФЗ «Об ответственном обращении с животными и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 31.12.2018. № 53 (ч. I). Ст. 8424.

⁵ Федеральный закон от 24.04.1995 № 52-ФЗ (ред. от 08.12.2020) «О животном мире» // СЗ РФ. 24.04.1995. № 17. Ст. 1462.

Какой правовой режим предусмотрен для животных в Гражданском кодексе Российской Федерации? В ст. 128 ГК РФ среди объектов гражданских прав отдельно не выделяется животное, однако в ст. 137 ГК РФ закреплено, что к животным применяются общие правила об имуществе, поскольку иное не предусмотрено законом или иными правовыми актами. Но в российском праве нет единого понятия имущества.

Ранее в литературе преобладала точка зрения о том, что животные – это одушевленные вещи¹. Тогда как в настоящее время животных принято относить к особым объектам гражданских прав².

Правовой режим животных в российском законодательстве сходен с правовым режимом животных в зарубежных странах. Так в Германском гражданском уложении в параграфе 90а закреплено, что животные не являются вещами, но к ним применяются правила, действующие в отношении вещей, если не установлено иное. Во Франции же установлено, что животные являются движимым имуществом³.

Вернемся к ст. 137 ГК РФ, в которой закреплено специальное ограничение осуществления гражданских прав в отношении животных – не допускается жестокое обращение с животными, противоречащее принципам гуманности.

Данное положение получило развитие в Федеральном законе «Об ответственном обращении с животными и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», которым накладываются дополнительные ограничения при осуществлении владельцами прав в отношении животных:

- владелец должен осуществлять необходимый уход за животным и своевременно оказывать животным ветеринарной помощи;
- при отказе от права собственности на животное или затруднительности его дальнейшего содержания владелец животного должен передать его другому лицу, в том числе в приют. При этом другое лицо должно иметь возможность обеспечить условия содержания такого животного;
- выгул домашних животных должен осуществляться при условии обязательного обеспечения безопасности как граждан, так и животных, сохранности имущества физических лиц и юридических лиц.

Также на особый статус животного указывает п. 2 ст. 231 Гражданского кодекса Российской Федерации, а именно то, что привязанность животного является условием его возврата прежнему владельцу. В сл

Законодательством Российской Федерации ограничены не только способы осуществления гражданских прав в отношении животных, но также виды животных, запрещенных к содержанию⁴, и цели их использования. Так запрещается использование домашних животных в предпринимательских целях, но установлены случаи, когда такое использование допускается:

- разведение и торговля животными в целях осуществления предпринимательской деятельности;
- использование животных в области культуры, спорта, организации досуга и развлечений, а также в сфере реабилитационных и социальных услуг⁵.

В заключение можно отметить, что законодателю следует учитывать тенденции трансформации отношения к животным в обществе – необходимо внести изменения в части правового режима животных как особого объекта гражданских прав, необходимо определить место животных среди объектов, а не только распространить на них правовой режим имущества, учитывая специфику животных как живых существ. Уточнение правового статуса животных необходимо как для реализации вещных прав в отношении животных, так и обязательственных, поможет учесть

¹ Захаров Д. Е. Животные как объекты гражданских прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2010. С. 8.

² Евсеев Е. Ф. О соотношении понятий «животное» и «вещь» в гражданском праве // Законодательство и экономика. 2009. № 2. С. 4–5.

³ Статья 528 Гражданского кодекса Франции (Кодекс Наполеона) = Code civil des Français (Code Napoléon) / пер. с фр. [Захватаева В. Н.] М. : Инфотропик Медиа, 2012. С. 195.

⁴ Постановление Правительства РФ от 22.06.2019 № 795 «Об утверждении перечня животных, запрещенных к содержанию» // СЗ РФ. 01.07.2019. № 26, ст. 3449.

⁵ Постановление Правительства РФ от 25.07.2019 № 961 «Об утверждении перечня случаев, при которых допускается использование домашних животных в предпринимательской деятельности» // СЗ РФ. 05.08.2019. № 31. Ст. 4630

специфику данного объекта гражданских прав при заключении и определении условий договоров, например, договора купли-продажи или договора перевозки (транспортировки) животных, возмещение вреда, причиненного животному в рамках деликтных обязательств. Также стоит изменить подход к определению домашнего животного. Российский законодатель делает акцент на месте и условиях содержания. Тогда как в Европейской конвенции по защите домашних животных 1992 года (не ратифицирована в России) дано определение домашнего животного, в котором учитывается цель, которую преследует владелец – дружеское общение и удовольствие. На взгляд автора, данный подход более точно отражает сущность домашнего животного и формирует отношение к питомцу.

Крючкова И. Е.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
магистрант*

Отдельные особенности гражданско-правового статуса государственной корпорации по атомной энергетике «Росатом»

Экономическое и технологическое положение Государственной корпорации «Росатом», как ведущего глобального хозяйствующего субъекта, являющегося лидером и локомотивом для развития других отраслей – бесспорно и не составляет дискуссии, вместе с тем, правовой статус данной организации однозначно не определен, доктринально не сводим, по нашему мнению, к какой-либо из уже существующих гражданско-правовых форм и представляет действительный научный интерес.

Правовое положение ГК «Росатом» регламентируется Федеральным законом от 01.12.2007 № 317-ФЗ «О Государственной корпорации по атомной энергии «Росатом», Федеральным законом от 12.01.1996 № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях», другими федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента и Правительства Российской Федерации, а также многочисленными локальными актами корпорации. Перечисленные акты закрепляют структуру, функции и полномочия Росатома, обуславливающие особенности правового статуса.

Интересующей особенностью рассматриваемого субъекта является то обстоятельство, что деятельность ГК «Росатом» носит как публичный, так и частноправовой характер. Анализ действующего законодательства позволяет выделить следующие публичные полномочия:

На основании Постановления Правительства РФ от 20.07.2013 № 612 «Об аккредитации в области использования атомной энергии» государственная корпорация «Росатом» проводит аккредитацию органов по сертификации и испытательных лабораторий.

Корпорация осуществляет выдачу письменных разрешений на перемещение ядерных материалов, ядерных установок через государственную границу РФ (Постановление Правительства РФ от 19.03.2001 № 204 «О государственном компетентном органе по ядерной и радиационной безопасности при перевозках ядерных материалов, радиоактивных веществ и изделий из них»).

Правительство РФ в Постановлении от 31.07.2017 № 911 «О лицензировании деятельности организаций по использованию ядерных материалов и радиоактивных веществ...» утвердило «Росатом» в качестве уполномоченного субъекта лицензирования деятельности организаций по использованию ядерных материалов и радиоактивных веществ.

В соответствии со ст. 10 Федерального закона № 317-ФЗ Госкорпорация выдает сертификаты-разрешения на транспортирование (перевозку) ядерных материалов, радиоактивных веществ и изделий из них.

Кроме того, Госкорпорации переданы властные полномочия в сфере нормотворчества (ст. 10, 20, 23 Закона). В соответствии с Постановлением Правительства РФ от 19.07.2007 № 456 «Об утверждении Правил физической защиты ядерных материалов...» корпорация разрабатывает и утверждает нормативные акты по вопросам в этой области.

Корпорация выступает в качестве государственного органа на международной арене – в Постановлении Правительства РФ от 03.06.2003 № 323 «Об утверждении межведомственного распределения обязанностей по обеспечению участия РФ в международных организациях системы ООН» «Росатом» выступает наравне с

государственными органами власти РФ. Документами, конкретизирующими формы, виды и порядок взаимодействия являются локальные нормативные акты организации¹.

Отмечая широкую компетенцию корпорации, следует справедливо отметить, что указанные полномочия в основном имеют своё действие на подведомственные корпорации организации, что позволяет говорить об ограниченности публичной власти корпорации входящими в её контур субъектами. Данное обстоятельство позволяет говорить о том, что рассматриваемая структура представляет скорее собой способ организации деятельности субъекта в гражданско-правовом обороте, чем государственные полномочия в отношении самостоятельных, независимых субъектов.

Посредством указания на перечисленные публичные функции многие делают вывод об определяющем государственном характере деятельности и фактическом существовании государственного органа власти. Однако стремление отнесения Госкорпорации к государственным органам², представляющее возвращение к прежней форме, вряд ли можно представить целесообразным, поскольку переход к новой организационно-правовой форме был обусловлен неэффективностью функционирования отрасли под управлением государственного органа.

Для разграничения с органами государственной власти подчеркнем, что основной задачей последних является осуществление публичных целей, совершение ими сделок в гражданско-правовой сфере ограничено лишь хозяйственно-бытовыми нуждами³, что нельзя сказать о Корпорации – она достигает свои цели именно посредством активного участия в гражданском обороте. Таким образом, приравнивание корпорации к органу государственной власти представляется ошибочным.

Кроме того, деятельность корпорации не ограничивается публичными функциями – «Росатом» и подведомственные ей организации являются активными субъектами хозяйственной деятельности и ежедневно вступают между собой и с иными субъектами в многочисленные договорные отношения, в которых предстают в качестве равного среди равных субъектов. Корпорация «Росатом» обладает признаками организационного единства, имущественной обособленности, самостоятельно несет имущественную ответственность по своим обязательствам, а также выступает в гражданском обороте и при разрешении споров в судах от собственного имени, что позволяет сделать вывод о соответствии корпорации всем признакам юридического лица⁴.

В целях правовой определенности, обеспечения стабильности гражданского оборота, требуется однозначно определить организационно-правовую форму, ведь последняя предопределяет поведение в гражданско-правовых отношениях.

Статья 50 ГК РФ закрепляет госкорпорацию в качестве самостоятельного вида организационно-правовой формы. Однако, учитывая, что в действительности госкорпорации не являются самостоятельными видами юридических лиц, поскольку этими категориями охватывается правовой статус организаций, совершенно разнородных по характеру осуществляемой ими деятельности и стоящих перед ними задач⁵ необходимо проведение корректной квалификации.

Действительно, в настоящее время определить корпорацию в чистом виде к признанным организационно-правовым формам невозможно, в связи с многоаспектностью осуществляемой ею деятельности. Научное сообщество

¹ Приказ от 18.11.2015 № 1/1096-П «Об утверждении Единого отраслевого порядка по взаимодействию ГК «Росатом» и её организаций с Международным агентством по атомной энергии», Приказ от 05.06.2012 № 1/487-П «Об утверждении Порядка взаимодействия при реализации программ международной технической помощи (содействия) и контроля за её целевым использованием в ГК Росатом».

² Так, например, в Концепции развития гражданского законодательства РФ указано, что по существу Госкорпорация выступает в качестве органа государственной власти.

³ «Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации» (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Российское гражданское право : в 2 т. Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права : учебник (том 1) (2-е издание, стереотипное) // отв. ред. Е. А. Суханов. М., Статут. 2011.

⁵ Суханов Е. А. О гражданской правосубъектности государственных юридических лиц // Журнал российского права. 2018. № 1.

сходится в мнении о необходимости разработки новой организационно-правовой формы, отвечающей требованиям, предъявляемым к юридическим лицам.

Уже достаточно давно было отмечено, что «Известные экономические процессы вызвали к жизни тенденции к определенному взаимодействию и координации хозяйственной деятельности остающихся формально самостоятельными корпораций, к их взаимному участию в капиталах и деятельности друг друга и к созданию ими на этой основе различных корпоративных объединений и групп правосубъектного и неправосубъектного характера»¹.

Заслуживающей внимания представляется позиция, что госкорпорация «Росатом» представляет принципиально новый субъектом права, который является производственным холдингом, обладающим обособленным имуществом, которое принадлежит ему на праве, близком к праву собственности (наиболее близкая к нему юридическая конструкция, широко используемая в странах семьи общего права, – траст), а также широким комплексом публичных правомочий².

На преимущества холдинговой модели указывают и иные известные ученые, исследующие вопросы оптимальной организации бизнеса³. Холдинг, указывают они, представляет собой корпоративное объединение, основанное на отношениях экономического контроля и обладающее признаками организационного единства. Интегративным элементом таких структур является преимущественно экономический контроль, позволяющий определять действия и поведение контролируемых субъектов.

Доктринальное рассмотрение холдингов позволяет говорить о схожести с ними структуры ГК «Росатом» и организаций, входящих в её контур.

Государственная корпорация по атомной энергетике, экстраординарно созданная в тяжелый переходный период страны для возрождения атомной энергетики России, предвосхитила все экономические ожидания. Однако с учетом нормализации экономической ситуации в стране возникает вопрос необходимости реформирования подобного субъекта в конструкции, существующие в доктрине.

С целью гармонизации гражданского законодательства о юридических лицах, обеспечения стройной системы юридических лиц, по мнению авторов, отдельной проработки требует обращение к изучению ГК «Росатом» в качестве холдинговой структуры, которая выражается в наличии экономически самостоятельных и имущественно независимых юридических лиц под куполом единой экономической цели, раскрывающейся преимущественно в реализации проектов по строительству атомных станций.

Кухнин С. И.

*Северо-Кавказский федеральный университет,
студент*

Актуальные проблемы исполнения договора возмездного оказания образовательных услуг в условиях вынужденного перехода на дистанционное обучение

Глобальные изменения происшедшие в экономическом и социальном укладе Российской Федерации в связи с пандемией коронавируса затронули право – как важнейший регулятор общественной жизни. В связи с невозможностью прервать обучение граждан в образовательных организациях изменилась форма получения образовательных услуг – был осуществлен переход на электронное обучение с применением дистанционных образовательных технологий. Выявились проблемы исполнения договора возмездного оказания образовательных услуг в условиях вынужденного перехода на дистанционное обучение. Современная информационная эра, глобализация в образовании, дистанционное образование требуют переработки всей существующей системы образования в Российской Федерации, актуального законодательного регулирования образовательного процесса.

¹ Суханов Е. А. Сравнительное корпоративное право. М., 2014. С. 237.

² Фатьянов А. А. Государственная корпорация по атомной энергии «Росатом». Особенности административно-правового и гражданско-правового статуса // СПС «КонсультантПлюс».

³ Корпоративное право : учебник // отв. ред. И. С. Шиткина. М., Статут. 2019.

Легальное определение договора возмездного оказания образовательных услуг отсутствует. Доктрина¹ отталкивается от п. 1 ст. 779 ГК РФ, закрепляющего общее понятие возмездного оказания услуг. Предметом договора возмездного оказания образовательных услуг выступает образовательная услуга, понятие которой в законодательстве так же нет, оно вырабатывается доктриной. Предлагается под образовательной услугой понимать: «осуществляемую исполнителем по договору возмездного оказания образовательных услуг возмездную деятельность по обучению и воспитанию, потребляемый результат осуществления которой выражается в получаемых потребителем системных знаниях, практических навыках и умениях, соответствующих установленному договором образовательному уровню»².

Важным испытанием в российской системе образования в целом, так и надлежащем исполнении договора возмездного оказания образовательных услуг стало введение ограничительных мер в связи с коронавирусной инфекцией. За 2020 год был издан ряд нормативных правовых актов, закрепляющих необходимость перехода научных и образовательных организаций на электронное обучение с использованием дистанционных образовательных технологий, а именно приказы Министерства науки и высшего образования РФ и Министерства просвещения РФ. Следует отметить, что общий порядок электронного обучения, применение дистанционных образовательных технологий при реализации образовательных программ, применяемый организациями, осуществляющими образовательную деятельность, закреплен ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» и конкретизирован в Приказе Министерства образования и науки РФ от 23 августа 2017 г. № 816³. Приказ Минпросвещения от 17.03.2020 № 103 установил временный порядок сопровождения реализации образовательных программ начального общего, основного общего, среднего общего образования, образовательных программ среднего профессионального образования и дополнительных общеобразовательных программ с применением электронного обучения и дистанционных технологий, он распространяется на те учреждения, которые подведомственны данному Министерству⁴.

На недостаточность регулирования процесса реализации образовательных программ с помощью электронного обучения и дистанционных образовательных технологий статьей 16 ФЗ «Об образовании в Российской Федерации», было уже не раз указано исследователями и правоприменителем. Члены Совета Федерации И.М-С. Умаханов, Л.С. Гумерова, Д.Ю. Василенко, Г.Б. Карасин в качестве субъектов права законодательной инициативы внесли законопроект в Государственную Думу, который предлагает внести изменения в ч. 2 статьи 16 данного Федерального закона, уточнив полномочия Минпросвещения и Минобрнауки в части установлении порядка применения электронного обучения и дистанционных образовательных технологий при реализации образовательных программ. Наделяя Минпросвещения полномочиями по утверждению порядка применения электронного обучения и дистанционных образовательных технологий в сфере общего и среднего профессионального образования, а Минобрнауки – в сфере высшего образования⁵. Однако для принятия данного законопроекта потребуется корректировка ряда подзаконных нормативных правовых актов, закрепляющих обязанности педагогов, перечень дисциплин, преподаваемых в дистанционном формате, продолжительность урока, количество домашнего задания, проведение итоговой аттестации.

¹ Гонгало Б. М. Гражданское право : учебник : в 2 т. / Т. 2. – 2-е изд., перераб. и доп. М. : Статут, 2017. С. 326.

² Поликарпов С. А. Образовательная услуга как особый предмет договора возмездного оказания образовательных услуг // Вестник МФЮА. 2017. № 1. С. 165.

³ Приказ Минобрнауки России от 23.08.2017 № 816 «Об утверждении Порядка применения организациями, осуществляющими образовательную деятельность, электронного обучения, дистанционных образовательных технологий при реализации образовательных программ» (Зарегистрировано в Минюсте России 18.09.2017 № 48226) // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Приказ Минпросвещения России от 17.03.2020 № 103 «Об утверждении временного порядка сопровождения реализации образовательных программ начального общего, основного общего, среднего общего образования, образовательных программ среднего профессионального образования и дополнительных общеобразовательных программ с применением электронного обучения и дистанционных образовательных технологий» (Зарегистрировано в Минюсте России 19.03.2020 № 57788) // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Проект Федерального закона № 957354-7 «О внесении изменения в статью 16 Федерального закона «Об образовании в Российской Федерации» в части определения полномочий по установлению порядка применения электронного обучения, дистанционных образовательных технологий при реализации образовательных программ» (ред., внесенная в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 15.05.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

Обращает на себя внимание терминологическая неопределенность таких понятий как «дистанционное образование», «дистанционное обучение». Эти термины не совпадают в своем значении с закрепленными в ч. 11 ст. 16 ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» дефинициями «электронное обучение» и «дистанционные образовательные технологии». В связи с этим многие граждане и вовсе называют термином «дистанционное обучение» любое образование, кроме очной системы. В соответствии с ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» дистанционное образование не является формой получения образования¹. Существуют следующие формы: очная, очно-заочная, заочная. В реалии мы видим примеры реализации обучения путем дистанционной формы, например, университет «Синергия», где обучение проводится исключительно дистанционно, но официально заявленная форма обучения не может противоречить действующему законодательству, поэтому университет заявляет об очно-заочной форме обучения.

В связи с полученным опытом всей образовательной системы предлагается закрепить в ч. 2 ст. 17 ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» форму обучения – дистанционное обучение, которую следует отличать от сходной заочной формы обучения. Главное отличие в том, что при дистанционной форме используется постоянная эффективная интерактивность, имея при этом такую же структуру, как и в очном. Будет отличаться подача материала и взаимодействия обучающихся с преподавателями.

Благодаря такому нововведению стороны договора возмездного оказания образовательных услуг смогут ссылаться на закон в случае возникновения правовых конфликтов между ними, так как после добавления дистанционного обучения как формы обучения на законодательном уровне, последует детальная правовая проработка каждого из ее компонентов, начиная от нормативного закрепления информационных платформ, используемых в обучении, заканчивая конкретизацией информационных источников в ч. 3 ст. 16 ФЗ «Об образовании в Российской Федерации».

Пандемия коронавирусной инфекции также выявила проблему отсутствия собственных информационных платформ у большинства учебных заведений. Для оказания образовательных услуг были использованы общеизвестные, даже игровые платформы. В таких случаях образовательная организация не может гарантировать в соответствии с ч. 5 ст. 16 ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» защиту сведений составляющих персональные данные, тайну переписки и иные охраняемые законом тайны². То есть, отсутствует гарантия безопасности при обмене информационными данными между обучающимися и учебным заведением.

Предлагаем, что для всех учебных заведений следует императивной нормой, ввести закрытый перечень в ч. 3 ст. 16 ФЗ «Об образовании Российской Федерации» список тех информационных образовательных платформ, информационно-телекоммуникационных сетей, при использовании которых была бы гарантирована безопасность личных сведений, охраняемых законом тайн, а также стабильность и надежность звонков, причем необходимо закрепить наличие резервных информационно-телекоммуникационных сетей, образовательных платформ, чтобы в случае перебоя в связи образовательные учреждения могли переходить на новый источник связи с обучающимися. Тогда ответственность за нестабильность работы при опосредованном (на расстоянии) взаимодействии обучающихся и педагогических работников, в случае каких-либо казусов не будет лежать на исполнителе договора возмездного оказания образовательных услуг. А контролирующие органы смогут осуществлять контроль за качеством образовательного процесса.

Таким образом, в настоящее время существует ряд проблем при исполнении договора возмездного оказания образовательных услуг в условиях вынужденного перехода на дистанционное обучение. Для их решения необходимо ввести понятие дистанционного обучения – как формы обучения, а также закрепить закрытый перечень информационно-телекоммуникационных сетей, образовательных платформ на которых возможно осуществление данной формы обучения.

¹ Федеральный закон от 29.12.2012 № 273-ФЗ (ред. от 08.12.2020) «Об образовании в Российской Федерации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2021) // СПС «КонсультантПлюс».

² Федеральный закон от 29.12.2012 № 273-ФЗ (ред. от 08.12.2020) «Об образовании в Российской Федерации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2021) // СПС «КонсультантПлюс».

Левина Я. А.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Цифровые финансовые активы и цифровая валюта как объекты гражданских прав

Федеральным законом «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹ устанавливается правовой режим для цифровых финансовых активов (далее – ЦФА) и для цифровой валюты. В соответствии с Законом ЦФА признаются 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 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.

До принятия названного закона в литературе выделяли такие правовые особенности цифрового актива, как 1) нематериальность; 2) существование в цифровой форме; 3) существование в виде кода, создание с помощью криптографии и воспроизведение только с помощью технических средств; 4) включают в себя право на их использование².

Известно, что одним из объектов гражданских прав являются цифровые права. Цифровые финансовые активы являются видом цифровых прав.

Лицо является обладателем ЦФА, если 1) оно включено в реестр пользователей информационной системы, в которой учитываются ЦФА, 2) имеет доступ к ней (обладает специальным кодом для доступа), 3) имеет возможность распоряжаться ЦФА с помощью информационной системы.

Изначально целью принятия такого закона было урегулировать, определить правовое положение криптовалюты и токенов.

В пояснительной записке³ к законопроекту указывалась цель закрепления в российском праве основных видов ЦФА – токенов. Кроме того, законопроект закреплял и «новый вид договора, заключаемый в электронной форме – смарт-контракт». Хотя, по нашему мнению, смарт-контракты являются способом заключения договора, а не видом. Законопроект закреплял такие понятия, как «криптовалюта», «токен», «майнинг», «цифровой финансовый актив». К последнему предлагалось отнести криптовалюту и токены⁴.

Предполагается, что понятие ЦФА в принятом законе имеет общий вид и в дальнейшем будут созданы и закреплены в российском праве виды ЦФА. Так, внесены изменения в ФЗ «Об акционерных обществах», где говорится о возможности выпуска акция в виде ЦФА. Если акционерное общество является непубличным и акции выпущены в виде ЦФА, не допускаются изменения в уставе, указывающие на публичность общества.

ЦФА включают в себя: 1) денежные требования, 2) возможность осуществления прав по эмиссионным ценным бумагам, 3) права участия в капитале непубличного акционерного общества, 4) право требовать передачи эмиссионных ценных бумаг. ЦФА может выступать предметом гражданско-правовых. Законом не установлен перечень таких сделок, но упомянуты купля-продажа и обмен. Для обмена конкретизировано, что обмениваться можно ЦФА одного вида на

¹ Федеральный закон от 31 июля 2020 г. № 259-ФЗ «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // URL: <https://rg.ru/2020/08/06/tsifra-dok.html> (дата обращения: 01.03.2021)

² Кириллова Е. А. Основные проблемы наследования цифровых активов // Наследственное право. 2020. № 2. С. 37–39.

³ Пояснительная записка «К проекту Федерального закона «О цифровых финансовых активах» // URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=PRJ&n=170085#09416404975663424>, дата обращения: 01.03. 2021 г.

⁴ Паспорт проекта Федерального закона № 419059-7 «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/419059-7> (дата обращения: 01.03.2021)

ЦФА другого вида или на иные цифровые права. Особенностью таких сделок является посредничество оператора обмена цифровых финансовых активов, отсутствие личных контактов между сторонами сделки. Оператор обмена ЦФА обеспечивает заключение сделок путем сбора и сопоставления разнонаправленных заявок на совершение таких сделок либо путем участия в качестве стороны сделки в интересах третьих лиц, но за свой счет. Такая «схема заключения договора» сопоставима с совершением финансовых сделок с использованием финансовой платформы¹. Отличием является то, что оператор обмена ЦФА, в отличие от оператора финансовой платформы, может быть стороной сделки. В литературе существует мнение о том, что ЦФА являются не самостоятельным объектом, а иной формой бездокументарных бумаг². Специфика заключается в способе организации и учета ЦФА.

Цифровой валютой признается совокупность электронных данных, 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 отсутствует 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. Интересным является вопрос о возможности совершения сделок с цифровой валютой. В Законе указывается на 3 вида деятельности, связанной с цифровой валютой: организация выпуска, выпуск, организация обращения. Организацией обращения понимается оказание услуг, направленных на обеспечение совершения сделок/операций, влекущих переход цифровой валюты от одного обладателя к другому с использованием объектов информационной структуры. Из данного положения следует, что цифровая валюта может быть объектом гражданско-правовой сделки, например, купли-продажи. Однако установлены серьезные ограничения для использования цифровой валюты в качестве средства платежа. Так, юридические лица и физические лица не вправе принимать цифровую валюту в качестве встречного предоставления за передаваемые товары, оказываемые услуги и в иных случаях, где гипотетически возможна оплата цифровой валютой. Кроме того, запрещена реклама о возможности принятия цифровой валюты как встречного предложения. Соответствующие изменения внесены в Закон «О рекламе»³.

Следует указать, что т.н. «криптовалюта», предлагавшаяся законопроектом, по нашему мнению, подпадает под понятие «цифровой валюты» и не является ЦФА. Более того, между ЦФА и цифровой валюте имеются различия. Во-первых, цифровая валюта, в отличие от ЦФА, признается имуществом только в целях ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма», ФЗ «Об исполнительном производстве», ФЗ «О противодействии коррупции». Во-вторых, цифровая валюта не может выступать средством платежа на территории РФ. Из этого следует, что цифровая валюта не может выступать, например, средством обеспечения обязательства. В-третьих, цифровую валюту, в отличие от ЦФА, можно назвать натуральным обязательством. Это объясняется тем, что свою «ненатуральность» она приобретает только в том случае, если ее обладатель проинформирует о факте обладания ею и совершения гражданско-правовых сделок/ операций с цифровой валютой. В-четвертых, ЦФА – это цифровые права, а цифровая валюта – это электронные данные. Основное отличие цифровых финансовых активов состоит в том, что действия над ними возможны только путем внесения или изменения записей в информационной системе на основе распределенного реестра. Можно сделать вывод, что ЦФА и цифровая валюта имеют разную правовую природу.

В заключении Комитета Совета Федерации по бюджету и финансовым рынкам на законопроект отмечалось, что «существенным отличием цифровых финансовых активов от цифровых валют будет являться то, что в отношении цифрового финансового актива всегда существует обязанное лицо по требованию (обязательству), которое

¹ Федеральный закон от 20 июля 2020 г. № 211-ФЗ «О совершении финансовых сделок с использованием финансовой платформы» // СПС «КонсультантПлюс».

² Чурилов А. Ю. Критический анализ основных положений федерального закона о цифровых финансовых активах / А. Ю. Чурилов // Хозяйство и право. – 2021. № 01. С. 44.

³ Федеральный закон от 13.03.2006 № 38-ФЗ (ред. от 08.12.2020) «О рекламе» (с изм. и доп., вступ. в силу с 28.01.2021) // СПС «КонсультантПлюс».

удостоверяет цифровой финансовый актив, в то же время в отношении цифровой валюты обязанного лица нет, как нет и требования (обязательства), лежащего в ее основе¹».

Из вышеизложенного можно сделать следующие выводы: 1) ЦФА – это цифровое право, которое, предположительно, в дальнейшем будет развито положениями иных законов; 2) цифровая валюта – это электронные данные, могущие быть средством платежа. Однако, как показал анализ Закона, установлены серьезные ограничения; 3) ЦФА и цифровая валюта могут выступать в качестве объектов гражданско-правовых сделок; 4) все операции над ЦФА и цифровой валютой совершаются с использованием информационной инфраструктуры. Для операций над ЦФА обязательно наличие информационной системы и оператора информационной системы, выступающей посредником между сторонами сделки.

Таким образом, принятие данного предполагало установление правового режима для цифровой валюты и ЦФА. Правовое положение ЦФА вполне понятно, что нельзя сказать о правовом положении цифровой валюты. Полагаем, что в развитие указанного Закона в дальнейшем будут приняты иные нормативные правовые акты, конкретизирующие положение рассмотренных объектов.

Лемаринье К.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Усиленная квалифицированная электронная подпись: эстонский опыт и российские реалии

Государство в эпоху цифровой экономики выступает провайдером инфраструктурных сервисов, позволяющих экономике существовать и развиваться. Неизбежным спутником цифровизации экономики является глобализация, которая не только серьезно обостряет конкуренцию между государствами, но и создает условия для их интеграции и унификации, в том числе в области формирования и применения новых цифровых конструкций. Развитие цифровых технологий затрагивает все сферы и непосредственно касается вопросов упрощения документооборота, а также использования современных форм выражения воли и заключения сделок. Одним из инструментов по упрощению документооборота является электронная подпись. Наиболее защищенной ее разновидностью признается усиленная квалифицированная подпись, которая является аналогом собственноручной и применяется миллионами людей по всему миру.

В Эстонии цифровая подпись широко используется уже с 2002 года. В 2000 году вступил в силу Закон о цифровых подписях². Вскоре была создана и техническая основа – компания *SertifitseerimisKeskus*³ (центр сертификации), принадлежащая банкам и телекоммуникационным операторам, которая по соглашению с Министерством внутренних дел предоставляет услуги по сертификации в соответствии с законом. С 2016 года Закон о цифровых подписях заменен Директивой Европейского Союза (ЕС) об электронной подписи (eIDAS)⁴. Она обязывает остальные страны-члены ЕС принимать эстонские электронные подписи среди электронных подписей других стран.

Все органы государственной власти Эстонии обязаны принимать документы с цифровой подписью.

В отличие от многих других стран, у каждого жителя Эстонии есть цифровая идентификация, выданная государством. В настоящее время существует около 1,3 млн сертификатов для цифровой подписи⁵, действительных для ID-карт, при общей численности населения на 2019 год 1,329 млн человек. Столь большое количество связано с тем,

¹ Заключение Комитета СФ ФС РФ по бюджету и финансовым рынкам от 23.07.2020 № 3.5-03/1230 «По Федеральному закону «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (проект № 419059-7)» // СПС «КонсультантПлюс».

² *Digitaalalkirja seadus* // URL: <https://www.riigiteataja.ee/akt/22460> / (дата обращения: 15.02.2021).

³ SK (*SertifitseerimisKeskus*) // URL: <https://www.skidsolutions.eu/ettevottest/> / (дата обращения: 16.02.2021).

⁴ Euroopa parlamendi ja nõukogu määrus (EL) nr 910/2014, artikkel 52.

⁵ *Digitaalses allkirja kasutavate tööealiste Euroopa liidu elanike oskaalu mõõramine 2015.aastal* // URL: https://mkm.ee/sites/default/files/riikide_profiiolid.pdf (дата обращения: 16.02.2021).

что национальное удостоверение личности выдается всем. ID-карта является документом, удостоверяющим личность, а также благодаря электронно-цифровой части карты, электронно-цифровым ключом. Начиная с 15-летнего возраста ID-карта является обязательным документом для всех жителей Эстонии¹. Срок действия ID-карты – до 5 лет. Ходатайствовать о ее получении можно через Департамент полиции и погранохраны, а также в зарубежном представительстве Эстонской Республики. При ходатайстве о выдаче ID-карты следует представить: удостоверяющий личность документ, при первичном ходатайстве – документы, подтверждающие принадлежность ходатайствующего к Эстонии, фотографию, подтверждение уплаты госпошлины. При выдаче ID-карты человеку выдается два сертификата. Один предназначен для идентификации личности (PIN 1), а другой – для цифровой подписи (PIN 2)². После получения ID-карты резидент Эстонии вправе использовать свою электронную подпись.

Данная подпись может применяться в частноправовых отношениях по соглашению сторон, в публично-правовых отношениях. Ее активно используют государственные органы и органы местного самоуправления, публично-правовые юридические и частноправовые лица. Благодаря электронной подписи существует возможность получать электронные услуги: голосовать на выборах дистанционно, подавать налоговые декларации в электронном виде в налогово-таможенный департамент, создавать и открывать юридические лица и проводить через Интернет практически все банковские операции, иметь доступ к различным национальным регистрам и т. п. Однако, совершение сделок, связанных с недвижимостью, продажей бизнеса и долей участия в юридическом лице, при помощи ID-карты и электронной подписи не допускается. Подобные сделки заключаются только с привлечением нотариуса и требуют личного присутствия всех участников сделки или их представителей, имеющих нотариальную доверенность. Исключением является продажа акций. Акции всех акционерных обществ Эстонии регистрируются в Центральном регистре ценных бумаг, их продажа осуществляется в особом порядке через банк.

Большинство цифровых подписей в ЕС ставится именно в Эстонии. В течение последних 15 лет было поставлено в общей сложности 339 млн цифровых подписей, а электронной идентификацией личности население воспользовалось 504,7 млн раз.

У россиян электронные подписи не столь популярны. Всего на 2019 год насчитывалось около 15 млн их пользователей³, из которых 10 млн пользуются простой электронной подписью и еще 5 млн человек – квалифицированной электронной подписью. Конечно, по сравнению с Эстонией и при численности населения в 146,745 млн человек, показатели не столь великие, однако следует отметить, что на 2009 год в России насчитывалось лишь 5-7 млн пользователей⁴.

В России использование электронной подписи регулируется Федеральным законом от 06.04.2011 № 63-ФЗ «Об электронной подписи»⁵. Получить данного вида подпись можно только в аккредитованном удостоверяющем центре. Владелец усиленной квалифицированной электронной подписи получает открытый и закрытый ключи проверки и квалифицированный ее сертификат проверки. Согласно новой редакции данного закона с 01.07.2020 к уже существовавшим в стране коммерческим аккредитованным удостоверяющим центрам присоединились три государственных – удостоверяющие центры ФНС РФ, Федерального казначейства и Банка России, а с 01.01.2021 – удостоверяющие центры обязаны проходить двухступенчатую аккредитацию.

В отличие от Эстонии, для получения электронной квалифицированной подписи в России субъекту следует определиться сначала, в качестве кого и для чего он ее получает. Для юридических лиц она является незаменимым

¹ Politsei ja Piirivalveamet, Ходатайство о выдаче ID-карты ребенку // URL: <https://www.politsei.ee/ru/instruktsii/hodataystvo-o-vydache-id-karty-dlya-rebenka> (дата обращения: 16.02.2021)

² Сертификаты и их безопасность // URL: <https://www.id.ee/ru/artikkel/sertifikaty-i-ih-bezopasnost/> (дата обращения: 16.02.2021).

³ Граждан сделают активными пользователями электронной подписи // URL: <https://iecp.ru/news/item/428431-Gragdan-sdelayut-aktivnimi-polzovatelyami-elektronnoy-podpisi> (дата обращения: 17.02.2021)

⁴ В России формируется рынок услуг по выдаче носителей электронной подписи // URL: https://www.vedomosti.ru/technology/articles/2011/04/14/podpis_na_vybor (дата обращения: 17.02.2021)

⁵ URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_112701/606f47cb390e18423146cdb18f7ee51f8ea06194/ (дата обращения: 17.02.2021)

инструментом, который позволяет наладить удобный и эффективный документооборот внутри компании, а также упростить внешние отношения с контрагентами. Для физических лиц электронная подпись представляет собой способ ускорить и упростить взаимодействие с государственными структурами, работодателями, учебными учреждениями через Интернет. Для получения электронной подписи физическими лицами при посещении удостоверяющего центра требуются иметь при себе документ, удостоверяющий личность (паспорт) и СНИЛС. Для получения квалифицированного сертификата электронной подписи юридическими лицами требуются учредительные документы, документ, подтверждающий факт внесения записи о юридическом лице в ЕГРЮЛ и свидетельство о постановке заявителя на учет в налоговом органе. Сертификат и ключи электронной подписи записываются на сертифицированный электронный носитель – электронную карту или флэш-накопитель. Размер платы за получение сертификата и ключей электронной подписи определяется регламентом удостоверяющего центра. Максимальный срок, на который выдается сертификат ключа электронной подписи, в отличие от эстонского аналога – один год. По истечении этого срока сертификат необходимо продлить, иначе его действие будет прекращено.

В целом, процедура получения и само использование электронной подписи в России и в Эстонии значительно отличается, хотя цель внедрения данного института одинакова. Разумеется, предпринятые российским законодателем меры – большой шаг вперед в усовершенствовании данной системы, но представляется, что все можно упростить и оптимизировать.

Во-первых, электронная подпись должна выдаваться столь же строго, как и паспорт, и в тех же местах. Огромное преимущество эстонской системы заключается в том, что в стране только одна организация занимается этим вопросом, а носителем данной подписи является ID-карта, то есть документ, удостоверяющий личность. Ожидается, что в 2022 году бумажные паспорта в России перестанут выдавать и их заменят электронными, в виде карточек с чипом¹. В связи с этим представляется целесообразным учесть опыт Эстонии и предоставить возможность гражданам, достигшим 14 лет, получать электронную подпись вместе с паспортом (ID-картой).

Во-вторых, необходимо упразднить деление электронных подписей на принадлежащие юридическим и физическим лицам. В этом случае документы, исходящие от юридического лица, будут подписываться электронной подписью, принадлежащей гражданину, действующему от имени юридического лица (выполняющему функции единоличного исполнительного органа и др.)

В-третьих, в период глобализации как никогда важна унификация общей системы документооборота и использования электронных подписей. В ЕС с 2016 года действует регламент электронной идентификации eIDAS, который устанавливает общий стандарт для электронных подписей, электронных печатей, меток времени и сертификатов аутентификации веб-сайтов. Казалось бы, регламент является внутренним делом ЕС, но в реальности с ним сталкиваются и иностранные контрагенты, кто имеет дело с европейскими организациями. Не только юридические лица, даже студенты, поступающие в европейские университеты, регистрируют и подписывают документы по нормативам eIDAS. Стандарт относится и к деятельности удостоверяющих центров. Ввиду вышесказанного, принятие единого мирового регламента смогло бы не только упростить весь документооборот, но и расширить его «границы», тем более, в такое непростое время.

¹ В России в 2022 году перестанут выдавать бумажные паспорта и заменят их картами с чипом // URL: <https://www.currenttime.tv/a/russia-passport-chip-id-card/30060656.html> (дата обращения: 15.02.2021)

Магомедов А. А.

*Северо-Кавказский филиал Всероссийского государственного
университета юстиции (РПА Минюста России),
студент*

Законодательное регулирование смарт-контрактов, их плюсы и минусы

Современные технологии уже заполнили всю нашу жизнь, они помогают облегчить любую нашу деятельность, экономят наше время путем автоматизации многих процессов. Так новые технологии не обошли стороной и договорное право.

Развитие технологии блокчейн привело к появлению такого понятия как смарт-контракты. Во многих сделках принимают участие не только стороны, но и нотариусы, банки и многие другие посредники, но благодаря развитию технологий необходимость в них отпадает, на смену старым контрактам пришли новые, так называемые умные контракты или смарт-контракты.

Впервые определение смарт-контракта появилось в 1990-х гг. в работах юриста из США Н. Сабо, специализирующегося в сфере информационных технологий. В его работе смарт-контракт определяется как совокупность обещаний в цифровой форме, включая протоколы, с помощью которых стороны исполняют данные обещания¹. Однако исходя из данного определения договорно-правовая природа смарт-контракта неясна. В европейской доктрине следует привести мнение К. Куннапаса, который считает, что смарт-контракты являются самоисполнимыми договорами. Можно привести еще одно определение смарт-контракта, которое утвердилось в американской доктрине, о том, что договор, исполняемый автоматическим/автоматизированным образом (смарт-контракт), представляет собой набор договоренностей сторон, на основании которых осуществляется сделка между ними.

Центральный Банк России в своем аналитическом обзоре по теме «Смарт-контракты» определил смарт-контракты как договор между двумя и более сторонами об установлении, изменении или прекращении юридических прав и обязанностей, в котором часть или все условия записываются, исполняются и/или обеспечиваются компьютерным алгоритмом автоматически в специализированной программной среде².

Исследователями приводятся два термина: smart contract и legal smart contract. Под smart contract при этом понимается компьютерный код, который при наступлении определенного состояния или условий способен работать автоматически в соответствии с заранее определенными функциями. Код может храниться и обрабатываться в распределенном реестре и записывать любые результирующие изменения в него. А под legal smart contract понимаются сформулированные и автоматизированные с помощью программного кода соответствующие закону условия соглашения между двумя или более сторонами.

Относительно правовой природы смарт-контракта в юридической литературе выражены различные точки зрения. Основная группа исследователей связывает понятие смарт-контракта исключительно с технологиями и системами распределенного реестра, а именно платформы блокчейн.

Сам принцип действия смарт-контрактов заключается в следующем: к примеру, вы хотите приобрести какой-то товар, а продавец просит у вас предоплату так, как боится, что вы не выполните часть своей сделки, вы боитесь, что, когда переведете деньги продавец не вышлет вам товар, для решения именно такого вопроса и были созданы смарт-контракты, они автоматически проверяют выполнения обязательств обеими сторонами, умные контракты реагируют лишь на транзакции. Когда актив или валюта переводятся в программу, она начинает следить за выполнением условий контракта. Как только они будут выполнены, продавец получает деньги, а покупатель товар³. При этом необходимо

¹ См.: Szabo N. Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets. 1996. URL: http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html (дата обращения: 12.02.2020).

² Центральный Банк Российской Федерации, Аналитический обзор по теме «Смарт-Контракты», 2018.

³ Осмоловская А. С. Смарт-контракты: функции и применение // Иркутский государственный университет, г. Иркутск, 2018.

чтобы программа имела доступ к товару и при необходимости дать или же закрыть доступ к нему. Полноценной транзакцией считается перевод средств в криптовалюте, а также передача информации, в том числе и контрактов. Сначала активы и условия контракта кодируются и помещаются в блок цепи, далее контракт распределено сохраняется на множестве узлов сети и выполняется после срабатывания условия. Выполнение обязательств сторон проверяется автоматически.

Классические смарт-контракты уже давно находятся в обороте, хотя законодательно они закреплены лишь с 1 октября 2019 года и то в качестве того что, цифровые права рассматриваются в качестве объектов гражданских прав. Наиболее известной платформой, использующей смарт-контракты, является Aliexpress. С помощью такого рода платформ можно контролировать отдельные этапы исполнения контракта.

Не менее полезным смарт-контракт будет в процессах логистики. Цепочки поставок обычно состоят из многих звеньев, однако каждое звено должно получить подтверждение от предыдущего, выполнить свою часть контракта и передать информацию дальше. В традиционной практике это отнимает много времени и снижает эффективность, а использование смарт-контрактов экономит время и позволяет отслеживать прогресс в реальном времени.

Важной особенностью является то, что с помощью смарт-контрактов можно экономить деньги. В обычных условиях продавцу пришлось бы заплатить посреднику (например, сайту, размещающему объявления), чтобы выставить квартиру на продажу. Более того, впоследствии ему пришлось бы платить вторично, чтобы удостовериться в том, что покупатель совершил все платежи по форме. Распределённый реестр устраняет все эти траты. Всё, что требуется – это совершить оплату криптовалютой, занести соответствующий контракт в цепь и сделка готова.

Еще одним плюсом является использование смарт-контракта в качестве доказательства при разрешении споров в судебном порядке. Смарт-контракт может подтвердить действительные намерения сторон, которые невозможно было установить исходя из текста основного договора, если данный договор был составлен в письменной форме¹.

Безусловным плюсом смарт-контрактов является их скорость и отсутствие посредников. В современный период пошла такая тенденция, что людям неприятно контактировать друг с другом, многие ощущают неловкость или что-то в этом роде, все переходит в онлайн. Это преимущество особенно раскрывается в настоящее время, а именно период пандемии коронавируса во всем мире или же COVID-19, где людям уже невозможно контактировать друг с другом, да и вообще выходы из дома запрещены. В этот период абсолютно все перешло в онлайн, от простой доставки еды до посещения ветеринаров в более развитых странах где данные операции возможны, именно в этот период и проявится необходимость законодательного урегулирования смарт-контрактов, а также выявятся его недостатки, которые необходимо будет устранить.

Некоторые исследователи утверждают, что смарт-контракт имеет серьезный потенциал позиционирования в качестве достоверной информации, не требующей дополнительного исследования со стороны суда, так как его использование позволяет свести к минимуму влияние человеческого фактора на ход исполнения соглашения.

Однако, помимо вышеперечисленных плюсов смарт-контракты имеют и некоторые минусы. В качестве одного из них можно указать человеческий фактор. Смарт-контракт представляет из себя программный код, написанный человеком и поэтому он не защищен от ошибок, а поскольку он записывается в блокчейне, то его невозможно изменить. Так же, организации, которая планирует внедрять смарт-контракты в своей работе должны будут наравне с юристами держать в своем штате и программистов, а вместе с ними качественное и соответственно дорогостоящее оборудование, что требует хороших затрат и соответственно не каждая организация сможет позволить себе это.

В качестве второго недостатка можно рассмотреть невозможность определить контрагента в случае поломки самой системы, произошедшей без чьей-либо вины. Так как это техника, то мы должны брать в расчет и это. Если речь идет об обычных правоотношениях, мы знаем к кому обратиться с претензией и соответственно компенсировать причиненный ущерб. В ситуации со смарт-контрактом, если произошел сбой и одна сторона понесла потери из-за этого, вопрос: кто будет возмещать причиненный вред остается открытым.

Как было сказано ранее за смарт-контрактами стоит будущее, они во многом упростят наши современные реалии, но все же и у них имеются минусы, которые необходимо законодательно урегулировать.

¹ О. С. Гринь, Е. С. Гринь, А. В. Соловьев. Правовая конструкция смарт-контракта: юридическая природа и сфера применения. 2019.

Мартынова А. А.
*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
аспирант*

Критерий добросовестности в рамках реформирования института приобретательной давности

Одним из первоначальных способов приобретения права собственности, направленным на преодоление состояния бесхозяйности недвижимых вещей, является приобретательная давность. Легально институт приобретательной давности закреплен в статье 224 ГК РФ, согласно которой лицо – гражданин или юридическое лицо, – не являющееся собственником имущества, но добросовестно, открыто и непрерывно владеющее как своим собственным недвижимым имуществом, если иные срок и условия приобретения не предусмотрены настоящей статьей, в течение пятнадцати лет либо иным имуществом в течение пяти лет, приобретает право собственности на это имущество (приобретательная давность).

Так, законодательно закреплено четыре критерия, наличие которых свидетельствует о возникновении права собственности на недвижимую вещь в порядке приобретательной давности – добросовестность, открытость, непрерывность и длительность (срок владения). Содержание указанных критериев раскрыто в пункте 15 Постановления Пленума ВС РФ № 10, Пленума ВАС РФ № 22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав».

Однако, несмотря на данные разъяснения, в доктрине остаются спорными и неоднозначными вопросы о необходимости учета специфики правоотношений для применения принципа добросовестности, о содержании критерия добросовестности давностного владения, о важности его сохранения.

Так, Е.Е. Богданова сформулировала авторскую дефиницию добросовестности, «под которой предлагается понимать сложившуюся в обществе и признанную законом, обычаем, судебной практикой систему представлений о нравственности поведения субъектов права при приобретении, осуществлении и защите субъективных гражданских прав, а также при исполнении обязанностей»¹.

Несмотря на то что Е.Е. Богданова определила понятие добросовестности участников договорных отношений, на наш взгляд, дана универсальная формулировка, которая равным образом дает толкование принципа добросовестности применительно к вещным правоотношениям.

В свою очередь, А.В. Коновалов полагает, что добросовестность приобретения и осуществления давностного владения бесхозяйным имуществом заключается в убежденности владельца в отсутствии у кого-либо прав на объект владения, положение которого в хозяйственном пространстве не дает оснований предполагать его принадлежность к чьей-либо хозяйственной сфере². Кроме того, А.В. Коновалов замечает нелогичность в недавнем законодательном закреплении общего принципа добросовестности участников гражданского оборота и предложение по исключению из числа критериев приобретательной давности необходимость добросовестного владения. Однако, полагаем, что автор необоснованно смешивает понятия добросовестности как генерального принципа гражданского права и добросовестность как специальный критерий при установлении критериев приобретательной давности.

В связи с изложенным, стоит отметить, что необходимость учета специфики правоотношений при применении принципа добросовестности и раскрытии его содержания зависит от точности формулировки.

Р.С. Бевзенко считает, что имеется два варианта понятия «добросовестный» в контексте статьи 234 ГК РФ. Первое понимание – добросовестный владелец есть тот владелец, который полагает себя собственником вещи, но не является им по причине наличия дефекта в правовом основании приобретения вещи. Второе – добросовестно владеет тот, кто

¹ Богданова Е. Е. Добросовестность участников договорных отношений и проблемы защиты их субъективных гражданских прав : автореф. дисс... д-ра юрид. наук. М., 2010. С. 51.

² Коновалов А. В. К вопросу о добросовестности давностного владения // Вестник гражданского права. 2016. № 6. С. 9–31.

пусть даже и осознает, что он не является собственником вещи, но он не знает и не может знать действительного собственника вещи¹.

Согласно Концепции развития законодательства о вещном праве представляется, что другие признаки, закрепленные в статье 234 ГК РФ, а именно – открытое и непрерывное владение имуществом как своим собственным, в своей совокупности являются достаточными для данного основания приобретения права собственности, а признак добросовестности является излишним². Также предлагается разграничить приобретение права собственности в порядке приобретательной давности (как безусловно недобросовестное) и приобретение права собственности добросовестным приобретателем.

Считаем, что изложенное предложение недостаточно обоснованно ввиду следующего.

Со времен римского права только добросовестный владелец вправе был приобрести право собственности по давности. Несмотря на то что давностный владелец в большинстве случаев осведомлен об отсутствии у него права собственности на это имущество, одно только отсутствие записи о регистрации его права собственности в Едином государственном реестре прав на недвижимость не дает основания для исключения возможности приобретения права собственности в порядке приобретательной давности.

Таким образом, исключая критерий добросовестности в контексте применения норм о приобретательной давности на недвижимое имущество, не устраняется неоднозначность в вопросе квалификации принципа добросовестности.

Более того, при сохранении всего лишь двух элементов института приобретательной давности – открытость и непрерывность владения давностного владельца – имеются разумные опасения относительно последующей легализации так называемого «права вора». При этом, лица, самовольно захватывающие объекты недвижимости, приобретут потенциальную возможность преобразовать свое незаконное положение в охраняемое право собственности.

Таким образом, напротив, предполагается необходимой конкретизация критерия добросовестности приобретательной давности, в том числе, с позиции субъективного состояния лица при совершении юридически значимых действий по приобретению права собственности, а именно установление нормативных предписаний, согласно которым вкупе с общечеловеческими ценностями, владелец вправе руководствоваться для определения соответствия своих действий критерию добросовестности.

Митин А. В.

*Институт экономики и права
Петрозаводского государственного университета,
студент*

Оценка добросовестности должника в рамках процедуры банкротства гражданина

Институт банкротства предполагает освобождение от дальнейшего исполнения обязательств, что существенно влияет на баланс интересов должника и его кредиторов. В этой связи законодатель предъявляет к участникам процедуры банкротства повышенные требования в части их добросовестности. Вместе с тем суды по-разному определяют критерии добросовестности должника и, соответственно, по-разному оценивают идентичные фактические обстоятельства дела, что приводит к нарушению принципов правовой определенности и равенства субъектов, требующих правовой защиты в процедуре банкротства. Это обуславливает необходимость исследования содержания принципа добросовестности, применяемого к должникам.

¹ Бабаев А. Б., Бабкин С. А., Бевзенко Р. С., Белов В. А., Тарасенко Ю. А. Гражданское право. Актуальные проблемы теории и практики : в 2 т. / под общ. ред. В. А. Белова. 2-е изд., стереотип. М. : Юрайт, 2015. С. 438–446.

² Концепция развития законодательства о вещном праве: URL: <http://privlaw.ru/soviet-pokodifikacii/conceptions/konceptsiya5/>.

В контексте нравственности добросовестность отождествляют с честностью, верностью, следованием положительным правилам человеческого общежития. С позиции права добросовестность определяется равновесием интересов субъектов правоотношений: как разъяснил Верховный Суд РФ, добросовестность означает такое поведение, при котором учитываются права и законные интересы других участников¹. Это в полной мере согласуется с положениями ст. 17 Конституции РФ, которая устанавливает, что осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц². А также и с предписаниями ст. 10 Гражданского кодекса РФ, в которой определен открытый перечень форм недобросовестного поведения: осуществление прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью и пр.³

Известно, что в качестве последствий недобросовестного поведения лица, законодатель предоставляет суду правомочие отказать такому лицу в защите права, а также применить иные меры по защите интересов добросовестных лиц. Применительно к процедуре несостоятельности можно выделить два основных негативных последствий злоупотребления правом: должник не будет освобожден от дальнейшего исполнения обязательств; сделки должника могут быть признаны недействительными. Тем самым в законе установлены средства противодействия недобросовестному поведению – лишение должника гарантий социальной реабилитации при осуществлении процедуры банкротства.

Анализ судебной практики позволил определить субъективные и объективные критерии оценки добросовестности, которые сложились в правоприменительной практике.

В части применения объективных критериев, следует отметить, что суды буквально трактуют положения ст. 61.2, 61.3 Закона и банкротстве об основаниях неприменения к должнику гарантии освобождения от дальнейшего исполнения обязательств. Вместе с тем, во многих случаях объективные основания для признания должника недобросовестным недостаточны. В связи с этим суды применяют следующие субъективные критерии оценки поведения лица.

Одним из ключевых аспектов при оценке добросовестности должника является направленность его действий. В частности, преследование только одной цели – освобождение от долгов само по себе не является достаточным основанием для признания должника недобросовестным. Действия лица должны быть направлены на умышленное уклонение от исполнения обязательств⁴.

Во многом от наличия или отсутствия информации и документов зависит течение банкротного дела. Так, непредставление должником информации и документов в рамках судопроизводства будет малозначительным, если это не создает вреда интересам кредиторов⁵. При этом непредставление документов (например, справки о доходах гражданина) даже из-за отказа в их выдаче работодателем рассматривается некоторыми судами как недобросовестное поведение⁶. По иной судебной практике учитывалась возможность получения и предоставления документов⁷.

¹ Постановление Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // «Бюллетень Верховного Суда РФ», № 8, август, 2015 // СПС «Гарант».

² «Конституция Российской Федерации» (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

³ Определение КС РФ от 20 ноября 2008 г. № 832-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Кругловой Любови Павловны и Обручникова Валерия Павловича на нарушение их конституционных прав пунктом 1 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «Гарант».

⁴ Определение ВС РФ от 15 июня 2017 г. по делу № А03-23386/2015. URL: <https://vsrf.ru/lk/practice/acts>. (дата обращения: 10.10.2020).

⁵ Определение ВС РФ от 25 января 2018 г. по делу № А48-7405/2015. URL: <https://vsrf.ru/lk/practice/acts> (дата обращения: 10.10.2020).

⁶ Постановление АС Волго-Вятского округа от 09.04.2018 по делу № А29-3801/2016. URL: <https://fasvo.arbitr.ru>. (дата обращения: 10.10.2020).

⁷ Определение АС Камчатского края по делу № А24-9417/2019. URL: <https://kamchatka.arbitr.ru>. (дата обращения: 15.10.2020).

Суды также придают значение фактическому имущественному положению должника, в связи с чем установили общую закономерность: чем больше долг и меньше использованных средств, и при этом найденного имущества у должника довольно мало, тем больше вероятность сокрытия имущества¹.

Неоднозначно складывается правоприменительная практика по такому явлению, как «банкротный туризм». Так, участились ситуации, когда должник формально меняет адрес проживания и вместе с тем территориальную подсудность, чтобы затруднить кредиторам получение средств². В большинстве случаев подобные действия относят к добросовестному поведению³.

Перед отдельными судами возникает вопрос об оценке бездействия должника по своему трудоустройству после увольнения. Так, ВС РФ не согласился с выводами нижестоящих судов, которые отказали гражданину в освобождении от обязательств в связи с уклонением должника от трудоустройства в период дела о банкротстве. Как разъяснил ВС РФ, необходимо учитывать, предпринимал ли гражданин меры по трудоустройству, раскрыл ли источник средств для существования и является ли увольнение лица непрогнозируемым⁴.

Другим критерием для оценки добросовестности лица является его осведомленность и наличие осмотрительности в действиях. Например, о недобросовестности в поведении клиента банка свидетельствует тот факт, что лицо было осведомлено об объективном банкротстве банка⁵. Суды также квалифицируют поведение клиента как недобросовестное, если сделка была явно невыгодна для банка⁶.

Неоднозначно суды оценивают принятие гражданином на себя непосильных обязательств из-за необъективной оценки собственных финансовых возможностей. Одни суды пришли к выводу, что это не может являться основанием для признания лица недобросовестным. Другие суды пришли к следующему: должник взял на себя заведомо неисполнимые обязательства и не представил доказательств того, что у него есть достаточный доход для их покрытия. Поэтому посчитали, что цель обращения в суд заключалась в списании долгов⁷.

Отдельные суды обращают внимание на такой критерий добросовестности лица, как разумность его действий. К примеру, пассивная позиция гражданина после возбуждения дела о его несостоятельности (в частности, неполучение почтовой корреспонденции, уклонение от взаимодействия с финансовым управляющим, неисполнение требований суда) расценивается как один из показателей недобросовестности⁸. Более того, отдельные суды расценивают отказ от заключения мирового соглашения как показатель недобросовестности⁹. Критерий разумности не удовлетворяется и в случае, если сделка была явно невыгодна для должника¹⁰.

¹ Определение ВС РФ от 31 октября 2019 по делу № А56-71378/2015. URL: <https://vsrf.ru/lk/practice/acts>. (дата обращения: 10.10.2020).

² Определение ВС РФ от 21.03.2019 по делу № А63-9583/2018. URL: <https://vsrf.ru/lk/practice/acts>. (дата обращения: 15.10.2020).

³ Определения Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 21.03.2019 по делу № А63-9583/2018. URL: <https://vsrf.ru/lk/practice/acts>. (дата обращения: 15.10.2020).

⁴ Определение ВС РФ от 15.06.2017 по делу № А03-23386/2015. URL: <https://vsrf.ru/lk/practice/acts>. (дата обращения: 15.10.2020).

⁵ Определение ВС РФ от 20.02.19 по делу № А40-232020/2015. URL: <https://vsrf.ru/lk/practice/acts>. (дата обращения: 15.10.2020).

⁶ Определение ВС РФ от 20.05.19 по делу № А40-185433/2017. URL: <https://vsrf.ru/lk/practice/acts>. (дата обращения: 15.10.2020).

⁷ Постановление АС Уральского округа от 16.12.2016 по делу № А71-5858/2015. URL: <https://fasuo.arbitr.ru>. (дата обращения: 15.10.2020).

⁸ Постановление АС Уральского округа от 18.01.2017 по делу № А50-14079/2015. URL: <https://fasuo.arbitr.ru>. (дата обращения: 15.10.2020).

⁹ Определение ВС РФ от 03.06.2019 по делу № А41-20557/2016. URL: <https://vsrf.ru/lk/practice/acts>. (дата обращения: 15.10.2020).

¹⁰ Определение ВС РФ от 16.11.2015 № 309-ЭС15-15116. URL: <https://vsrf.ru/lk/practice/acts>. (дата обращения: 15.10.2020).

На основании проведенного исследования, можно заключить, что применение отдельных субъективных критериев при оценке добросовестности должника являются дискреционными полномочиями суда, которые направлены на обеспечения должного баланса между должником и кредитором.

Нальгиева Р. М.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Правовой режим банковского счета эскроу: теоретические и практические аспекты

Договор эскроу счета – это новелла гражданского законодательства, получившая широкое применение при заключении сделок договора купли-продажи недвижимости, слияния и поглощения организаций, обеспечении интересов участников долевого строительства, а также при оказании услуг по перевозке. В российской юридической науке остается нерешенным вопрос определения правовой природы данного договора, что обуславливает важность исследования данной проблематики с точки зрения теории и практики.

Легальное определение договора счета эскроу содержится в § 3 гл. 45 ст. 860.7 ГК РФ. Исходя из законодательного определения, можно сделать выводы, что договор счета эскроу является трехсторонним, поскольку заключается между эскроу-агентом, депонентом и бенефициаром; sinalлагматическим (двусторонне обязывающим); реальным. «Эскроу-агент открывает специальный счет для учета и блокирования денежных средств, полученных им от депонента», т.е. для того, чтобы заблокировать эти денежные средства, необходимо, чтобы они поступили на счет банка.

Таким образом, договор банковского счета эскроу носит реальный характер и считается заключенным, с момента получения уполномоченным банком денежных средств от владельца счета.

Некоторые исследователи относят договор к консенсуальным сделкам, например, такой позиции придерживается В.Д. Рудакова. По ее мнению, «договор счета эскроу служит «основанием открытия счета...». Поэтому он является консенсуальным, а значит, у должника (депонента) существует обязанность по договору перечислить денежные средства на счет эскроу»¹. Однако Л.Ю. Василевская, В.О. Макушкин отмечают, что такой подход прямо противоречит формулировке ст. 860.7 ГК.

Неоднозначно также решается вопрос отнесения счетов эскроу к многосторонним (трехсторонним) сделкам. Казалось бы, после реформы гражданского законодательства и внесения изменений в ст. 860.7, введения нового института условного депонирования, конструкция договора эскроу счета законодательно закрепились в качестве трехстороннего договора. Но на практике и в цивилистике существует достаточно много споров при определении правовой природы данного договора.

В связи с этим, одна группа исследователей полагают, что «отношения по счету эскроу обычно оформляются двумя договорами: 1) договором счета эскроу, который является основанием открытия счета и заключается между банком и депонентом; 2) договором условного депонирования (участвуют три стороны – бенефициар, эскроу-агент, депонент)»². Соответственно, если следовать данной схеме, договор счета эскроу представляет собой двустороннюю сделку, поскольку заключается между эскроу-агентом и депонентом.

На мой взгляд, это очень спорная позиция. Возникает ряд вопросов: если договор заключается без участия бенефициара, почему в ч. 1 ст. 860.7 ГК законодатель предусматривает переход права собственности на денежные средства от депонента бенефициару в зависимости от выполнения им условий договора? Почему норма ст. 860.9 ГК РФ предусматривают право бенефициара требовать от уполномоченного банка предоставления сведений, составляющих банковскую тайну, если бенефициар не выступает стороной данного договора? Почему в ч. 1 ст. 860.8 ГК РФ вводится запрет для бенефициара на распоряжение денежными средствами, находящимися на счете?

Также остается открытым вопрос, можно ли определять договор счета эскроу договором в пользу третьего лица (бенефициара)? Данные суждения имеют место быть, т.к. законодателем в ст. 860.7 указано, что действия по открытию

¹ Гражданское право : учеб. для бакалавров : в 2 т. / отв. ред. В. Л. Слесарев. М., 2016. Т. 2. С. 395.

² Гражданское право : учеб. для бакалавров : в 2 т. / отв. ред. В. Л. Слесарев. М., 2016. Т. 2. С. 395.

счета, блокирования и учета осуществляется «в целях их передачи другому лицу (бенефициару) при возникновении оснований, предусмотренных договором счета эскроу». Это положение критикуется в науке, в частности, Л.Ю. Василевская отмечает: «Несмотря на то что счет эскроу с наступлением указанных в договоре обстоятельств становится счетом в пользу третьего лица (бенефициара), сам договор счета эскроу считать договором в пользу третьего лица не представляется возможным, поскольку в соответствии с п. 1 ст. 860.7 ГК РФ договор заключается, как уже указывалось, между тремя лицами: банком, депонентом и бенефициаром»¹.

Однако высказываются иные точки зрения относительно «трехстороннего» характера договора эскроу счета как договора условного депонирования. Так, по мнению Л.Г. Ефимовой: «трехсторонний» договор условного депонирования (договор как документ) фактически объединяет два разных двусторонних договора (договор как правоотношение) с разными лицами. Соответственно, договор эскроу-агента с депонентом об исполнении является договором в пользу третьего лица. Договор эскроу-агента с бенефициаром является договором в пользу стороны². С.Г. Богданова, С.Е. Богданов оспаривают данную точку зрения, указывая на то, что подобное выделение элементов может свидетельствовать «об отрицании возможности существования более сложных договорных конструкций, чем двусторонние»³.

Таким образом, подводя итоги существующих дискуссий, сделаем следующие выводы: споры о квалификации договора в качестве двухсторонней либо многосторонней (трехсторонней) сделки, обусловлены тем, что правовой статус бенефициара рассматривается неоднозначно. Он может выступать в качестве стороны договора и одновременно в качестве третьего лица по одному и тому же договору и в отношении одного и того же исполнения обязательств. Вместе с тем, многие не учитывают то обстоятельство, что банк действует в интересах не только владельца счета, но и бенефициара.

Признание правового статуса бенефициара в качестве стороны договора счета эскроу имеет важнейшее значение, т.к. закрепляет право бенефициара согласовывать условия сделки до ее заключения, а также в полной мере защищать свои интересы и пользоваться всеми гарантиями.

Особенность правового режима счета эскроу обусловлена предметом, объектом и субъектным составом данного договора. Так, в соответствии со ст. 860.7 ГК РФ предметом – действия уполномоченного банка (эскроу-агента) по открытию счета для учета и блокирования денежных средств депонента в целях их передачи «другому лицу» бенефициару при выполнении им определенных в договоре условий.

Объектами депонирования по действующему законодательству могут быть только денежные средства. Данная специфика позволяет отличить договор счета эскроу от других похожих договоров, например, от условного депонирования, где в качестве объекта договора эскроу могут выступать не только денежные средства, но и иное имущество.

Рассмотрим субъектный состав эскроу счета более подробно. М.А. Токмаков обращает наше внимание на то, что «важно различать сторон и участников договорных правоотношений»⁴. Значит, к сторонам договора счета эскроу следует относить: депонента, эскроу – агента и бенефициара. А в качестве участников правоотношений могут выступать иное число участников, а не только вышеуказанные три субъекта.

Как известно, депонент (с англ. «depositor») – «это вкладчик, поклажедатель, лицо, отдающее вещь на хранение». Д.К. Дубнова дает следующее определение: «депонент в эскроу – это: 1) лицо (физическое или юридическое), которое внесло или передало на хранение другому лицу денежные средства или иное имущество под условием; 2) владелец

¹ Василевская Л. Ю. Договор счета эскроу: проблемы правовой квалификации // Электронное приложение к Российскому юридическому журналу. 2016. № 2.

² Ефимова Л. Г. Договор банковского вклада. Гражданско-правовая теория страхования вкладов. Договор банковского счета : монография. М. : Проспект, 2018. С. 427.

³ Богданов Д. Е., Богданова С. Г. Правовая природа договора условного депонирования (эскроу) // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2018. № 10 (50).

⁴ Токмаков М. А. Некоторые проблемы правового статуса субъектов договора счета эскроу // Современное состояние и тенденции развития законодательства : сб. ст. междунар. науч.-практ. конф. Уфа, 2016. С. 177–180.

счета, депонировавший определенную договором сумму на эскроу счет во исполнение своего обязательства»¹. Данное определение правового статуса депонента в счете эскроу представляется верным, поскольку в ГК не содержится специальных требований.

Бенефициаром в договоре счета эскроу является получатель денежных средств, с момента исполнения определенных в договоре условий. Им может выступать как физическое, так и юридическое лицо.

В отношении эскроу агента гражданским законодательством установлены, что им может выступать только кредитная организация. Согласно ст. 1 ФЗ «О банках и банковской деятельности» от 02.12.1990 № 395-1 кредитной организацией признается юридическое лицо, образованное в форме хозяйственного общества, которое имеет право осуществлять банковские операции на основании лицензии, выданной ЦБ РФ. Более того, если следовать буквальному толкованию нормы ст. 860.7 ГК РФ, в качестве эскроу – агента представляется исключительно банк.

В соответствии с наделенными полномочиями банк обеспечивает некое хранение и дальнейшую передачу денежных средств бенефициар при наличии оснований, предусмотренных договором.

Интересно, что состоянию на 01.07.2017 численность банков, уполномоченных выступать стороной, по договору счета эскроу составляла 21. После реформы – численность таких кредитных организаций существенно увеличилась и по состоянию на 01.02.2021 составляет 96 банков².

Таким образом, договор счета эскроу представляет собой универсальную, гибкую гражданско-правовую конструкцию, функционирующей для гарантирования исполнения основного обязательства, возникающего из различных договоров между кредитором и должником.

Нестерова О. С.

*Московский городской педагогический университет,
аспирант*

Внесудебное банкротство граждан: от теории к практике

В течение долгих лет Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» с момента его принятия регулярно претерпевает определенные изменения. С 1 сентября 2020 года вступили в силу новые поправки в российском законодательстве, касающиеся несостоятельности (банкротства) физических лиц, а именно: глава X Закона о банкротстве дополнилась еще одним параграфом – «§ 5. Внесудебное банкротство гражданина». В рамках данного нововведения были сформированы правила упрощенной процедуры личного банкротства граждан.

Внесудебное банкротство граждан – своего рода аналог судебной процедуры личной несостоятельности физических лиц, вместе с тем, более простая и более доступная для граждан. Широкий круг населения воспринимает и рассматривает эту процедуру исключительно как возможность освобождения от накопившейся задолженности перед кредитными организациями, которую по тем или иным причинам невозможно погасить. В связи с чем, многие специалисты-эксперты в данной области положительный аспект для гражданина в виде списания долгов рассматривают как негативный для взыскателя, считая, что тем самым смещается баланс интересов между кредиторами и должниками в сторону последнего.

Внесудебное банкротство, в отличие от судебной процедуры признания должника несостоятельным (банкротом) осуществляется бесплатно. Заявление о признании гражданина банкротом во внесудебном порядке рассматривают государственные и муниципальные многофункциональные центры, куда и должен обратиться непосредственно сам должник. В связи с тем, что в рамках данной процедуры не предусматривается участие арбитражного управляющего, то должник не несет дополнительных расходов, связанных с признанием его банкротом. Включение сведений в Единый федеральный реестр сведений о банкротстве также осуществляется без взимания платы, согласно действующему законодательству.

¹ Дубнова Д. К. Субъектный состав договора счета эскроу // Вестник СГЮА. 2017. № 5 (118) – С. 152–156.

² См.: URL: http://www.cbr.ru/banking_sector/credit/list_ko/#highlight=информация%7Скредитным%7Сорганизаци%7Скредитных%7Сорганизаций (дата обращения: 02.03.2021)

Данная упрощенная процедура доступна для граждан, имеющих неисполненные обязательства по долгам в размере от 50 000 до 500 000 рублей. Законодатель относит к данной задолженности также просрочку по обязательным платежам, по обязательствам, срок исполнения которых ожидается в будущем, по обязательствам по уплате алиментов и по договору поручительства (независимо от просрочки основного должника). Однако процедурой внесудебного банкротства нельзя будет воспользоваться при наличии неисполненных обязательств, непосредственно связанных с личностью заемщика, кредитора. Например: неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по неустойке (штраф, пеня), убытки в виде упущенной выгоды, проценты за просрочку платежа, выплата заработной платы или выходного пособия, возмещение морального вреда, истребование имущества из чужого незаконного владения, признания права собственности на это имущество, а также иные неисполненные обязанности по уплате обязательных платежей, установленные законодательством. При определении признаков банкротства должника указанные обстоятельства не учитываются. Также исключаются требования, не указанные в самом заявлении гражданина.

Одним из необходимых условий для банкротства физического лица во внесудебном порядке является прекращение в отношении него исполнительного производства в связи с возвращением исполнительного документа взыскателю по причине отсутствия имущества, на которое может быть обращено взыскание. При этом на момент подачи заявления в многофункциональный центр в отношении должника, после возвращения исполнительного документа взыскателю, не должно быть возбуждено иное исполнительное производство.

Проверенное на соответствие указанным в законодательстве критериям заявление гражданина-должника принимается к производству многофункциональным центром, либо возвращается заявителю с указанием причин. В данном случае непринятие заявления, не препятствует повторному обращению должника в МФЦ для оказания услуги внесудебного банкротства по истечении одного месяца. Вместе с тем, законодатель предоставил возможность гражданину обжаловать в суде отказ в принятии соответствующим органом заявления о признании его несостоятельным должником (банкротом) по упрощенной процедуре.

В случае принятия уполномоченным органом данного заявления, сведения о внесудебном банкротстве публикуются в Едином федеральном реестре сведений о банкротстве. Для должника это процессуальное действие служит показателем возбуждения внесудебной процедуры его банкротства. Одновременно с этим, для физического лица наступают определенные последствия, в некоторой степени, касающиеся его платежеспособности, такие как: прекращается начисление неустоек, пеней, процентов и иных штрафных санкций по неисполненным обязательствам; приостанавливаются действия по исполнению судебных актов, предусматривающих имущественные взыскания; вводится мораторий на удовлетворение требований кредитных организаций по денежным обязательствам.

Внесудебная процедура банкротства гражданина завершается по истечении шести месяцев, и должник автоматически освобождается от исполнения указанных им в заявлении обязательств. Однако законодательство предусматривает случаи возбуждения судебной процедуры банкротства физического лица в период внесудебного банкротства. Это связано с обращением в арбитражный суд кредитора с заявлением, о признании гражданина-должника несостоятельным должником (банкротом), если должник указал недостоверные сведения относительно размера задолженности; обнаружены имущественные права должника на определенное имущество или само имущество; имеется решение суда по иску кредитора о признании сделки должника недействительной, вступившее в законную силу.

Воспользоваться процедурой внесудебного банкротства физическое лицо может один раз в 10 лет.

Как и любое нововведение, указанная процедура имеет ряд положительных и негативных последствий. Помимо частичной реабилитации финансового состояния гражданина-должника, внесудебное банкротство несет в себе ряд положительных аспектов не только для банкротящегося гражданина, но и для органов исполнительной власти в целом. Во-первых, упрощенная процедура банкротства физического лица позволяет «разгрузить» арбитражные суды, снизив нагрузку на судей, рассматривающих дела о несостоятельности (банкротстве), и, во-вторых, создает условия для уменьшения загруженности судебных приставов-исполнителей. При этом рассматривать внесудебное банкротство граждан исключительно в качестве положительного юридического аспекта не следует, ведь по тем или иным обстоятельствам данная процедура имеет ряд специфических особенностей.

Следует отметить, что большая часть неплатежеспособного населения, планирующая личное банкротство, до конца не осознают последствия завершения данной процедуры.

Прежде всего, внесудебное банкротство не выступает абсолютной гарантией в освобождении от исполнения обязательств по долгам. Упрощенная процедура банкротства, как и судебная, предусматривает ряд оснований, согласно которым к должнику не применяются правовые последствия в виде полного списания всех долгов и освобождения от исполнения возложенных на него обязательств. Законодатель прописывает эти положения в статьях 213.38 и 223.6 Закона о банкротстве.

Вместе с тем, в отношении банкрота, независимо от способа осуществления самой процедуры – в судебном порядке или внесудебно, применяются последствия, указанные в статье 213.30 Закона о банкротстве, согласно которым гражданин-банкрот в течение определенного времени лишается определенных прав в сфере своей жизнедеятельности. Сведения о его банкротстве содержатся в открытых реестрах, в том числе доступных широкому кругу лиц. Это может стать предпосылкой к негативной реакции со стороны не только населения, но и будущего работодателя при приеме на работу, будущего кредитора при попытке оформления кредита или займа, несмотря на длительность истечения срока применяемых последствий. Иными словами, обанкротившееся физическое лицо в течение последующей жизнедеятельности имеет сопутствующее финансовое «клеймо».

Следующий негативный аспект при банкротстве гражданина претерпевает на себе сам кредитор. Фактически он теряет право на возврат долга, в связи с чем несет определенные финансовые потери. Данная ситуация для некоторых взыскателей может обернуться банкротством самого кредитора.

Вместе с тем, статистика и динамика, которую представил Федеральный реестр сведений о банкротстве, показывает тенденцию к росту банкротства среди граждан. Всего с момента введения института личного банкротства (октябрь 2015 года – 2020 год), несостоятельными должниками были признаны 282 000 человек¹. При этом новый механизм внесудебного банкротства использовали 1849 граждан. Многие специалисты связывают это увеличение с изменением социальной политики в стране, другие называют это явление «сезонным фактором», часть юристов признает рост правовой и финансовой образованности населения в данной области, а остальные ссылаются на последствия пандемии. Однако нельзя рост числа личных банкротств однозначно расценивать как резкое ухудшение экономической ситуации в стране. Подводя итог проведенному анализу, можно с уверенностью сказать о востребованности института банкротства физических лиц, в том числе института внесудебного банкротства, имеющего, как и любой правовой институт, положительные аспекты и негативные, требующие дальнейшего совершенствования и модернизации.

Осокин И. П.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Перспективы развития института права застройки

В настоящее время одним из наиболее актуальных вопросов в российском частном праве является реформирование законодательства о вещных правах, в рамках которого наиболее обсуждаемой темой является введение в отечественное гражданское законодательство права застройки.

Данный правовой институт представляет собой ограниченное вещное право владения и пользования чужим земельным участком с целью строительства на нем здания и его дальнейшей эксплуатации. Право застройки является возмездным, долгосрочным, отчуждаемым и возникает на основании договора между застройщиком и собственником земельного участка², для него характерны такие признаки, как абсолютный характер, правомочие следования, императивное закрепление содержания договора застройки в законе.

В современном российском законодательстве существует право аренды земельного участка для целей строительства, которое так же регулирует отношения, связанные с возведением недвижимости на чужой земле, однако

¹ Единый Федеральный реестр сведений о банкротстве / <https://fedresurs.ru/news?proj=Bankrot&attempt=1>.

² Суханов Е. А. Вещное право: Научно-познавательный очерк / Е. А. Суханов. М. : Статут, 2017. 238 с.

по ряду причин право застройки является более совершенной правовой конструкцией. Традиционно в качестве обоснования преимуществ права застройки в сравнении с другими правовыми режимами служат следующие аргументы:

1) В соответствии с принципом свободы договора содержание договора аренды может меняться сторонами. Это означает, например, что арендодатель имеет право отказаться от договора, изменить в одностороннем порядке арендную плату, заблокировать уступку и залог прав арендатора, что делает права арендатора по договору аренды непривлекательными и ненадежными в качестве банковского залога для получения кредита¹. В результате застройщикам нередко приходится сталкиваться со значительными трудностями в финансировании, и они вынуждены искать его у инвесторов, которыми зачастую являются обычные граждане.

2) Аренда не определяет право застройщика на возведённое здание и его статус недвижимой вещи, поскольку создание недвижимых вещей не соответствует содержанию таких понятий, как плоды, продукция, доходы, а также делимых улучшений.

3) Аренда обязует по истечении срока действия договора вернуть земельный участок и освободить его от строения, тем самым на собственника здания возлагается значительное бремя дополнительных расходов.

4) В договоре о застройке содержатся обязанности застройщика по срокам возведения здания, параметрам, эксплуатации, страхованию строения, в то время как в договоре строительной аренды определены условия использования земельного участка и вышеуказанные условия в нем не содержатся.

Впервые введение права застройки предусматривалось Концепцией развития гражданского законодательства РФ, но в данном документе были обозначены только общие положения права застройки, поэтому требовалась дальнейшая разработка правового механизма. Предполагалось, что в соответствии с Проектом ФЗ № 47538-6 Гражданский кодекс будет дополнен главой 20.1, посвященной праву застройки, но этого не произошло. Однако, разработка положений, посвященных регулированию права застройки, продолжается, и на данный момент уже разработаны актуальные новеллы, которые содержатся в Проекте № 47538-6/5 Федерального закона «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации»².

Главными особенностями данного проекта по сравнению с другими, более ранними концепциями права застройки, являются следующие новеллы:

– различный правовой режим застройки для земельных участков, находящихся в частной и публичной собственности (п. 5 ст. 300, п. 2 ст. 300.5 законопроекта);

– реализация модели единого объекта, в соответствии с которым здание или сооружение является составной частью права застройки, а право застройки – составной частью возведенного здания или сооружения (п. 4 ст. 300 законопроекта);

– невозможность отчуждения помещений в здании, возведенном на основании права застройки (п. 4 ст. 300 законопроекта);

– введение платы за право застройки в натуральной форме путем предоставления собственнику земельного участка в собственность либо во владение помещений в возведенных зданиях, также допускаются иные формы платы (п. 1 ст. 300.4 законопроекта).

В доктрине современного вещного права традиционно выделяют две основные модели права застройки на чужом земельном участке – германская и французская модель. Особенность германской модели состоит в том, что установление права застройки не приводит к возникновению отдельного права. В течение срока действия права здание, в том числе существующее на момент установления права, является составной частью права застройки, тем самым германская модель реализовывает концепцию единого объекта недвижимости. По французскому праву, в отличие от

¹ Бевзенко Р. С. О целесообразности и желательности введения права застройки в российское право // Журнал «Закон». 2016. № 6. С. 55.

² Проект № 47538-6/5 во втором чтении Федерального закона «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» // Исследовательский центр частного права имени С. С. Алексеева при Президенте Российской Федерации: [сайт]. URL: <http://privlaw.ru/povestka-47/> (дата обращения: 18.02.2021)

германской модели, возведенное строение признается отдельным объектом права, и субъект права застройки приобретает на него право собственности в течение срока действия права¹.

Современная российская модель права застройки, закрепленная в Проекте № 47538-6/5, по сути является моделью смешанного типа, и проблема заключается в том, что в ней содержатся по сути взаимоисключающие элементы германской и французской модели: в п. 3 ст. 300 законопроекта указано, что «здания и сооружения, возведенные на основании права застройки, принадлежат лицу, имеющему право застройки, на праве собственности в течение всего срока действия права застройки», но уже в п. 4 той же статьи законопроекта предусмотрена возможность применения и германской модели единого объекта: в определенных случаях, предусмотренных законом или договором, возведенное на основании права застройки здание является элементом права застройки.

Подобная вариативность законодательного подхода содержит в себе несколько серьезных проблем. Во-первых, применительно к возникающему праву на постройку здания использование термина «право собственности в течение срока действия права застройки» некорректно, т.к. он не соответствует содержанию правового режима постройки. Более того, это может ввести в заблуждение потребителей относительно статуса возведенного на основании права застройки здания, что приведет к росту судебных споров с вовлечением в них застройщиков. Во-вторых, остается неясным, на основании какого закона предусмотрена возможность применения германской модели: будет ли это новый закон или измененное действующее законодательство, но в каждом из этих случаев содержание права застройки будет подвержено изменениям, что делает права застройщиков нестабильными и в значительной степени ослабляет их. В-третьих, совмещение германской и французской модели может привести к параллельному существованию различных режимов права застройки, что серьезно усложнит применение законодательства в сфере жилищного строительства из-за множественности режимов деятельности застройщиков.

Отдельно следует отметить, что Глава 20.1 Проекта № 47538-6/5 достаточно лаконична – в ней содержится восемь статей, включающих отсылочные нормы к закону, который должен быть принят в будущем. Тем самым законопроект содержит в себе лишь общие положения, но при этом он не содержит такие важные для функционирования института права застройки элементы, как размер платы за пользование земельным участком и порядок его определения, преимущественное право субъекта права застройки на заключение договора на новый срок, порядок передачи постройки и выплаты компенсации после истечения срока действия права застройки.

Кроме того, введение права застройки сопряжено с существенными изменениями жилищного, земельного и градостроительного законодательства, а также положений Федерального закона об участии в долевом строительстве. В связи с этим новеллы о праве застройки, содержащиеся в рассматриваемом законопроекте, не могут быть введены в Гражданский кодекс в отрыве от разработанных законопроектов о внесении изменений в действующее законодательство.

Право застройки является подходящим правовым инструментом для регулирования отношений в сфере строительства, данный институт будет крайне востребован гражданским оборотом. Однако, принятие Проекта № 47538-6/5 без внесения существенных изменений может привести к тому, что новеллы о праве застройки станут заведомо неприменимыми нормами, как это было в начале XX века в Германии, где нормы о наследственном праве застройки в Гражданском Уложении долгое время оставались невостребованными оборотом, пока не было принято отдельное Положение о наследственном праве застройки.

Наиболее вероятно, что положения законопроекта о праве застройки подвергнутся изменениям и будут редактироваться еще достаточно продолжительное время, поскольку для введения права застройки также потребуется гармонизировать жилищное и земельное законодательство. На мой взгляд, более эффективным и рациональным шагом в процессе введения права застройки в гражданское законодательство представляется разработка и принятие специального закона о праве застройки и вместе с ним закона о внесении изменений в земельное, жилищное, градостроительное законодательство, поскольку это позволит избежать пробелов и противоречий в нормах регулирования права застройки.

¹ Леонтьева Л. А. Российская модель права застройки: в поисках оптимального решения // Цивилистика. 2020. № 5. С. 117.

Перепёлкина Я. А.
*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
аспирант*

Правовое регулирование краудфандинга в России

Современное развитие экономики обусловлено повсеместным внедрением информационных технологий и технических средств, создающих условия для формирования благоприятной финансовой среды. Информационные платформы не только упрощают взаимодействие участников имущественных отношений в разных сферах, но и предоставляют возможности использования новых конструкций и моделей. В частности, в области инвестиционной деятельности все более широкое развитие получает коллективное финансирование, известное в зарубежных странах как краудфандинг, позволяющее привлечь необходимую для реализации коммерческого или некоммерческого проекта денежную сумму усилиями большого количества физических и юридических лиц, то есть «толпы» (crowd), посредством использования онлайн-платформы (далее – платформа)¹.

Объем рынка краудфандинга в России в 2018 году составил 8,9 млрд российских рублей, что значительно меньше, чем в других зарубежных государствах². Для сравнения, в том же году мировой объем рынка краудфандинга составил 304, 53 млрд долларов США, при этом 215,37 млрд пришлось на Китай, 61 млрд – на США, 10,4 млрд – на Великобританию³. Низкая привлекательность краудфандинга в России была вызвана причинами не только экономического, но и правового характера, прежде всего, отсутствием специального правового регулирования возникающих отношений, а также неоднозначностью правоприменительной практики по вопросам охраны прав инвесторов, использующих для вложения денежных средств платформы.

Принятие в дальнейшем 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»⁴ (далее – Закон № 259) активизировало развитие краудфандинговых отношений. За год его действия статус операторов информационных платформ приобрели 34 хозяйственных общества⁵.

Закон закрепляет дефиниции основных понятий, связанных с краудфандинговой деятельностью; устанавливает требования, предъявляемые к участникам платформы; определяет порядок и способы инвестирования. Также им предусматриваются требования к уставному капиталу оператора платформы и его руководству; определяются виды деятельности, несовместимые с деятельностью по организации привлечения инвестиций. Ряд положений закона направлен на охрану интересов инвесторов, в их числе нормы о публикации правил платформы, предоставлении сведений о проекте, а также возложение на оператора обязанности по аутентификации и идентификации привлекающего средства лица. Наконец, закон вводит ограничение размера инвестируемых непрофессиональными инвесторами денежных средств.

Вместе с тем некоторые положения Закона № 259 вызывают критические замечания.

¹ Kirby E., Worner S. Staff Working Paper of the IOSCO Research Department SWP3/2014 «Crowd-funding: An Infant Industry Growing Fast» // URL: <https://www.iosco.org/research/pdf/swp/Crowd-funding-An-Infant-Industry-Growing-Fast.pdf> (accessed 07.03.2021).

² Сайт Банка России // URL: <https://www.statista.com/statistics/1124010/russia-crowdfunding-market-volume/>; <https://www.cbr.ru/press/event/?id=1902>.

³ Данные по оценке Кембриджского центра альтернативного финансирования (CCAF) // URL: <https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/08/2020-04-22-ccaf-global-alternative-finance-market-benchmarking-report.pdf>; Банк России представил иные данные: на 2019 год мировой рынок краудфандинга – 13,9 млрд долл. США // URL: https://www.cbr.ru/Content/Document/File/112055/Consultation_Paper_200811.pdf (доступ: 09.03.2021).

⁴ СЗ РФ. 2019. № 31. Ст. 4418.

⁵ Сайт банка России. Операторы инвестиционной платформы (по состоянию на 05.03.2021) // URL: https://www.cbr.ru/finm_infrastructure/oper/ (доступ: 09.03.2021).

Во-первых, его нормы способны создать дисбаланс между обеспечением предпринимателей доступными источниками финансирования и охраной прав лиц, не всегда обладающих достаточными познаниями для принятия решения об инвестировании¹. В отличие от Федерального закона от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»² Закон № 259 при соблюдении ограничений на размер привлекаемой суммы не требует регистрации проспекта ценных бумаг. Следует отметить, что в США действует Закон о стартапах (Jumpstart Our Business Startups Act, 2012, далее – JOBS Act), который исключает требования о регистрации ценных бумаг при их приобретении через платформу, а также предусматривает, что оператором инвестиционной платформы может стать не только лицо, зарегистрированное как брокер-дилер, но и лицо, зарегистрированное как портал финансирования (funding portal)³. К последнему предъявляются менее серьезные требования в отношении уставного капитала и руководства.

Снижение требований к оператору платформы и лицам, привлекающим денежные средства, способно создать условия для правонарушений и ослабить уровень правовых гарантий для инвесторов. Например, закон устанавливает, что непрофессиональный инвестор не может вложить в течение года более 600 000 рублей, что имеет целью предотвратить потерю инвестиций в большом размере. Однако, эффективность данной нормы сомнительна, поскольку оператор платформы может попросить предоставить ему заверение о том, что лицо является профессиональным инвестором, и снять с себя обязанность по приобретению активов, превысивших такое ограничение (п. 5 ст. 7 Закона).

Во-вторых, нормы Закона № 259 направлены на регламентацию отношений, связанных исключительно с инвестиционным краудфандингом.

В доктрине выделяют четыре основных разновидности краудфандинга: 1) благотворительный краудфандинг, в основе которого лежит договор дарения или пожертвования (donation crowdfunding); 2) краудфандинг с вознаграждением в неденежной форме (далее – краудфандинг с вознаграждением), в основе которого – договор купли-продажи будущей вещи или договор купли-продажи с предварительной оплатой товара (reward-based crowdfunding); 3) кредитный краудфандинг, в основе которого – договор займа или кредита (lending crowdfunding); 4) акционерный краудфандинг, в основе которого – приобретение ценных бумаг или доли участия в обществе с ограниченной ответственностью (equity crowdfunding)⁴. Последние два вида относятся к инвестиционному краудфандингу (краудинвестированию), поскольку инвестор ожидает получение прибыли либо в виде процентов за использование займа, либо в виде дивидендов.

Российский законодатель оставляет благотворительный краудфандинг и краудфандинг с вознаграждением за рамками специального регулирования, распространяя действие Закона № 259 только на кредитный и акционерный краудфандинг (ст. 5). Данная практика во многом следует опыту зарубежных стран. Так, действующий в США JOBS Act регулирует отношения, связанные с акционерным краудфандингом, с тем, чтобы вывести их из-под действия Закона о ценных бумагах (The Securities Act)⁵. Между тем, спонсор, как и инвестор, заинтересован в реализации проекта, даже получая взамен некоторую социальную или моральную, а не имущественную выгоду. Следовательно, спонсор также заинтересован в мерах, направленных на защиту его прав и интересов от мошеннических действий, обмана со стороны лица, привлекающего денежные средства, или оператора платформы.

Во-третьих, принятие Закона № 259 приводит к невозможности использования платформ для установления заемных отношений между физическими лицами (peer-to-peer lending).

Традиционно кредитный краудфандинг подразделяется на три подвида в зависимости от субъектного состава: заем, предоставляемый одним физическим лицом другому физическому лицу (peer-to-peer lending); заем,

¹ См., например: Яценко Т. С. Проблема охраны прав инвесторов в краудфандинге: риски инвестирования и пути их преодоления // Журнал российского права. 2019. № 8. С. 62–71.

² СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1918.

³ Regulation Crowdfunding: A Small Entity Compliance Guide for Issuers // URL: <https://www.sec.gov/info/smallbus/secg/rccomplianceguide-051316.htm> (accessed 09.03.2021).

⁴ Kirby E., Worner S. Staff Working Paper of the IOSCO Research Department SWP3/2014 «Crowd-funding: An Infant Industry Growing Fast» // URL: <https://www.iosco.org/research/pdf/swp/Crowd-funding-An-Infant-Industry-Growing-Fast.pdf> (accessed 07.03.2021).

⁵ Regulation Crowdfunding // URL: <https://www.sec.gov/rules/final/2015/33-9974.pdf> (accessed 07.03.2021).

предоставляемый физическим лицом лицу, осуществляющему предпринимательскую деятельность (peer-to-business lending); заем, предоставляемый одним предпринимателем другому (business-to-business lending).

Закон № 259 не применяется при инвестировании способами, не указанными в нем, но заем указан среди возможных способов инвестирования, то есть урегулирован (ст. 1, 5). Следовательно, к нему применима норма о том, что лицами, привлекающих инвестиции, являются индивидуальные предприниматели и юридические лица (ст. 2). При этом применению положений ГК РФ к договору займа, заключенному по модели peer-to-peer lending, препятствует «урегулированность» кредитного краудфандинга на уровне специального закона¹.

В-четвертых, закон содержит положения, которые закрепляют единую модель отношений участников инвестиционной платформы, не учитывая разные принципы работ платформ². Например, им определено, что договор инвестирования заключается только в том случае, если набралась сумма, необходимая для реализации проекта («все или ничего»), хотя на практике платформы также реализуют модель «сколько собрано, столько получено».

Отмеченное свидетельствует о необходимости дальнейшего совершенствования правового регулирования краудфандинговой деятельности, имеющей огромный потенциал для развития в России. При этом основной задачей законодателя должно стать обеспечение адекватного баланса интересов лиц, привлекающих финансирование для развития своих проектов, и инвесторов, вложивших свои денежные средства с целью получения прибыли.

Потаскуева Д. В.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

К вопросу о правовой природе аккаунта в социальных сетях и проблеме раздела данного «имущества»

Цифровые активы все чаще становятся источниками жарких споров и ведения переговоров. И уже давно создание совместного аккаунта в социальных сетях не является редкостью для супружеских пар. Набрав популярность, эти интернет-аккаунты могут стать ценным «цифровым имуществом», и ни одна из сторон не захочет передавать его другой стороне из совместной собственности.

Но что будет с этими ценными аккаунтами в соцсетях и доходами от них в процессе раздела имущества при расторжении брака с точки зрения гражданского, семейного, авторского права? Можно ли считать аккаунт в социальной сети имуществом? Является ли ценный аккаунт в соцсетях и доходы от него общим имуществом супругов?

В доктрине гражданского права существуют различные подходы к определению понятия «имущество». А.П. Сергеев в качестве имущества определяет: отдельные вещи их совокупность; вещи, деньги и ценные бумаги; не только перечисленные выше объекты, но и имущественные права; совокупность наличных вещей, денег, ценных бумаг, имущественных прав, а также обязанностей субъекта³. Е.А. Суханов указывает на различные смысловые нагрузки понятие имущества. В одних случаях это понятие используется для обозначения конкретных вещей, в других – как определённая совокупность прав и обязанностей субъекта, в-третьих, под имуществом понимается совокупность вещей, прав требования, а также долгов (обязанностей)⁴.

По общему правилу все нажитое в браке имущество является общим (недвижимость, ценные бумаги, автомобили и пр.).

¹ Пример применения норм ГК РФ к займу, заключенному на платформе (до принятия Закона № 259): Решение АС города Москвы № А40-168164/2017 // URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/ac5cd3ac-ed6e-47a4-a68b-bedc047f8788> (доступ: 09.03.2021).

² См. подробнее: Мотовилов О. В. Феномен краудфандинга: исследование особенностей // Вестник Санкт-Петербургского университета. Экономика. 2018. № 34 (2). С. 298–316.

³ А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой // Гражданское право // СПб., 1996. – Ч. 1. – С. 1894.

⁴ Е. А. Суханов // Гражданское право. Т. 1. Учеб. пособие // М. 1998. С. 294.

В соответствии со ст. 34 Семейного кодекса Российской Федерации¹ (далее – СК РФ) доходы супругов, включая доходы от предпринимательской и результаты интеллектуальной деятельности, а также иные выплаты, не имеющие специального назначения (кроме сумм материальной помощи, компенсаций в связи с утратой трудоспособности вследствие причинения вреда здоровью и др.) являются их общим имуществом. Поэтому прибыль, которую приносят аккаунты в соцсетях через различные механизмы монетизации, рекламные контракты, должна относиться к общей собственности супругов.

Говоря о разделе такого имущества, как аккаунт в соцсети, необходимо обратить внимание на то, что на обычный кейс о гражданском споре накладываются особенности Семейного кодекса (ведь супруги имеют равные права на совместно нажитое имущество) и особенности авторского права.

Согласно ст. 128 Гражданского кодекса Российской Федерации² (далее – ГК РФ) к объектам гражданских прав относится, помимо всего вышеперечисленного, «иное имущество». Вопрос встает о том, чьим имуществом оно является и что представляет собой «аккаунт в социальных сетях»?

Гражданский кодекс прямо не определяет аккаунт в соцсетях как вид имущества (цифрового или виртуального). В то же время перечень объектов гражданских прав согласно ст. 128 Гражданского кодекса РФ открытый, поэтому страницу в соцсети можно было бы отнести к «иному имуществу». Такое решение однажды было принято Девятым арбитражным апелляционным судом в постановлении от 15.05.2018 № 09АП-16416/2018 по делу № А40-124668/201³ применительно к криптовалюте до того, как положения о цифровых правах были внесены в законодательство.

Материалами указанного дела подтверждалось, что гражданин по своему усмотрению вправе владеть, пользоваться и распоряжаться содержимым указанного криптокошелька как своим собственным имуществом, совершать в отношении его любые действия, не противоречащие закону и иным правовым актам и не нарушающие права и охраняемые законом интересы других лиц, т.е. вправе осуществлять полномочия, близкие к полномочиям собственника, предусмотренным ч. 2 ст. 35 Конституции Российской Федерации⁴ и ст. 209 ГК РФ.

По решению суда гражданин был обязан передать финансовому управляющему доступ к криптокошельку (передать пароль) для пополнения конкурсной массы, таким образом, криптокошелек (его содержимое) был включен в конкурсную массу, тем самым он был отнесен к имуществу должника.

В своем постановлении суд ссылаясь на то, что в силу диспозитивности норм гражданского права в ГК РФ отсутствуют закрытый перечень объектов гражданских прав и понятие «иное имущество», упомянутое в ст. 128 ГК РФ, поэтому с учетом современных экономических реалий и уровня развития информационных технологий допустимо максимально широкое его толкование⁵.

Как в случае с криптокошельком, так и в случае с аккаунтом в социальных сетях для регулирования сложившихся отношений необходимо обратиться к положениям ст. 6 ГК РФ, в соответствии с которой при невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости.

На практике популярные аккаунты в социальных сетях часто продают и покупают, как и любое другое имущество, только в данном случае это имущество виртуальное или цифровое. Социальная сеть «В контакте» разрешила

¹ Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ // Собрание законодательства РФ. № 1 от 1 января 1996 года, ст. 16.

² Гражданский кодекс Российской Федерации (ГК РФ) от 30 ноября 1994 года № 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ № 32 от 5 декабря 1994 года, ст. 3301.

³ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 15.05.2018 № 09АП-16416/2018 по делу № А40-124668/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020)

⁵ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 15.05.2018 № 09АП-16416/2018 по делу № А40-124668/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

пользователям покупку/продажу публичных страниц и пабликов, хотя правила и политики других известных социальных сетей, например Instagram, прямо запрещают такие сделки¹.

Все результаты интеллектуальной деятельности, предусмотренные в ст. 1225 ГК РФ, можно разделить на две категории, одна из которых относится к авторским правам, охраняющим произведения науки, литературы и искусства.

Изучая правовую природу правоотношений, которые складываются при создании аккаунтов в социальных сетях, можно сказать, аккаунт или сообщество содержат объекты авторского права: изображения, музыку, стихи или коммерческие обозначения, индивидуализирующие соответствующую площадку, которые охватываются областью авторского права.

Если считать аккаунт в соцсети результатом интеллектуальной деятельности, то в соответствии с положениями ст. 36 СК РФ исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности принадлежат автору и не являются общим имуществом супругов.

Примеры законодательного регулирования указанной сферы можно найти в законодательстве некоторых штатов Америки. Штат Дэлавер в августе 2014 года первым законодательно предусмотрел возможность оформлять право собственности на интернет-аккаунты, принадлежавшие умершему гражданину².

В силу ч. 2 ст. 256 ГК РФ все доходы, получаемые от использования результата интеллектуальной деятельности, в том числе и принадлежащего одному из супругов, являются общим имуществом мужа и жены и, по общему правилу, должны делиться пополам.

При этом, если все же признать аккаунт общим имуществом супругов, появляется проблема оценка доходности аккаунта для, которая может меняться в зависимости от различных условий (например, от охвата аудитории). В связи с этим представляется возможным посчитать среднемесячный доход от данного аккаунта по аналогии с исчислением средней заработной платы согласно ст. 139 Трудового кодекса РФ³ (далее – ТК РФ) и присудить выплатить второму супругу половину такого дохода, полученного за время использования данного аккаунта.

Анализируя действующее российское законодательство, сложившуюся практику зарубежных стран, различные доктринальные источники, можно сделать вывод, что в настоящее время отсутствуют нормы права, закрепляющие понятие «имущество» в рамках современного гражданского права в эпоху цифровизации. В связи с этим дискуссионным остается вопрос определения правовой природы аккаунта в социальных сетях, а также возможности его раздела при расторжении брака, аналогично разделу иного совместного имущества супругов.

Закрепление таких положений позволит в большей степени регламентировать отношения, складывающиеся в настоящее время в цифровом пространстве, даст возможность регулировать вопросы наследования, дарения и купли-продажи, раздела аккаунтов в социальных сетях, а также обеспечит правовые условия для судебной защиты владельцев таких аккаунтов.

Романов И. С.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Виртуальная собственность в многопользовательских играх как объект гражданского оборота

Динамичность права на фоне развития компьютерных технологий, индустрии видеоигр, повышения спроса на киберспорт, развития стриминговых сервисов, «рождает» совершенно новые объекты гражданского оборота. Огромную популярность набирают и многопользовательские игры. В Европе, России, Африке и на Ближнем Востоке только за

¹ URL: <https://ru-ru.facebook.com/help/instagram/581066165581870>.

² Elizabeth Holland Capel. Conflict and Solution in Delaware's Fiduciary Access to Digital Assets and Digital Accounts Act // Berkeley Technology Law Journal Vol. 30, No 4, Annual Review (2015), P. 1211–1242 (32 pages) URL: <https://www.jstor.org/stable/26377752>

³ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ // Собрание законодательства РФ № 1 от 7 января 2002 года, ст. 3.

2020 год продано 123,7 миллионов копий игр – на 19 % больше по сравнению с 2019 годом. Из них 58,7 миллионов – цифровые загрузки, на 47 % больше, чем годом ранее, и 65 миллионов – физические копии, на 0,8 % больше, чем годом ранее¹. При этом, общий объем выручки более 200 миллиардов долларов, где 74 % обеспечили внутриигровые покупки². Так называемые In-game purchases не являются обязательными, но разработчики, как правило, создают все условия для привлечения средств из кошельков геймеров, предлагая взамен «виртуальные ценности», которые могут облегчить или ускорить игровой процесс для получения определенных достижений. Игрокам предлагают платить за возможность получения редких внутриигровых предметов, которые можно разделить на два типа: косметические, то есть не влияющие на игру и «pay-to-win» предметы, которые непосредственно меняют игровой процесс, дают определенные преимущества. Кроме того, крупнейшие многопользовательские игры позволяют обменивать и продавать предметы на внутриигровых рынках за специальную валюту. В большинстве игр обратная конвертация в реальные деньги напрямую отсутствует, однако игроки формируют «черный рынок», где происходит продажа «виртуальных активов» за реальные денежные средства.

Ценность виртуальных предметов может очень сильно варьироваться, в зависимости от специфики конкретной игры. Так, например, за косметический предмет в популярной многопользовательской игре Counter-strike : Global Offensive в январе 2021 года были заплачены рекордные \$150 тысяч³. В спортивных симуляторах серии Fifa игроки покупают за внутриигровую валюту «пакеты с футболистами», где с определённым шансом игроки получают виртуальные версии профессиональных игроков с определёнными характеристиками, которые впоследствии дают преимущества в матчах с другими игроками по средствам сети интернет, что привлекает геймеров. Потенциально за счет высоких результатов можно выиграть крупные денежные призы. В связи с этим, реальная ценность одного редкого виртуального футболиста может достигать десятки тысяч рублей.

Всего за 2018 год Россияне потратили \$456 млн на внутриигровые покупки⁴. Приведенные данные свидетельствуют о нарастающем коммерческом успехе отрасли многопользовательских игр, как на мировом, так и на национальном уровне. Остается открытым вопрос: «Насколько защищен обладатель «виртуальной собственности» в рамках действующего законодательства?» Прежде всего, нужно отметить, что данная терминология раскрывает не институциональную разновидность «собственности» в правовом аспекте, данной терминологией следует обозначить некий объект гражданского оборота, существующий в виртуальном пространстве, но обладающий ценностью в рамках реального мира.

Следует обратиться к зарубежному опыту, где данный вопрос разрабатывается продолжительное время.

С 2009 года в КНР возникла судебная практика, признающая имущественную ценность игровых объектов и прав на них за конкретным пользователем, признавая за такой собственностью часть характеристик «реальной» собственности. Кроме того, в стране на основании актов Министерства общественной безопасности страны проводятся расследования по фактам кражи виртуальных объектов. С сентября 2008 года Правительство Китая облагает налогом прибыль юридических и физических лиц (в размере 20 %), если денежные операции связаны с виртуальной валютой⁵.

Американская правовая доктрина не раз высказывала идеи о признании виртуальных объектов в качестве объектов права собственности. Предлагается распространить на виртуальные объекты нормы общего права. В качестве

¹ Digital downloads jumped 47 % across Europe in 2020 | European Annual Report // www.gamesindustry.biz URL: <https://www.gamesindustry.biz/articles/2021-02-05-digital-downloads-jumped-47-percent-across-europe-in-2020-european-annual-report> (дата обращения: 05.02.2021).

² Индустрия компьютерных игр // dcenter.hse.ru URL: <https://dcenter.hse.ru/data/2020/07/27/1599127653/Индустрия%20компьютерных%20игр-2020.pdf> (дата обращения: 25.01.2021).

³ Most expensive csgo skin sold for a record \$150K USD // www.talksport.com URL: <https://www.talksport.com/news/csgo/most-expensive-csgo-skin-sold-for-a-record-150k-usd/> (дата обращения: 03.02.2021).

⁴ Условно-бесплатный сыр: что заставляет геймеров платить // iz.ru URL: <https://iz.ru/905487/ignat-shestakov/uslovno-besplatnyi-syr-cto-zastavliaet-geimjerov-platit> (дата обращения: 29.01.2021).

⁵ Смирнова Т. С. Игровые объекты MMORPG как вещи и объекты гражданских прав / Т. С. Смирнова. – Текст: непосредственный // Государство и право: теория и практика : материалы VI Междунар. науч. конф. (г. Санкт-Петербург, апрель 2020 г.). – Санкт-Петербург: Свое издательство, 2020. С. 8–16.

аргументов в пользу своей позиции сторонники распространения на виртуальные объекты норм о праве собственности ссылаются на то, что такие объекты могут приобретаться и отчуждаться и обладают явно выраженной потребительской ценностью¹. Тем не менее, в американской судебной практике данный вопрос остается до сих пор открытым.

Таким образом, в зарубежной практике всё чаще возникает вопрос урегулирования судьбы виртуальных объектов, однако противодействие крупнейших правообладателей и сложная практическая реализация не позволяют эффективно разрешить проблему.

Российский опыт в данной сфере достаточно однозначен. Пользователь остается наедине с правообладателем. Дальнейшее взаимодействие регулируется исключительно пользовательским (лицензионным) соглашением, согласно которому зачастую ущемляются права игроков. Аккаунты, оценивающиеся в десятки, сотни тысяч рублей, могут быть заблокированы в одностороннем порядке в случае нарушения вышеуказанного соглашения. Как итог, пользователь теряет возможность вернуть вложенные деньги. Правообладатель же, тем самым, удерживает денежные средства игроков, оставляя за собой право распорядиться «виртуальными ценностями» по своему усмотрению. Кроме того, принимая во внимание высокую ценность виртуальных объектов и невозможность изъять ценности в пользу государства или потребителя, в случае нарушения законодательства создаются определенные финансовые риски в области наследственного права и банкротства. В случае мошенничества в рамках виртуальной среды, приводящего к потерям огромных денежных средств, отсутствует возможность уголовного преследования. Также на внутриигровых рынках усложняется процесс налогообложения финансовых операций, как между пользователями, так и напрямую с разработчиками.

Несмотря на существующую проблематику, российская судебная практика придерживается позиции «невмешательства» в игровые процессы. Большинство споров, касающихся «виртуальной собственности» в многопользовательских играх судами общей юрисдикции разрешаются ссылками на 1062 ГК РФ, квалифицирующие данные отношения, как связанные с азартными играми или пари². Согласно п. 1 ст. 1062 ГК РФ требования граждан и юридических лиц, связанные с организацией игр и пари или с участием в них, не подлежат судебной защите, за исключением требований лиц, принявших участие в играх или пари под влиянием обмана, насилия, угрозы или злонамеренного соглашения их представителя с организатором игр или пари, а также требований, указанных в п. 5 ст. 1063 ГК РФ.

Гражданский кодекс РФ не содержит дефиниции понятия «игра», поэтому необходимо обратиться к Федеральному закону от 29 декабря 2006 г. № 244-ФЗ, где «азартная игра – основанное на риске соглашение о выигрыше, заключенное двумя или несколькими участниками такого соглашения между собой либо с организатором азартной игры по правилам, установленным организатором азартной игры». Таким образом, суды ссылаются на лицензионное соглашение, заключаемое при регистрации между пользователем и издателем, согласно которому пользователь лишается права на компенсацию в связи утратой доступа к «виртуальным инвестициям». При этом, суды не соотносят лицензионное соглашение с диспозицией статьи 1062 ГК РФ. В большинстве соглашений указывается: «Пользователь соглашается с тем, что игра не является азартной игрой, игрой на деньги, конкурсом или пари»³. Обнаруживается некая коллизия, где суды встают на сторону разработчиков и издателей, оперируя статьей 1062 ГК РФ, относя многопользовательские игры к азартным и тем самым отказывая в судебной защите, но в лицензионных соглашениях, как правило, отрицается причастность к азартным играм или пари. В связи с этим, положения статьи 1062 ГК РФ не могут распространяться на многопользовательские онлайн игры, потому что в них отсутствуют признаки азартной игры. Отталкиваясь от позиции судов Российской Федерации, следует вообще запретить многопользовательские игры, поскольку признание их азартными, автоматически распространяет на них действие

¹ Lastowka G., Hunter D. The Laws of the Virtual Worlds // California Law Review. 2004. Vol. 92. Iss. 1. P. 49.

² Постановление Президиума Московского городского суда от 24 мая 2013 г. по делу № 44г-45; Определение Костромского областного суда от 12 мая 2010 г. по делу № 33-562; Определение Костромского областного суда от 31 мая 2010 г. по делу № 33-672; решение Басманного районного суда от 17 августа 2010 г. по делу № 2-2360/10 ; решение Лефортовского районного суда г. Москвы от 5 октября 2010 г.

³ Юридические документы // legal.ru.wargaming.net URL: <https://legal.ru.wargaming.net/ru/eula/> п 9.1 (дата обращения: 01.02.2021).

Федерального закона от 29 декабря 2006 г. № 244-ФЗ, запрещающим деятельность по организации и проведению азартных игр с использованием информационно-телекоммуникационных сетей, в том числе сети «Интернет». Устоявшаяся позиция российской судебной системы является не логичной по отношению к сделкам, связанным с приобретением и распоряжением виртуальными объектами за реальные деньги.

Требуется пересмотр существующей позиции, разработка специальной нормативной базы для виртуальных объектов. Признание внутриигровых предметов объектами гражданского оборота и предоставление возможности судебной защиты имущественных прав на виртуальные ценности позволит оградить геймеров-потребителей от неоправданных финансовых рисков. Государство в свою очередь, сможет контролировать огромный денежный оборот по сделкам с виртуальной собственностью.

Рылькова М. А.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Некоторые особенности государственных закупок научно-исследовательских работ в рамках контрактной системы

Контрактная система в сфере закупок товаров, работ и услуг для государственных нужд выступает одним из базовых элементов управления государственными финансами, обеспечивающих функционирование и устойчивое развитие общественных институтов. В соответствии с п. 8 ст. 3 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»¹ (далее – Закон о контрактной системе) государственный контракт представляет собой гражданско-правовой договор, предметом которого являются поставка товара, выполнение работы, оказание услуги (в том числе приобретение недвижимого имущества или аренда имущества) и который заключен от имени Российской Федерации, субъекта Российской Федерации (государственный контракт) государственным заказчиком для обеспечения соответственно государственных нужд.

Самостоятельную группу госконтрактов составляют контракты на выполнение научно-исследовательских работ (далее – НИР). В основном такие контракты направлены на создание научно-технического результата, поэтому выступают не только как средство удовлетворения государственных потребностей, но и как определенный механизм стимулирования инновационной активности хозяйствующих субъектов. Во многом именно творческий характер таких работ определяет специфику данной группы госконтрактов.

Общие начала правового регулирования НИР нашли свое закрепление в нормах Гражданского кодекса Российской Федерации² (далее – ГК РФ), прежде всего, в гл. 38 ГК РФ. В соответствии с п. 1 ст. 769 ГК РФ научно-исследовательские работы представляют собой обусловленные техническим заданием заказчика научные исследования. Более развернутое понятие дает Федеральный закон от 23.08.1996 127 – ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике»³. На основании ст. 2 указанного закона научная (научно-исследовательская) деятельность определяется как деятельность, направленная на получение и применение новых знаний, в том числе фундаментальные, прикладные и поисковые научные исследования.

Проанализировав приведенные выше определения, можно сделать вывод, что одной из основных проблем, возникающих при закупке НИР, является сложность определения предмета договора. Во-первых, такие работы носят творческий характер и направлены на получение новых знаний, что может вызвать затруднения при описании

¹ Федеральный закон от 05.04.2013 № 44 – ФЗ (ред. от 30.12.2020) «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2021) // СПС «КонсультантПлюс».

² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ (ред. от 27.12.2019, с изм. от 28.04.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

³ Федеральный закон от 23.08.1996 № 127 – ФЗ (ред. от 08.12.2020) «О науке и государственной научно-технической политике» // «Собрание законодательства РФ», 26.08.1996, № 35, ст. 4137.

результата работы в конкурсной документации. Во-вторых, одной из особенностей НИР, которая в частности отличает их от подрядных работ, является существование риска невозможности исполнения договора, который в соответствии с п. 3 ст. 769 ГК РФ, если иное не предусмотрено законом или договором, несет заказчик.

Вопрос о том, что является предметом договора на выполнение НИР является дискуссионным. Наиболее обоснованной и убедительной представляется позиция, согласно которой предмет договора составляют в совокупности сами работы и их результат, ведь, как справедливо отмечает Ю.В. Романец, «любая работа выполняется для достижения того или иного экономического результата. Работа ради работы бессмысленна»¹. Таким образом, в связи с тем, что эта деятельность носит во многом инновационный характер, для заказчика важны как сами работы (их личное выполнение контрагентом, четко описанный способ исполнения), так результат исследования, т.е. положительные или отрицательные мотивированные выводы, которые, следует отметить, обличаются в определенную материальную форму в соответствии с межгосударственными стандартами (ГОСТами). Следовательно, условие о предмете госконтракта на выполнение НИР должно быть сформулировано таким образом, чтобы оно позволяло точно определить конкретный перечень проводимых исследований, какие при этом будут использованы ранее созданные материалы, а также наиболее общее описание необходимых потребительских свойств результата работ.

Спецификой предмета во многом обусловлены и другие особенности контракта на выполнение НИР. Во-первых, для всех государственных контрактов предусмотрен особый порядок заключения: согласно п. 1 ст. 527 государственный контракт заключается на основе размещенного в соответствии с законодательством государственного заказа. Закон о контрактной системе не называет конкретного способа определения исполнителя, однако, упоминание научно-исследовательских работ встречается в статьях Закона о контрактной системе, посвященных открытому конкурсу, что может свидетельствовать о приоритетности данной процедуры. В связи с тем, что такие работы во многом носят творческий характер и могут иметь несколько альтернативных методик выполнения, законодатель предоставил заказчикам по результатам проведения открытого конкурса заключать контракты на выполнение нескольких НИР, составляющих один лот (закон называет такую совокупность поисковой научно-исследовательской работой), с несколькими участниками торгов на одних и тех же условиях, если такое право предусмотрено самим заказчиком в конкурсной документации (ч. 10 ст. 34, п. 6 ч. 1 ст. 50 Закона о контрактной системе). Помимо этого, в случае, если для уточнения характеристик объекта закупки для заключения контракта на выполнение научных исследований необходимо провести его обсуждение с участниками закупки, заказчик вправе провести двухэтапный конкурс (ч. 2 ст. 57 Закона о контрактной системе).

Во-вторых, в соответствии с п. 2 ст. 772 ГК РФ заказчик имеет право использовать результаты НИР, исполнитель же вправе делать это только для удовлетворения собственных нужд. Иной порядок распределения прав на результаты работ может быть предусмотрен договором. Но следует учесть, что в связи с тем, что научные работы зачастую связаны с инновационной деятельностью, результаты таких работ могут представлять собой результаты интеллектуальной деятельности (далее – РИД), которым предоставляется правовая охрана по правилам VI раздела ГК РФ². Так, по данным Роспатента, за 2019 год по результатам проверок 339 государственных контрактов на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ (далее – НИОКР и ТР) гражданского назначения были оформлены права на 641 РИД³.

Согласно п. 1 ст. 1373 ГК РФ исключительное право на изобретение, полезную модель или промышленный образец, созданные во исполнение государственного контракта, принадлежит исполнителю, если контрактом не предусмотрено, что это право принадлежит публично-правовому образованию, от имени которого действует заказчик, либо совместно ему и исполнителю. В соответствии с п. 4 той же статьи в случае, когда патент принадлежит не публично-правовому образованию, патентообладатель обязан по требованию заказчика предоставить указанному им лицу

¹ Романец Ю. В. Система договоров в гражданском праве России : монография. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Норма; Инфра-М, 2013. С. 391.

² Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть четвертая от 18.12.2006 № 230-ФЗ (ред. от 30.12.2020) (с изм. и доп., вступ. в силу с 17.01.2021) // СПС «КонсультантПлюс».

³ См.: Отчет о деятельности Роспатента за 2019 год // Сайт Федеральной службы по интеллектуальной собственности URL: <https://rospatent.gov.ru/content/uploadfiles/otchet-2019-ru.pdf> (дата обращения: 14.12.2020).

безвозмездную простую (неисключительную) лицензию. Идентичный порядок распределения предусмотрен и для исключительных прав на секреты производства (ст. 1471 ГК РФ). Можно прийти к выводу о том, что законодатель установил диспозитивный характер указанных норм, предоставив государственным заказчикам право самостоятельно определять порядок распределения исключительных прав на РИД в условиях контракта. Однако Постановление Правительства РФ от 22.04.2009 № 342¹ содержит ряд условий, при наличии которых государственные заказчики обязаны предусматривать в контрактах условия о закреплении исключительных прав на РИД, полученные в результате исполнения обязательств по государственному контракту на выполнение НИОКР для государственных нужд, за Российской Федерацией. К примеру, такое условие должно содержаться в контракте, если результаты научно-технической деятельности изъяты из оборота или непосредственно связаны с обеспечением обороны и безопасности государства. Следует отметить, что в соответствии с Федеральным законом от 22.12.2020 № 456 – ФЗ² (вступит в силу с 1 января 2022 года) ГК РФ будет дополнен ст. 1240.1, которая во многом воспроизводит положения упомянутого выше постановления.

Подводя итоги, хотелось бы отметить, что в настоящее время государственные закупки НИР могут быть эффективным способом воздействия на устойчивое и стабильное развитие научно-исследовательской деятельности, создание и внедрение отечественных инновационных разработок во все сферы жизни. Именно поэтому государство, дополняя и совершенствуя правовое регулирование этого вида договоров, стремится использовать закупку НИР в качестве действенного механизма воздействия на экономические процессы страны.

Сарычихина В. К.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Принцип добросовестности в гражданских отношениях: соотношение необходимости и угрозы стабильности правопорядка

Многие учёные задавались вопросом: зачем в юриспруденцию было введено понятие «добросовестность», как его трактовать и каковы его критерии, так как эта категория больше морально-нравственная, нежели правовая. Это порождает большое количество бесконечных дискуссий о необходимости такого понятия, как «добросовестность». В процессе рассуждения мы затронем позиции знаменитых правоведов по данному вопросу, рассмотрим примеры из судебной практики и на основе их анализа постараемся найти решение данной проблемы.

Известный российский правовед И.А. Покровский, проанализировав основные положения в области обязательств Германского гражданского уложения, пришёл к тому, что из-за введения понятия «доброй совести» правила по исполнению обязательств «окутались в германской литературе густым туманом»³. Учёный считал, что данный принцип не выполняет должной функции регулятора в договорных отношениях. Не имея чётко определённого понятия и критериев, принцип доброй совести предоставляет каждому возможность толковать его вольно и в свою пользу. Тем самым Иосиф Алексеевич отвергал необходимость применения добросовестности в обязательственном праве и настаивал на том, что она способствует лишь развитию субъективизма.

Совсем иного мнения придерживался такой знаменитый советский и российский правовед, как В.П. Мозолин, который отмечал, что категория добросовестности в гражданском праве необходима, поскольку она выполняет субсидиарную функцию в случаях применения аналогии права. Виктор Павлович не отрицал факта необходимости данного принципа в российском законодательстве, причём выводил его на первый план: «Прекращение независимого

¹ Постановление Правительства РФ от 22.04.2009 № 342 (ред. от 18.03.2020) «О некоторых вопросах регулирования закреплённых прав на результаты научно-технической деятельности» // СПС «КонсультантПлюс».

² Федеральный закон от 22.12.2020 № 456 – ФЗ «О внесении изменений в части вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и признании утратившими силу законодательных актов (отдельных положений законодательных актов) Российской Федерации» // Российская газета, № 293, 28.12.2020.

³ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М. : Статут, 1998. С. 275–276.

воздействия добросовестности на гражданское право фактически ведёт к прекращению действия гражданского законодательства¹. Из этого следует, что, по мнению Виктора Павловича, принцип добросовестности играет довольно важную роль в российской правовой системе, так как он предоставляет дополнительные возможности использования правового механизма гражданско-правовой ответственности.

Положительной оценки о введении в Гражданский кодекс рассматриваемого принципа придерживается профессор Е.Е. Богданова, которая по итогам анализа точек зрения многих учёных по этому вопросу приходит к выводу, что, несмотря на отсутствие строгого легально закреплённого определения и выделения критериев, принцип добросовестности имеет большое значение, так как он обеспечивает свободное осуществление прав субъектов гражданских правоотношений и эффективность их защиты, что нельзя не отметить как начало процесса социализации гражданского права².

Впервые на международном уровне понятие «добросовестность» было закреплено в Конвенции Организации Объединенных Наций «О договорах международной купли-продажи товаров» в 1980 году. При этом чёткого определения данного понятия дано не было, что стало причиной неоднозначного и скептического к нему отношения со стороны учёных-правоведов. Так, например, С. Коломбо (S. Colombo) придерживается мнения, что понятие «добросовестность», как и «честность» является больше моральной категорией, и её чаще стоит применять в сферах идеологии и морали³.

Обратим внимание на высказывание английского исследователя Р. Гуда (R. Goode), который отмечал, что внедрять в законодательство концепцию добросовестности следует с осторожностью, поскольку не разрешена проблема противоречия между преследованием собственных интересов и вниманием к интересам другой стороны во время заключения договора⁴. Анализируя позиции двух иностранных правоведов можно прийти к выводу, что не только в российской практике есть проблемы с применением данного принципа, но при этом не исключается факт того, что категория добросовестности должна быть введена в законодательство.

В Российской Федерации принцип добросовестности был закреплён в Гражданском кодексе Федеральным законом от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ. Теперь согласно статье 1: «при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно»⁵. Тем самым законодатель ввёл принцип добросовестности в гражданское законодательство, но в кодексе официального разъяснения по поводу его определения дано не было.

Толкование понятия «добросовестное поведение» можно найти в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25, согласно которому добросовестное поведение – это «поведение, ожидаемое от любого участника гражданского оборота, учитывающее права и законные интересы другой стороны, содействующее ей, в том числе в получении необходимой информации»⁶. Стоит отметить, что в статье 307 ГК РФ, которая посвящена понятию «обязательство», законодатель перечислил критерии добросовестного поведения, которые соотносятся с тем, что указано в Постановлении, из чего можно сделать вывод, что содержание понятия «добросовестность» закреплено в приведённых выше источниках.

Подводя промежуточный итог, хотелось бы сказать, что на наш взгляд, принцип добросовестности необходим в российском законодательстве, потому что добросовестность участников гражданских правоотношений учитывается при защите нарушенных прав, что является дополнительной гарантией защиты тех самых прав.

¹ Мозолин В. П. На пике времени. Избранные труды. В поисках научной истины. М. : Юстицинформ, 2014. С. 151.

² Богданова Е. Е. Принцип добросовестности в договорных отношениях в российском и зарубежном праве // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 7 (44) июль. С. 1369.

³ Colombo S. Good faith: The Law and Morality // The Denning Law Journal C. 23.

⁴ Goode R. Commercial Law. 3-d ed. London, England. 2004. P. 95.

⁵ Федеральный закон от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета, от 11 января 2013 г., № 3.

⁶ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета, от 30 июня 2015 г., № 140.

Для подтверждения сказанного выше, приведём несколько примеров из судебной практики. Так, в Верховном Суде рассматривалось дело, когда Общество с ограниченной ответственностью А (далее Общество) подало кассационную жалобу на постановления нижестоящих судов с просьбой отменить судебные акты в той части, в которой были удовлетворены требования другой стороны (гражданина Х). Но жалоба удовлетворена не была, потому что, по мнению Верховного Суда, действия заявителя не отвечали критериям добросовестности и разумности, нарушали права и законные интересы гражданина Х, который в результате спорного увеличения уставного капитала Общества утратил корпоративный контроль в Обществе с 33,3 % доли до 3,33 % доли в его уставном капитале¹. Тем самым, руководствуясь критериями добросовестности и разумности, Верховный Суд вынес справедливое решение, направленное на защиту нарушенного интереса гражданина.

В практике Верховного Суда также было дело, когда общество с ограниченной ответственностью Л подало кассационную жалобу, оспаривая постановления об отказе в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда. Но оснований для пересмотра принятых по этому делу судебных актов установлено не было, так как Верховный Суд пришёл к выводу о том, что при вынесении решения третейским судом были нарушены основополагающие принципы российского права (в их числе принцип добросовестности), и в удовлетворении требования Общества Л Верховный Суд отказал². Так, нарушение принципа добросовестности привело к неправильному решению третейского суда, которое Верховный Суд посчитал незаконным.

Помимо этого, обратим внимание, что в статье 431² ГК РФ говорится, что за такое проявление недобросовестного поведения, как предоставление недостоверных сведений при заключении и исполнении договора, предусмотрено наказание в виде возмещения убытков или выплаты неустойки. В качестве еще одной меры защиты участников гражданского правоотношения законодатель закрепил пределы осуществления гражданских прав. Согласно статье 10 ГК РФ, заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав не допускается, в случае несоблюдения данного требования суд вправе отказать лицу в защите его прав, а если лицо нарушило права другого лица, то пострадавший имеет право требовать возмещение убытков. Тем самым закон пресекает любые попытки злоупотребления лицом своими правами, при этом он защищает и права стороны, пострадавшей от недобросовестных действий своего контрагента. Следует добавить, что категория добросовестности стала основой для появления новых институтов, в качестве примера рассмотрим принцип эстоппеля- принцип, согласно которому лицо, действовавшее противоречно и непоследовательно, лишается права ссылаться на недействительность или незаключенность договора в связи с тем, что такое поведение противоречит принципу добросовестности. Его применение закреплено в нормах Гражданского кодекса РФ о недействительности и незаключенности договора, а также об отказе от его исполнения. В случае предъявления о признании сделки недействительной со стороны контрагента, можно применить принцип эстоппеля, если он действует недобросовестно и его действия после заключения сделки предполагали её действительность (п. 5 ст. 166 ГК РФ). Так, данный принцип является ещё одной гарантией судебной защиты при недобросовестном поведении.

Учитывая всё вышесказанное, сделаем вывод, что категория добросовестности необходима в гражданском законодательстве, поскольку она выполняет множество функций, способствующих его развитию.

Северцева А. О.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Органы и ткани человека как объекты гражданских прав

С развитием медицины и научного прогресса возрастает роль правовой регламентации личных прав человека. При этом особую актуальность приобретает создание эффективного нормативного режима для реализации

¹ Определение Верховного Суда РФ от 5 октября 2020 г. № 309-ЭС20-13432 по делу № А50-20890/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

² Определение Верховного Суда РФ от 12 мая 2020 г. № 305-ЭС20-4955 по делу № А40-271108/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

соматических прав человека по распоряжению своим телом. Решение данной задачи предопределяет необходимость установления места органов и тканей человека в системе объектов гражданских прав, выявления их специфики; требует анализа действующих законодательных предписаний и выработки направлений их дальнейшего совершенствования.

Прежде всего, следует отметить, что вопрос правового режима органов и тканей человека тесно связан с его личными (соматическими) правами. В науке такие права рассматриваются как признанные обществом и государством возможности определенного поведения, выражающиеся в полномочиях по распоряжению человеком своим телом¹. Юридическому закреплению и регламентации соматических прав посвящены многие международные документы. Так, Декларация ООН о клонировании человека 2005 г.² предусматривает право человека на достоинство и защиту своей жизни в процессе применения биологических наук. Всеобщая декларация о биоэтике и правах человека 2005 г.³ признает, что научно-технический прогресс всегда должен быть направлен на повышение благосостояния общества и опираться на признание достоинства человеческой личности и уважение ее прав и свобод. Важным документом является Конвенция о правах человека и биомедицине⁴, которая закрепила приоритет интересов и благ человека над интересами общества или науки, право человека на дачу информированного добровольного согласия на медицинское вмешательство и право отзыва согласия, право человека на уважение своей частной жизни и др.

Обращение к зарубежному опыту показывает, что во многих странах на биоматериалы человека⁵ распространяется вещно-правовой режим, в связи с чем допускается возникновение на них права собственности. Изначально в странах англосаксонской правовой системы тело человека не рассматривалось как возможный объект права собственности. Однако в начале прошлого столетия австралийским судом было признано, что данный принцип имеет исключения⁶. Со временем тенденция к признанию органов и тканей человека объектами имущественных прав усилилась. Интересным прецедентом в судебной практике США стало дело Moore v. Regents of the University of California. Учеными Калифорнийского университета у истца были изъяты некоторые ткани, впоследствии использованные ими в коммерческих целях. Истец требовал признания этих действий неправомерными, а также возмещения неосновательного обогащения. Верховный Суд Калифорнии вынес решение в пользу ответчика, указав, что истец утратил какие-либо права на ткани с момента их изъятия из его организма. Эти права автоматически перешли медицинскому учреждению⁷. Тем самым суд выразил мнение о принадлежности физическому лицу имущественных прав на биоматериалы и их возможном переходе другим субъектам при изъятии биоматериалов из тела. При этом существенного значения не имеет, было ли выражено лицом согласие на изъятие у него органов. В Канаде в 2014 г. Верховный Суд Онтарио пришел к аналогичному выводу, что биоматериал человека составляет его частную собственность, от которой лицо может отказаться в пользу медицинского учреждения. Законодательство Европейского Союза, разработанное на основе положений Конвенции о правах человека в биомедицине, предусматривает, что права на использование изъятого биоматериала принадлежат медицинской организации, а не пациенту. Последний, в свою очередь, должен дать предварительное информированное добровольное согласие на использование его в научных

¹ Крусс В. И. Личностные («соматические») права человека в конституционном и философско – правовом измерении: к постановке проблемы // Государство и право, 2000. № 10. С. 44

² United Nations Declaration On Human Cloning 59/280 final, New York, March 2005 // URL: <https://www.un.org/press/en/2005/ga10333.doc.htm> (дата обращения: 15.01.2021).

³ Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, October 2005 // URL: https://www.ufs.ac.za/docs/librariesprovider41/default-document-library/unesco-universal-declaration-on-bioethics-and-human-rights.pdf?sfvrsn=35fb8821_0 (дата обращения: 15.01.2021).

⁴ Convention For the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, Oviedo, April 1997 // URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164> (дата обращения: 20.02.2021).

⁵ В рамках данной статьи понятия «биоматериал человека» и «органы и ткани человека» используются как тождественные, хотя в литературе иногда высказываются мнения о необходимости их разграничения.

⁶ Doodeward v Spence (1908) 6 CLR 406 // URL: <https://lawcasesummaries.com/knowledge-base/doodeward-v-spence-1908-6-clr-406/> (дата обращения: 27.01.2021).

⁷ Moore v. Regents of the University of California // URL: https://en.wikipedia.org/wiki/Moore_v._Regents_of_the_University_of_California (дата обращения: 27.01.2021).

целях¹. Таким образом, в странах общего права и в государствах Европейского Союза органы и ткани человека признаются объектами имущественных прав, причем они могут принадлежать различным лицам.

В российском законодательстве вопросы правового режима органов и тканей человека, их места в системе объектов гражданских прав, а также условий их оборота достаточным образом не урегулированы. Отдельные нормативные акты затрагивают их лишь фрагментарно. Закон РФ от 22.12.1992 № 4180-I «О трансплантации органов и (или) тканей человека» не исчерпывающим образом определяет органы и ткани человека, которые могут быть объектами трансплантации. Важно отметить, что этот закон имеет ограниченную сферу действия и на отношения, связанные с процессом воспроизводства человека, оборотом крови и её компонентов, не распространяется. Федеральный закон от 20.07.2012 № 125-ФЗ «О донорстве крови и её компонентов» содержит положения, прямо указывающие на безвозмездный характер донорства крови и (или) её компонентов. Кроме того, Письмо Государственного таможенного комитета РФ № 01-06/42926 определяет порядок вывоза за рубеж органов и тканей человека, включая кровь, её компоненты и их образцы, предназначенные для трансплантации в рамках международного научного сотрудничества². Федеральный закон «Об основах охраны здоровья граждан в РФ» от 21.11.2011 № 323–ФЗ предусматривает возможность использования тела, органов и тканей умершего человека в научных и лечебных целях при соблюдении определенных условий и за исключением некоторых случаев. Анализ данных документов позволяет утверждать, что биоматериалы человека являются объектами, ограниченными в обороте. Вместе с тем в ст. 128 ГК РФ, содержащей исчерпывающий перечень объектов гражданских прав, органы и ткани человека не упоминаются. В связи с этим особый интерес представляет выявление их правовой природы и определение вариантов ее закрепления в национальном законодательстве. В юридической науке единого мнения по этому поводу не сложилось. Одни авторы (З.Л. Волож) полагают, что органы и ткани человека имеют естественную природу и поэтому не могут рассматриваться как вещи. Затраты на консервацию трансплантата представляют собой стоимость услуги, а не стоимость органа или ткани, следовательно, их нельзя считать предметом гражданско-правовых сделок³. Другие ученые (В.Л. Суховерхий, Н.М. Коркунов, М.Н. Маргацкая) придерживаются точки зрения, что органы и ткани человека являются вещами, но ограниченными в обороте. В качестве примера приводится кровь, которая является отдельным от организма, особым имуществом, как и волосы, составляющие предмет сделок, совершаемыми гражданами с парикмахерскими⁴. Также высказывается позиция, что органы и ткани человека являются личными нематериальными благами, по поводу которых складываются гражданские отношения. По мнению Л.О. Красавчиковой, биоматериалы человека хотя и воплощены в материальных предметах, но ценность их определяется количественными показателями, поскольку у каждого человека его органы, кровь и ткани уникальны и неповторимы. В то же время после отделения из организма конкретного человека органы или ткани теряют свою индивидуальную определенность⁵.

Таким образом, вопрос юридической квалификации органов и тканей человека в доктрине остается открытым, что во многом объясняет непоследовательность и недостаточность действующих правовых норм. С одной стороны, отечественный законодатель не признает органы и ткани человека объектами гражданского оборота, с другой – допускает случаи передачи жизненно важных органов и тканей в целях их пересадки. В таких условиях представляется целесообразным признать органы и ткани человека вещами особого рода, дополнив ст. 128 ГК РФ соответствующим указанием. Кроме того, стоит четко определить на нормативном уровне момент, когда органы и ткани приобретают качество вещи и когда его утрачивают, закрепить особенности правового режима данных объектов, в том числе с учетом

¹ П.п. 21-22 Конвенции о защите прав и достоинства человека в связи с применением достижений биологии и медицины // СПС Кодекс URL: <http://docs.cntd.ru/document/901808464> (дата обращения: 15.01.2021).

² Письмо Государственного Таможенного Комитета РФ от 19.08.1998 № 01-15/17536 «О вывозе из Российской Федерации органов и (или) тканей человека, предназначенных для трансплантации» // СПС «КонсультантПлюс» URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_20061/ (дата обращения: 16.01.2021).

³ Волож З. Л. Право на кровь // Вестник советской юстиции. 1928. № 15/16 (121/122). С. 216

⁴ Суховерхий В. Л. Гражданско-правовое регулирование отношений по здравоохранению // Советское государство и право. 1975. № 6. С. 108

⁵ Красавчикова Л. О. Понятие и система личных неимущественных прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации. М. : Уральская государственная юридическая академия, Екатеринбург, 1994. С. 100

специфики их отдельных категорий. В частности, должны быть проявлены различные подходы к определению степени и условий оборотоспособности органов и тканей в зависимости от их функционального значения и некоторых других факторов. Так, в свободном обороте могли бы находиться биоматериалы человека, изъятие которых не предполагает причинение серьезного вреда донору и не требует проведения сложного хирургического вмешательства (например, кровь и её компоненты). Напротив, оборот жизненно важных органов – сердце, печень, легкие и др., требующий соблюдения особых условий, должен быть ограничен. Это позволит устранить правовые неопределенности и обеспечить адекватное правовое оформление возникающих отношений, а также будет способствовать повышению уровня юридической охраны соматических прав человека.

Сикорский Н. В.

*Российский Новый Университет (АНО ВО «РосНОУ»),
студент*

Изначальная невозможность исполнения обязательства

Одной из самых интересных проблем на стыке теории о сделках и обязательствах является проблема изначальной невозможности исполнения обязательства. Порождает ли такая сделка сторон обязательства, вытекающие из нее или же она является недействительной? Например, необходимо выяснить правовые последствия гражданско-правового характера при продаже дома, который еще до заключения договора сгорел. В целом существует два подхода к решению этого вопроса. Суть первого основывается на суждении древнеримского юриста Цельса: «*Impossibilium nulla obligatio est*» («Обязательство с невозможным предметом ничтожно» – D. 50.17.185)¹. Эту точку зрения разделяют и некоторые отечественные авторы. Например, М.И. Брагинский пишет о том, что «...невозможность, существующая в момент, когда обязательство должно было возникнуть, означает, что оно просто не возникает: здесь действует прямо не закрепленный в законодательстве, но общепризнанный принцип: «невозможное не может стать предметом обязательства»². Суть второго подхода заключается в признании сделки действительной и соответственно порождающей гражданско-правовые последствия. Например, А.А. Павлов, критикуя подход М.И. Брагинского и В.В. Витрянского, пишет, что «...ссылка на юридическую максиму двухтысячелетней давности, которая уже в момент своего возникновения знала достаточное число исключений, а ныне не имеет ни прямого, ни косвенного закрепления в законодательстве, вряд ли допустима»³. Он предлагает рассматривать обстоятельство невозможности исполнения в момент наступления срока исполнения обязательства, а первоначальная невозможность должна расстраиваться по тем же правилам, что и невозможность последующая⁴. Наднациональные акты унификации также признают действительность договора, предмет которого невозможен (ст. II. – 7: 102 Модельных правил европейского частного права)⁵. Немецкий ученый Р. Циммерманн также критиковал решение о недействительности сделки, предмет которой невозможен, на основе § 306 ГГУ в ред. до 2002 г.⁶

Немаловажно, что в судебной практике возможно найти примеры признания таких сделок действительными⁷.

Стоит сказать, что один вариант решения этой проблемы вряд ли возможен. Ее нужно решать комплексно, в зависимости от знаний сторон по сделке о том, что вещи не существует. Также необходимо учитывать, что изначальная

¹ Дигесты Юстиниана / Пер. с лат. ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. М. : Статут; КонсультантПлюс, 2002-2006.

² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. 1: Общие положения. М. : Статут, 1998. С. 336.

³ Гражданское право : учебник : в 3 т. Т. 1 / под ред. А. П. Сергеева. – 2-е изд., перераб. и доп. М. : Проспект, 2019. С. 1033. (автор главы – А. А. Павлов).

⁴ Там же.

⁵ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full edition. Vol. 1 / Ed. By C. v. Bar, E. Clive. Sellier, 2009. P. 454.

⁶ См.: Zimmermann R. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford University Press, 1996. P. 696.

⁷ Определение Верховного Суда РФ от 5 сентября 2016 г. № 304-ЭС16-12121 по делу № А03-3077/2014.

невозможность исполнения может быть как постоянной, так и временной; она может быть как фактическая, так и юридическая; может быть как объективная, так и субъективная. Впрочем, эти вопросы требуют проработки на более глубоком уровне. В данном докладе мы затронем лишь объективную постоянную фактическую невозможность.

Итак, возьмем тот же пример с продажей дома. Если стороны договора знали, что дом сгорел, что его уже не существует в действительности, тогда появляется вопрос: на какие правовые последствия был направлен их договор, который они заключили? В данном случае мы имеем мнимую сделку, которая не направлена на порождение правовых последствий. Как указывал Д.М. Генкин, в таких случаях у сторон нет *animus obligandi*¹. Сделка будет ничтожна в соответствии с п. 1 ст. 170 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ).

Если же покупатель дома (кредитор) не знал и не мог знать о том, что дома не существует, но при этом об этом факте знал продавец (должник), то применение последствий недействительности сделки будет, на наш взгляд, несправедливым результатом для покупателя. Ведь он надеялся приобрести вещь, возможно, он отказал другим продавцам по более высокой цене, рассчитывая купить вещь за меньшую цену, и теперь ему придется снова обращаться к ним. В таком случае ему необходимо было бы взыскать убытки, вызванные заключением договора по более высокой цене на основании п. 1 ст. 393.1 ГК РФ, неустойку, которую возможно стороны предусмотрели, упущенную выгоду.

Хотя и возможно оспорить сделку в соответствии со ст. 178, 179 ГК РФ как сделку, совершенную под влиянием заблуждения или как сделку, совершенную с обманом и потребовать возмещения убытков, но, по мнению А.Г. Карапетова, тут будет возмещаться «негативный интерес», то есть кредитор будет приведен в то положение, в котором он находился до обязательства. Также возможность защиты должника ставится в зависимость от оспаривания сделки, по которой достаточно короткий (1 год) срок исковой давности². Нам же важен «позитивный интерес», когда кредитор будет поставлен в положение, в котором бы он находился, если бы обязательство было исполнено (п. 2 ст. 393 ГК РФ).

В данной ситуации возникает сложность с обоснованием договорной ответственности. Иными словами, каким путем прийти к ней? Как известно, обязательство состоит из регулятивной части (*schuld*) и охранительной (*haftung*). Данную концепцию обосновал немецкий ученый Алоис фон Бринц. Первая часть – непосредственно действия по исполнению обязательства, а вторая – ответственность за неисполнение. В нашей ситуации первой части обязательства не возникает, а мы переходим сразу ко второй его части. Впрочем, обоснование во многом зависит от того, как мы понимаем сущность самого обязательства. Его можно представить как ответственность (так его понимали в древнем Риме)³ или как долг и ответственность вместе, что соответствует современному пониманию концепции обязательства. Интересна точка зрения А.Г. Карапетова о том, что обязательство возникает и прекращается сразу же в следующую логическую секунду. Именно так мы приходим к договорной ответственности⁴.

Еще один вариант, возможный в рассматриваемой ситуации: вещи не существует на момент заключения договора, и об этом знал покупатель, но не знал продавец. В этом случае было бы неправильно признавать сделку действительной и порождающей обязательства, так как ее неисполнение привело бы к ответственности продавца. Это противоречит п. 4 ст. 1 ГК РФ, где говорится о том, что никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения, а также ст. 10 ГК РФ (злоупотребление правом). Ведь в случае, если мы признаем такой договор действительным, мы даем покупателю возможность взыскать с продавца убытки, неустойку, если она имела в договоре. Ведь цель правового регулирования вообще – создание баланса справедливости между участниками общества. В данном случае он будет выдержан.

В данном случае сделку можно признать недействительной как заключенную под влиянием обмана умолчанием, либо как сделку, заключенную под влиянием заблуждения или даже по ст. 169 ГК РФ.

¹ Генкин Д. М. К вопросу о влиянии на обязательство невозможности исполнения // Сборник статей по гражданскому и торговому праву. Памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича. М. : Статут, 2005. С. 198–200.

² См.: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307 – 453 Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А. Г. Карапетова. М. : Статут, 2017. С. 802.

³ См.: Дождев Д. В. Римское частное право : учебник для вузов. Под ред. члена-корр. РАН, профессора В. С. Нерсисянца. М. : Издательская группа Инфра-М-Норма, 1996. С. 427–431.

⁴ См.: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307 – 453 Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А. Г. Карапетова. М. : Статут, 2017. С. 803.

Следующий вариант: обе стороны договора не знали о том, что вещи не существует. Логично было бы признать сделку недействительной и соответственно привести стороны сделки к первоначальному состоянию. Было бы несправедливо взыскивать убытки по модели «позитивного интереса» (п. 2 ст. 393 ГК РФ) со стороны, которая не знала об этом, это не соответствует той цели, ради которой действует право.

Итак, можно сделать вывод о том, что в рассматриваемой ситуации обязательство либо вообще не возникает, либо возникает, но лишь для того, чтобы определить юридическую ответственность за неисполнение обязательства.

Солнцева М. Е.

*Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
студент*

Модели правового регулирования института наследственного траста в США в контексте совершенствования наследственного фонда как института российского права

Положениями Гражданского кодекса РФ, вступившими в силу с 01.09.2018, введена новая организационно-правовая форма юридического лица – наследственный фонд, целью которого является управление наследственным имуществом и выплата доходов от его реализации выгодоприобретателям. В США, Великобритании, Канаде, Австралии и других странах англосаксонского права аналогичный институт называется трастом (trust). Поскольку концепция траста часто используется для целей наследования, мы будем сравнивать институты именно наследственного траста в США и наследственного фонда в РФ.

Целью данной статьи работы является изложение проблем в законодательстве Российской Федерации, регулирующей деятельность наследственных фондов, и определение путей их решения с учетом опыта, накопленного в США.

Ввиду ограниченного объема работы в статье будет проводиться сравнение по наиболее основным критериям: соотношение между наследственными и прижизненными фондами, соотношение между отчуждением имущества в наследственный фонд и правами обязательных наследников.

Возможность создания прижизненного фонда в Российской Федерации, в отличие от США, отсутствует возможность создать прижизненный наследственный фонд. Следует отметить, что в прижизненных трастах (фондах) особенно явно выражено расщепление права собственности, присущее англосаксонской правовой семье. Речь идет о такой ситуации, при которой ни один из участников правоотношений не обладает всей совокупностью правомочий собственника, но каждый из них сохраняет у себя какую-либо их часть. Можно предположить, что в условиях российской правовой системы в отсутствие набора правовых принципов, известных как право справедливости (equity) и системы прецедентов заимствование института прижизненного траста (фонда) привело бы к некоторой бесконтрольности управляющего в его отношениях с учредителем траста, породило бы многочисленные конфликты и затруднило бы судопроизводство.

Соотношение между отчуждением имущества в наследственный фонд и правами обязательных наследников

В то же время следует признать, что возможность посмертного учреждения наследственного фонда позволяет завещателю смягчить требования российского наследственного законодательства, в частности, касающиеся недопустимости расщепления власти над имуществом и выгод от управления, отрицательного отношения к определению преемника на срок или под отменительным условием¹.

В этой связи необходимо упомянуть, что п. 5 ст. 1149 ГК РФ («Право на обязательную долю в наследстве») устанавливает, что «наследник, имеющий право на обязательную долю и являющийся выгодоприобретателем наследственного фонда, утрачивает право на обязательную долю. Если такой наследник в течение срока, установленного для принятия наследства, заявит ведущему наследственное дело нотариусу об отказе от всех прав

¹ Наследственное право: постатейный комментарий к статьям 1110–1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации М. : М-Логос, 2018. 656 с.

выгодоприобретателя наследственного фонда, он имеет право на обязательную долю в соответствии с настоящей статьей».

Кроме того, указанным пунктом ст. 1149 предусмотрено, что «в случае отказа наследника от прав выгодоприобретателя наследственного фонда суд может уменьшить размер обязательной доли этого наследника, если стоимость имущества, причитающегося ему в результате наследования, существенно превышает размер средств, необходимых на содержание гражданина».

В связи с наследственными фондами и трастами встает вопрос об обязательной доле в наследстве. Важным аспектом является тот факт, что понятие обязательной доли гораздо более четко выражено в российском законодательстве, чем в законодательстве США.

В частности, в США обязательная доля в наследстве установлена только в штатах общего права, которые не признают общей совместной собственности супругов. При этом порядок исчисления и выделения обязательной доли существенно отличается от установленного российским наследственным законодательством. В США размер обязательной доли не зафиксирован на федеральном уровне и меняется от штата к штату. Единообразным наследственным кодексом (*Uniform Probate Code*) установлено, что обязательная доля должна составлять не менее 50 тыс. долларов¹. Впрочем, положения упомянутого кодекса полностью приняты лишь 16 штатами, остальные имплементировали его в свое законодательство частично.

Стоит отметить, что вариативность права штатов США и меньшая выраженность в наследственном законодательстве США обязательной доли в наследстве открывает перед учредителями наследственных трастов большие по сравнению с Россией возможности избежать притязаний наследников, имеющих право на обязательную долю. Требования к минимальному уставному капиталу

В связи с наследственными фондами немаловажным представляется вопрос о минимальном уставном капитале. В России требований к минимальному уставному капиталу нет, что в принципе позволяет использовать наследственный фонд большому числу бизнесменов. В США минимальная сумма активов, передаваемых в траст, законодательно не закреплена. Однако существенные затраты на создание и содержание траста ранее приводили к тому, что раньше трасты создавались для активов от 3 млн долларов США. В последнее время, по наблюдениям специалистов, трасты становятся актуальными и для сумм на порядок ниже².

Таким образом, наследственный фонд пока не может стать для бизнесменов идеальной альтернативой трастам, поскольку «гарантии», предоставляемые институтом траста их учредителям, больше, чем возможности, существующие при учреждении наследственного фонда. Так, отечественная конструкция наследственного фонда имеет следующие недостатки для учредителей:

- 1) невозможность проверить механизм деятельности фонда при жизни учредителя ввиду отсутствия конструкции прижизненного наследственного фонда (которая существует в США);
- 2) меньшая степень конфиденциальности данных учредителя наследственного фонда по сравнению с существующей в модели траста;
- 3) невозможность полностью устранить притязания наследников, имеющих право на обязательную долю.

Кроме того, в России в настоящее время не сформировалась достаточная для систематизации судебная практика по наследственным фондам, ввиду чего обостряется проблема правовой неопределенности, невозможно с достаточной степенью уверенности предсказать, как будут разрешаться некоторые коллизии, о которых упомянуто в нашей работе. Напротив, в США данный институт существует с давних времен, вследствие чего накоплен богатый опыт разрешения судебных споров между бенефициаром и доверительным собственником (доверительным управляющим).

¹ Никифоров А. В. Правовое регулирование обязательной доли в наследственном законодательстве России и США // Бизнес в законе. 2011. № 2. С. 63.

² Минимальная величина активов для траста // International Wealth. – Режим доступа : URL: <https://internationalwealth.info/offshore-foundations-trusts/the-minimum-value-of-the-assets-in-trust/> (дата обращения: 16.09.2019).

Солодихина О. А., Филиппов Д. И.
Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студенты

Имущественная ответственность по фьючерсным контрактам

Фьючерс – производный финансовый инструмент, появившийся в XIX веке в Северной Америке и получивший массовое распространение к концу XX столетия. Сегодня рынок фьючерсных контрактов предоставляет возможность заключить договор на покупку криптовалюты, нефти, сельскохозяйственной продукции и акций корпораций по всему миру. За один день – двадцать первого апреля, трейдеры заключили более миллионов контрактов на поставку нефти в июне¹, и это далеко не предел объемов ежедневно заключаемых сделок. Высокий риск убытков при огромных объемах продаж требует от государственных органов жесткого нормативного регулирования.

В Российской Федерации рынок фьючерсных контрактов регулируется федеральным законодательством и нормативными актами Центрального Банка. Согласно п. 3 указания Банка России² «фьючерсным договором признается заключаемый на биржевых торгах договор, предусматривающий обязанность каждой из сторон договора периодически уплачивать денежные суммы в зависимости от изменения цен (значений) базисного актива и (или) наступления обстоятельства, являющегося базисным активом». Учитывая сложившуюся практику делового оборота³ на российском фондовом рынке, переоценка фьючерсной позиции происходит дважды в день (в 14:03 и 19:00 часов). Перерасчет цены на фьючерсы происходит регулярно до даты их экспирации. Соответственно, в данные временные промежутки инвесторы могут отслеживать свою позицию по фьючерсным контрактам, а на момент их закрытия фиксировать прибыль или нести убытки.

Это исходит прямо из сущности контракта, где один из контрагентов (инвестор), открывая позицию по фьючерсу, обязуется оплатить вариационную маржу в случае снижения значения от первоначальной цены, либо имеет правомочие получить разницу при росте цен. Наглядно, это можно представить, в виде экономической формулы: $F(t_0) = F(T) + (F(t_0) - F(T))$, где $F(t_0)$ – начальная цена фьючерса, $F(T)$ – цена в дату экспирации, $F(T) - F(t_0)$ – вариационная маржа.

Итак, перерасчет цен происходит до экспирации – окончания обращения на фондовом рынке фьючерса, когда происходит последний расчет между контрагентами по этому договору. Исходя из вышесказанного, инвестор несет риск убытков в пределах своих вложений – стоимости фьючерсного контракта на момент покупки. Например, при покупке фьючерса на золото по цене 1800 долларов за тройскую унцию с последующим рост до 2000 долларов на момент экспирации, у инвестора возникает возможность получения прибыли в размере двухсот долларов. Если на момент закрытия сделки цена фьючерса на золото падает до 1500 долларов, возникает убыток в размере трехсот долларов. Таким образом, потенциальная прибыль инвестора не имеет максимальных значений, так как рост базового актива потенциально не ограничен, в то время как убытки по фьючерсным контрактам не должны превысить первоначальное вложение, в нашем примере – 1800 долларов за тройскую унцию золота.

Такая точка зрения на ограниченную имущественную ответственность в части покупок фьючерсных контрактов, весьма логичная и разумная, являлась преобладающей до недавно произошедших событий на фондовом рынке. Инвесторы и практикующие юристы в сфере ценных бумаг столкнулись с беспрецедентной новацией в российском и международном праве – отрицательной экспирацией фьючерсных контрактов в апреле 2020 года.

Весной прошлого года в связи с распространением коронавирусной инфекции COVID-19 резко упал спрос на нефть. По причине застоя производства и массовых локдаунов, при увеличивающихся объёмах добычи, произошёл резкий обвал цен на фьючерс марки WTI. Стоимость фьючерсного контракта двадцатого апреля достигла отрицательного значения -38 долларов за баррель. В отсутствии необходимых инструментов клиринговых и брокерских

¹ URL: <https://meduza.io/cards/chto-zhe-vse-taki-sluchilos-kogda-neft-vdrug-stala-menshe-nulya-i-chto-budet-dalshe> (дата обращения: 06.02.2020 год).

² Указание Банка России от 16 февраля 2015 г. № 3565-У «О видах производных финансовых инструментов», п. 3.

³ Аналитические и информационные материалы Московской биржи, URL: <https://www.moex.com/s1254> (дата обращения: 06.02.2020 год).

систем для работы с отрицательными ставками по фьючерсу, ПАО «Московская биржа» (далее – Мосбиржа) просила биржевого оператора CME Group, владельца биржи NYMEX, разъяснить порядок работ с отрицательными ценами в майском фьючерсе на нефть WTI в качестве расчетной цены¹. Официальное письмо с разъяснениями подчеркивает беспрецедентность данного факта, который создал существенные проблемы в работе с фьючерсными контрактами по всему миру и принес инвесторам колоссальные имущественные потери.

Руководством Мосбиржи было принято решение остановить торги и закрыть все фьючерсные контракты на нефть марки WTI принудительно, в результате чего по открытым позициям в целом на рынке, все держатели длинной позиции могли получить совокупные убытки более 1 млрд рублей². В результате владельцы фьючерсных контрактов не только потеряли средства, направленные на приобретение контракта, но и оказались должны контрагентам суммы, многократно превышающие их вложения.

В июне 2020 года был поддан коллективный иск инвесторов против Мосбиржи, совокупные требования истцов составили более 250 миллионов рублей. В ходе слушаний по данному делу³ Арбитражный суд города Москвы со ссылкой на ответ Центрального Банка РФ от 12.08.2020 № 34-1-1– 3/475 подтвердил правомерность экспирации фьючерсов по отрицательным значениям, указав: «запреты на отрицательные цены фьючерсных договоров законодательством Российской Федерации не установлены». Признав правомерными отрицательные значения по фьючерсам, арбитражный суд г. Москвы создал опасную судебную практику, признающую правомерной неограниченную имущественную ответственность держателей фьючерсных контрактов.

Можно утверждать, что данная позиция противоречит сущности фьючерсных договоров. Во-первых, инвестор вынужден брать на себя двойную имущественную ответственность (риск убытков): в пределах первоначальных инвестиций – стоимости открытой позиции по фьючерсу, и при отрицательных значениях контрактов – последующую неограниченную ответственность перед контрагентами. Во-вторых, нехарактерная для длинных позиций по дериватам превышающая стоимость контракта ответственность перед контрагентами. Необходимо отметить, что по иным ценным бумагам, включая сходным образом функционирующие деривативы, имущественная ответственность ограничена. Открывая позицию по колл-опциону – контракту на покупку определенного количества акций компаний через определенный период времени, инвестор несет риск убытков в наиболее неблагоприятном случае только в рамках стоимости контракта.

Допуская экспирацию фьючерсных контрактов по отрицательной ставке, суды с поддержкой мегарегулятора – Банка России, подобными решениями создают высокоубыточные инструменты на фондовом рынке, что идет в разрез с одним из принципов государственного регулирования рынка ценных бумаг – «создания системы защиты прав владельцев и контроля за соблюдением их прав эмитентами и профессиональными участниками рынка ценных бумаг»⁴. Последующие отрицательные значения по фьючерсам, вероятно, приведут к неспособности инвесторов оплачивать задолженность перед контрагентами.

Несмотря на то что инвестирование на фондовом рынке относится к предпринимательской деятельности и сопряжено с высоким риском, контролировать потенциальные убытки, которые может понести трейдер, при отрицательных значениях становится невозможно. При заключении фьючерсного контракта на покупку тройской унции золота инвестор, оценивая риски, знает – 1800 долларов сфера имущественной ответственности, но последующие отрицательные значения могут расширить эту сферу в десятки раз, и привести к банкротству инвесторов.

Сегодня Центральный Банк РФ и ПАО «Московская биржа» уже используют механизм защиты инвесторов обеспечивая «границы ценовых категорий». Как указывает арбитражный суд г. Москвы, ссылаясь на методику НКО НКЦ: «Границы ценовых коридоров устанавливаются, чтобы исключить резкие колебания цен фьючерсных контрактов»⁵.

¹ URL: <https://www.interfax.ru/business/705323> (дата обращения: 07.02.2020 год).

² Там же.

³ Решение Арбитражного суда г. Москвы от 02.10.2020 по делу № А40-101464/20-48-521 с.5-6 // URL: А40-101464-2020_20201002_Reshenija_i_postanovlenija.pdf (arbitr.ru)

⁴ URL: Федеральный закон от 22.04.1996 № 39-ФЗ (ред. от 31.07.2020) «О рынке ценных бумаг». Ст. 38, п. 1, пп. 4.

⁵ Решение Арбитражного суда г. Москвы от 02.10.2020 по делу № А40-101464/20-48-521 с.6-7 // URL: <https://msk.arbitr.ru/> (дата обращения: 06.02.2020 год).

Однако согласно пункту 2 раздела II части 3 Методики НКО НКЦ изменение диапазона оценки рыночных рисков в течение вечерней торговой сессии (т.е. с 19:00 до 23:50) на срочном рынке не осуществляется¹. Более того, наличие ценовых коридоров не защищает инвесторов от отрицательных значений. Для того чтобы превентивно работать с отрицательными ценами по фьючерсным контрактам, стоит внести ряд корректировок в действующее законодательство, регламентирующее деятельность Центрального банка как органа, уполномоченного контролировать ситуацию на Мосбирже. А именно, ввести как одно из правомочий Банка России дать указание организаторам торгов (московской и Санкт-Петербургской биржам) принудительно закрывать все открытые позиции по фьючерсным контрактам при достижении минимальных отрицательных цен. Это позволит восстановить существовавшую ранее имущественную ответственность держателей фьючерсов в пределах стоимости первичного контракта.

Ушакова В. Д.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Пандемия COVID-19 как обстоятельство непреодолимой силы

Непреодолимая сила является одной из наиболее сложных, но в то же время любопытных категорий отечественного гражданского права, поскольку относится к числу обстоятельств, освобождающих должника от ответственности за нарушение договорного обязательства. Однако особый исследовательский интерес изучения сущности, признаков и условий отнесения определенных явлений или событий к обстоятельствам непреодолимой силы обусловлен появлением новой коронавирусной инфекции COVID-19 в 2019 году, распространение которой имеет на сегодняшний день колоссальный масштаб по всему миру.

Феномен обстоятельств непреодолимой силы, или, как их еще принято называть, форс-мажорных обстоятельств известен цивилистической науке еще со времен римского частного права классического периода. Впоследствии нормы, регламентирующие невозможность исполнения обязательств вследствие наличия обстоятельств непреодолимой силы, были реципированы множеством стран континентальной правовой семьи – Германией, Францией, Италией и иными. Немецкие договоры как правило содержат оговорку о форс-мажоре, однако в случае их отсутствия может быть применено общее положение обязательственного права, предусмотренное параграфом 275 Германского гражданского уложения². Французское гражданское законодательство также содержит положения об обстоятельствах непреодолимой силы. В соответствии со ст. 1218 Кодекса Наполеона, форс-мажор определяется как независящее от воли сторон событие, препятствующее исполнению обязательств, которое невозможно было разумно предвидеть во время заключения договора, и последствий которого невозможно избежать с помощью соответствующих мер³. Что касается стран англосаксонской правовой семьи, здесь форс-мажорные обстоятельства, явившиеся причиной невозможности исполнения обязательства, регулируются несколько иным образом. В договорах стран английского права зачастую содержится оговорка о форс-мажоре, а в случае ее отсутствия, обстоятельства непреодолимой силы статутным правом не предусматриваются. Однако в исключительных обстоятельствах может быть применена доктрина фрустрации договора, которая является близкой к конструкции невозможности исполнения обязательства по причине наличия обстоятельств непреодолимой силы, но все же не полностью совпадает с ней⁴.

¹ URL: <https://www.nationalclearingcentre.ru/catalog/0302> (дата обращения: 07.02.2020 год).

² Гражданское уложение Германии (ГГУ) от 18.08.1896 (ред. от 02.01.2002) (с изм. и доп. по 31.03.2013) // Гражданское уложение Германии: Вводный закон к Гражданскому уложению. – 4-е изд., перераб. М. : Инфотропик Медиа, 2015. С. VIII – XIX, 1 – 715.

³ Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) от 21.03.1804 (с изм. и доп. по состоянию на 01.09.2011) // М. : Инфотропик Медиа, 2012. С. 4–592.

⁴ Чукреев А. А. Доктрина фрустрации в английском договорном праве // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 4. С. 1

В частном праве современной Российской Федерации также выделяется институт непреодолимой силы. Легальное определение обстоятельств непреодолимой силы закрепляет п. 3 ст. 401 Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ)¹. Данная норма предусматривает, что лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы – каких-либо чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. Также в п. 1 ст. 202 ГК РФ упоминаются обстоятельства непреодолимой силы, явившиеся препятствием для предъявления иска, в связи с чем срок исковой давности может быть приостановлен. Особая роль в данных статьях отведена таким признакам обстоятельств непреодолимой силы как их чрезвычайность и неотвратимость.

В отечественной доктрине существует ряд точек зрения, касаемо сущности и признаков обстоятельств непреодолимой силы. Так, О.С. Иоффе ключевым признаком таких обстоятельств признает реальную невозможность устранения определенных неблагоприятных последствий, поскольку обосновывается это тем, что если лицо знало или должно было знать о наступлении обстоятельств, способных привести к неблагоприятным имущественным последствиям, то тогда нет места случаю и имеет место вина правонарушителя². Однако современные цивилисты делают акцент на то, что непреодолимая сила – есть сложный юридический факт, элементами которого выступают такие его проявления как внешний характер, чрезвычайность и непредотвратимость при конкретных условиях. Необходимо наличие каждого из этих признаков, а все они вместе представляют собой достаточное основание для квалификации всевозможных событий и явлений на предмет отнесения к обстоятельству непреодолимой силы. Такого подхода придерживается Е.С. Каплунова³.

Итак, несмотря на легальное закрепление обстоятельств непреодолимой силы в законодательстве, ГК РФ определяет лишь общее определение обстоятельств непреодолимой силы, подробно не раскрывая признаки таких обстоятельств. Более детальное рассмотрение ключевых элементов непреодолимой силы дается в п. 8 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации (далее – ВС РФ)⁴, где говорится о том, что признак чрезвычайности подразумевает под собой исключительность рассматриваемого обстоятельства, наступление которого не является обычным в конкретных условиях. Непредотвратимым же обстоятельством признается, если любой участник гражданского оборота, осуществляющий аналогичную с должником (в конкретных обязательственных правоотношениях) деятельность, не мог бы избежать наступления этого обстоятельства или его последствий.

Как уже было обозначено, на сегодняшний день наиболее остро стоит вопрос об отнесении и условиях признания последствий распространения коронавирусной инфекции COVID-19 в виде ограничительных мер государства к обстоятельствам непреодолимой силы. Данный вопрос был разрешен и прокомментирован ВС РФ в Обзоре по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19)⁵. ВС разъяснил, что признание распространения заболевания обстоятельством непреодолимой силы не может являться универсальным для всех категорий должников и зависит от конкретного типа и вида их деятельности, определенных условий ее осуществления, в том числе также и месторасположения, в котором действует организация, в следствие чего существование обстоятельств непреодолимой силы должно быть установлено с учетом обстоятельств конкретного дела. ВС также подчеркивает, что отсутствие средств для осуществления обязательств может быть признано непреодолимой

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 08.12.2020) // Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 32, ст. 3301

² Иоффе О. С. Избранные труды : в 4 т. Т. 1: Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ответственность по советскому гражданскому праву; Гражданское право : учебник : в 3 т. / под ред. А. П. Сергеева. М., 2008. Т. 1. С. 50.

³ Каплунова Е. С. Непреодолимая сила и смежные с ней понятия : дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2005. С. 3

⁴ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» // Российская газета. 2016. № 70

⁵ Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19) № 1 (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 21.04.2020) // «Бюллетень Верховного Суда РФ», № 5.

силой только лишь в том случае, если неблагоприятное финансовое положение вызвано последствиями введения ограничительных мер и участник оборота не смог бы их избежать.

Причина такого дифференцированного подхода обуславливается возможным недобросовестным поведением участников обязательственных правоотношений. Например, в случаях неисполнения возложенных на субъекты гражданских правоотношений обязательств, они способны ссылаться на последствия распространения COVID-19, пусть даже если влияние эпидемиологической ситуации не имело бы никакого значения для исполнения конкретного обязательства. Примеры такого поведения за последний год нередко можно встретить и в судебной практике. В соответствии с материалами одного из дел, кредитор просил суд отменить план реструктуризации долгов гражданина и признать его банкротом. Представитель должника возражал, просил продлить срок исполнения плана, ссылаясь на распространение COVID-19 в России и ограничительные меры, направленные на борьбу с распространением инфекции как на обстоятельство непреодолимой силы, воспрепятствовавшее исполнению обязательства. Арбитражный суд Томской области не продлил срок исполнения плана, мотивируя тем, что его надлежало исполнить еще до распространения коронавируса и введения ограничительных мер¹. Так, должник действовал недобросовестно, ссылаясь на обстоятельство непреодолимой силы в виде распространения инфекции, хотя на момент ее распространения срок исполнения обязательства должен был подойти к концу. Таким образом, следует обращать особое внимание на то, что при признании последствий ограничительных мер, направленных на борьбу с коронавирусной инфекцией как обстоятельств непреодолимой силы необходимо четко установить причинно-следственную связь между распространением инфекции и конкретной невозможностью исполнения обязательства.

Из вышеизложенного следует, что, несмотря на действительную возможность признания последствий распространения COVID-19 обстоятельством непреодолимой силы, освобождающими лицо от ответственности за неисполнение обязательств, вытекающих из договора, признание таких обстоятельств непреодолимыми для субъектов гражданских правоотношений необходимо рассматривать индивидуально в каждом конкретном случае во избежание их возможного недобросовестного поведения.

Фёдорова Е. С.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Реализация единственного жилья гражданина-банкрота: вопросы правоприменения

Проблема реализации единственного жилья гражданина-банкрота не теряет своей актуальности, так как подход, закрепленный на законодательном уровне, не является универсальным и не позволяет учесть всех возможных вариантов. Именно поэтому существуют разные взгляды в доктрине на способы решения этой проблемы и разные позиции в судебной практике.

Пункт 3 статьи 213.25 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», посвященной имуществу гражданина, подлежащему реализации в деле о банкротстве, отсылает к абзацу второму пункта первой статьи 446 Гражданского процессуального кодекса (далее – ГПК РФ), который устанавливает, что взыскание по исполнительным документам не может быть обращено на имущество, принадлежащее гражданину-должнику на праве собственности, в частности, на жилое помещение (его части), если для гражданина-должника и членов его семьи, совместно проживающих в принадлежащем помещении, оно является единственным пригодным для постоянного проживания помещением.

Проблему вызывает ситуация, когда у гражданина-банкрота нет никакого другого имущества, кроме жилого помещения, и это помещение по своим размерам превышает средние значения. Кроме того, наличие исполнительского иммунитета на жилое помещение открывает широкие возможности для злоупотребления гражданами своим правом.

¹ Решение Арбитражного суда Томской области от 20.05.2020 по делу № А67-7799/2018 // СПС «КонсультантПлюс».

Ввиду категоричности законодателя в решении вопроса об исполнительском иммунитете на единственное жилое помещение и многовариантности жизненных ситуаций, данную проблему в каждом конкретном случае решают суды, и их решения зачастую неоднозначны.

Первый подход, который нашел поддержку у судов, основан на принципе добросовестности. Если должник пытается отчуждать жилое помещение (например, дарит родственнику), сделка оспаривается кредиторами или финансовым управляющим, помещение включается в конкурсную массу и реализуется по общим правилам. Так, например, поступил Семнадцатый арбитражный апелляционный суд в деле № А60-13377/2017¹ (решение устояло в кассации и в Верховном Суде²). Подобную ситуацию рассматривал Арбитражный суд Челябинской области в деле № А76-11986/2016, в котором должник после признания его банкротом сменил место регистрации и совершил ряд сделок по отчуждению недвижимости³.

Данный подход судов представляется справедливым, так как действия самого должника свидетельствуют о том, что приоритетом для него становится не желание сохранить за собой жилое помещение, а стремление вывести имущество из конкурсной массы и избежать его реализации.

При втором подходе учитываются количественные характеристики жилого помещения. Некоторые суды допускают возможность реализации жилого помещения, если его характеристики превышают разумные потребности в жилье. Так, Арбитражный суд Поволжского округа отменил решения двух предыдущих инстанций, указав, что «вывод судов о наличии оснований для исключения из конкурсной массы спорного имущества гражданина сделан без учета фактических обстоятельств, в частности наличия очевидного превышения характеристик (параметров) спорного жилого помещения, над разумно достаточными для удовлетворения конституционно значимой потребности в жилище как необходимом средстве жизнеобеспечения и недостаточности иных активов должника для погашения требований кредиторов»⁴.

Применение данного подхода вызывает определенные сомнения, ведь критериев разумности и достаточности жилья на законодательном уровне не установлено, и в каждом конкретном случае данный вопрос решает судья, исходя из своих внутренних убеждений и жизненного опыта. Может ли он объективно судить о том, какая площадь жилого помещения будет для данного лица с его потребностями и уровнем дохода достаточной, разумной или наоборот превышающей его нужды (так называемое роскошное жилье)?

В доктрине предлагаются варианты использовать в качестве критерия, например, учетную норму или ее двукратный размер⁵. Еще в 2012 году Конституционный Суд Российской Федерации указал на необходимость конкретизации абзаца второго пункта первой статьи 446 ГПК РФ в части, касающейся размеров жилого помещения, на которое может быть обращено взыскание по исполнительным документам⁶. К сожалению, изменения в данный пункт статьи 446 ГПК РФ не вносились, хотя были соответствующие инициативы. Так, например, в 2012 году в Государственную Думу был внесен проект закона о внесении изменений в статью 446 ГПК⁷. В качестве критерия была

¹ Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.02.2019 № 17АП-17359/2018-АК по делу № А60-13377/2017 // СПС «КонсультантПлюс»

² Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 06.05.2019 № Ф09-1727/19 по делу № А60-13377/2017 ; Определение Верховного Суда РФ от 03.09.2019 № 309-ЭС19-11107 по делу № А60-13377/2017 // СПС «КонсультантПлюс»

³ Определение Арбитражного суда Челябинской области от 13 июня 2019 г. по делу № А76-11986/2016 // СПС «КонсультантПлюс»

⁴ Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 27.11.2018 № Ф06-39956/2018 по делу № А65-23235/2015 // СПС «КонсультантПлюс»

⁵ Саркисян А. В. Обращение взыскания на единственное жилье при банкротстве: поиск баланса ценностей. Комментарий к Определению судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 29.11.2018 № 305-ЭС18-15724 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 7. С. 16.

⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 14.05.2012 № 11-П «По делу о проверке конституционности положения абзаца второго части первой статьи 446 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Ф. Х. Гумеровой и Ю. А. Шикунова» // СПС «КонсультантПлюс»

⁷ Проект Федерального закона № 175340-6 «О внесении изменений в статью 446 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации» (ред., внесенная в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 21.11.2012) // СПС «КонсультантПлюс»

взята возможность за счет стоимости имеющегося жилого помещения приобрести иное пригодное для постоянного проживания жилое помещение в границах того же населенного пункта по нормам предоставления на каждого члена семьи гражданина-должника и возможность полностью или частично удовлетворить требования кредитора. Законопроект не был принят, но представленный в нем подход восприняли суды. Так, например, Арбитражный суд Уральского округа посчитал выводы нижестоящих судов об исключении жилого помещения из конкурсной массы преждевременными, так как кредиторами предлагался вариант покупки более дешевого жилья¹.

Ввиду наличия множественности подходов к решению проблемы применения исполнительского иммунитета на жилое помещение банкрота, все острее стоит вопрос о внесении изменений в статью 446 ГПК РФ, тем более, подобные споры появляются все чаще и решения звучат все противоречивее. Очень показательным в этом смысле является вышедшее не так давно Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 28.01.2021 № 309-ЭС20-15448 по делу № А50-34786/2017. Спор касался двух квартир, которые должник объединил в одну. Финансовый управляющий ходатайствовал об утверждении положения о порядке продажи этих квартир, должник заявил об их исключении из конкурсной массы. Суд первой инстанции (решение подтвердила апелляция) заявил, что квартиры не соответствуют разумному уровню для удовлетворения конституционно значимых потребностей в жилье и решил реализовать их. Суд округа акты отменил, ссылаясь на исполнительский иммунитет. Судебная коллегия Верховного Суда вновь подчеркнула тот факт, что законодательно установленного механизма реализации единственного жилья нет, как нет и критериев определения роскошного жилья. При этом она не согласилась ни с одним из решений нижестоящих судов. В отношении решения судов первой и апелляционной инстанции Верховный Суд указал, что «в нарушение положений статьи 35 Конституции Российской Федерации действия по реализации спорного помещения фактически приведут к лишению должника частной собственности, на которую не может быть обращено взыскание, против его воли, и навязыванию ему права собственности на иное имущество, заинтересованность в приобретении которого он не выражал»². С позицией суда округа Верховный Суд не согласился потому, что не была исследована возможность физического разделения квартиры. В итоге дело было направлено на новое рассмотрение. Кроме того, Судебная коллегия затронула вопрос добросовестности должника, когда исследовала причины объединения им квартир в одну.

На основе вышеизложенного можно сформулировать комплексный подход для решения вопроса о пределах исполнительского иммунитета на единственное жилое помещение. За основу необходимо взять главный критерий – добросовестность должника. Если имеет место злоупотребление с его стороны, препятствий для реализации жилого помещения нет. В случае добросовестного поведения гражданина необходимо применять количественный критерий, с ним ситуация обстоит сложнее. Здесь могут быть разные варианты – площадь жилого помещения, его рыночная стоимость, ее соотношение с размером задолженности. Так как часто за основу берется площадь помещения, одним из вариантов критерия может быть двойная учетная норма площади жилого помещения.

Филимонов О. Ю.

*Саратовская государственная юридическая академия,
магистрант*

Проблемы ответственности арбитражных управляющих при несостоятельности (банкротстве) юридического лица

Одним из важных элементов правовой и экономической стабилизации рыночных отношений является институт банкротства. В настоящее время остается актуальным вопрос об ответственности арбитражных управляющих при несостоятельности (банкротстве) юридического лица в случаях, когда в течение длительного периода процедуры банкротства происходит смена арбитражных управляющих в силу отстранения или освобождения от исполнения

¹ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 22.01.2019 № Ф09-8742/18 по делу № А60-56649/2017 // СПС «КонсультантПлюс»

² Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 28.01.2021 № 309-ЭС20-15448 по делу № А50-34786/2017 // СПС «КонсультантПлюс»

обязанностей и, соответственно, в разный период времени разные лица осуществляют обязанности арбитражного управляющего. В юридической науке существуют различные мнения относительно характера ответственности арбитражных управляющих при несостоятельности (банкротстве) юридического лица.

На основании Постановления Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» рассматривается единый подход к ответственности арбитражных управляющих и контролирующих должника лиц¹. При этом если несколько контролирующих должника лиц действовали совместно, то они несут субсидиарную ответственность за доведение до банкротства солидарно. Под совместными действиями следует понимать согласованность, скоординированность и направленность таких действий для реализации общих для всех намерений². Также остаётся актуальной проблема определения совместности действий, поскольку солидарный характер их ответственности может быть связан только при установлении оснований для применения положений ст. 1080 ГК РФ, связывающей солидарную ответственность с совершением совместных действий несколькими лицами. Следует отметить, что критерий одновременности совершения действий не может быть применим, поскольку арбитражные управляющие осуществляют деятельность, приводящую к образованию убытков, в различное время и последовательно сменяя друг друга.

Критерий согласованности, скоординированности и направленности действий, приводящих к реализации общего намерения также маловероятен, поскольку зачастую согласованность действий присутствует при одновременном исполнении функций различными лицами. Соответственно использование данного критерия в делах, где арбитражные управляющие сменяют друг друга, также не может быть применим. Однако, следует учитывать общий вклад арбитражных управляющих в наступление результата дела. Исходя из п. 2 ст. 129 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» и определения Верховного Суда РФ от 29.07.2016 № 309-ЭС15-18344 следует, что каждый из внешних или конкурсных управляющих, приступая к своим обязанностям, в полном объеме принимает на себя ответственность за все необходимые действия, а также последствия неправильных действий предшественника и принятых мер к их нейтрализации. В частности, из Постановления Арбитражного суда Уральского округа от 01.02.2018 № Ф09-4871/12 по делу № А07-8767/2011 с двух конкурсных управляющих была взыскана сумма невозвращенных задатков, поскольку ни управляющий, который проводил торги, ни последующий управляющий имея при этом обязанность и возможность возврата суммы лицу, не ставшему победителем торгов, такую возможность не реализовал и утратил возможность взыскания убытков за счет средств должника³.

Поскольку на каждого из внешних или конкурсных управляющих возложена одинаковая обязанность в соответствующем деле и каждый из них обязан предпринять меры, которые должен был совершить его предшественник, если они не были выполнены, либо предотвратить негативные последствия, возникшие ввиду неправильных действий предшественника, то освободиться от такой обязанности арбитражный управляющий может лишь в случае, когда к моменту назначения данного управляющего эти действия не могли быть совершены по обстоятельства, которые не зависят от самого управляющего.

При рассмотрении вопроса об ответственности арбитражных управляющих следует различать внешний и внутренний уровень отношений арбитражных управляющих, где под внешним понимались бы отношения управляющих и всех третьих лиц, а под внутренним – отношения между арбитражными управляющими, последовательно сменяющие друг друга в ходе процедуры банкротства юридического лица⁴. Целесообразно именно на внутреннем уровне оценивать существенность причиненных убытков должнику, кредиторам и иным лицам и доля ответственности, которая приходится на каждого арбитражного управляющего в деле. Возместив потерпевшему вред в полном объеме, один из

¹ См.: Постановление Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» // Собрание законодательства Российской Федерации, 2013, № 10, ст. 436.

² См.: Свириденко О. М. Правовое регулирование ответственности арбитражного управляющего // Lex russica. 2018. № 8 (141). С. 96–105.

³ См.: Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 01.02.2018 № Ф09-4871/12 по делу № А07-8767/2011 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ См.: Гонгало Ю. Б. Ответственность арбитражных управляющих: солидарная или долевая? // Хозяйство и право. 2018. № 9 (500). С. 111–120.

арбитражных управляющих вправе взыскать долю выплаченного возмещения с остальных и в рамках этого спора доказать, что его вклад в причинение вреда был минимальным. Такая практика поспособствует стимулированию арбитражных управляющих к более активным действиям и наиболее эффективной защите прав всех иных лиц, не являющихся субъектами профессиональной деятельности в сфере банкротства.

В судебной практике представлены немногочисленные примеры солидарной ответственности за убытки, причиненные действиями или бездействием арбитражных управляющих, однако по настоящее время правовое регулирование особенностей такой ответственности отсутствует в законодательстве. К примеру, отменяя определение суда об отказе во взыскании убытков, Арбитражный суд Поволжского округа в постановлении от 09.08.2019 по делу № А60-42177/2014 указал, что поскольку обязанности конкурсного управляющего должника исполнялись различными управляющими, значимыми для определения ответственности каждого арбитражного управляющего в деле будут являться такие критерии как период осуществления каждым управляющим исполнения своих обязанностей, а также действия (бездействия), которые каждое из лиц совершило или не совершило в период исполнения им обязанностей и какие меры были предприняты для выявления, обеспечения сохранности, возврата имущества должника с целью формирования конкурсной массы и размер причиненных им убытков¹.

Таким образом, возникает необходимость более детального законодательного регулирования ответственности арбитражных управляющих и установления в п. 4 ст. 20 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» солидарной ответственности нескольких арбитражных управляющих, осуществляющих полномочия в рамках процедуры банкротства одного должника. И только в исключительных случаях суд вправе с учетом конкретных обстоятельств дела освобождать от ответственности одного или несколько арбитражных управляющих, если совершенные им действия (бездействия) явно несоразмерны наступившим последствиям.

Ходнева М. В.

*Мордовский государственный университет имени Н. П. Огарева,
студент*

Защита прав несовершеннолетних при совершении сделок по отчуждению жилья

Конституция РФ в ст. 40 закрепляет одно из основных прав – право на жилище. Данное положение базируется на ряде международных актов (ст. 25 Всеобщей декларации прав человека, ст. 11 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах и т.д.). Конституционное закрепление права на жилище указывает на необходимость государства создавать возможности для его реализации. К способам реализации данного права можно отнести право пользования, владения, распоряжения.

Однако, такие субъекты права, как несовершеннолетние граждане, в силу обладания неполной дееспособности, не могут пользоваться указанными способами в полной мере, поэтому государство предусматривает ряд мер для защиты прав несовершеннолетних при реализации их права на жилище. Охране прав, свобод и законных интересов несовершеннолетнего лица посвящено немало количество норм, которые закрепляются в Семейном кодексе РФ, Гражданском кодексе РФ, Жилищном кодексе РФ, в ФЗ «Об опеке и попечительстве» и др.

Несовершеннолетние в зависимости от объема их правоспособности подразделяются на малолетних и несовершеннолетних в возрасте от 14 до 18 лет. Они могут иметь имущество на праве собственности, в том числе жилые помещения. Согласно ст. 15 ЖК РФ к жилым помещениям относятся: жилой дом, квартира, комната, а также часть дома или квартиры².

¹ См.: Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 09.08.2019 по делу № А60-42177/2014 по делу № А60-42177/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

² Жилищный кодекс Российской Федерации от 29 дек. 2004 года № 188-ФЗ: принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 22 дек. 2004 г.: одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации 24 дек. 2004 г. // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2005. № 1. – ст. 14.

Законом устанавливается ряд ограничений по распоряжению несовершеннолетними своим имуществом. В ст. 26, 28 ГК РФ предусмотрено: за несовершеннолетних, не достигших возраста 14 лет (малолетних), сделки, за исключением указанных в п. 2 ст. 28 ГК РФ, могут совершать от их имени только их родители, усыновители или опекуны. Несовершеннолетние в возрасте от 14 до 18 лет могут совершать сделки самостоятельно, но обязательным условием является получение письменного согласия родителей или иных законных представителей.

Сделки по отчуждению жилья с участием несовершеннолетних можно подразделить на группы, когда: несовершеннолетний является единоличным собственником жилого помещения; несовершеннолетний обладает правом собственности на долю в имуществе (в том числе в связи с использованием материнского капитала); несовершеннолетний является членом семьи собственника жилого помещения.

Какие же меры защиты несовершеннолетних существуют при совершении сделок по отчуждению жилья с участием несовершеннолетних?

Одной из основных мер является контроль за законными представителями малолетних в лице органов опеки и попечительства. Согласно ст. 37 ГК РФ, ст. 60 СК РФ, ст. 21 ФЗ «Об опеке и попечительстве», при совершении сделки относительно жилого помещения, которое находится в собственности малолетнего несовершеннолетнего, родители обязаны получить разрешение органа опеки или попечительства.

Чтобы выдать разрешение, органы опеки и попечительства уполномочены исследовать документы, связанные со сделкой, проводить беседу с несовершеннолетним, осматривать жилое помещение, выступающее объектом сделки. Первоочередная задача указанных органов – контроль за соблюдением имущественных, жилищных прав и интересов несовершеннолетнего в процессе отчуждения имущества.

Органы опеки и попечительства при выдаче разрешения могут указать на необходимость выполнения определённого условия, направленного на защиту прав и интересов несовершеннолетнего. Например, Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ рассмотрела спор, согласно которому родитель не исполнил условие органа опеки и попечительства по одновременному приобретению иной квартиры и оформлением доли в праве собственности на нее на имя несовершеннолетних. Вследствие этого договор купли-продажи был признан недействительным¹.

Мерой защиты прав несовершеннолетнего является обязательное нотариальное удостоверение сделок с недвижимым имуществом несовершеннолетних. Данное положение было введено в ФЗ от 13.07.2015 № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости»² в 2016 г. Целью закрепления указанного положения являлась дополнительная охрана несовершеннолетних участников договорных отношений, так как последствием нарушения данной нормы является признание сделки недействительной.

Также важной мерой защиты прав несовершеннолетних является выделение доли несовершеннолетнего на жильё, купленное за счёт средств материнского капитала. Сделки, связанные с продажей жилья, приобретенного на средства материнского капитала, находятся на особом контроле и в прокуратуре, сотрудники которой часто обращаются в суд с исками в интересах несовершеннолетних. Приведем пример из практики: Астраханский областной суд, рассматривая дело, указал на обязательное выделение долей несовершеннолетних, так как жилой дом был приобретен полностью за счет средств материнского (семейного) капитала в связи с чем необходимо выделение равных долей супругов и двоих несовершеннолетних детей в праве собственности³ (ст. 10 ФЗ «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей»).

Обращение прокурора в защиту прав несовершеннолетних также можно отнести к мере защиты. Например, прокурор в интересах несовершеннолетних обратилась в суд с иском к гражданке А. В обоснование требований

¹ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 27 фев. 2018 г. № 48-КГ18-1 // URL: <https://legalacts.ru/sud/opredelenie-verkhovnogo-suda-rf-ot-27022018-n-48-kg18-1/>.

² О государственной регистрации недвижимости: федеральный закон от 13 июля 2015 года № 218-ФЗ: принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 3 июля 2015 г.: одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации 8 июля 2015 г. // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2015. № 29. – ст. 4344.

³ Обзор судебной практики по делам, связанным с реализацией права на материнский (семейный) капитал 22 июня 2016 г. // URL: <https://www.vsrfr.ru/documents/all/15170/>.

прокурор указал, что по результатам проведенной проверки исполнения законодательства о соблюдении прав несовершеннолетних с использованием средств материнского (семейного) капитала установлено, что ответчик получила сертификат на материнский капитал, приобрела на него жильё, однако право собственности несовершеннолетних на указанное имущество не зарегистрировала, чем нарушила требования ФЗ от 29.10.2006 № 256-ФЗ¹.

Меньше всего мер защиты предусматривается для сделок с жилыми помещениями, где несовершеннолетние являются членами семьи собственника имущества.

ФЗ «Об опеке и попечительстве» в ст. 21 закрепляет положение, согласно которому в случаях продажи квартиры, где зарегистрирован несовершеннолетний ребёнок, необходимо снять его учёта, что допускается при условии наличия у законных представителей возможности зарегистрировать несовершеннолетнего в другом жилом помещении.

Также как меру защиты можно рассматривать п. 4 ст. 292 ГК РФ, который говорит о необходимости получения согласия от органа опеки в случаях: в жилом помещении проживают находящиеся под опекой или попечительством члены семьи собственника данного жилого помещения, либо оставшиеся без родительского попечения несовершеннолетние члены семьи собственника (о чем известно органу опеки и попечительства), б) если при этом затрагиваются права или охраняемые законом интересы указанных лиц.

Однако данная норма является спорной: появилось противоречие между п. 4 ст. 292 ГК РФ и п. 2 ст. 37 ГК РФ. Ст. 37 говорит о необходимости получения разрешения органа опеки и попечительства в том случае, если происходит отказ от прав несовершеннолетнего (в данном случае – отказ от права пользования жилым помещением); а ст. 292 ГК РФ не говорит о необходимости получения разрешения во всех случаях, которые могут возникнуть в связи с совершением сделки. Подобные нестыковки влекут за собой дефекты реализации отказа от права², что не соответствует интересам несовершеннолетних, проживающих в отчуждаемом жилом помещении.

П.4 ст. 292 ГК РФ вызывает проблемы при толковании, в связи с чем в судебной практике известно постановление Конституционного Суда РФ от 08.06.2010 № 13-П «По делу о проверке конституционности п. 4 ст. 292 ГК РФ в связи с жалобой гражданки В.В. Чадаевой». Своим решением суд расширил круг несовершеннолетних лиц, о которых идёт речь в ст. 292 ГК РФ, и обратил внимание на презумпцию добросовестности действий родителей³.

В завершении отметим, что несмотря на достаточное количество мер по защите прав несовершеннолетних, они не являются эффективными в должной мере. Учитывая широкий круг нормативных правовых актов, регулирующих данное положение (ГК РФ, ЖК РФ, СК РФ и т.д.), в них содержатся противоречащие нормы, которые затрудняют их должное применение на практике.

Для предотвращения нарушений прав несовершеннолетних собственников необходимо произвести изменения в нормах законодательства: нужно преодолеть пробелы и коллизии между нормами общими (ГК РФ) и нормами специальными (например, ФЗ №-48 ФЗ); чаще обобщать практику по указанным спорам.

¹ Решение № 2-668/2019 2-668/2019-М-394/2019 М-394/2019 от 21 марта 2019 г. по делу № 2-668/2019

² Гладышева И. П. Юридический отказ: теория, практика, техника : автореф. дис. ... канд. юрид. наук // Н. Новгород, 2010. 35 с. URL: <https://elibrary.ru/item.asp?id=30349575>

³ Постановление Конституционного Суда РФ от 8 июня 2010 г. № 13-П «По делу о проверке конституционности п. 4 ст. 292 ГК РФ в связи с жалобой гражданки В. В. Чадаевой» // URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/12076462/>.

Цуканова А. В.

*Северо-Западный институт (филиал)
Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Защита прав заемщика при потребительском кредитовании: тенденции судебной практики

Исходя из определения потребительского кредита, данного в Федеральном законе о потребительском кредите (займе)¹ (далее – ФЗ № 353) можно выделить следующих субъектов отношений, возникающих в связи с предоставлением потребительского кредита физическому лицу в целях, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности: должник – физическое лицо и кредитор – кредитные и иные финансовые организации. Экономически слабой стороной в данных отношениях является физическое лицо. А.В. Коновалов подчеркивает, что справедливость в гражданском праве возможна благодаря ряду действий сторон: избегание злоупотребления собственным правом, а иногда принятие на себя более высокие, чем того требует закон, обязанности и обременения и др.². Действительно, баланс интересов нарушается вследствие недобросовестных и порой крайне несправедливых действий профессиональной стороны кредитных отношений. О механизмах защиты прав заемщика и опыте судебной практики – ниже.

Ст. 5 указанного выше ФЗ № 353 устанавливает перечень из 40 условий потребительского кредита: общих (договор присоединения) и индивидуальных. Эти условия и другие индивидуально определенные, обязательно указываются в договоре. С одной стороны, данный перечень гарантирует осведомленность заемщика обо всех его правах и обязанностях, с другой стороны – договор становится объемным, непосильным для полного осмысленного ознакомления гражданином. Для защиты более слабой стороны на основании ч. 12 ст. 5 ФЗ № 353 действует Указание Банка России³, устанавливающее обязанность организации, выдающей потребительский кредит, фиксировать индивидуальные требования в табличной форме четким, хорошо читаемым шрифтом (понятие «хорошо читаемый шрифт» не раскрывается, вероятно, норма является бланкетной и направляет к ГОСТ Р 7.0.97-2016).

Представляется интересным одно из индивидуальных условий: право кредитора установить необходимость заключения заемщиком иных договоров, требуемых для заключения или исполнения договора потребительского кредита (п. 9 ч. 9 ст. 5 ФЗ № 353). Чаще всего под этим условием заключается договор страхования. Законодательством обязательное страхование предусмотрено только при заключении отдельного вида потребительского кредита – ипотеки, в отношении заложенного имущества. Тем не менее, исходя из принципа свободы договора, не исключается возможность установления условия в виде обязательного заключения договора страхования. Если данное условие определено договором, у заемщика существует право в течение 14 дней со дня предоставления кредита отказаться от договора страхования (п. 3 ч. 2.1 ст. 7) и (или) в течение 30 календарных дней с того же момента заключить договор страхования с любой страховой организацией, соответствующей критериям, установленным кредитором, в соответствии с законодательством (ч. 12 ст. 7). За несоблюдение такого условия, кредитор может: а) в силу закона расторгнуть договор и (или) требовать уплаты всей суммы кредитного договора с уплатой процентов за фактический срок пользования средствами (ч. 12 ст. 7); б) в силу договора увеличить размер процентной ставки по выданному кредиту до уровня процентной ставки, действовавшей на момент заключения договора на сопоставимых условиях кредитования без обязательного заключения договора страхования (ч. 11 ст. 7).

На практике кредитные организации выбирают последний вариант – увеличение размера процентной ставки, что зачастую приводит к спорам о правомерности применения такой меры. Так, Определением Судебной коллегии по

¹ Федеральный закон от 21.12.2013 № 353-ФЗ (ред. от 03.04.2020) «О потребительском кредите (займе)» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.09.2020) // Российская газета. 2013. 23 декабря.

² Коновалов А. В. Понятие справедливости в гражданском праве // Lex russica. 2019. № 8 (153). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/ponyatie-spravedlivosti-v-grazhdanskom-prave> (дата обращения: 06.03.2021).

³ Указание Банка России от 23.04.2014 № 3240-У (ред. от 15.05.2018) «О табличной форме индивидуальных условий договора потребительского кредита (займа)» // Вестник Банка России. 2014. № 62.

гражданским делам ВС РФ¹ было установлено, что заемщик воспользовался своим правом на выбор страховой организации. Гражданин расторг договор страхования, заключенный одновременно с кредитным договором, и уведомил банк о вновь заключенном договоре страхования в установленные сроки. Кредитная организация увеличила процентную ставку с 11,9 до 17,9 %, основываясь на том, что договор страхования расторгнут, а страховая организация по новому договору не соответствует критериям. Суд определил, что нижестоящими инстанциями не было дано правовой оценки условий кредитного договора об одномоментном заключении договора страхования с кредитным договором, а также об установленных кредитором требованиях к страховой организации. Таким образом, заемщик был вынужден заключить кредитный договор либо по повышенному проценту, либо со страхованием без возможности выбора страховой организации. В юридической науке отмечают, что ст. 7 ФЗ № 353 требует поправки, устанавливающей ответственность кредитных организаций за несанкционированное включение в кредитный договор условий о предоставлении дополнительных услуг (в частности – страхования)².

В продолжение темы о процентной ставке, стоит отметить, что в соответствии с ч. 1 ст. 9 ФЗ № 353 процентная ставка может быть постоянной (фиксированная величина в процентах годовых) и переменной (меняется в зависимости от изменения переменной величины, предусмотренной в индивидуальных условиях договора). Договор потребительского кредита чаще заключается на условиях переменной процентной ставки, что позволяет обеспечить интересны кредитора, в то же время ввести в заблуждение граждан. Например, Постановлением Арбитражного суда Поволжского округа³ установлено, что в рассматриваемом деле договор потребительского кредита имеет ряд положений, нарушающих права заемщика. Во-первых, при не заключении договора страхования жизни и здоровья по конкретно определенной программе этой кредитной организации процентная ставка повышается на 5 единиц, «практически в половину, что является дискриминационными условиями». Во-вторых, процентная ставка не является переменной, если ее изменение зависит от поведения заемщика: отказ гражданина от заключения договора страхования – поведение заемщика⁴. Искажение природы переменной процентной ставки увеличивает риски заемщика на переплату процентов, в то время как фактически фиксированная процентная ставка обеспечивает стабильность кредитных отношений.

Дополнительными расходам заемщика могут являться стоимость услуг информирования о текущем состоянии кредита. Часть 19 ст. 5 ФЗ № 353 запрещает кредитору взимание вознаграждения за исполнение обязанностей, возложенных на него законодательно. Такой обязанностью является предоставление раз в месяц бесплатно сведения о текущей задолженности, датах и размерах произведенных и предстоящих платежей и иной информации, определенной в договоре, также без оплаты заемщику должна быть направлена информация о наличии просроченной задолженности (ч. 3, ч. 4. ст. 10 ФЗ № 353). Кредитор, установивший «комиссию» за предоставление такой информации по потребительскому кредиту, обратился с апелляционным заявлением в суд к Управлению Роспотребнадзора о признании незаконным и отмене постановления об административном правонарушении. Суд отказал в удовлетворении требования: установление платы за исполнение законодательно определенных обязательств кредитора – нарушение Закона о защите прав потребителей как условие, ущемляющее установленные законом права потребителя; нарушение ФЗ № 353 как незаконное возложение на потребителя расходов, связанных с осуществлением банком действий, направленных на исполнение обязанностей банка в рамках кредитного договора⁵.

Таким образом, заемщик по договору потребительского кредита в силу закона имеет ряд прав, заключающихся в выборе альтернативных действий, например, самостоятельно выбрать страховую организацию. Нередки случаи

¹ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 08.12.2020 № 49-КГ20-18-К6, 2-7801/2019. Доступ из справ.-прав. системы «КонсультантПлюс».

² Бекузарова Ю. В. Правомерность включения в кредитный договор условий о страховании // Вестник СГЮА. 2019. № 5 (130).

³ Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 13.02.2020 № Ф06-57201/2019 по делу № А72-11916/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Письмо Банка России от 07.10.2015 № 41-2-12/1320 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 19.05.2020 по делу № А33-39870/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

недобросовестного поведения кредитора при определении условий договора потребительского кредита: предъявление высоких неоправданных требований к страховой организации; неправильное определение переменной процентной ставки; взимание платы за законно определенные бесплатные операции и т.д. Предупредить серьезные нарушения прав и интересов заемщиков по договору потребительского кредита можно путем повышения правовой грамотности населения посредством проведения мастер-классов, проведения консультаций, выдачи буклетов и т.д. Анализ судебной практики позволяет сделать вывод о том, что суды в большинстве случаев занимают позицию потребителя, что обуславливается, с одной стороны, тем, что заемщик – гражданин – слабая сторона правоотношения, а с другой – тем, что кредиторы – коммерческие организации, поэтому априори должны нести риски осуществления предпринимательской деятельности. Вместе с тем нередки случаи злоупотребления прав со стороны заемщиков, поэтому цель законодательства и правоприменения – баланс интересов как кредитора, так и заемщика, что обуславливает поиск новых правовых инструментов и механизмов защиты законных интересов сторон кредитного договора.

Чалова А. М.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Доля в обществе с ограниченной ответственностью как объект гражданских прав

Популярность ООО среди хозяйствующих субъектов обусловлена особой защитой имущества участников, не принадлежащего обществу. Это становится возможным благодаря главному признаку ООО – долям, на которые разделен уставный капитал. Актуальность выбранной темы объясняется тем, что количество ООО постоянно растет, и все они попадают в непростые условия развивающейся рыночной экономики России. На данный момент нет единого мнения относительно правовой природы доли ни в судебной практике, ни в научной литературе, что приводит к доктринальным разногласиям и не единообразию судебной практики.

Гражданский кодекс РФ называет следующие объекты гражданских прав: вещи, иное имущество, в том числе имущественные права; результаты работ и оказание услуг; охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность); нематериальные блага¹.

Когда участник вносит имущество в уставный капитал, он теряет вещное, абсолютное право на это имущество. Однако, после этого участник приобретает права и обязанности в обществе пропорционально размеру своей доли. Участник имеет право голосовать, решать судьбу общества в пределах приобретенной доли.

Приобретение доли предоставляет участнику определенные права и обязанности в отношении общества, в том числе права участия в управлении делами общества, посещение общих собраний с целью голосования и обсуждения вопросов, касающихся деятельности и так далее. То есть обладание долей является необходимой предпосылкой для личностного взаимодействия с другими участниками. Поэтому участникам ООО не все равно с кем они разделяют уставный капитал.

Участники общества имеют право преимущественной покупки доли участника, отчуждающего ее по «рыночной» цене, которую продавец предложил бы третьему лицу либо по цене, изначально установленной в уставе². Такие меры вводятся с целью придания отношениям участников стабильности и недопустимости концентрации корпоративных прав у отдельных участников, а также с целью осуществления контроля за составом общества.

Отчуждение доли может быть осуществлено с помощью договора купли-продажи. Если отчуждение происходит по другим основаниям, Закон об ООО уже не предусматривает права преимущественной покупки. В соответствии с ФЗ

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 16.12.2019, с изм. от 12.05.2020): // Российская газета – 2008.-24 марта – ст. 128.

² Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ (ред. от 04.11.2019, с изм. от 07.04.2020) «Об обществах с ограниченной ответственностью»: // Российская газета 2011. 15 февраля. – п. 4 ст. 21

«Об ООО» любая сделка, направленная на отчуждение доли подлежит обязательному нотариальному удостоверению¹. Несоблюдение нотариальной формы влечет за собой недействительность сделки.

Деятельность нотариуса по отчуждению доли имеет достаточно высокий уровень цифровизации. Нотариусом составляется один документ, который подписывается сторонами договора, нотариус устанавливает личность обратившегося за удостоверением договора лица²; проверяет дееспособность гражданина, правоспособность юридического лица, проверяет принадлежность доли в уставном капитале участнику, отчуждающему долю. Полномочия лица, отчуждающего долю, проверяются нотариусом: в день удостоверения сделки он обязан запросить в виде электронного документа выписку из ЕГРЮЛ³. В этом случае электронная форма документа не может быть заменена бумажной. Также нотариус должен убедиться в наличии или отсутствии в уставе требования о получении обязательного согласия других участников на отчуждение.

Далее нотариус в течение двух рабочих дней со дня удостоверения должен подать в орган, регистрирующий юридические лица, заявление о внесении изменений в ЕГРЮЛ⁴. Данное заявление нотариус подает в форме электронного документа, который подписывается усиленной квалифицированной электронной подписью, подается от имени нотариуса и содержит его персональные данные.

Примечательно, что в предыдущей редакции Приказа ФНС от 12 августа 2011 была обозначена необходимость сканировать документы с бумажных носителей и после этого направлять электронные документы в регистрирующий орган. В 2015 году такой порядок был отменен. Действительно, намного удобнее сразу направить электронный документ, чем сначала составлять документ на бумажном носителе, сканировать его и только потом направлять в электронной форме. Ответ Федеральной налоговой службы (регистрирующего органа) о факте внесения подтверждающей записи либо об отказе в ней направляется нотариусу так же в электронном виде, а предоставление данного документа на бумажном носителе не предусмотрено.

Доля, если иное не установлено уставом, может переходить по наследству. До принятия наследства с исполнителем завещания (душеприказчиком) нотариусом заключается договор доверительного управления⁵. Доверительное управление предполагает не только обеспечение сохранности имущества, но и, в силу специфики доли, управление ею. Данные положения подтверждают то, что доля включает в себя не просто имущество, а также совокупность сопутствующих прав и обязанностей, требующих управления.

К.И. Скловский, отмечая относительный характер возникающих у учредителя прав, одновременно высказывает сомнения в том, могут ли они быть отнесены к обязательственным. По п. 2 ст. 307 ГК РФ обязательства возникают из договоров и других сделок, вследствие причинения вреда, вследствие неосновательного обогащения, а также из иных оснований, указанных в Кодексе⁶. Отношения между участником и обществом, возникают по не указанным в статье основаниям, но имеют природу, сходную с обязательственными отношениями.

К относительным правам участника общества можно отнести право участвовать в управлении делами общества, получать информацию о деятельности общества и знакомиться с его документацией, участвовать в распределении

¹ Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ (ред. от 04.11.2019, с изм. от 07.04.2020) «Об обществах с ограниченной ответственностью»: // Российская газета 2011. 15 февраля. – п. 11 ст. 21

² Основы законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 года № 4462-1 : // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации – 1993 – ст. 42

³ Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ (ред. от 04.11.2019, с изм. от 07.04.2020) «Об обществах с ограниченной ответственностью»: // Российская газета 2011. 15 февраля – п. 13 ст. 21

⁴ Приказ Федеральной налоговой службы от 12 августа 2011 г. № ЯК-7-6/489@ (с изм. от 24 декабря 2015 г.) «Об утверждении Порядка направления в регистрирующий орган при государственной регистрации юридических лиц, крестьянских (фермерских) хозяйств и физических лиц в качестве индивидуальных предпринимателей электронных документов с использованием информационно-телекоммуникационных сетей общего пользования, в том числе сети Интернет, включая единый портал государственных и муниципальных услуг».

⁵ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья. от 26.11.2001 № 146-ФЗ (ред. от.18.03.2019 : // Российская газета – 2001.-28 ноября – ст. 1173.

⁶ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья. от 26.11.2001 № 146-ФЗ (ред. от.18.03.2019 : // Российская газета – 2001.-28 ноября, п. 2 ст. 307.

прибыли¹. В указанных правах участника общества преобладает относительная природа, так как указывается обязанный субъект – общество, которое должно предоставить конкретному участнику право голосовать на общем собрании, принимать участие в делах общества и так далее.

Мнения судов о возможности виндикации доли противоположны. ФАС ПО в Постановлении от 16.06.2008 № А06-1762/1-17/05 отметил: «требование собственника о возврате доли, предъявленное к добросовестному приобретателю, носит виндикационный характер». Суд приходит к выводу, что доля может быть виндцирована в соответствии со статьей 301 ГК РФ, закрепляющей, что собственник вправе истребовать свое имущество из чужого незаконного владения.

В Постановлении ФАС УО от 26.04.2004 № Ф09-1098/04-ГК суд отметил: «Поскольку доля участника общества с ограниченной ответственностью не является вещью, обладающей индивидуально-определенными признаками... судом первой и апелляционной инстанций сделан правомерный вывод о том, что доля в уставном капитале общества не может быть предметом виндикационного иска». Позиция суда о том, что долю нельзя виндцировать, представляется более обоснованной, так как доля действительно не является вещью с присущими только ей индивидуально-определенными признаками.

Участник общества кроме прав несет и обязанности, указанные в законодательстве². Он обязан оплатить долю, не разглашать конфиденциальную информацию и так далее.

Доля – не просто совокупность имущественных прав, они лишь составляют ее часть. Участник исполняет обязанности, неразрывно связанные с обладанием долей. Доля – это совокупность имущественных, в том числе корпоративных прав и обязанностей участника, объем которых зависит от размера вклада участника в уставный капитал. На основе произведенного анализа можно сделать вывод об обоснованности отнесения доли в ООО как объекта гражданских прав к иному имуществу, упоминаемому в ст. 128 ГК РФ.

Чикунев Д. В.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Первоначальная объективная невозможность исполнения обязательств по российскому праву и праву Германии

Среди оснований прекращения обязательств ГК РФ в статье 416 закрепляет такое из них, как невозможность исполнения обязательств: «Обязательство прекращается невозможностью исполнения, если она вызвана наступившим после возникновения обязательства обстоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает»³.

Очевидно, что здесь речь идет об автоматическом прекращении обязательства при возникновении последующей (невозможность исполнения появилась после возникновения обязательства) фактической (обязательство физически не может быть исполнено), объективной (обязательство не может быть исполнено как данным должником, так и другими лицами) и перманентной (носящая постоянный, бессрочный характер, о которой и идет речь в данной статье) невозможности исполнения. Например, после заключения договора купли-продажи индивидуально-определенной вещи последняя сгорела в связи со случайными обстоятельствами. В данном случае обязанность продавца по передаче вещи во исполнении договора прекращается, а, следовательно, исходя из синаллагматической конструкции договора купли-продажи, в соответствии со ст. 328 ГК РФ, не должна исполняться и встречная обязанность покупателя по оплате вещи. Это, правда, не касается случаев, когда соглашением сторон предусмотрено, что одна из сторон несет риск наступления обстоятельств, связанных с невозможностью исполнения своего обязательства.

¹ Новоселова Л. А. Оборотоспособность доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью // Объекты гражданских прав : сб. статей.

² Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ (ред. от 04.11.2019, с изм. от 07.04.2020) «Об обществах с ограниченной ответственностью» // Российская газета 2011. 15 февраля – ст. 21

³ «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994 № 51-ФЗ. Ст. 416.

Проблема возникает тогда, когда речь заходит о первоначальной объективной перманентной невозможности исполнения обязательства. Представим вышестоящую ситуацию и мысленно перенесем гибель данной вещи на тот момент, когда обязательство еще не возникло, а уже после гибели вещи стороны заключают договор купли-продажи. В этих случаях неизбежно встает вопрос о судьбе договора, его действительности и о том, возникает ли вообще обязательство или нет.

Действующее российское законодательство не содержит ответов на эти вопросы. Без внимания остались данные вопросы и в недавно вышедшем Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 11.06.2020 № 6 «О некоторых вопросах применения положений ГК РФ о прекращении обязательств», в котором речь в основном идет только о последующей объективной невозможности исполнения обязательств.

Что касается конкретных правовых споров, возникающих в судебной практике, то здесь стоит отметить недавно рассмотренное Верховным Судом РФ дело, обстоятельства которого указывали на первоначальную объективную невозможность исполнения обязательств: обязательство по предоставлению земельного участка для строительства невозможно исполнить, ввиду установленного до заключения договора о развитии территории запрета на строительство на данном земельном участке¹. Тем не менее, Верховный Суд для разрешения дела применил статьи 416 и 328 ГК РФ, так и оставив без внимания вопрос о первоначальной невозможности исполнения обязательств.

Отечественная доктрина, представленная различными взглядами по данному вопросу, в основном колеблется между недействительностью договора (например, Г.Ф. Шершеневич²) и тем, что обязательство вовсе не возникает. Такой позиции придерживается С.В. Сарбаш, по мнению которого невозможно юридически связать себя обязательством, которое изначально объективно невозможно исполнить³.

Интересно понаблюдать, как менялся взгляд на данную проблему в германском правопорядке. В § 306 Германского Гражданского Уложения (ГГУ) изначально получила отражение доктрина Ф. Моммзена, которая была разработана им во времена всеобъемлющей рецепции римского права немецкими пандектистами⁴. Классифицировав различные виды невозможности исполнения обязательств, Ф. Моммзен в основу своей доктрины положил римское правило «*Impossibilium nulla obligatio est*»: ничтожна договоренность в отношении невозможного.

Недействительность договора из-за первоначальной невозможности объяснялась тем, что *de lege lata* стороны, заключая договор, допускали ошибку в отношении способности к исполнению обязательства, следовательно, договор не соответствовал их свободной воле. Иными словами, они не заключили бы договор, если бы знали о такой невозможности⁵. Более того, прежняя редакция ГГУ не ограничивала первоначальную невозможность случаями такой ошибки, а предусматривала ее и тогда, когда одна из сторон знала или должна была знать о невозможности исполнения в момент заключения договора. В таких случаях § 307 ГГУ предусматривал обязанность недобросовестной стороны возместить другой стороне убытки, которые последняя понесла в результате доверия к действительности договора. Кстати говоря, природа таких убытков вызывала дискуссии среди немецких цивилистов: одни обосновывали деликтную природу таких убытков ввиду ничтожности договора, другие, сторонники действительности договора, – договорную природу.

Неудачность нормы § 306 ГГУ достаточно рано обнаружилась немецкой судебной практикой, которая стала преодолевать ее с помощью конструкции «взятие на себя гарантий», позволяющая не только признавать действительным договор об исполнении первоначально объективно невозможного, но и возлагать на должника полную ответственность за неисполнение договора. Критики подвергался и § 307 ГГУ, касаемо моделей взыскания убытков.

Более того, немецкие цивилисты критиковали сложность и достаточно подробное регулирование законодателем последствий невозможности исполнения. В то время как о таком распространенном виде нарушения договора, как

¹ Определение Верховного Суда РФ № 301-ЭС19-25810 по делу № А11-9358/2017

² Шершеневич Г. Ф. Избранное. Т. 5: Учебник русского гражданского права / Вступ. слово, сост.: П. В. Крашенинников. М.: Статут, 2017. С. 445.

³ Сарбаш С. В. Элементарная догматика обязательств: учебное пособие / 3-е изд., М.: Статут, 2020. С. 428.

⁴ Цвайгерт К., Кётц Х. Сравнительное частное право: в 2 т. Пер. с нем. Т. 1. Основы. Т. 2. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт-М.: Межд. отношения, 2019. С. 490.

⁵ Aksoy H. Impossibility in Modern Private Law. // Springer International Publishing Switzerland 2014. P. 9.

ненадлежащее исполнение, не было и речи в ГГУ. Пробел в данном вопросе также пришлось восполнять немецким судам, которые разработали концепцию «позитивного нарушения договора».

Наконец, после реформы обязательственного права ГГУ, завершившейся в 2002 году не без влияния современных кодификаций, первоначальная объективная невозможность исполнения обязательства, которая была приравнена к последующей невозможности по правовым последствиям, более не влечет ничтожности соответствующего договора только потому, что кредитор не может требовать от должника исполнения договора в натуре¹.

Реформа ГГУ значительно улучшила защиту прав кредиторов при невозможности исполнения обязательства: если ранее прежняя редакция ГГУ предоставляла кредитору право взыскать с должника убытки по модели негативного договорного интереса (то есть в результате взыскания убытков кредитор становится в такое положение, в котором он находился бы, если договор не заключался), то новая редакция ГГУ представляет кредитору право взыскания убытков по модели позитивного договорного интереса (в результате возмещения кредитор должен быть поставлен в такое положение, в котором он находился бы, если договор был надлежащим образом исполнен).

Важно оговориться, что требование о возмещении убытков вместо исполнения обязательства в натуре не может быть заявлено кредитором в тех случаях, когда должник не знал о невозможности исполнения обязательств. Однако договором может быть возложен на одну из сторон риск невозможности такого исполнения независимо от знания обстоятельств, которые ведут к невозможности исполнения обязательства.

Таким образом, в Германии отказались от доктрины ничтожности договора при первоначальной объективной невозможности исполнения обязательства. Это же следует из статьи 3.1.3 Принципов УНИДРУА.

Представляется, что такой подход должен быть заимствован и российским гражданским правом. При этом с точки зрения политики права признание ничтожным соглашения об исполнении первоначально невозможного не является уже актуальным, что подтверждается отказом немецкого права от доктрины Моммзена, а также актами международной кодификации договорного права. Конечно, невозможность исполнения обязательств может быть сопряжена и с недействительностью договора тогда, когда имеют место специальные основания недействительности сделки (например, статьи 168 и 170 ГК РФ).

Но в тех случаях, когда отсутствуют основания недействительности сделки, и должник в момент заключения договора знает о невозможности исполнения обязательства, было бы справедливее наделять кредитора правом на возмещение убытков (причем по модели позитивного интереса, как в новой редакции ГГУ) и применять правила о договорной ответственности. Именно хотя бы поэтому необходимо признать действительность соглашения об исполнении изначально объективно невозможного, а обязательство возникшим.

О похожей ситуации идет речь в случаях, при которых о невозможности исполнения знает кредитор, а не должник: последний вправе требовать от недобросовестного кредитора возмещения убытков, но по модели негативного, а не позитивного интереса².

Вместе с тем вопросы первоначальной невозможности исполнения обязательств носят достаточно запутанный и противоречивый характер и заслуживают дополнительного подробного исследования. Изучение доктриной данной проблемы с оглядкой на зарубежный опыт может послужить необходимой основой как для законодателя, так и правоприменительной деятельности судов.

¹ Мухачева Е. С. Невозможность исполнения обязательств в российском, европейском и единообразном частном праве // Дис... канд. юрид. наук. Томск. 2013. С. 57–58.

² Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А. Г. Карапетов. М. : М-Логос, 2017. С. 802–803.

Шабес Д. К.

*Саратовская государственная юридическая академия,
студент*

Безнадзорные животные как объекты гражданского права: актуальные вопросы правового регулирования

Безнадзорные животные – одна из самых актуальных современных проблем для всего общества. В настоящее время на улицах каждого города можно наблюдать большое количество бродячих собак и кошек, которые представляют опасность для человека. В основном, это касается собак, поскольку они, в силу своих психических и физиологических особенностей, достаточно агрессивны. Во-первых, это связано с их частыми нападениями на проходящих мимо людей. Так, ежегодно около 350 тысяч человек обращаются в медицинские организации из-за различных повреждений, причинённых им этими животными. А во-вторых, собаки являются самыми активными среди бродячих животных переносчиками смертельных болезней, таких, например, как бешенство. Как отмечает Федеральная служба по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека (Роспотребнадзор), более половины случаев инфицирования этой болезнью посредством нападения бесхозных собак заканчиваются для пострадавших летальным исходом¹.

Очень распространённой является проблема правового регулирования юридической ответственности за вред, причинённый бродячими собаками. В соответствии с п. 3 ст. 230 ГК РФ, на лиц, задерживающих безнадзорных животных, возлагается обязанность по надлежащему их содержанию². При этом сущность данного требования должным образом законодателем не раскрывается, в связи с чем у правоприменителей могут возникать трудности при толковании соответствующей нормы.

Несмотря на то что нападения собак, как правило, становятся причинами серьёзных проблем со здоровьем, ответственность за причинённый ими вред носит не уголовно-правовой, а гражданско-правовой характер. Исковым требованием в таких случаях обычно выступает компенсация морального и материального вреда в связи с возникающей необходимостью получать медицинскую помощь и оплачивать расходы на восстановление здоровья. Если вред причинила собака, чей собственник точно известен, то ответчиком будет выступать именно он. А на кого в подобном случае возлагается ответственность, если животное – безнадзорное, и личность лица, обязанного следить за ним, нет возможности установить? Отвечая на данный вопрос, пока сложно утверждать о формировании единообразной и однозначной судебной практики в этой сфере.

Ч. 1 ст. 124 ГК РФ признаёт полноценными участниками гражданских правоотношений субъекты РФ, которые, следовательно, имеют определённый набор прав и обязанностей³. В соответствии с п. 2 ст. 26.3 ФЗ № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», осуществлять отлов и содержать безнадзорных животных обязаны государственные органы субъекта РФ за счёт средств соответствующего бюджета⁴. На основании ст. 3 Закона РФ № 4979-1 «О ветеринарии», к полномочиям субъектов РФ, в том числе, относится организация мероприятий по предупреждению и ликвидации болезней животных и их лечению, а также защита населения от общих для человека и

¹ Всемирный день домашних животных. Осторожно: бешенство! // Федеральная служба по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека: [сайт]. 30.11.2019. URL: https://www.rospotrebnadzor.ru/about/info/news/news_details.php?ELEMENT_ID=13135 (дата обращения: 21.02.2021).

² См.: Часть первая Гражданского Кодекса Российской Федерации // Российская газета. 1994. 8 дек.; Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

³ См.: Часть первая Гражданского Кодекса Российской Федерации // Российская газета. 1994. 8 дек.; Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

⁴ См.: Федеральный закон от 6 октября 1999 № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // Российская газета. 1999. 19 октября; Собрание законодательства РФ. – 1999. -№ 42. – Ст. 5005.

животных болезней¹. Таким образом, анализ данных положений позволяет нам сделать вывод, что обязанность по надлежащему содержанию безнадзорных животных возлагается на органы государственной власти субъектов РФ, а значит, именно они должны нести гражданско-правовую ответственность за причинение ими вреда человеку.

К примеру, гражданка М. предъявила иск против администрации городского округа, в котором проживает, о взыскании компенсации морального вреда после того, как она, выходя из дома, подверглась нападению бродячей собаки, в результате чего была вынуждена проходить длительное амбулаторное лечение. Суд при рассмотрении дела установил, что полномочия субъекта РФ по отлову и содержанию безнадзорных животных на основании Закона этого субъекта были переданы на неопределённый срок органам местного самоуправления городских округов, из чего следует, что именно исполнительно-распорядительный орган данного муниципального образования не выполнил возложенные на него обязанности, и это в результате привело к причинению вреда здоровью М. Разрешая спор, суд удовлетворил иск женщины и привлёк к гражданско-правовой ответственности администрацию городского округа².

Однако, изучая материалы судебной практики по соответствующему вопросу, можно прийти к выводу, что не всегда суд придерживается такой точки зрения. Так, в одном из субъектов РФ гражданско-правовая ответственность за причинение вреда здоровью восьмилетнего ребёнка бродячими собаками как источниками повышенной опасности была возложена на гражданку К., которая долгое время их прикармливала, но не обеспечила за ними должного контроля. На решение суда повлияла справка об оплате женщиной оказания ветеринарной помощи одной из собак, поэтому выплачивать компенсацию морального и материального вреда по требованию родителей пострадавшего мальчика суд обязал именно её, а не органы власти субъекта РФ или муниципалитета³.

Как было указано выше, ст. 230 ГК РФ в качестве основания возникновения у лица обязанности по содержанию безнадзорных животных называет именно их задержание. По моему мнению, факт того, что гражданка К. подкармливала собак и поспособствовала оказанию одной из них медицинской помощи, не является признаком их принадлежности к ней. Но суд придерживался другой точки зрения, и такие расхождения в толковании нормы, установленной ГК РФ, опять же, обусловлены тем, что законодателем недостаточно раскрыта её сущность. Это подтверждается также и другим примером из судебной практики, где суд, напротив, не признал доказательством принадлежности собак гражданину П. такую же справку об оплате мужчиной оказанной им ветеринарной услуги, когда он обратился с исковым требованием о возмещении ему морального вреда, вызванного ошибочным отловом его собак как безнадзорных. В этом случае органы власти выполнили свою обязанность по обеспечению защиты граждан от безнадзорных животных, но не удостоверились в правильности своих действий. Однако суд всё равно не признал П. ответственным за поведение его питомцев, потому что по-другому истолковал положение ст. 230 ГК РФ⁴.

Исходя из вышесказанного, можно отметить, что вопрос правового регулирования ответственности за причинение вреда бездомными животными ещё до конца не доработан. Необходима его более подробная регламентация во избежание дальнейших разногласий при разрешении подобных правовых споров.

Другой важной проблемой в этой сфере можно назвать проявление чрезмерной жестокости людей по отношению к безнадзорным животным. Исходя из положений ст. 137 ГК РФ, животные считаются в гражданском праве вещью, то есть объектом соответствующих правоотношений. Однако главная особенность этих объектов заключается в том, что они, в отличие от неодушевлённого имущества, имеют способность чувствовать. Именно поэтому в той же ст. 137 ГК РФ

¹ См.: Закон РФ от 14 мая 1993 № 4979-1 «О ветеринарии» // Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1993. № 24. Ст. 857.

² См.: Определение Верховного суда Республики Саха (Якутия) от 16.11.2011 по делу № 33-4085/11 // Судебные и нормативные акты РФ [сайт] URL: <https://sudact.ru/regular/doc/cMkNnHWy1gVw/> (дата обращения: 24.02.2021).

³ Определение Приморского краевого суда от 17.08.2009 по делу № 33-6996 // Судебные и нормативные акты РФ [сайт] URL: <https://resheniya-sudov.ru/2009/6292/> (дата обращения: 24.02.2021).

⁴ См.: Решение Гатчинского городского суда Ленинградской области от 25.09.2012 № 2-3139/2012 // Справочно-правовая система «Гарант» [сайт] URL: <https://base.garant.ru/35393333/> (дата обращения: 24.02.2021).

закреплено положение, согласно которому устанавливается запрет на жестокое обращение с животными, противоречащее принципам гуманности¹. Но возникает вопрос: что конкретно понимается под словом «жестокость»?

Ч. 1 ст. 18 ФЗ № 498-ФЗ «Об ответственном обращении с животными и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» в качестве мероприятий при осуществлении деятельности по обращению с животными без владельцев называет, в том числе, отлов безнадзорных животных с целью незамедлительной передачи в приют и содержание их там². Но реализация названных мероприятий в России довольно затруднительна, потому что есть некоторые трудности с финансированием. Из-за недостатка средств владельцы приютов не способны должным образом позаботиться о нормальных условиях для жизни животных, вследствие чего те погибают от антисанитарии или голода, либо приобретают тяжёлые проблемы со здоровьем. Несомненно, такое содержание подопечных можно считать жестокостью, но объективных оснований для привлечения к ответственности держателей приютов в таких случаях нет. Следовательно, как можно заметить, несмотря на наличие в законодательстве норм, направленных на защиту одушевлённых объектов гражданских правоотношений, они всё же не способны решить множество реальных современных сложностей в этой сфере.

Полагаю, для решения данной проблемы необходимо популяризовать идею стерилизации бездомных животных как альтернативы содержания их в приютах, так как эти меры уже неэффективны. Но нужно на законодательном уровне урегулировать все детали данной процедуры, ведь сейчас соответствующий нормативный акт в России отсутствует, вследствие чего органы власти, ответственные за осуществление мероприятий по содержанию животных, не имеют чёткого представления об алгоритме данной процедуры, а в связи с этим, и возможностей для единообразной её реализации в субъектах РФ.

Шестакова Е. С.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
аспирант*

Завещание как институционализованный воля: философско-правовой анализ

Такая сложная и многогранная категория, как воля, была и остается важным правовым понятием, которое требует тщательного рассмотрения в контексте анализа завещания как одного из оснований наследования, расширенных в последние годы законодателем за счет введения положений о совместных завещаниях супругов (Федеральный закон от 19.07.2018 № 217-ФЗ «О внесении изменений в статью 256 части первой и часть третью Гражданского кодекса Российской Федерации»³). Завещание, по сути, представляет собой юридически институционализированную волю наследодателя или наследодателей-супругов, посмертное осуществление которой необходимо обеспечить. Однако термин «воля», в большей степени является универсальной категорией, часто используется в законодательстве, правовой литературе, судебных решениях и его нельзя назвать только юридическим. Рассмотрение данного вопроса на стыке таких наук, как психология, философия, юриспруденция является очень важным для выявления новых возможностей и плодотворных исследований данного вопроса.

¹ См.: Часть первая Гражданского Кодекса Российской Федерации // Российская газета. 1994. 8 дек.; Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

² Федеральный закон от 27 декабря 2018 № 498-ФЗ «Об ответственном обращении с животными и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 23.02.2021).

³ Федеральный закон от 19 июля 2018 г. № 217-ФЗ «О внесении изменений в статью 256 и часть третью Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2018. № 30. Ст. 4552.

Существование большого количества концепций воли¹ объясняется неопределённостью, запутанностью, а также глубиной сущности понятия воли, которая является неразрывным единым психическим процессом, включающим в себя определенные психические компоненты.

В ходе реализации своей цели человек проходит разные стадии волевого процесса. Поведение человека – непрерывная цепь взаимосвязанных процессов, в которых формируются цели, происходит выбор между ними. Нельзя исключить из него и такие компоненты, как память и установка, анализ ситуации, выработка с их учетом и с учётом мотива программного инварианта².

Наиболее значимым в этой цепочке остается традиционный вопрос о свободе воли, который вместе с самим термином был заимствован из учений, не имевших сугубо юридического характера, но не воспринимался в качестве необходимого для познания права.

Анализ всех точек зрения позволяет сделать вывод о том, что свобода индивидов и свобода их воли – понятия тождественные. Свобода составляет субстанцию и основное определение воли: свободное и есть воля. Свобода действительна как воля, как субъект. Воля в праве – свободная воля, которая соответствует всем сущностным характеристикам права и тем самым отлична от произвольной воли и противостоит произволу. Волевой характер права обусловлен именно тем, что право – это форма свободы людей, т. е. свобода их воли³.

Вопрос о формировании и изъявлении воли для права также, как и для философии представляет большой интерес. Воля является основным элементом такого юридического факта как сделка, которая определяет возникновение, изменение и прекращение гражданских правоотношений.

Волевой характер правовых отношений означает не только неразрывную их связь с волей и сознанием, способностью реагировать на правовое воздействие, но в первую очередь то, что эти отношения обусловлены государственной волей, выраженной в правовых нормах⁴. Посредством воли, в пределах правовых норм, отношения становятся правоотношениями.

Процесс формирования воли человека, направленной на совершение сделки (волеобразование), сложный, многогранный, не стандартный психологический процесс, который проходит следующие стадии: возникновение потребности и осознание способов ее удовлетворения, выбор способа удовлетворения и принятие решения совершить сделку⁵.

В легальном определении понятия сделка нет указаний на волевое действие участников этих правоотношений, однако, анализируя законодательство, можно сказать, что понятие воли играет важную роль.

Сделка как волевой юридический акт опирается не только на желание совершить сделку, на сообщение об этом всем участникам, то есть закрепление, кристаллизацию этого выражения в соответствующей форме (иначе она не будет определять согласованности и иметь юридические последствия), но и на полное соответствие внутренней воли и волеизъявления.

Поэтому так важно различать эти два понятия, где воля – это субъективный момент, а волеизъявление – объективный. Это различие очень важно для дальнейшего разрешения споров и противоречия воли волеизъявлению. Волеизъявление – это фиксирование психологического процесса, которое позволяет понять истинное желание, выбор решения субъекта о совершении сделки.

В юридическом смысле воля и волеизъявление действуют как одно целое, а именно – если есть воля, то есть и волеизъявление, если нет воли, то нет и волеизъявления: иное не имеет юридического значения. Они являются существенными элементами для любой гражданско-правовой сделки.

¹ Керимов Д. А. Философские проблемы права. М. : Мысль, 1972 ; Ковалев А. Воля и ее воспитание. Симферополь: Крымиздат, 1949. Селиванов В. И. Сила потребности и волевое усилие. Тбилиси, 1974 ; Додонов Б. И. Потребности, эмоции и интересы. Проблемы формирования социогенных потребностей. Тбилиси, 1974.

² Ойгензихт В. А. Воля и волеизъявление. Душанбе: Дониш, 1983. С. 47.

³ См.: Нерсесянц В. С. Философия права : учебник для вузов. М., 2005. С. 22.

⁴ См.: Ойгензихт В. А. Воля и волеизъявление. Душанбе, 1983. С. 93.

⁵ См.: Толстой В. С. Понятие и значение односторонних сделок в гражданском праве. М., 1996. С. 3.

Даже при односторонне управомачивающей или односторонне обязывающей сделке, которой является завещание, к этой воле требуется присоединение воли другого лица для ее реализации, что, в том числе, находит отражение в допущении законодателем совместных завещаний супругов.

Завещание порождается волей наследодателя. Без воли, нет и волеизъявления, а, следовательно, нет и завещания. Еще Г.Ф. Шершеневич отмечал, анализируя наследственное право, что «основаниями, в силу которых происходит переход имущества от одного лица к другому, могут быть: 1) завещание, 2) договор, 3) закон. В первых двух случаях в основании наследования лежит воля наследодателя»¹.

В Своде законов гражданских Российской империи, а также действующем ГК РФ, глава, посвященная наследованию по завещанию, помещена ранее главы, посвященной наследованию по закону. Это говорит о том, что законодатель отдает приоритет воле наследодателя и направляет все усилия на ее охрану после смерти завещателя.

В Гражданском кодексе презюмируется соответствие воли и волеизъявление, однако в некоторых случаях они могут не совпадать, а действия совершаются не по своей воле, а под влиянием обмана, принуждения или под угрозой. Соответственно не каждое волеизъявление может быть совершено лицом по своей воле, а истинная воля не будет соответствовать содержанию завещания из-за вышеназванных причин.

С пороком воли при составлении завещания может быть связана и неспособность лица, совершившего завещание, понимать значение своих действий и руководить ими, которое, при этом в момент совершения считалось дееспособным.

Следует оговориться, что основой юридически значимой воли является обладание не только волей в фактическом смысле, но и сознанием – «волей в психологическом смысле». В данном случае мы говорим об интеллектуальном моменте дееспособности, в котором и заключается не только руководство своими поступками, но и возможность осознавать их последствия, результат. Только при наличии психической полноценности субъекта мы можем отождествлять волеиспособность с дееспособностью. Отсюда такой термин, как «зрелая воля», который означает, что субъект созрел для понимания и регулирования своего поведения. В данном случае мы не можем говорить о дееспособности без волеиспособности. В большинстве случаев, она выходит за ее рамки, а дееспособное лицо может оказаться неволеиспособным².

Таким образом, при составлении завещания интеллектуальная дееспособность и волеиспособность лица должны совпадать и действовать вместе. Воля и желание должны формироваться у участников сторон в нормальных условиях и совпадать с волеизъявлением.

Российские цивилисты всегда рассматривали завещание как одностороннюю сделку, включающую волеизъявление только одного лица³. В совместных же завещаниях, несмотря на выступление на стороне завещателя двух лиц – супругов, правовая природа его как сделки не меняется, оно так и остается односторонней сделкой, которая содержит взаимозависимые волеизъявления каждого из супругов.

В этом и состоит особенность таких завещаний, без которых оно утрачивает свою сущность. Проблемой таких завещаний может стать, как и в других сделках, зависимость воли одного лица от другого и тем самым ограничение способности к волеизъявлению.

Однако, можно предположить, что законодатель имел в виду, что каждый из супругов лично изъявляет волю, принимая решение по распоряжению своим имуществом. При этом такое решение обоюдно с решением другого супруга⁴.

¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1912. С. 784.

² Ойгензихт В. А. Воля и волеизъявление. Душанбе, 1983. С. 97–98.

³ Серебровский В. И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. М., 2003 ; Суханов Е. А. Гражданское право : учебник : в 4 т. – 2-е изд., перераб. и доп. – Москва: Статут, 2019 ; Крашенинников П. В. Наследственное право. I-е изд. М. : Статут, 2018.

⁴ Родионова О. М. Гражданско-правовая сущность совместного завещания супругов // Вестник Саратовской государственной юридической академии. № 5 (130). 2019. С. 99–103.

Соответственно, можно сделать вывод о том, что совместное завещание супругов – это результат соглашения обоих супругов (общее волеизъявление), выразившееся в определении условий завещания, которое в данном случае носит взаимообусловленный характер распоряжений.

Исследуя законодательство в области наследства, можно сказать, что четко прослеживается регламентация фиксирования волеизъявления в сделочных основаниях наследования, последствия несоответствия воли и волеизъявления, а также последствия формирования воли у участников сторон в неестественных условиях.

Такое пристальное внимание законодателя к наследственным отношениям, к их определению связано с большим количеством судебных разбирательств в этой области. Законодатель придает большую важность и значимость институту завещания еще и в силу того, что государство с уважением относится к частной воле завещателя и ее охране после его смерти. Именно институционализация воли граждан, ее регламентация в правовом процессе для наследственных правоотношений играет важную роль: она помогает осуществить последнюю волю гражданина или супругов и защитить их права.

Шишко О. А.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Мультимедийный продукт: правовая квалификация в России и зарубежных странах

С возникновением Интернета и стремительным развитием технологий в XX веке были созданы условия для формирования новых юридических категорий, в том числе в сфере права интеллектуальной собственности. Одной из них является мультимедийный продукт – новый объект авторских прав, упоминания о котором имеются в ГК РФ и иных правовых актах, что может свидетельствовать о его особой значимости и специфических особенностях. На практике, в частности в Интернете, этот термин используется для обозначения различных видеороликов, музыки и т.д.

Из содержания п. 1 ст. 1240 ГК РФ следует, что мультимедийный продукт представляет собой сложный объект, включающий несколько охраняемых результатов интеллектуальной деятельности. При этом законодатель оставляет без внимания как понятие мультимедийного продукта, так и круг образующих его элементов. В связи с этим возникает ряд вопросов: что представляет собой мультимедийный продукт как охраняемый результат интеллектуальной деятельности; кто является его автором; каков порядок реализации механизма распоряжения правами на данный объект и др. Существующая неопределённость создаёт условия для нарушения прав создателей мультимедийных продуктов, порождает проблемы в правоприменительной практике, а потому требует раскрытия сущности и выработки единого понятия мультимедийного продукта.

Распространение объектов мультимедиа во многих сферах привело к появлению значительного количества научных исследований относительно их правовой природы. Однако, чем больше мультимедийные продукты используются в той или иной области, тем более расплывчатым и неточным становится их содержание.

Так, в юридической науке высказываются различные мнения о правовой сущности мультимедийного продукта.

Одни авторы рассматривают понятие мультимедиа в широком смысле и относят к соответствующей категории как различные рекламные телепередачи, средства массовой информации и т.д., так и компьютерные средства для обработки информации, «представления видео-, аудио- и печатной информации»¹.

Другие, исследуя данную категорию с технической точки зрения, определяют ее как цифровую форму воплощения различных идей, документов, несущих в себе информацию различных типов с последующим использованием соответствующих компьютерных технологий², тем самым признавая мультимедийный продукт особым средством обработки и представления информации.

¹ Вернер И. Все о мультимедиа [Учебное пособие: перевод с укр.] – Киев. 1996. С. 5

² Шлыкова О. В. Культура мультимедиа: Уч. пособие для студентов / МГУКИ. М. : ФАИР-ПРЕСС. 2004. С. 138.

Ряд учёных под мультимедийным продуктом понимает обычное классическое произведение литературы, музыки и т.д., которое было преобразовано в цифровую форму с помощью компьютерных средств¹.

Также высказывается мнение, что мультимедийный продукт представляет собой «объект, создаваемый для использования с помощью технических средств», который объединяет в себе множество способов воспроизведения информации².

Некоторые авторы выступают за отказ от выработки исчерпывающего, единого определения сущности мультимедийного продукта. Предлагается рассматривать данные продукты не с описательной стороны, а с функциональной, предполагающей поиск легальных способов создания произведений мультимедиа, их использования и правовой охраны³.

Не сложились единые подходы и в судебной практике. Можно встретить квалификацию мультимедийного продукта не как результата интеллектуальной деятельности, а как материального носителя информации⁴. Очевидно, что такая позиция противоречит п.1 ст.1227 ГК РФ, закрепляющему существование интеллектуальных прав вне зависимости от наличия материального носителя. Вместе с тем в настоящее время большинство судов идут по пути определения мультимедийного продукта как базы данных или программы для ЭВМ⁵, находя такой подход наиболее практичным и понятным ввиду существования достаточно подробного законодательного регулирования и сформировавшейся судебной практики в отношении данных объектов. Однако это приводит к тому, что правовой режим мультимедийного продукта не определяется нормами о сложном объекте (ст. 1240 ГК РФ). Представляется, что подобная юридическая квалификация не совсем корректна, поскольку базы данных – составные произведения, авторские права на которые, согласно п. 2 ст. 1260 ГК РФ, признаются только «на осуществлённые подбор или расположение материалов», в то время как мультимедийный продукт является единым произведением. А программой для ЭВМ, согласно ст. 1261 ГК РФ, признается представленная в объективной форме совокупность данных и команд, предназначенная для функционирования ЭВМ и других компьютерных устройств, авторские права на которую охраняются так же, как и на литературное произведение.

На международном уровне и в зарубежных странах также выражены различные позиции. Так, пункт 43 Зелёной книги Европейской комиссии от 19.07.1995 «Авторское право и смежные права в информационном обществе» признает мультимедийным продуктом совокупность данных и объектов различных видов (изображения, текст, музыка, программное обеспечение)⁶.

В правовой доктрине США высказывается мнение, что мультимедийный продукт должен рассматриваться как совокупность нескольких элементов (текст, звук и движущиеся изображения) и или видов работ в единой среде⁷.

В судебной практике Японии существовало два основных подхода к квалификации продуктов мультимедиа. Одни суды рассматривали их в качестве кинематографических произведений, другие – определяли их как программы для

¹ Годра Ф. Краткие заметки о правовом режиме произведения мультимедиа [перевод с фр. О. Пронина] // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права, журнал. М. : 2002. № 6. С. 64.

² Подшибихин Л., Леонтьев К. Продукты мультимедиа: правовые проблемы и экономические перспективы // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права, журнал. М. : 2002. № 9. С. 34.

³ Подшибихин Л., Леонтьев К. Продукты мультимедиа: правовые проблемы и экономические перспективы // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права, журнал. М. : 2002. № 9. С. 20.

⁴ Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 27.02.2010 по делу № А41-6117/09 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Определение ВАС РФ от 21.03.2012 № ВАС-2706/11 ; Постановление ФАС Московского округа от 01.04.2010 № ЛГ-А40/1714-10; Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 22.12.2011 по делу № А45-3524/2011

⁶ Green Paper Copyright and Related Rights in the Information Society COM (95) 382 final, Brussels, July 1995 // URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1995:0382:FIN:EN:PDF> (дата обращения: 27.01.2021).

⁷ Lehman B., Brown R. Lehman B., Brown R. Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights United States. U. S. Patent and Trademark Office, Washington D. C., September 1995. P. 42

// URL: https://www.eff.org/files/filenode/DMCA/ntia_dmca_white_paper.pdf (дата обращения: 27.01.2021).

ЭВМ. Данная коллизия была устранена Верховным судом Японии, который постановил относить эти объекты все-таки к кинематографическим произведениям.

Таким образом, определение содержания мультимедийного продукта до сих пор представляет сложную задачу не только в РФ, но и в других странах, а применение к данному объекту традиционных положений законодательства об интеллектуальной собственности затрудняется цифровой формой мультимедийного продукта и его интерактивностью. Наиболее соответствующей сущности мультимедийного продукта представляется его квалификация как выраженного в цифровой форме сложного объекта авторских прав, состоящего из нескольких охраняемых результатов интеллектуальной деятельности (музыкальные, литературные произведения, произведения изобразительного искусства и т.д.), которые функционируют при помощи компьютерных средств при взаимодействии с пользователем. Такой подход позволит более эффективно регламентировать возникающие отношения в связи с созданием и использованием мультимедийного продукта, осуществлением авторских и исключительных прав на него, а также обеспечить охрану прав его авторов.

Шумилин А. Б.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Внесудебное банкротство граждан: риски и перспективы

Существующие процедуры банкротства, согласно статье 2 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)»¹ (далее – Закон о банкротстве), применяются в следующих целях:

1. Восстановление платёжеспособности гражданина и полное погашение его задолженности перед кредиторами (при процедуре реструктуризации долгов гражданина);
2. Соразмерное удовлетворение требований кредиторов и освобождение гражданина от долгов (при реализации имущества гражданина).

Между тем статистика Единого федерального реестра сведений о банкротстве (ЕФРСБ) показывает, что в подавляющем большинстве случаев указанные процедуры не достигают цели полного или хотя бы частичного удовлетворения требований кредиторов – примерно в 2 случаях из 3 по итогам реализации имущества граждан кредиторы не получают ничего².

В целом банкротство гражданина в судебном порядке – это сложная, финансово затратная и, как правило, неэффективная процедура. Однако год от года количество судебных дел о банкротстве граждан только растёт. Согласно статистическому бюллетеню ЕФРСБ, за 2020 год количество решений судов о банкротстве граждан, включая индивидуальных предпринимателей, увеличилось на 72,6 %, в то время, как в 2019 году увеличение достигало 56,8 % по сравнению с прошедшим годом. Вместе с ростом количества дел о банкротстве граждан растёт и загруженность арбитражных судов и арбитражных управляющих.

Необходимость оптимизации банкротства граждан очевидна. Нужно создать процедуру, способствующую, при очевидной невозможности полного или частичного погашения задолженности гражданина перед кредиторами, его освобождению от долгов с минимальными затратами как для самого гражданина, так и для государства. Такой процедурой, по мнению законодателя, является внесудебное банкротство граждан, предусмотренное вступившим в силу с 1 сентября 2020 года Федеральным законом «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части внесудебного банкротства»³.

¹ Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

² Статистический бюллетень ЕФРСБ на 31 декабря 2020 года // URL: <https://fedresurs.ru/news/1fc434cc-96ed-4fcb-9ceb-9bb2e3d23adc?attempt=1>. Дата доступа 02.02.2021.

³ 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» // СЗ РФ. 2020. № 31 (ч. 1). Ст. 5048.

Мною были изучены законодательные положения о внесудебном банкротстве граждан и процедуре его проведения. В данной работе я представил своё мнение, способствует ли внесудебная процедура оптимизации банкротства граждан и сформулировал возможные риски её применения.

Во внесудебной процедуре банкротства граждан не участвует арбитражный суд, а также финансовый управляющий. Заявление гражданина о признании его банкротом во внесудебном порядке подается им в многофункциональный центр предоставления государственных и муниципальных услуг (МФЦ).

Подать заявление гражданин может в том случае, если общий размер денежных обязательств и обязанностей по уплате обязательных платежей составляет не менее 50 000 и не более 500 000 рублей. У него должно отсутствовать имущество, на которое можно обратить взыскание, что подтверждается фактом окончания исполнительного производства в отношении этого гражданина в связи с возвращением исполнительного документа взыскателю на основании пункта 4 части 1 статьи 46 Федерального закона «Об исполнительном производстве», независимо от объема и состава требований взыскателя. Также в отношении гражданина не должно быть возбуждено иное исполнительное производство после возвращения исполнительного документа взыскателю.

При подаче заявления о признании гражданина банкротом во внесудебном порядке гражданин обязан предоставить список всех известных ему кредиторов в соответствии с абзацем 4 пункта 3 статьи 213.4 Закона о банкротстве. Все мероприятия в рамках процедуры внесудебного банкротства в дальнейшем производятся в отношении его задолженности только перед теми кредиторами, которые были указаны в его заявлении. По завершении процедуры внесудебного банкротства гражданин будет освобожден от исполнения обязательств только перед данными кредиторами и только в том размере, который он указал в заявлении (если в действительности размер требований кредитора больше, чем указанный должником).

МФЦ после проверки заявления гражданина размещает в ЕФРСБ предусмотренные пунктом 5 статьи 213.7 Закона о банкротстве сведения о нем, о его кредиторах и размере их требований. Последствия включения указанных сведений в ЕФРСБ в целом аналогичны последствиям реструктуризации долгов гражданина, за некоторыми исключениями, и указаны в статье 223.4 Закона о банкротстве.

Гражданин с момента включения соответствующих сведений в ЕФРСБ не может совершать сделки по получению займов, выдаче поручительств и иные обеспечительные сделки. Это обусловлено неучастием во внесудебной процедуре банкротства финансового управляющего, с письменного предварительного согласия которого гражданин имеет право совершать такие сделки в ходе судебного банкротства. Запрет на совершение сделок, направленных на отчуждение имущества, исходя из презумпции отсутствия у гражданина какого-либо имущества, на которое может быть обращено взыскание, в законе отсутствует.

Законодатель в пункте 5 статьи 223.4 Закона о банкротстве предоставляет кредиторам гражданина некоторые полномочия по поиску имущества или имущественных прав, принадлежащих гражданину и подлежащих государственной регистрации или иному учету (регистрации). Я считаю, это обусловлено тем, что основные риски процедуры внесудебного банкротства для кредиторов связаны с неучастием финансового управляющего, одной из задач которого является обнаружение сокрытого должником имущества. Также, предполагается что все возможные меры по отысканию имущества должника были ранее предприняты в рамках исполнительного производства судебным приставом – исполнителем и оказались безрезультативными.

Процедура внесудебного банкротства гражданина прекращается в случае, если в течение её срока должник получит в собственность имущество или произойдет иное существенное изменение его имущественного положения, позволяющее ему полностью или в значительной степени исполнить свои обязательства перед кредиторами. Гражданин обязан уведомить об этом МФЦ, а в случае неисполнения им этой обязанности кредитор, указанный в списке кредиторов, вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании такого гражданина банкротом.

Другим основанием прекращения процедуры внесудебного банкротства является вынесение арбитражным судом определения о признании обоснованным заявления о признании гражданина банкротом и введении реструктуризации долгов гражданина. Правом обратиться в арбитражный суд с заявлением о банкротстве гражданина обладает кредитор, не указанный в заявлении о признании гражданина банкротом во внесудебном порядке, а также кредитор, указанный в заявлении при наличии одного из следующих условий:

1. Если задолженность перед ним указана не в полном размере, что существенно влияет на соответствие гражданина требованиям пункта 1 статьи 223.2 Закона о банкротстве (вероятно, законодатель имел в виду занижение гражданином суммы задолженности в целях уклонения от предусмотренной п. 1 ст. 213.4 Закона о банкротстве обязанности обратиться с заявлением о банкротстве в суд);

2. В случае обнаружения принадлежащих должнику имущества или имущественных прав, подлежащих государственной регистрации или иному учету (регистрации);

3. При наличии вступившего в законную силу решения суда по поданному таким кредитором иску о признании сделки должника недействительной.

Завершается процедура внесудебного банкротства гражданина по истечении шести месяцев со дня включения сведений о возбуждении данной процедуры в ЕФРСБ освобождением должника от исполнения обязательств перед кредиторами, указанными им в заявлении о признании гражданина банкротом во внесудебном порядке. Указанная в заявлении задолженность гражданина перед кредиторами признается безнадежной, что позволяет кредиторам в дальнейшем списать задолженность в бухгалтерской отчетности.

Гражданин вправе подать заявление о признании его банкротом во внесудебном порядке повторно не ранее чем по истечении 10 лет со дня прекращения или завершения предыдущей процедуры внесудебного банкротства.

В отличие от подачи заявления о признании гражданина банкротом в арбитражный суд, процедура внесудебного банкротства является для гражданина бесплатной (ст. 223.7 Закона о банкротстве).

На мой взгляд, внесудебное банкротство имеет определенные преимущества для гражданина: бесплатность, простота и скорость проведения процедуры, и как следствие – большая доступность. Несмотря на возникновение новых рисков для кредиторов, которые отчасти закон купирует предоставлением дополнительных прав кредиторам, можно сказать, что введение процедуры внесудебного банкротства в перспективе отвечает тем целям, которые были поставлены законодателем. Однако в полной мере эффективность внесудебного банкротства можно будет оценить только по прошествии некоторого времени с момента его введения.

ПОДСЕКЦИЯ «ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫЕ ПРАВА»

Борулёва Е. Д.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Гражданско-правовая защита прав при незаконном использовании контента в соцсетях

Развитие социальных сетей и создание новых платформ общения в интернете способствовало увеличению случаев нарушения авторских прав, в том числе на персональный контент. И на текущий момент российским и международным законодательствами не предусмотрены все тонкости признания нарушением исключительного права на контент.

В современном обществе среди пользователей соцсетей под контентом понимается совокупность элементов аккаунта, которые используются при реализации онлайн деятельности в различных соцсетях. Категория «контент» включает в себя фотографии и видео в профиле и ленте, сторис, текстовое сопровождение. Также можно говорить о том, что контент в широком смысле это способ представления себя в соцсетях, который включает и дизайн ленты. Следовательно, контент – это результат творческой деятельности, на который распространяется авторское право, а также гражданско-правовая защита при нарушении исключительного права автора.

Что мы можем понимать под незаконным использованием контента в соцсетях? Это, в первую очередь, осуществление репоста поста, использование фотографии, снятой InstaStory и текста без ведома на то автора в фейковый аккаунт, в сообщество компании или иные группы в соцсетях (например, группа в соцсети ВКонтакте «all for study»). И, к сожалению, случаев незаконного использования контента в соцсетях для собственной выгоды большое количество, которые нередко заканчиваются судебным разбирательством.

Рассмотрим массовую популярную соцсеть ВКонтакте и предъявленные иски о нарушении авторских прав при размещении постов в сообществах. Предмет исков в основном связан с неправомерным, без разрешения правообладателя размещением фильмов и литературы, среди которых к наиболее нашумевшим можно отнести: иск Всероссийской государственной телерадиокомпании к соцсети из-за размещения фильма «Остров» режиссера Павла Лунгина, АЗАПИ против ВКонтакте, издательство «Эксмо» против ВКонтакте. В большинстве судебных споров дело было решено в пользу соцсети ВКонтакте, а главными аргументами выступали отказ о предоставлении документов, подтверждающие авторские права, невозможность доказать размещения контента ответчиком.

На примере судебных дел о неправомерных размещениях и использовании объектов творческой деятельности можно сделать вывод что, на данный момент российское законодательство в сфере незаконного использования контента находится на стадии развития. Однако и российские, и международные акты, и нормативные правовые акты в сфере государственно-правовой защиты авторских прав от незаконного использования в соцсетях немногочисленны, но создали некую базу, от которой отталкиваются юристы для их изменения и внесения новых положений соответствующих цифровому развитию, например, Всемирная конвенция об авторском праве (1952 г.), Директива 2001/29/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе» (2001 г.), Закон об авторском праве в цифровую эпоху (Digital Millennium Copyright Act, 1998 г.).

Российское законодательство предусматривает ряд санкций за неправомерное использование контента или его элементов в соцсетях, которые прописаны в Гражданском кодексе – общее положение об ответственности за нарушение авторских и смежных прав; и специально принятый Федеральный закон № 187, получивший обиходное название «Антипиратский закон». Посредством этого закона были внесены изменения по порядку рассмотрения дел о нарушении авторских и смежных прав на объекты интеллектуальной собственности, в том числе в соцсетях, в Гражданский процессуальный кодекс. Сами санкции можно поделить на гражданско-правовые, административные, а в

некоторых случаях уголовные. Уголовная ответственность за пиратство контента в соцсетях может наступить, например, при использовании детских фотографий в порнографических материалах и их дальнейшем распространении в Интернете¹.

Способы защиты и меры пресечения незаконного использования контента, как и правовые меры, в случаях нарушения исключительного права на какое-либо иное произведение, прописаны в нормах Гражданского кодекса и выражены в выплате компенсации, стоимость которой зависит от характера нарушения, причиненного ущерба. Однако, как раньше было сказано, возникает сложность доказывания такого нарушения, особенно в случае использования контента в соцсетях без разрешения автора, поскольку доказать причастность авторства текста можно только при наличии его в сохранившихся документах на компьютере или в приложении в телефоне, а фотографию – при наличии её в архиве на устройстве либо при наличии обозначающего авторство знака.

Стоит отметить, что сами соцсети ВКонтакте, Facebook, Instagram для защиты пользователей от незаконного потребления индивидуального контента в пользовательских соглашениях прописаны положения об правильном и законном использовании соцсети. Instagram отдельно создал платформу вопрос-ответ, в которой при нарушении авторского права на контент пользователь обращается к администрации с просьбой удаления поста либо аккаунта. Также соцсети предоставляют описание прав пользователей и процедуру действий при пиратстве элементов их аккаунтов.

Таким образом, можно сделать вывод, что с развитием соцсетей развились локальные способы пресечения незаконного использования чужого контента, которые помогают гражданам избежать судебных тяжб. К тому же, можно сказать, что такие пользовательские соглашения носят правовой аспект реализации деятельности соцсетей и граждан.

Однако пользователь узнает о посягательстве со стороны на контент только при уведомлении, то есть осуществлением другого лица репоста поста или записи к себе на страничку, либо совершенно случайно, просматривая новостную ленту соцсети. Данную проблему на сегодняшний момент соцсетям не удалось решить и урегулировать.

Юристы и администрации соцсетей рекомендуют пользователям самостоятельно защищать свой труд от незаконного использования контента. В числе способов защиты своего контента первым является – обозначение авторства посредством ©. Такой символ в сочетании с именем пользователя автоматически говорит о принадлежности текста определённому автору. Второй способ относится к защите от использования без разрешения автора фотографий в постах и сторис и подразумевает наличие творческого знака, подписи. Третий способ – сделать аккаунт приватным, то есть самим выбирать подписчиков и ограничить вмешательство фейковых пользователей на свою страничку в соцсети.

К сожалению, при необходимости использования фотографии или текста другой пользователь может найти способ скрыть обозначающий авторство знак – мир фотошопа тоже не стоит на месте и при наличии знаний можно профессионально замаскировать автора.

Из вышесказанного можно сделать вывод, что основная защита контента в соцсетях лежит на самом авторе, а соцсети только предоставляют возможность и право защиты, а также способствуют пресечению незаконного использования.

На сегодняшний день проблемы регулирования гражданско-правовой защиты авторских прав при противозаконном использовании контента в соцсетях стоят остро в российском и мировом сообществе. Для эффективной защиты исключительных прав на контент в соцсетях необходимо в первую очередь поднять уровень цифровизации, чтобы администрация соцсетей смогла отслеживать и контролировать не те репосты постов, но и нелегальному размещению контента на фейковых страницах и аккаунтов иных лиц без репоста – онлайн программа в соцсетях.

Цифровая паутина данных также содержит аккаунты пользователей различных соцсетей. Мировое сообщество уже столкнулось с масштабным нелегальным использованием аккаунтов через интернет-сервисы и веб-страницы. Научно-исследовательские центры США, Японии, Германии, России разрабатывают интерфейсы и алгоритмы, чтобы понизить процент подпольного оборота контента посредством интернет-посредников.

¹ См.: «Уголовный Кодекс Российской Федерации» от 13.06.1996 № 63-ФЗ // Собрание законодательства РФ. - 17.06.1996. – № 25. Ст. 2954.

И наконец, способы гражданско-правовой защиты авторских прав при незаконном использовании контента в соцсетях необходимо улучшить нормативную базу, посредством создания норм и положений, которые будут соответствовать современной тенденции развития соцсетей и их роли в жизнедеятельности граждан.

Буртакова Е. М.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Устная речь как объект авторских прав

Охраноспособна ли устная речь? Данную тему следует признать актуальной, поскольку в обществе наблюдается повышенный интерес к таким жанрам, как интервью, лекции или stand-up-выступления. Современные видеохостинги, социальные сети и иные онлайн-платформы несут в себе значительное число произведений такого рода, которые, как правило, входят в состав аудио- или аудиовизуальных произведений. Очень часто спикеры, принимающие участие в их создании, выступают без подготовки, у них отсутствуют письменные «заготовки» ответов, т.е. речь – это единственное средство выражения их идей. В таком случае было бы познавательно изучить правовой статус устных речей и понять, насколько реальна защита прав авторов таких произведений.

Основная проблема в разрешении вопроса о возможности признания устной речи охраноспособным объектом авторского права лежит в установлении наличия его объективной формы выражения как основного критерия охраноспособности объекта авторского права. В доктрине данный вопрос разрешается неоднозначно. Так, например, С.А. Судариков отрицает охраноспособность устных произведений, поскольку любое произведение должно быть доступным другим людям без посредничества автора¹. В.И. Серебровский отмечал, «если результат труда автора по тем или иным причинам не может быть воспроизведен, то этот результат не может быть признан объектом авторского права»². Г.Ф. Шершеневич, напротив, признает возможность существования объекта авторских прав в словесной форме, но подчеркивает, что письменная форма имеет явный приоритет³. С.Б. Кокина справедливо отмечает: «Нематериальная объективная форма произведения имеет меньшую доказательственную силу, чем вещественная. Слишком сложна задача анализа невещественной формы произведения: кому принадлежит авторство того или иного элемента художественной формы устного произведения»⁴.

Тем не менее, пунктом 3 статьи 1259 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) прямо установлено, что авторские права распространяются на произведения, выраженные в какой-либо объективной форме, в том числе устной. При этом российское право, не устанавливая требование обязательной воспроизводимости произведения (в данном случае – устной речи), уточняет, что формой устного произведения должно быть публичное произнесение или иная подобная форма. Нужно подчеркнуть, что устное произведение – единственное в перечне объектов авторских прав, к которым данное требование предъявляется. Но в законе никак не определяется, какое количество людей необходимо для того, чтобы устная речь стала публичной. Также отсутствует ответ на вопрос, является ли публичным устное выступление, если оно произошло в кругу семьи, перед небольшой группой студентов или на закрытом мероприятии.

В целом, с требованием публичности нельзя не согласиться, поскольку в его отсутствие появилась бы проблема доказательства существования устного произведения. Стало бы сложно отделить мыслительный процесс человека, который тесно связан с речью, от момента создания полноценного устного произведения как объекта авторских прав, возникло бы противоречие с основным принципом авторского права: «охраняется форма, а не идея». Другая проблема

¹ См.: Судариков С. А. Основы авторского права. М. : Амалфея, 2000. С. 162.

² См.: Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права. М. : Издательство Академии Наук СССР, 1956. С. 41.

³ См.: Шершеневич Г. Ф. Избранное. Т. 3, включая Авторское право на литературные произведения / Вступ. слово, сост.: П. В. Крашенников. М. : Статут, 2017. С. 141.

⁴ См.: Кокина С. Б. Устное произведение и живое исполнение: проблемы объективной формы // Хозяйство и право. 2010. № 11. С. 81–92.

связана с использованием устных произведений. Представляется, что по смыслу пункта 2 статьи 1270 ГК РФ использованием публичной речи может считаться ее запись при помощи аудио- или видеоаппаратуры, публичная демонстрация таких записей, сообщение речи в эфир и перевод на другой язык. Остается неясным, является ли использованием речи ее пересказ, нужно ли разрешение автора на использование, если публичное произнесение речи можно расценить как конклюдентное выражение согласия автора. Возможно ли передать исключительное право на устное произведение другому лицу? Наконец, как доказать плагиат публичной речи, если отсутствуют ее записи, а возможности человеческой памяти таковы, что произнести слова в той же последовательности практически невозможно.

Для разрешения этих вопросов представляется разумным обратиться к зарубежной законодательной практике. Устная форма произведения признается международными актами: статья 2 Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений 1886 г. гарантирует охрану авторским правом лекциям, обращениям, проповедям и иным подобного рода произведениям. При этом сделана оговорка о том, что национальным законодательством может быть предписано, что определенные категории литературных и художественных произведений не подлежат охране, если не закреплены в той или иной материальной форме.

Например, в Кодексе интеллектуальной собственности Франции определено, что лекции, выступления, проповеди и другие подобные произведения охраняются авторским правом, однако, как и в ГК РФ, никак не раскрываются особенности правового статуса устных произведений¹. Любопытен подход к устным произведениям в Индии. В Законе об авторском праве сказано, что произведение должно иметь материальную форму, поэтому устные произведения не подлежат охране. При этом в главе о смежных правах отдельно упоминается единственное словесное произведение – устная публичная лекция как один из видов исполнения².

Особые требования к объективной форме выражения устных произведений установлены в странах англосаксонской системы права. Так, в США форма произведения не считается объективной, если свидетельские показания – единственное доказательство ее существования³. Аналогичного подхода придерживается Великобритания: устное произведение не считается объектом авторских прав до тех пор, пока не будет записано при помощи технических средств или отражено в иной материальной форме⁴.

Представляется целесообразным проиллюстрировать данные законодательные положения примерами из зарубежной судебной практики. Одним из самых известных решений по данному вопросу является постановление суда Нью-Йорка в споре между потомками Эрнеста Хемингуэя и издательским домом⁵. Еще при жизни с американским писателем тесно общался литератор Аарон Хотчнер (A.E. Hotchner), который на протяжении 13 лет записывал многие разговоры, шутки и воспоминания Э. Хемингуэя, а после его смерти издал книгу «Папа Хемингуэй» («Papa Hemingway»), где были в точности воспроизведены все речи, что ему удалось собрать за несколько лет. Вдова и дети писателя сочли, что А. Хотчнер использовал устные произведения без разрешения их правообладателей и обратились с иском к издательству. Оценив доводы обеих сторон, суд пришел к выводу, что ни Э. Хемингуэй, ни А. Хотчнер не обладают

¹ См.: Кодекс интеллектуальной собственности Франции (Article L112-2 Code de la propriété intellectuelle (version consolidée au 24 octobre 2019). URL: <https://wipo.lex.wipo.int/ru/text/537285> (дата обращения: 10.02.2021).

² См.: Закон об авторском праве Индии (Ch.7 The Indian Copyright Act, 1957 (№ 14 of 1957)). URL: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/in/in122en.pdf> (дата обращения: 10.02.2021).

³ См.: Закон об авторском праве США (§ 101 of Copyright law of the United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code (Circular 92). URL: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/us/us352en.pdf> (дата обращения: 10.02.2021).

⁴ См.: Закон об авторском праве, промышленных образцах и патентах Великобритании (Section 3 (2) Copyright, Designs and Patents Act 1988). URL: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/gb/gb229en.pdf> (дата обращения: 10.02.2021).

⁵ См.: Потомки Хемингуэя против Рандом Хаус Инк. (Estate of Hemingway v. Random House, Inc. – 23 N.Y.2d 341, 296 N.Y.S. 2d 771, 244 N.E.2d 250 (1968)). URL: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-estate-of-hemingway-v-random-house-inc> (дата обращения: 10.02.2021).

авторскими правами на сказанные ими слова, поскольку творческий вклад каждой из сторон в диалоги невозможно отделить от мыслительного процесса¹.

Еще одно любопытное решение было вынесено в другом споре. Врач-психиатр Мильтон Рокич (Milton Rokeach) написал книгу на основании слов его пациентов. Спустя время по этому произведению был снят кинофильм, в котором в точности воспроизводились цитаты из книги М. Рокича, а точнее слова пациентов. Истец счел, что такое использование нарушает его авторские права, однако суд пришел к выводу, что в данном случае авторские права не могут распространяться на слова, сказанные другими людьми².

Другое решение, вынесенное в 1900 г., стало прецедентом в Великобритании. Журналист газеты The Times в точности воспроизвел в своей статье речь Лорда Розбери (Lord Rosebery). Истец посчитал, что это недобросовестное использование и обратился с иском к журналисту. Однако суд требования истца не поддержал в силу того, что по закону авторские права на произведение принадлежат лицу, которое первым облекло произведение в материальную и воспроизводимую форму. Иными словами, формальным автором речи суд признал журналиста, а не того, кому эта речь в действительности принадлежит³.

Резюмируя сказанное нужно отметить, что возможность предоставления правовой охраны устной речи в качестве объекта авторского права вызывает множество вопросов не только в отечественной, но и в зарубежных юрисдикциях. В юридической литературе неоднократно подчеркивался особый правовой статус устных произведений, однако в науке и правоприменительной практике так и не сформировались единые подходы к установлению его объективной формы. Остаются открытыми ответы на вопросы, в какой момент возникает устное произведение; точное изложение речи в письменной форме: это использование произведения, иная форма материального воплощения объекта авторских прав или особый вид исполнения? Надеемся, что дальнейшие доктринальные исследования по данной теме найдут отражение и императивное закрепление в российском праве.

Горюнов В. А.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

«Киберпиратство» в Российской Федерации: проблемы и способы их решения

Для начала необходимо установить, что такое «киберпиратство». Российское законодательство не применяет данный термин, однако в обиходе так принято называть различные нарушения исключительных прав на произведения, связанные с незаконным их использованием (воспроизведение, продажа, сдача в прокат, импорт и др.), влекущее как административную, так и гражданско-правовую ответственность. К самим мерам ответственности я перейду позже, сейчас бы хотелось отметить, что, на мой взгляд, в России существует большая проблема с защитой авторских и иных смежных прав от нарушения, т.е. от «пиратства». Российская Федерация является своеобразным «островком свободы для киберпиратов» на Европейском континенте, так как наше законодательство в области защиты интеллектуальных прав отстает от законодательства ведущих стран Европейского Союза.

Вообще, согласно отечественному законодательству за нарушение авторских прав предусмотрено два вида ответственности. Первая – гражданско-правовая ответственность, традиционно понимается как необходимость полной

¹ См.: Morley P. M. Common law copyright in spontaneous oral conversation // William & Mary Law Review. Vol. 11. 1969. P. 248–260.

² См.: Рокич против Авко Эмбасси Пикчерз (Rokeach v. Avco Embassy Pictures, 197 USPQ 155 (S.D.N.Y. 1978)). URL: https://books.google.ru/books?id=Rqa7AAAIAAJ&pg=PA514&lpg=PA514&dq=Rokeach+v+AVCO+Embassy+Pictures&source=bl&ots=SR4C66OECy&sig=ACfU3U2Thf-wf5Gw86BTZ83Wzw9djDjoqg&hl=ru&sa=X&ved=2ahUKewj_stjYreTuAhXjsYsKHQFfCEIQ6AEwDXoECBQQAg#v=onepage&q=Rokeach%20v%20AVCO%20Embassy%20Pictures&f=false (дата обращения: -12.02.2021).

³ См.: Уолтер против Лэйна (Walter v. Lane [1900] A.C. 539). URL: <https://www.civil.law.cam.ac.uk/virtual-museum/walter-v-lane-1900-ac-539> (дата обращения: 12.02.2021).

компенсации нарушенного имущественного интереса кредитора, а также обеспечение восстановления нарушенных прав¹. Основные способы защиты перечислены в Гражданском кодексе, к ним относятся: признание права; изъятие материального носителя; возмещение убытков, которое по желанию правообладателя может быть заменено на выплату компенсации, а также пресечение действий нарушающих право или создающих такую угрозу². Если к первым трем способам нет вопросов, то эффективность четвертого вызывает определенные сомнения, особенно если учесть, что Верховный Суд РФ постановил, что требование о пресечении действий может быть удовлетворено только если нарушение не окончено, а также такое требование не может быть предъявлено конкретному лицу на будущее³. Подобное решение суд обосновывает тем, что подобный запрет установлен статьей 1299 ГК РФ. Однако на практике, на мой взгляд, правильнее было бы предъявлять требования о запрете нарушения авторских прав конкретным лицам, уже уличенным в «пиратстве», а также ставить их на контроль, посредством ведения реестров нарушителей, так как нет гарантии, что «киберпират» не возобновит действия, нарушающие права, только с другого домена и под другим пользовательским именем. Необходимо отметить, что в отношении юридических лиц и индивидуальных предпринимателей политика государства более сурова, так как в случае рецидива юридическое лицо подлежит ликвидации, а индивидуальный предприниматель прекращает свою деятельность⁴. Однако большинство владельцев различных пиратских площадок являются физическими лицами, для которых регистрация в качестве ЮЛ или ИП не нужна, так как они стараются лишней раз не афишировать свою деятельность.

Важным является, связанной с ранее упомянутой проблемой, вопрос установления конкретного лица, нарушающего право, это достаточно проблематично, так как большинство подобных сайтов пользуются различными методами, которые не позволяют вычислить их владельца. Поэтому единственным чем, в большинстве случаев, может довольствоваться истец, так это блокировка «пиратского» сайта, что не сильно помогает, так как зачастую копия подобного сайта появляется раньше исчезновения старой станицы. Как мне кажется, контроль за лицами в форме, например, ведения реестров нарушителей, ранее замеченными в «киберпиратстве» заметно бы облегчило процедуру установления личностей владельцев различных площадок, предлагающих произведения в нарушение авторских прав.

Нарушение авторских прав и смежных прав влечет за собой также административную, а в некоторых случаях и уголовную ответственность. Так, в Кодексе об административных правонарушениях указывается, что за незаконное использование произведений в целях извлечение дохода на нарушителя может быть наложен административный штраф, величина которого варьируется от статуса нарушителя: граждане – 1500-2000 рублей; должностные лица – 10000-20000 рублей; юридические лица – 30000-40000 рублей, помимо штрафа подлежит изъятию все контрафактные материалы, а также оборудование и аппаратура, являющаяся орудием правонарушения⁵. Интересна в данном случае судебная практика, сложившаяся в отношении применения данной статьи, так, суды не признают виновным по ч. 1 ст. 7.12 КоАП РФ при отсутствии доказательств, устанавливающих извлечение дохода в качестве цели⁶. В связи с этим возникает вопрос, так как на практике подавляющее большинство «пиратских ресурсов», таких как «µTorrent», «ruTracker», а также множество иных интернет-сайтов распространяют цифровые копии безвозмездно, получая доход только от размещения рекламы на страницах своих сайтов.

¹ См.: Зардов Р. С. Оговорки об ограничении и исключении гражданско-правовой ответственности // Вестник арбитражной практики. 2020. № 4. С. 73.

² См.: «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая)» от 18.12.2006 № 230-ФЗ // Российская газета. 22.12.2006. № 289. Ст. 1301.

³ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации». КонсультантПлюс: Судебная практика.

⁴ См.: «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая)» от 18.12.2006 № 230-ФЗ // Российская газета. 22.12.2006. № 289. Ст. 1301.

⁵ См.: «Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» от 30.12.2001 № 195-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 07.01. 2002. № 1. Ст. 1.

⁶ См.: Решение Ставропольского краевого суда от 28.03.2018 по делу № 7а-133/2018 // КонсультантПлюс: Судебная практика.

Уголовная же ответственность за незаконное использование объектов авторского права или смежных прав, а равно приобретение, хранение, перевозку контрафактных экземпляров произведений или фонограмм в целях сбыта в Российской Федерации наступает только в случае совершения данных деяний в крупном размере¹. Под крупным размером понимается стоимость экземпляров произведений или фонограмм либо стоимость прав на использование объектов авторского права превышающая 100 тысяч рублей². Необходимо учитывать, что, согласно позиции Верховного Суда РФ данное преступление считается оконченным независимо от того причинен ли фактический ущерб правообладателю или нет, однако и тут правоохранитель снова сталкивается с необходимостью установления личностей конкретных нарушителей, что проблематично, что мы видим на практике³. Первый приговор в отношении «киберпирата» был вынесен только в 2019 году. Станислав Сайгин был осужден по п. «в» ч. 3 ст. 146 УК РФ, как раз за незаконное использование объектов авторского права или смежных прав, он являлся владельцем крупной сети «пиратских онлайн-кинотеатров», его личность была установлена специалистами частной компании Group-IB по заказу одного из правообладателей⁴. Сам факт обращения лица в частную компанию свидетельствует об определенных проблемах по разрешению подобных вопросов правоохранительными органами. А, следовательно, государство не может начать крупномасштабную борьбу с «пиратством» своими силами.

Я выделил ряд проблем, которые на мой взгляд являются тем барьером, который мешает государству проводить эффективную политику по защите авторских и смежных прав от посягательств в интернете. Также я хотел бы предложить вариант решения данных проблем, для этого необходимо обратиться к опыту ФРГ, где жесткие меры позволили заметно сократить количество нарушений в сфере авторского права.

Германский законодатель пошел по пути ужесточения мер наказания за нарушение авторских и иных смежных прав, так любые действия, нарушающие чьи-либо авторские права, влекут за собой помимо гражданско-правовой ответственности в виде таких мер как: компенсация; требование об уничтожении, отзыве или уступке; требование о возмещении ущерба. Интересным мне показалось, что возбуждению производства по делу предшествует направление «предупреждения» потерпевшей стороной нарушителю, чтобы последний имел возможность уладить спор, однако независимо от того, будет ли спор разрешен во внесудебном или судебном порядке, если будет установлено, что «предупреждение» обосновано, то истец вправе требовать возмещения всех необходимых расходов нарушителем⁵.

В отличие от Российской Федерации, где уголовная ответственность наступает только за нарушение авторским прав в крупном и особо крупном размере, в ФРГ любое нарушение авторских прав является уголовным преступлением, которое наказывается лишением свободы до 3 лет или денежным штрафом, а в случае действий на промышленной основе, сроком до 5 лет или денежным штрафом⁶. В Законе об авторском праве и смежных правах прямо не указана сумма штрафа, назначаемого за простое нарушение авторских прав, однако штраф за обход технической защиты объекта прав и последующее его использование варьируется от 10000 до 50000 евро, штраф за скачивание одной единицы контента может достигать 1000 евро⁷. Поиск «пиратов» осуществляется различными частными фирмами, которые посредством подключения к пирам вычисляют IP-адреса нарушителей, после чего обращаются к интернет-

¹ См.: «Уголовный Кодекс Российской Федерации» от 13.06.1996 № 63-ФЗ // Собрание законодательства РФ. - 17.06.1996. – № 25. Ст. 2954.

² См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации : в 4 т. (постатейный) / А. В. Бриллиантов, А. В. Галахова, В. А. Давыдов [и др.] ; отв. ред. В. М. Лебедев. М. : Юрайт, 2017. Т. 2: Особенная часть. Разделы VII – VIII. С. 138.

³ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26.04.2007 № 14 «О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака» // Российская газета. 2007. № 95.

⁴ См.: Петров И. «В России впервые осудили владельца сайта с пиратским контентом». URL: <https://rg.ru/2019/12/20/v-rossii-vpervye-osudili-vladelca-sajta-s-piratskim-kontentom.html>.

⁵ См.: Германские законы в области права интеллектуальной собственности = Deutsche Gesetze zum geistigen Eigentum; пер. с нем. / [В. Бергманн, введ., сост.]; науч. ред. Т. Ф. Яковлева. М. : Инфотропик Медиа, 2017. С. 79.

⁶ См.: Германские законы в области права интеллектуальной собственности = Deutsche Gesetze zum geistigen Eigentum; пер. с нем. / [В. Бергманн, введ., сост.]; науч. ред. Т. Ф. Яковлева. М. : Инфотропик Медиа, 2017. С. 87.

⁷ См.: Германские законы в области права интеллектуальной собственности = Deutsche Gesetze zum geistigen Eigentum; пер. с нем. / [В. Бергманн, введ., сост.]; науч. ред. Т. Ф. Яковлева. М. : Инфотропик Медиа, 2017. С. 89.

провайдеру, который в силу закона обязан сообщить их фактический адрес, на который отправляется уведомление о штрафе.

По моему мнению, решением российских проблем в области защиты авторских прав будет реформирование законодательства с учетом опыта иностранных государств, где данный вопрос стоит менее остро.

Губаева Е. А.

*Московский государственный университет имени М.В.Ломоносова,
студент*

Соотношение авторского права и прав музеев на объект культурного наследия

В сегодняшнем мире человека как потребителя удивить довольно сложно – слишком уж много его окружает источников информации. Телевидение, социальные сети и другие медиаресурсы изобилуют яркими, красочными картинками, которые никак между собой не выделяются и не запоминаются. Логично, что лица, занимающиеся предпринимательской деятельностью и заинтересованные в продвижении своих товаров, работ, услуг, основной задачей видят обретение некой исключительности в отношении конкурентов. Нередко решением этой проблемы становится использование *произведений искусства*. Для придания своему товару эксклюзивности предприниматели помещают репродукции картин на веб-сайтах, интерьерах магазинов. Но насколько свободно они могут использовать объекты интеллектуальной собственности? Предлагаем рассмотреть этот и сопутствующие вопросы.

Гражданский кодекс Российской Федерации закрепил срок действия исключительного права на произведение в течение всей жизни автора и 70 лет после его смерти¹. Исходя из этого, можно было бы сделать вывод, что предприниматель, занимающийся продажей древесины, имеет право разместить в своей рекламе репродукцию картины И.И. Шишкина «Утро в сосновом лесу», не получая на то разрешений и не заключая договоров. Однако все не так однозначно. Согласно Федеральному закону «О Музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации» запрещено использовать в коммерческой деятельности объекты искусства, хранящиеся в музее, без получения на то его разрешения². В таком случае предприниматель обязан обратиться в дирекцию музея и уведомить о своем желании задействовать изображение музейного экспоната в своем бизнесе. Так, например, для использования на конфетном фантике уже упомянутой картины «Утро в сосновом лесу» кондитерская фабрика «Эйнем» получала разрешение Павла Третьякова, уже владевшего на тот момент картиной.

Возникает определенная коллизия между приведенными нормами законодательства. С одной стороны, с окончанием правовой охраны авторского права произведение переходит в общественное достояние, что подразумевает его свободное использование любым лицом. С другой же стороны, музей вправе не давать разрешение использовать в коммерческих целях музейный экспонат, входящий в его коллекцию. Как же решить этот вопрос?

Оценивая сложившуюся судебную практику, можно заметить, что суды последовательно встают на сторону музеев и выявляют нарушения в действиях ответчика, использовавшего изображения музейных предметов. Например, в деле № А56-28535/2015, рассмотренном в Тринадцатом арбитражном апелляционном суде, было установлено, что ответчик ООО «Абрис» издал книгу «Петергоф», в которой воспроизвел 48 изображений музейных предметов, включённых в состав Музейного фонда Государственного музея-заповедника «Петергоф»³. Суд заметил, что опубликование изображений в качестве иллюстраций к книге без согласия музея и заключения с ним договора недопустимо. Аргументы ответчика, связанные с тем, что имеется первичное разрешение музея на публикацию изображений, которое сохраняется при переиздании книги, а также что произведение создано в целях просвещения, что соотносится и с

¹ См.: «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая)» от 18.12.2006 № 230-ФЗ // Российская газета. 22.12.2006. № 289. Ст. 1301.

² См.: Федеральный закон от 26.05.1996 № 54-ФЗ «О Музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 27.05.1996. № 22. Ст. 2591.

³ См.: Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 30.03.2016 по делу № А56-28535/2015 // КонсультантПлюс: Судебная практика.

целями деятельности музея, были признаны несостоятельными. В ином же деле суд и вовсе установил, что «предметом спора является требование о запрете коммерческого использования воспроизведения объекта из состава Музейного фонда РФ, а не о защите исключительных авторских прав», поэтому нормы об авторском праве в этом случае неприменимы¹.

Получается, что в законодательстве и судебной практике искусственно разграничивают авторское право, которое принадлежит автору (его исключительные права, которые имеют временные границы), и имущественные права музеев, которые продиктованы непосредственной принадлежностью предмета искусства музейной коллекции. Соответственно картину, скульптуру и любой иной объект культурного наследия можно рассматривать в двух плоскостях: как предмет, созданный автором, и как особо ценная материальная вещь, находящаяся в музее, в отношении которой установлен специальный режим обращения². Но проблема видится в том, что содержание действий предпринимателя, для которых необходимо разрешение музея (а это производство с использованием изображений музейного объекта тиражированной продукции и товаров народного потребления), никак не отличается от перечня действий, входящих в исключительное право автора. Возникает путаница: почему в отношении одних и тех же действий установлено разное правовое регулирование?

Интерес музеев в данной проблеме понятен. Благодаря такому правовому регулированию учреждение может получать дополнительный доход, который используется на сохранение и пополнение коллекций, реставрацию объектов музейного фонда и самого здания. Например, только в 2015 году Эрмитаж заработал 17 млн рублей в соответствии с заключенными договорами на предоставление права воспроизведения музейных предметов³. В то же время представляется справедливой и противоположная позиция: во-первых, предприниматель может даже не знать, что используемая им репродукция относится к музейной коллекции. Во-вторых, в законе нет четкого положения, какими тарифами музеем стоит руководствоваться при заключении возмездного договора, поэтому они вольны устанавливать практически любую сумму вознаграждения за предоставление разрешения предпринимателю⁴. Но в таком случае представители малого и среднего бизнеса вряд ли способны выплачивать крупные суммы за право размещать репродукцию картины на своем сайте.

Наконец, из-за существующей коллизии могут возникать и иные сложноразрешимые вопросы. Так, в 2017 году искусствовед Андрей Сарабьянов обнаружил в подвале краеведческого музея города Яранска полотна самых известных авангардистов начала XX века: Василия Кандинского, Александра Родченко, Николая Фешина⁵. Эти картины были утеряны еще в 1921 году, и лишь спустя почти сто лет культурное наследие было найдено. В 2020 году коллекция картин была представлена на выставке в «Ельцин-центре». Но возникает вопрос: можно ли использовать репродукции или фотографии этих картин в коммерческой деятельности? С одной стороны, это государственная коллекция, входящая в Музейный фонд Российской Федерации, картины принадлежат Яранскому краеведческому музею. С другой стороны, практически сотню лет эти картины не вызывали интереса у музея (работники музея даже не знали о том, что шедевры искусства XX века находятся в подвале!) и уже перешли в общественное достояние (так как авторы шедевров умерли в 40–50-х годах прошлого столетия). Проблема коммерческого использования пока не решена и пути ее регулирования могут быть различны.

Какой возможен путь решения коллизии авторского права и прав музеев? Представляется интересным опыт музея искусства «Метрополитен», расположенного в Нью-Йорке. В 2017 году в рамках программы Open Access музей предоставил возможность использовать 375 000 оцифрованных изображений музейных объектов в личных и

¹ См.: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 5 марта 2015 г. № С01-65/2013 по делу № А63-18468/2012 // КонсультантПлюс: Судебная практика.

² См.: Смирнова Е. Музеи против авторского права // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. № 11. 2013. С. 18.

³ См.: URL: <https://tass.ru/kultura/3294350> (дата обращения: 26.01.2021).

⁴ См.: URL: https://www.dp.ru/a/2020/01/16/Tovarnij_znak_voprosa_Ka (дата обращения: 26.01.2021).

⁵ См.: URL: <http://www.theartnewspaper.ru/posts/7965/> (дата обращения: 26.01.2021).

коммерческих целях¹. Подобные механизмы можно использовать и в российской практике: договор открытой лицензии позволит всем заинтересованным предпринимателям присоединяться и безвозмездно использовать предметы культурного наследия в своей деятельности. Второй возможный подход к решению проблемы – внесение изменений в Федеральный закон. Закрепление положения о том, что музеи осуществляют передачу права на использование в коммерческих целях музейных предметов, в отношении которых еще распространяется исключительное право авторов, устранил двойственность правового регулирования.

Подводя итог, стоит отметить, что монополия автора на свое произведение не является бессрочной. Одна из причин этому – предоставление обществу доступа к культурному наследию. Почему же тогда у музеев есть возможность этот доступ ограничивать, даже не обладая исключительным правом, присущим автору, на объект искусства? Согласно Федеральному закону основные цели создания музеев – это осуществление просветительной, научно-исследовательской и образовательной деятельности, хранение музейных предметов и музейных коллекций (и иные). Среди целей, указанных в законе, не указывается цель извлечения прибыли от предоставления права предпринимателям использовать музейные объекты. Искусство должно быть доступно, как и в некоммерческой, так и в коммерческой деятельности.

Данникова А. Н.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Хештег как средство индивидуализации: правовая природа и практика

Право интеллектуальной собственности, являясь одной из самых молодых отраслей права, безусловно, развивается быстрыми шагами. Вместе с тем развивается и общество, в котором появляются новые объекты, требующие правовой охраны. Именно таковым представляется возможным обозначить хештег. Для того чтобы определить его правовую природу, необходимо раскрыть его понятие. Если мы обратимся к Американскому толковому словарю Уэбстера, то найдем указание, что хештег – это ключевое слово или фраза, перед которыми ставится символ «решетка» и классифицирует или категоризирует сопроводительный текст². Преимущественно хештеги используются в публикациях в социальных сетях. Не секрет, что тексты, фотографии, инфопродукты, названия аккаунтов, записи прямых эфиров могут охраняться законом. В связи с этим, возникает вопрос: возможно ли защитить хештег как средство индивидуализации и существует ли какая-либо подобная судебная практика на данный момент? Разберемся более подробно.

Традиционно средством индивидуализации называют: фирменное наименование, товарный знак, наименование места происхождения товара и коммерческое обозначение. Каждый из них служит обозначением, который необходим для разграничения товаров, услуг, предприятий и юридических лиц. Охране и защите прав на данные объекты интеллектуальной собственности посвящена глава 76 Гражданского кодекса РФ³. Что касается хештега, то здесь важно отметить, что само использование данного символа не делает его охраняемым. Соответственно, для того чтобы иметь исключительные права на хештег, необходимо совершить определенную регистрационную процедуру. Однако здесь важно отметить, что нынешнее законодательство не закрепляет и не регламентирует саму процедуру данной регистрации. Более того, до сих пор не было предоставлено никаких комментариев от уполномоченных органов. Если мы обратимся к законодательству, то в соответствии со ст. 1482 Гражданского кодекса, в качестве товарных знаков

¹ См.: The Met Makes Its Images of Public-Domain Artworks Freely Available through New Open Access Policy. URL: <https://www.metmuseum.org/press/news/2017/open-access> (дата обращения: 26.01.2021).

² См.: An American Dictionary of the English Language dictionary by Webster. URL: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/hashtag>.

³ См.: «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая)» от 18.12.2006 № 230-ФЗ // Российская газета. 22.12.2006. № 289. Ст. 1301.

могут быть зарегистрированы словесные обозначения, которые могут включать в себя и символы¹. Это означает, что товарный знак может представлять собой не только одно слово, но и совокупность слов². В связи с этим, представляется возможным утверждать, что к регистрации хештега применяются идентичные, стандартные требования, как и к товарному знаку. Что касается судебной практики, то в настоящее время не было ни одного решения Роспатента по регистрации самого хештега как средства индивидуализации. Это значит, что на данный момент никто так и не зарегистрировал товарный знак в форме хештега, что не исключает того факта, что подобные заявки на регистрацию могут быть и были поданы. Однако в одном из Апелляционных определений Санкт-Петербургского городского суда было установлено, что ответчик на своей персональной странице в социальной сети разместила фотографии с хештегами, в которых использовала товарный знак истца. Разрешая заявленные требования истцов в части взыскания компенсации за незаконное использование товарного знака, суд, руководствуясь положениями статей 1225, 1482, 1484, 1477, 1478, 1233, 1479, 1252 Гражданского кодекса Российской Федерации, исходя из анализа представленных доказательств, пришел к выводу о том, что фотографии, воспроизводящие товарный знак истца были размещены ответчицей незаконно, а потому требования подлежат удовлетворению³. На основании данного судебного дела мы можем сделать вывод о том, что хештег как средство индивидуализации действительно может быть зарегистрирован, а значит может повлечь за собой определенные правовые последствия. Также необходимо понять пределы охраны товарных знаков с использованием хештега. Важно отметить, что не представляется возможным зарегистрировать в качестве товарного знака слово, которое носит описательный характер или характеризует товары и услуги с точки зрения их назначения. Также в состав хештега как средства индивидуализации не могут входить общепринятые термины, а само слово или словосочетание, которое стоит после символа, должно быть уникальным. Хештег, как правило, служит не столько средством индивидуализации, столько навигатором для категоризации товаров и услуг или поиска их в социальных сетях.

Если же мы обратимся к опыту зарубежных стран, то, например, в США, уполномоченные органы официально подтверждают возможность регистрации хештега в качестве товарного знака. Более того, в США существует огромное количество заявок на регистрацию товарных знаков в виде хештегов.

Следовательно, на основании вышеизложенного, мы можем утверждать, что зарегистрировать хештег как средство индивидуализации в качестве товарного знака можно. Однако необходимо отметить, что сегодня в Российской Федерации граждане фактически не проявляют должного интереса к регистрации товарных знаков в виде хештегов, несмотря на то что практика по регистрации таких обозначений уже давно распространена в патентном ведомстве США и Европе. Кроме того, возникают определенные трудности по вопросу регулирования данной процедуры, поскольку в Российской Федерации до сих пор нет никаких специальных требований для регистрации подобного рода обозначений. В связи с этим представляется необходимым закрепить на законодательном уровне конкретную регламентацию, требования к процедуре, а также в целом возможность регистрации хештега как средства индивидуализации, что в свою очередь проинформирует граждан о существовании данной процедуры, увеличит подобную практику, а значит и позволит защитить еще больше прав интеллектуальной собственности.

¹ См.: «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая)» от 18.12.2006 № 230-ФЗ // Российская газета. 22.12.2006. № 289. Ст. 1301.

² См.: Гаврилов Э. П. Права на средства индивидуализации // Патенты и лицензии. 2016. № 5. С. 2–12.

³ См.: Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 08.06.2016 № 33-11217/2016 по делу № 2-33/2016. КонсультантПлюс: Судебная практика.

Емкужева А. В.

Финансовый университет при Правительстве РФ,

студент

Доменные имена и товарный знак: вопросы соотношения и защиты

Доменное имя – это «символьное обозначение, предназначенное для сетевой адресации, в которой используется система доменных имен (DNS)»¹. С развитием интернет-коммуникаций доменное имя приобретает собственное значение и не может рассматриваться лишь как «адрес» интернет-страницы. В настоящее время законодательно не определен статус доменных имен, в связи с чем отсутствует их правовая защита. Многие исследователи относят доменные имена к средствам индивидуализации, приравненным к объектам интеллектуальной собственности, и предлагают защищать их соответствующе.

Президиум ВАС РФ в своем постановлении от 16.01.2001 № 1192/00 отметил, что доменные имена трансформировались в средство, «выполняющее функцию товарного знака»². Данное положение кажется справедливым, поскольку, действительно, те или иные участники хозяйственного оборота нередко ассоциируются у потребителей именно с используемыми ими доменными именами, что позволяет покупателям отличать товары одних производителей от товаров других производителей. Однако приравнивание доменного имени к средствам индивидуализации не представляется вполне корректным.

В первую очередь следует отметить, что, хотя доменное имя может входить в бренд хозяйствующего субъекта, прежде всего он индивидуализирует не юридическое лицо и индивидуального предпринимателя, их товары и услуги, а интернет-сайт, позволяет отграничить один сайт от другого. Кроме того, субъекты предпринимательской деятельности, регистрируя доменное имя, чаще всего используют в нем обозначение, ассоциируемое потребителями с данным субъектом. То есть с юридическим лицом и ИП, их товарами и услугами ассоциируется не само доменное имя, а обозначение, используемое в доменном имени, которое является, как правило, частью товарного знака или фирменного наименования³.

Согласно позиции Конституционного Суда РФ, стоимость средства индивидуализации продукции зависит в первую очередь от признания этой продукции потребителем и его самостоятельная ценность уходит на второй план⁴. В свою очередь, Европейский Суд по правам человека указывает на самостоятельную экономическую ценность доменных имен, так как администратор доменного имени может извлекать выгоду от его использования⁵. Более того, исходя из вышеприведенной позиции КС РФ и положений ч. 4 Гражданского кодекса РФ, средства индивидуализации как таковые имеют отношение лишь к субъектам, осуществляющим предпринимательскую деятельность. Однако доменное имя может быть зарегистрировано в том числе на некоммерческую организацию и физическое лицо, которые такую деятельность не осуществляют. Защита же средств индивидуализации реализуется в связи с их высокой

¹ См.: Правила регистрации доменных имен в доменах .RU и .РФ (утв. решением Координационного центра национального домена сети Интернет от 05.10.2011 № 2011-18/81) // КонсультантПлюс: Судебная практика.

² См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 16.01.2001 № 1192/00 по делу № А40-25314/99-15-271 // Вестник ВАС РФ. 2001. № 5.

³ См.: Антон Серго «Интернет и Право». М. : «Бестселлер», 2003. С. 31.

⁴ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 20 декабря 2001 года № 287-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Бекижевой Ольги Николаевны и Федорюка Сергея Юрьевича на нарушение их конституционных прав статьями 2, 4, 6 и 7 Закона Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision33859.pdf> (дата обращения: 21.02.2021).

⁵ См.: Размещение рекламы, информации или услуг на сайте, обслуживаемом таким доменным именем, в обмен на деньги, продажа права использования домена и т.д. The European Court of Human Rights. Judgment of 18 September 2007. PAEFFGEN GMBH v. Germany, Application nos. 25379/04, 21688/05, 21722/05 and 21770/05 // URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82671> (дата обращения: 21.02.2021).

значимостью на рынке и для потребителя¹. Коммерциализация доменного имени не является целесообразной, поскольку в таком случае, во-первых, утратят значение иные функции доменного имени (способ сетевой адресации, средство индивидуализации сайта), во-вторых, вне правового поля останется целый пласт отношений, связанных с некоммерческим использованием доменных имен.

Приравнивание доменных имен к средствам индивидуализации потенциально приведет к их жесткому правовому регулированию в доменах .RU и .РФ. Это, в свою очередь, понизит интерес пользователей интернет-ресурсов к национальным доменам. Усложнится и процесс регистрации доменных имен, который на данный момент не основан на какой-либо административной процедуре² и занимает всего лишь 3 рабочих дня³.

Наконец, внесение доменных имен в перечень средств индивидуализации повлечет за собой возникновение новых правовых споров, связанных с использованием одного и того же словесного обозначения в доменных именах и товарных знаках. Так, иски будут подаваться не только правообладателями товарных знаков, но и администраторами доменных имен, количество которых в несколько раз больше⁴.

В настоящее время доменное имя, выполняя указанные нами ранее функции, является способом использования средств индивидуализации⁵. Таким образом защищаются коммерческие организации в том числе от посягательств на их деловую репутацию. Однако не любое использование в доменном имени обозначения, тождественного средству индивидуализации коммерческого лица или сходному с ним до степени смешения, является нарушением. Так, принципиальное значение, среди прочего, имеет: 1) осуществляет ли администратор доменного имени предпринимательскую деятельность; 2) если да, является ли он конкурентом правообладателя спорного обозначения; 3) имеются ли у администратора доменного имени самостоятельные права на спорное обозначение⁶. В соответствии с постановлением Президиума Суда по интеллектуальным правам от 28.03.2014 № СП-21/4 при разрешении споров о доменных именах, тождественных товарным знакам или сходных с ними до степени смешения, администратор доменного имени может быть признан недобросовестным субъектом при совокупности следующих оснований: «спорное доменное имя идентично или сходно до степени смешения с товарным знаком истца; у администратора доменного имени (ответчика) нет прав и законных интересов в отношении спорного доменного имени; спорное доменное имя зарегистрировано и используется... недобросовестно»⁷.

На данный момент присутствует положительная тенденция, в соответствии с которой в части добросовестности российские суды принимают в расчет дату регистрации доменного имени в совокупности с иными названными нами критериями. Например, в решении по делу № А21-3716/2017 13 ААС установил, что действия ответчика по регистрации доменного имени «loyard.ru» являлись добросовестными и не нарушали прав истца – правообладателя товарного знака «LOYARD». Кроме того, данное доменное имя было зарегистрировано в 2010 году, а приоритет товарного знака датируется 2016 годом. Суд указал, что «регистрация истцом через несколько лет прав на товарный знак сама по себе

¹ См.: Заключение по главе 76 проекта 4 части ГК РФ // Информационный ресурс Регионального сетевого информационного центра о распределении адресного пространства сети Интернет // URL: https://info.nic.ru/st/65/out_1226.shtml (дата обращения: 23.02.2021).

² См.: Заключение по главе 76 проекта 4 части ГК РФ // Информационный ресурс Регионального сетевого информационного центра о распределении адресного пространства сети Интернет // URL: https://info.nic.ru/st/65/out_1226.shtml (дата обращения: 23.02.2021).

³ См.: Правила регистрации доменных имен в доменах .RU и .РФ (утв. решением Координационного центра национального домена сети Интернет от 05.10.2011 № 2011-18/81) // КонсультантПлюс: Судебная практика.

⁴ См.: Доменные имена и товарные знаки в Рунете (отчет по результатам аналитического исследования состава и соотношения множеств зарегистрированных на территории РФ товарных знаков и зарегистрированных доменных имен в доменах верхнего уровня .RU, .РФ). ONLINE PATENT, Координационный центр доменов .RU/.РФ. М. 2018.

⁵ См.: «Гражданский кодекс Российской Федерации» (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // Собрание законодательства. – 05.12.1994. – № 32. Ст. 3301.

⁶ См.: Постановление 17 ААС от 20 июня 2014 г. по делу № А60-38763/2013 // URL: <https://sudact.ru/arbitral/doc/ISZpn5mVL7K/> (дата обращения: 23.02.2021).

⁷ См.: Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 28.03.2014 № СП-21/4 «Об утверждении справки по вопросам, возникающим при рассмотрении доменных споров» // КонсультантПлюс: Судебная практика.

не позволяет удовлетворить заявленные требования»¹. Однако сама по себе регистрация доменного имени до регистрации товарного знака не свидетельствует о добросовестности администратора доменного имени².

Вместе с тем нередко суды отдают приоритет установлению факта тождественности или смешения, не учитывая критерии добросовестности и законного интереса. Так, в постановлении от 11 июня 2015 г. по делу № А44-3682/2014 СИП указал, что для разрешения дела достаточно факта использования ответчиком в доменном имени и «на страницах расположенного по данному адресу интернет-сайта обозначения, сходного до степени смешения с товарным знаком истца, в отношении однородных товаров»³. В подобном случае и момент регистрации доменного имени не имеет правового значения⁴. При таком подходе не учитывается добросовестность администратора доменного имени, который становится не защищенным субъектом предпринимательской деятельности лишь в силу того, что доменное имя не относится к охраняемым объектам.

В целях защиты и правообладателя товарного знака, и добросовестного администратора доменного имени представляется целесообразным ввести положение о том, что «основанием для отказа в регистрации товарного знака в отношении однородных товаров и услуг может послужить зарегистрированное на иных лиц идентичное доменное имя»⁵. Очевидно, что и в таком случае необходимо учитывать, являются ли владельцы доменного имени и товарного знака конкурентами на рынке, а также иные обстоятельства, принимаемые во внимание сегодня. Вместе с тем не будет необходимости присваивать доменным именам статус средств индивидуализации, что также решает ряд проблем, названных нами ранее.

Еременко К. В.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), студент

Бизнес vs. Автор: механизм правовой защиты исключительных прав работодателя в аспектах авторского и патентного прав

Компании заинтересованы в определенности в правовом статусе результатов интеллектуальной деятельности, созданных работниками. Состав портфеля объектов интеллектуальной собственности компании имеет решающее значение для планирования расширения производства либо увеличения экономических вложений в те или иные проекты.

Кроме того, что эффективное управление и использование интеллектуальной собственности компании является неотъемлемой частью ее бизнес-стратегии. Соответственно, правовые механизмы защиты интеллектуальной собственности особенно актуальны для предприятий, разрабатывающих новые рыночные продукты. Это также важно для разработчиков программного обеспечения и компаний, работающих в творческих отраслях и инновационных секторах: от предприятий связи и розничной торговли до производственных и технологических компаний.

Общее правило в отношении интеллектуальной собственности, созданной работником в процессе осуществления трудовой деятельности, заключается в том, что личные неимущественные права на произведение науки, литературы или искусства, также, как и право авторства на служебное изобретение, полезную модель или промышленный образец, созданные при осуществлении работником его трудовых обязанностей, принадлежат автору. Исключительное же право на служебное произведение либо изобретение (включающее в себя право на получение патента) принадлежат

¹ См.: Постановление 13 ААС от 20 октября 2017 г. по делу № А21-3716/2017 // КонсультантПлюс: Судебная практика. (дата обращения: 22.02.2021).

² См.: Постановление СИП от 3 июля 2017 г. по делу № А40-117081/2016 // КонсультантПлюс: Судебная практика. (дата обращения: 23.02.2021).

³ См.: Постановление СИП от 11 июня 2015 г. по делу № А44-3682/2014 // КонсультантПлюс: Судебная практика. (дата обращения: 22.02.2021).

⁴ См.: Постановление СИП от 25 декабря 2015 г. по делу № А41-11219/2015 // URL: <http://ipc.arbitr.ru> (дата обращения: 22.02.2021).

⁵ См.: URL: https://sozd.duma.gov.ru/bill/323423-4#bh_histras (дата обращения: 22.02.2021).

работодателю (если иное не предусмотрено трудовым или гражданско-правовым договором). Этот юридический механизм предусмотрен законом. Например, специфика служебных произведений заключается в том, что формирование трудовой функции, охватывающее создание произведений, регулируется ТК РФ, а переход имущественных прав на них – частью 4 ГК РФ¹.

Большинство споров в области интеллектуальной собственности, возникающих между работодателем и работником, зависят от того, была ли данная интеллектуальная собственность создана «в процессе работы»². Это определяется рядом факторов, включая то, подпадает ли создание объекта под описание должностных обязанностей работника, была ли данная работа создана в рабочее или нерабочее время и существует ли какое-либо соглашение, касающееся РИД между работодателем и работником. Важно отметить, что факт создания объекта в рабочее время, не обязательно означает, что интеллектуальная собственность в этой работе принадлежит работодателю (однако это может привести к дисциплинарной ответственности за неправильное использование рабочего времени компании, оборудования и так далее)³. Аналогичным образом, если работа выполняется в нерабочее время, но полностью соответствует должностной инструкции сотрудника, то может оказаться, что первым владельцем этого результата интеллектуальной деятельности является работодатель, несмотря на тот факт, что работа была создана, например, в вечернее время.

Поэтому на основе анализа судебной практики, можно сделать вывод, что организациям рекомендуется не просто правильно оформлять трудовые отношения с работниками, но и вести полный перечень документации (попытки его сократить многократно увеличивают риски потерять исключительное право на РИД), который включает в себя:

- 1) Положение (внутренняя политика) компании о служебных произведениях/изобретениях;
- 2) Трудовой договор с указанными условиями о праве работодателя на РИД работника (также важно указать размер вознаграждения авторов);
- 3) Должностная инструкция;
- 4) Техническое задание с подписью сотрудника, ответственного за создание объекта интеллектуальной собственности;
- 5) Приказ о создании объекта интеллектуальной собственности (дополнительное подтверждение, что инициатором разработки была организация);
- 6) Отчет сотрудника о проделанной работе;
- 7) В некоторых случаях акт приема-передачи прав на объект интеллектуальной собственности.

После того как работодатель получил в свое распоряжение служебное произведение, у него есть три года, чтобы совершить одно из следующих действий: использовать его, передать исключительное право на него другому лицу, сохранить произведение в тайне. В случае последнего необходимо сообщить сотруднику, что работодатель имеет право на сохранение произведения в тайне. С этого момента регулирование вопроса о защите такого произведения может перейти в плоскость коммерческой тайны⁴. Рассматривая вопрос со стороны патентного права, работодатель обязан в течение 4 месяцев со дня уведомления его работником о создании служебного изобретения подать заявку на выдачу патента, передать право на получение патента на служебное изобретение другому лицу или сообщить работнику о сохранении созданного объекта в тайне. Как только работодатель совершит одно из указанных действий, у работника возникает право на получение вознаграждения⁵.

¹ См.: Малейкин М. Служебное произведение: что учесть работодателю // Law.ru. 2020. URL: <https://www.law.ru/article/22946-služebnoe-proizvedenie>.

² См.: Кайгородцева Е. В. Служебное произведение как частный случай объектов авторского права // Всероссийская ежегодная научно-практическая конференция : сборник материалов. Киров. 2014. URL: https://www.vyatsu.ru/uploads/file/1404/služebnoe_proizvedenie_kak_obekt_avtorskogo_prava.pdf.

³ См.: Россол С. Привлечение к дисциплинарной ответственности от «А» до «Я» // Журнал «Кадровая служба и управление персоналом предприятия». 2016. № 4. URL: <https://delo-press.ru/journals/staff/deloiproizvodstvo-v-kadrovoy-službe/45273-privlechenie-k-distiplinarnoy-otvetstvennosti-ot-a-do-ya/>.

⁴ См.: Гордеева И. В. Особенности правовой природы ноу-хау // Труд и социальные отношения. № 2. 2009. С. 114.

⁵ См.: Федеральный институт промышленной собственности (ФИПС). URL: <http://fips.ru/>.

Регулирование отношений по созданию служебных РИД в Российской Федерации и странах Европейского Союза построено по-разному. В одних государствах действуют патентные законы (Франция), в других специальные законы, как, например, закон о служебных изобретениях (ФРГ). Важно отметить, что немецкий закон регулирует не только служебные изобретения, но также и рационализаторские предложения. В РФ рацпредложения не являются РИД и частью 4 ГК РФ не охраняются, но упоминаются во все еще действующем Постановлении Совмина СССР от 21.08.1973 № 584 «Об утверждении Положения об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях».

Закон Германии «О служебных изобретениях» от 25.07.1957 (Gesetz über Arbeitnehmererfindungen, ArbEG) указывает, что наемный работник – это любое лицо, которое обязано работать на основании договора в соответствии с частным правом (в ФРГ трудовое право входит в сферу частного права) или эквивалентных правоотношений на службе у другого лица (то есть в должности, обеспечивающей средства к существованию) и чьи трудовые отношения регулируются законодательством Германии. Сюда входят как рабочие, так и офисные работники, в том числе стажеры, а также руководители. Однако работниками в этом смысле не являются:

1. органы юридических лиц или их члены при отсутствии обязательных указаний в соответствии с трудовым законодательством, такие как члены правления и управляющие директора;
2. пенсионеры;
3. внештатные работники.

Для изобретений работников высшей школы (университетов) применяются особые условия, вытекающие из § 42 ArbEG. Термин «высшая школа» определяется в соответствии с § 1 Закона о структуре высшей школы и включает университеты, технические колледжи, художественные колледжи и так далее. Работники – это все сотрудники, такие как рабочие, наемные служащие и государственные служащие, как в научной области, так и в общей администрации, а также научные и студенческие ассистенты. Однако сюда не входят люди, не имеющие работы, например студенты, приглашенные лекторы и приглашенные преподаватели¹.

Служебные изобретения в Германии могут быть созданы автором-работником в рамках основной его деятельности или в значительной степени опираться на опыт или деятельность предприятия-работодателя. Служебное изобретение должно быть окончательно создано автором в период трудовых (служебных) отношений. Если это правило не соблюдено и работник завершил создание РИД после увольнения, то работодатель имеет право требовать возмещения причиненного ему вреда или предъявить требования об уступке прав на служебный творческий результат. Однако обозначенные права возникают у него при совокупности следующих условий: вина автора в форме умысла; воздержание в период трудовых отношений от завершения работы над созданием изобретения².

Таким образом, интеллектуальная собственность – важный актив любого предприятия как в России, так и за рубежом. Принимая во внимание случаи, когда работники переходят на новую работу или проекты, выходящие за рамки их трудовых обязанностей (особенно в случае разработчиков программного обеспечения, инженерных и творческих специалистов), необходимо четкое определение должностных инструкций и условий найма. Эти аспекты становятся все более важными в условиях цифровизации по причине необходимости эффективного контроля за деятельностью, реализации механизмов защиты и определения реальной ценности объектов интеллектуальной собственности, созданных для бизнеса.

¹ См.: Pierson M, Ahrens T., Fischer K. R.. Recht des geistigen Eigentums: Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Wettbewerbsrecht. Tübingen: UTB GmbH, 2018. С. 175–176.

² См.: Deutschlands Rolle in der globalen Wissensgesellschaft stärken Strategie der Bundesregierung zur Internationalisierung von Wissenschaft und Forschung. (2008) // Bundesministerium für Bildung und Forschung. URL: <http://www.bmbf.de/pub/Internationalisierungsstrategie.pdf>.

Иванова А. А.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Могут ли уличные художники защитить свои авторские права?

Уличное искусство быстро стало мировой культурной сенсацией. Некоторые города обрели особую популярность благодаря целым районам, украшенным граффити. Тем не менее легализация стрит-арт остается дискуссионной темой.

В 1974 году Норман Мейлер написал «Вера в граффити» – одно из первых литературных произведений, в которых рассматривается происхождение и важность граффити в современной городской культуре. Работа не отличилась большим тиражом, а многие критики заявляли, что граффити – это не более чем вандализм. Но нельзя отрицать увеличения влияния стрит-арт художников, использующих свое искусство с целью привлечения внимания общественности к социальным и политическим проблемам. Это позволяет изменить взгляды многих людей на культуру уличного искусства, оно приобретает все большую ценность. С ростом популярности, граффити-художники все больше стремятся защитить свои авторские права.

Однако многие авторы продолжают процветать на незаконности своих работ. Бэнкси – один из таких примеров, его часто преследуют правоохранительные органы. Некоторые художники стремятся скрыть настоящее имя и выбирают псевдоним, который в культуре уличного искусства называют «тег», что может привести к ряду проблем. Осенью 2020 года Бэнкси лишился прав на одну из своих самых известных работ «Метатель цветов», регистрация товарного знака была аннулирована из-за анонимности художника¹. Теперь произведение можно безвозмездно использовать на территории ЕС.

Возможность предоставления художникам моральных прав на художественные произведения, охраняемые авторским правом, впервые появилась в Европе в 1928 году. После присоединения США к Бернской конвенции, подписавшие ее страны настояли на обеспечении контроля над моральными правами. Закон о правах художников изобразительного искусства (VARA) 1990 года стал воплощением этой просьбы.

Владение материальным носителем произведения не свидетельствует об абсолютном праве собственности. Термин «моральное право» происходит от французского *le droit moral*, французской концепции XVIII века, относящейся к правам не экономического, а духовного или личного характера, существующим независимо от авторских прав². Суд в деле *Carter v. Helmsley-Spear, Inc.* объяснил, что «художник в процессе творчества привносит свой дух, поэтому целостность произведения должна быть защищена и сохранена»³. Однако от моральных прав можно отказаться. Документ об отказе от прав должен быть оформлен в письменном виде и подписан автором.

До 1990 года авторы в Соединенных Штатах Америки практически не могли защищать свои работы от искажения, неправильной атрибуции или уничтожения. Редким исключением был Монти Пайтон, который выиграл судебный процесс, запрещающий трансляцию отредактированных программ⁴. Например, в 1980 году Банк Токио заказал, а затем убрал из своего вестибюля на Манхэттене скульптуру Исаму Ногути «Синто» за 1600 фунтов стерлингов, ее разрезали на части и отправили на склад, не уведомив об этом художника⁵.

¹ См.: URL: <https://tass.ru/kultura/9482819/> (дата обращения: 15.01.2021).

² См.: A Guide to the Visual Artists Rights Act. URL: http://www.law.harvard.edu/faculty/martin/art_law/esworthy.htm (дата обращения: 18.01.2021).

³ См.: *John Carter, John Swing and John Veronis v. Helmsley-Spear Inc.* URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/861/303/2261919/> (дата обращения: 18.01.2021).

⁴ См.: *Terry Gilliam et al., Plaintiffs-Appellants-Appellees, v. American Broadcasting Companies, Inc., Defendant-Appellee-Appellant.* URL: <https://cyber.harvard.edu/metaschool/fisher/integrity/Links/Cases/gilliam.html> (дата обращения: 20.01.2021).

⁵ См.: ART PEOPLE; *Noguchi and 'Shinto' again.* URL: <https://www.nytimes.com/1982/02/12/arts/art-people-noguchi-and-shinto-again.html> (дата обращения: 18.01.2021).

VARA охватывает только определенные категории «произведений визуального искусства»: картины, скульптуры, рисунки, гравюры, фотографии, созданные для выставки, существующие в единственном экземпляре или ограниченном тираже, не более 200 подписанных и пронумерованных копий.

VARA предоставляет следующие моральные права:

- 1) право требовать авторства;
- 2) право не допускать использования своего имени в работе, которую автор не создавал;
- 3) право не допускать использования своего имени в любом произведении, которое было искажено, модифицировано или изменено таким образом, что может нанести ущерб чести или репутации автора;
- 4) право предотвращать искажение, изменение или модификацию, которые могут нанести ущерб чести или репутации автора¹.

Еще одним препятствием для художников становится то, что защита чаще всего предоставляется произведениям «признанного авторитета». Термин не получил законодательного закрепления. В 2013 году застройщик G&M Realty закрасил белой краской 45 граффити, которые были частью культурного объекта, известного как комплекс 5Pointz в Нью-Йорке. Еличные художники обратились в суд с просьбой предотвратить уничтожение их произведений, но им отказали². В решении были изложены показания эксперта защиты: работы не являлись «признанными», авторы не были предметом научного внимания, большинство из них не попадали в поисковые запросы Google. В последующих инстанциях суд вынес решение в пользу художников, а в феврале 2020 года подтвердил законность взыскания с G&M Realty убытков в размере 6,75 миллионов долларов за уничтожение работ 21 художника³. Этот прецедент подтверждает право авторов граффити противостоять уничтожению своих работ.

Если владелец здания захочет убрать произведение искусства, то он может сделать это на законных основаниях. Необходимо предварительно уведомить художника о своем намерении. Если же автор не убрал свою работу, либо не оплатил ее вывоз в течение 90 дней после получения уведомления, то владелец имеет право удалить произведение. На практике собственники редко соблюдают эти правила.

В России нет специального законодательного акта, защищающего права авторов произведений уличного искусства. Согласно Гражданскому Кодексу для охраноспособности произведения необходимо, чтобы оно было создано в результате самостоятельного творческого труда и существовало в объективной форме. Произведения уличного искусства соответствуют этим критериям, поэтому они охраняются в соответствии со статьей 1225 ГК РФ.

Произведения художников, которые были созданы на объекте без предварительного согласования с собственником считаются злоупотреблением правом в рамках российского законодательства, а это влечет отказ в судебной защите автора и возмещение убытков пострадавшему лицу⁴. Создание таких произведений может рассматриваться как административное правонарушение (ст. 7.17, 20.1 КоАП РФ) или даже преступление (ст. 167, 213, 214 УК РФ), что влечет наложение штрафа, назначение обязательных или исправительных работ.

Российское законодательство выделяет следующие личные неимущественные права авторов:

- 1) право авторства (ст. 1265 ГК РФ);
- 2) право на имя (ст. 1265 ГК РФ);
- 3) право на неприкосновенность произведения (ст. 1266 ГК РФ);
- 4) право на обнародование произведения (ст. 1268 ГК РФ);
- 5) право на отзыв (ст. 1269 ГК РФ).

¹ См.: Subject Matter and Scope of Copyright. URL: <https://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#106a> (дата обращения: 20.01.2021).

² См.: Castilov.G&MRealtyL. P. 18-498-cv(L). URL: <https://www.courthousenews.com/wp-content/uploads/2020/02/5pointz-ca2-opinion.pdf> (дата обращения: 23.01.2021).

³ См.: Graffiti Artists Awarded \$6,7 Million for Destroyed 5Pointz Murals. URL: <https://www.nytimes.com/2018/02/12/nyregion/5pointz-graffiti-judgment.html> (дата обращения: 18.01.2021).

⁴ См.: Удалкин В. А. Граффити: Порча имущества или объект авторского права? URL: http://pravmisl.ru/index.php?option=com_content&task=view&id=1209 (дата обращения: 20.01.2021).

Однако в России предпринимаются попытки легализовать уличное искусство. Примером может послужить Постановление Правительства Москвы № 877 от 16.07.2019, устанавливающее правила росписи стен граффити¹. Согласно Постановлению, допустимо размещать только изображения, популяризирующие выдающихся личностей, исторические события, науку, спорт, искусство. Собственник нежилого здания или общее собрание собственников многоквартирного дома должны заключить договор «о нанесении изображения на внешнюю поверхность объекта», который в последствии вместе с макетом проекта изображения должен быть согласован в Департаментах Правительства Москвы.

С одной стороны, в этом проявляется идея эффективного взаимодействия между администрацией города и художниками. С другой стороны, искусство помещают в строгие рамки, отрицая свободу творчества. Но в России еще не было споров по нарушению авторских прав художников-граффити. Во многом это связано с тем, что авторы не могут позволить себе оплату существенных судебных издержек.

На практике реализация Постановления оставляет множество вопросов. В октябре 2019 года на Зацепском Валу появился настенный рисунок, который полностью соответствовал правилам и прошел все необходимые согласования с ведомствами². Он был посвящен важному событию – 60-летию студенческих отрядов. Несмотря на соблюдение всех требований, произведение просуществовало меньше суток. Одни считают, что граффити восприняли рекламой, а саму организацию Российские студенческие отряды – коммерческой. Другие же заявляли, что администрация не оценила художественный уровень рисунка. Судьба этого граффити свидетельствует об отсутствии открытого диалога между представителями власти и искусства, легальных механизмов решения вопросов.

Битва за легализацию стрит-арт культуры получает большую общественную поддержку. Судебная практика подтверждает необходимость совершенствования способов защиты авторских прав уличных художников. Ликвидация существующих пробелов в правовом регулировании сферы стрит-арт позволит сделать уличное искусство уважаемым, узнаваемым, достичь баланса между законностью и свободой творчества.

Лебедев В. С.

*Саратовская государственная юридическая академия,
студент*

Чугунова К. С.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Развитие механизмов защиты прав на результаты интеллектуальной деятельности в фармацевтической сфере: российский и зарубежный опыт

В области патентных правоотношений заложен фундаментальный конфликт разнонаправленных частных и общественных интересов, проявляющийся в сфере фармацевтики особенно остро. С одной стороны, существует значительный интерес государства в доступности лекарственных препаратов (далее – ЛП). Однако, с другой стороны, необходимо, чтобы у производителей ЛП были экономические стимулы, так как процесс создания и введения в гражданский оборот инновационных препаратов является затратным и длительным.

По статистическим данным зарубежных исследователей, оригинальные препараты теряют около 75 % всех назначений в течение трех месяцев после выхода на рынок дженерика (воспроизведенного ЛП) и более 80 % – по

¹ См.: Постановление Правительства Москвы от 16.07.2019 № 877-ПП «О нанесении надписей, изображений путем покраски, наклейки, росписи в технике «граффити» и иными способами на внешние поверхности жилых зданий, строений, сооружений, многоквартирных домов в городе Москве» // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Граффити на Зацепском Валу. URL: <https://moskvichmag.ru/tag/graffiti-na-zatsepskom-valu/>. (Дата доступа – 20.01.2021).

истечении полугодя¹. Для стимулирования выхода новых, оригинальных ЛП необходимы «сильные» патентные права. Как справедливо отметила заместитель руководителя Роспатента Л.Л. Кирий: «Защита интеллектуальной собственности одинаково нужна как отечественным компаниям, которые хотят выйти на российский и мировые рынки, так и иностранным, осуществляющим трансфер технологий»². Таким образом, проблематика защиты прав на результат интеллектуальной деятельности в фармацевтике носит актуальный характер. Не вызывает сомнений востребованность юридического анализа существующих правовых механизмов, а также доктринальных разработок, которые могут быть воплощены в последующем как на законодательном, так и на правоприменительном уровне.

В связи с отмеченным в фокусе настоящей статьи находятся следующие задачи: 1) анализ эффективности правовых механизмов и правоприменительной практики в области защиты исключительных прав патентообладателей; 2) анализ и экстраполяция опыта наиболее успешных зарубежных практик защиты интеллектуальных прав на ЛП.

Следует отметить, что помимо общих способов защиты (ст. 12 Гражданского кодекса Российской Федерации) могут применяться специальные способы защиты исключительных прав, перечисленные в ст. 1252 ГК РФ³. Однако, проанализировав судебную практику, можно убедиться, что зачастую воздействие правовых механизмов на общественные отношения в названной сфере остается неэффективным⁴. Так, уязвимой является сфера госзакупок: производитель дженерика, предлагающий препарат по более низкой цене, становится победителем торгов даже в случае не истечения срока действия патента в отношении оригинального препарата. При этом на момент рассмотрения судебного дела производитель дженерика уже успевает осуществить поставку препарата в больницы. Оригинатор не может рассчитывать на оперативные обеспечительные меры воздействия, такие как изъятие, уничтожение ЛП, поставленных в медучреждения, поскольку последние являются добросовестными приобретателями. В отмеченных ситуациях суды обычно опасаются за пациентов, права которых могут быть нарушены при изъятии ЛП. Способ защиты, указанный в подп. 2 п. 1 ст. 1252 ГК РФ, неэффективен, так как не подлежит удовлетворению требование о запрете предложения к продаже или о запрете продажи контрафактного товара, если такой принадлежавший ответчику товар им уже продан⁵. Остаются такие способы защиты нарушенных прав и законных интересов, как взыскание убытков, компенсации, существенный размер которых доказать непросто⁶.

В целях защиты исключительных прав необходимо внедрение специальных превентивных мер защиты: 1) введение института обеспечительных мер (например, суд может приостановить проведение конкурсных процедур, наложить временный запрет на участие в государственном контракте на поставку ЛП); 2) признание в судебной практике такого способа защиты, как запрет на будущее использование запатентованного изобретения в конкретном препарате; 3) введение механизмов из зарубежной системы patent linkage, позволяющих патентообладателям блокировать недобросовестных дженериковых производителей еще на подступах к фармрынку. Однако, рассматривая зарубежную практику системы patent Linkage и возможность ее применения в российском правовом поле, необходимо минимизировать издержки этой системы. Так, мы считаем, что не стоит полностью автоматизировать данную систему, как реализовано это в США. Наиболее лучшей практикой является опыт Австралии, поэтому предлагается обеспечить автоматическое приостановление лишь в части доступа на рынок, но не в части выдачи сертификации с целью смягчить дальнейшие задержки выпуска. В рамках «сдержек и противовесов» судебной защиты прав патентообладателей

¹ См.: Guha R., Salgado M. The Economics of Irreparable Harm in Pharmaceutical Patent Litigation: URL: <https://cornerstone.com/Publications/Research/The-Economics-of-Irreparable-Harm-in-Pharmaceutical-Patent-Litigation>.

² См.: Эксперты обозначили проблемы в области защиты интеллектуальной собственности на фармрынке. URL: <https://gmpnews.ru/2018/02/eksperty-oboznachili-problemy-v-oblasti-zashhity-intellektualnoj-sobstvennosti-na-farmrynke/> (дата обращения: 10.09.2020).

³ См.: «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая)» от 18.12.2006 № 230-ФЗ // Российская газета. – 22.12.2006. – № 289. Ст. 1301.

⁴ См.: Определение АС г. Москвы от 28.02.2018 по делу № А40-37034/18-51-265 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // КонсультантПлюс: Судебная практика.

⁶ См.: Решение АС г. Москвы от 12.12.2017 по делу № А40-245880/16-5-2157. КонсультантПлюс: Судебная практика.

необходимо введение штрафных санкций и компенсаций за злоупотребление правами со стороны производителей оригинальных ЛП, как это предусмотрено в Австралии¹.

Относительно превентивных механизмов защиты, стоит отметить, что российские суды их используют неоднозначно и зачастую не в пользу оригинаторов ЛП. Революционным является решение Суда по интеллектуальным правам по делу № А41-85807/16, в котором был применен превентивный судебный механизм: производитель дженерика был обязан не вводить свой препарат до истечения срока действия патента². Некоторыми юристами данное решение рассматривалось как предвестник внедрения системы Patent Linkage.

Таким образом, правовые механизмы защиты исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности требуют пересмотра, анализа и обновления. Отмеченная проблематика особенно обострилась в условиях пандемии – весь мир трудится над созданием эффективной и безопасной вакцины против коронавируса. Защита исключительных прав – важное условие развития фармотрасли и введения на рынок инновационных препаратов.

Липень Н. С.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

магистрант

О юридической природе решений Суда по интеллектуальным правам по делам об оспаривании нормативных правовых актов

Судебное оспаривание нормативных правовых актов – относительно молодой и динамично развивающийся правовой институт. Ежегодно в порядке административного судопроизводства рассматривается 2-3 тысячи дел, эта цифра имеет тенденцию к увеличению. Примерно 65-70 % дел оканчиваются вынесением решения в пользу административных истцов. Поскольку административный иск полностью или частично удовлетворяется, оспариваемые нормативные положения признаются не соответствующие нормативному правовому акту более высокой юридической силы.

Судебная практика предоставляет обширный материал для исследования. В научных публикациях рассматриваются многочисленные вопросы, связанные как с материально-правовыми, так и с процессуально-правовыми аспектами судебного оспаривания нормативных правовых актов.

В соответствии с частью 1 статьи 191 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) Суд по интеллектуальным правам рассматривает дела об оспаривании нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти в сфере патентных прав и прав на селекционные достижения, права на топологии интегральных микросхем, права на секреты производства (ноу-хау), права на средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, права использования результатов интеллектуальной деятельности в составе единой технологии.

Порядок рассмотрения данной категории дел определен в гл. 23 АПК РФ. Оспаривание нормативных актов является одной из юрисдикционных форм защиты интеллектуальных прав³. Количество дел этой категории незначительно, в юридической науке они в достаточной степени не проанализированы.

Результаты обсуждения многих научных проблем, возникающих в связи с оспариванием нормативных правовых актов в судах общей юрисдикции, можно использовать и при анализе соответствующей деятельности Суда по интеллектуальным правам.

¹ См.: Australian Government Department of Health. «Pharmaceutical benefits scheme Price disclosure arrangements: procedural and operational guidelines.». 2016. URL: <http://www.pbs.gov.au/industry/pricing/price-disclosure-spd/price-disclosure-operational-guidelines-06-2016.pdf>.

² См.: Б. Малахов. Patent linkage все ближе? // АС Московской области поддержал оригинатора в патентном споре. URL: https://zakon.ru/blog/2017/10/24/patent_linkage_vse_blizheas_moskovskoj_o_blasti_podderzhal_originatora_v_patentnom_spole.

³ Новоселова Л. А. Глава 13. Защита интеллектуальных прав // Право интеллектуальной собственности. Т. 1. Общие положения : учебник / под общ. ред. Л. А. Новоселовой. М., 2017. С. 468–469.

Так, в литературе предлагаются разные подходы к пониманию правовой природы судебных актов, изданных судами общей юрисдикции в результате проверки законности нормативного правового акта¹. Эти документы, с одной стороны, могут характеризоваться как сугубо правоприменительные, индивидуальные акты, не имеющие существенных отличий от остальных судебных решений. С другой стороны, поскольку речь идет о подтверждении законности оспариваемого нормативного правового акта, ряд авторов полагает, что такие судебные решения могут быть рассмотрены в контексте правотворческой деятельности и действия законодательства, и поэтому относят их к специфическим источникам права.

С.В. Никитин приводит убедительные аргументы того, что под воздействием судебного решения изменяются юридические свойства оспариваемого нормативного правового акта. При признании его незаконным суд своим решением лишает этот акт юридической силы либо прекращает его действие. В случае признания спорного акта соответствующим нормативным правовым актам, имеющим большую юридическую силу, суд подтверждает его законность и тем самым снимает с данного акта «оболочку» спорности или неопределенности. Повторно законность этого акта, как правило, уже не может быть оспорена. Очевидно, что данный нормативный правовой акт приобретает новые правовые свойства, причем именно в результате действия судебного решения².

Такой же подход возможно применить к характеристике юридической природы решений Суда по интеллектуальным правам по делам об оспаривании нормативных правовых актов.

Среди источников интеллектуального права обычно рассматриваются нормативные правовые акты, международные договоры, общепризнанные принципы и нормы международного права, обычаи³. В одном из учебных изданий отмечается, что при рассмотрении источников интеллектуального права большое значение имеют постановления Конституционного Суда Российской Федерации (например, Постановление от 13 декабря 2016 г., в котором были признаны неконституционными положения ГК РФ, касающиеся минимального размера компенсации за нарушение интеллектуальных прав). Но вопрос о том, входят ли акты Конституционного Суда Российской Федерации в систему источников права предлагается считать спорным⁴.

Следует отметить, что решения Конституционного Суда Российской Федерации и в теории права, и в конституционном праве чаще всего признаются источниками права. Можно согласиться и с доводами в пользу характеристики судебных решений судов общей юрисдикции по делам об оспаривании нормативных правовых актов как специфических источников права.

Вполне логично и решения Суда по интеллектуальным правам по делам об оспаривании нормативных правовых актов рассматривать в качестве специфических источников интеллектуального права. Так, например, в решении Суда по интеллектуальным правам от 8 октября 2019 г. по делу № СИП-429/2019 пункты 3.1 и 4.3 Правил подачи возражений и заявлений и их рассмотрения в Палате по патентным спорам, утвержденных приказом Российского агентства по патентам и товарным знакам от 22 апреля 2003 г. № 56, признаны соответствующими ст. 55 Конституции Российской Федерации и ст. 6, 13 Конвенции о защите прав человека и основных свобод⁵.

Подобными решениями подтверждается законность оспариваемых нормативных правовых актов по интеллектуальным правам, которые приобретают новые юридические свойства, в том числе и в силу последующего преюдициального значения этих судебных решений.

В соответствии со ст. 196 АПК РФ вступившее в законную силу решение Суда по интеллектуальным правам по делу об оспаривании нормативного правового акта подлежит незамедлительному опубликованию официальными

¹ См., например: Никитин С. В. Последствия признания судом нормативного правового акта незаконным: материально-правовой аспект // Российское правосудие. 2018. № 51. С. 98–99.

² Там же. С. 99.

³ Крашенинников П. В. Глава 1. Понятие и источники права интеллектуальной собственности // Право интеллектуальной собственности. Т. 1. Общие положения : учебник / под общ. ред. Л. А. Новоселовой. М., 2017. С. 24.

⁴ Ускова Т. Н. Глава 4. Система источников интеллектуального права // Интеллектуальное право : учебное пособие / С. Н. Кондратовская [и др.] Вологда, 2020. С. 64–74.

⁵ Решение Суда по интеллектуальным правам от 8 октября 2019 г. по делу № СИП-429/2019 // СПС «КонсультантПлюс». 2021.

изданиями федеральных органов исполнительной власти и другими официальными изданиями, в которых был опубликован оспариваемый акт. Эта процедура также служит показателем особого юридического значения подобных судебных решений.

Таким образом, решения Суда по интеллектуальным правам по делам об оспаривании нормативных правовых актов также можно считать специфическими источниками интеллектуального права.

Литвинова М. О.
Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент

Система мер защиты авторских прав в сети Интернет: традиции и новации

Интернет и социальные сети набирают популярность с каждым годом. Согласно рейтингу портала Statista.com, по состоянию на 2020 год тройку самых популярных социальных сетей в мире возглавили такие площадки, как: Facebook, Youtube и Instagram, количество активных пользователей каждой из которых превышает 2 млрд человек, что на 500 млн пользователей больше, чем в 2019 году¹.

Учитывая эту тенденцию, легкость распространения объектов авторских прав, актуальность вопроса формирования новых подходов к правовой защите авторских прав в сети Интернет не вызывает сомнений.

В соответствии с ГК РФ правовая охрана предоставляется таким произведениям науки, литературы и искусства как фотографиям, музыкальным, аудиовизуальным, литературным произведениям и другим². При этом должны соблюдаться критерии охраноспособности, а именно: творческий характер труда и его выражение в объективной форме. Авторы результатов интеллектуальной деятельности обладают исключительным правом, предоставляющим им возможность использования объекта любым не противоречащим закону способом, а также личными неимущественными правами, которым также предоставляется защита на законодательном уровне.

Важно помнить, что свобода авторского творчества не безгранична, в этом смысле необходимо обратить внимание на недавние поправки к Федеральному закону № 149-ФЗ, которые представляют интерес в части распространения контента: с 1 февраля 2021 года вступил в силу Федеральный закон № 530-ФЗ от 30.12.2020 «О внесении изменений в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», в соответствии с которым социальные сети сами обязаны выявлять и блокировать противоправную информацию³. При выявлении противоправного контента, к которому помимо прочего относятся оскорбление человеческого достоинства и общественной нравственности, информация, содержащая призывы к массовым беспорядкам, экстремизму, терроризму, пропагандирующая культ насилия и др., социальные сети должны незамедлительно ограничить доступ к нему. Данная поправка способствует созданию действенного механизма пресечения распространения в сети Интернет противоправной и недостоверной общественно значимой информации.

К наиболее распространенным нарушениям в сфере авторских прав относятся плагиат, под которым понимается копирование чужого материала и выдача его за свой и пиратство, представляющее собой незаконное производство (копирование) и (или) распространение авторского произведения.

В качестве меры по охране авторских прав на произведение ГК РФ содержит норму о знаке охраны авторского права. В соответствии со ст. 1271 ГК РФ правообладатель вправе использовать такой знак для оповещения о принадлежащем ему исключительном праве на произведение. Знак, который помещается на каждом экземпляре произведения, состоит из следующих элементов: латинской буквы «С» в окружности, имени или наименования

¹ См.: Most popular social networks worldwide 2020 // URL: <https://www.statista.com/statistics/274773/global-penetration-of-selected-social-media-sites/> (дата обращения: 8.03.2021).

² См.: «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая)» от 18.12.2006 № 230-ФЗ // Российская газета. – 22.12.2006. – № 289. Ст. 1301.

³ См.: Федеральный закон от 30 декабря 2020 г. № 530-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // Российская газета. – 11.01.2021. – № 1.

правообладателя, года первого опубликования произведения. В отношении изображений авторы нередко используют на них собственный водяной знак.

Необходимо упомянуть такую не предусмотренную законом процедуру, как депонирование, которая представляет собой внесение данных об авторах результата творческого труда, об их объекте, а также о дате внесения сведений в реестр, при этом депонирование можно осуществлять в разных сферах деятельности¹. При депонировании объекту присваивается определенный номер. С данной процедурой закон не связывает наступления каких-либо последствий, депонирование подтверждает существование в определенный момент времени экземпляра произведения². До 2018 года в России депонирование осуществлялось Российским Авторским Обществом, в настоящий момент данная услуга предоставляется организациями N'Ris (Национальный реестр интеллектуальной собственности) и iReg. Помимо указанных организаций, депонирование осуществляется и иными сервисами, например, организацией «Копирус» (Российским авторско-правовым обществом). Вышеупомянутые сервисы производят регистрацию и выдают свидетельство авторам (правообладателям) на зарегистрированные объекты. Однако процедура может быть оспорена в суде, поэтому сам факт депонирования не является безусловным доказательством авторства конкретного лица³.

Другой мерой охраны авторских прав является нотариальное удостоверение подписи на экземпляре произведения. Нотариальная защита служит подтверждением того, что на дату заверения произведение уже было написано автором, однако, сам нотариус обычно не проверяет добросовестность потенциального автора, и такие заверения достаточно часто оспариваются в суде.

Нормами ГК РФ предусмотрены конкретные способы защиты личных неимущественных прав автора, которые следуют из общей ст. 12 ГК РФ и п. 1 ст. 1251 ГК РФ: признание права, восстановление положения, существовавшего до нарушения права, пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, компенсация морального вреда, публикация решения суда о допущенном нарушении.

Исключительные права авторов и иных правообладателей могут защищаться путем предъявления требований о признании права, о публикации решения суда о допущенном нарушении с указанием действительного правообладателя, о пресечении действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения. Кроме того, автор и иной правообладатель может обратиться в суд с требованием о возмещении убытков, размер которых может быть взыскан в полном объеме, и требованием о выплате компенсации.

Суд в соответствии со ст. 1302 ГК РФ вправе применять обеспечительные меры, например, запретить ответчику или лицу, в отношении которого имеются достаточные основания полагать, что оно является нарушителем авторских прав, совершать определенные действия (изготовление, воспроизведение, продажу) в целях введения в гражданский оборот экземпляров произведения, в отношении которых предполагается, что они являются контрафактными.

Преодоление проблем плагиата и пиратства осложняется неэффективностью некоторых мер защиты в связи со скоростью распространения информации в сети Интернет. Именно с этим связаны такие проблемы защиты авторских прав как:

— фиксация нарушений в сети Интернет. Данная проблема связана с отсутствием единого порядка такой фиксации как нотариусом, так и автором, что влечет за собой невозможность использования данной информации в качестве доказательства в суде;

¹ См.: Гринь Е. С., Домовская Е. В., Новоселова Л. А. Учет и систематизация прав на результаты интеллектуальной деятельности : монография. М., Проспект. 2019. С. 11–26.

² См.: Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 17.09.2020 № 305-ЭС20-8198 по делу № А40-46622/2019. КонсультантПлюс: Судебная практика.

³ См.: Гринь Е.С. Новейшие системы учета результатов интеллектуальной деятельности в виртуальной среде // Правовая защита интеллектуальной собственности: проблемы теории и практики : сборник материалов IX Международного юридического форума (IP Форума). М. : Издательский центр Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2021. Т. 2. С. 191–194.

— неэффективность ограничения доступа к интернет-ресурсам, нарушающим авторские права, обусловленная достаточно легким процессом создания и распространения многочисленных копий интернет-ресурсов, блокировку которых администрация сайта не всегда может своевременно обеспечить¹.

Для решения вышеупомянутых проблем необходимо повсеместно внедрить технический механизм отслеживания и фиксации нарушений на различных платформах, который уже активно применяется в работе видеохостинга YouTube. Так, в случае выявления нарушений Условий использования YouTube, администрация сайта может удалить видео целиком или его отдельные фрагменты². В этом случае пользователем будет получено уведомление с объяснением причины удаления, за исключением определенных ситуаций, например, когда это может нарушить закон или распоряжение правоохранительных органов, поставить под угрозу репутацию или работу Сервиса и др. Именно взаимосвязь правового и технического регулирования сможет обеспечить высокий уровень защиты авторских прав в сети Интернет.

В настоящее время, с учетом последних изменений в законодательстве, к системе мер по охране авторских прав относятся: депонирование, нотариальное удостоверение подписи на экземпляре произведения, меры, предусмотренные частью четвертой ГК РФ. Кроме того, некоторые интернет-ресурсы проводят самостоятельную политику по устранению нарушений авторских прав путём вынесения предупреждения о нарушении, либо блокировки контента. Принимая во внимание подобную политику, представляется целесообразным ввести подобный механизм на всех интернет-площадках. Вышеперечисленные меры позволяют относительно эффективно предупреждать нарушения в сети Интернет, а также защищать нарушенные права пользователей.

Николаев Л. Л.

*Чувашский государственный университет имени И.Н. Ульянова,
студент*

Искусственный интеллект в гражданском праве

В данной работе искусственный интеллект будет проанализирован как инструмент, способный на создание объектов интеллектуальной деятельности. Также будет предложен вариант концепции закрепления данной технологии в законодательстве нашей страны.

Целью данной работы является популяризация вопроса, связанного с правовым регулированием искусственного интеллекта в авторском праве. Я считаю, что правовое закрепление объектов, сгенерированных искусственным интеллектом, в условиях скорой «цифровой революции» необходимо.

В настоящее время создан лишь «слабый» искусственный интеллект. Это программа, которая, благодаря императивному обучению на больших массивах данных, способна создавать независимые от замысла разработчиков результаты. Такими результатами могут быть: картины, написанные ИИ, музыка, сгенерированная компьютером, дизайн и т.д.

Мировое сообщество уже регулирует вопросы, связанные с искусственным интеллектом? Вот некоторые документы различных стран:

Европейский Союз:

1) White Paper ‘On Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust’. Brussels, 19.2.2020 COM(2020) 65 final³.

2) Axel Voss Draft Report on a civil liability regime for AI⁴.

¹ См.: Магомедов Р. С. Проблемы защиты авторских прав в сети Интернет // Государственная служба и кадры. 2020. № 5. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/problemy-zaschity-a>.

² См.: Условия использования YouTube. URL: <https://www.youtube.com/static?template=terms> (дата обращения: 08.03.2021).

³ См.: URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2020:65:FIN>.

⁴ См.: URL: <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2020/05/EuropeanParliamentCivilLiabilityAI.pdf>.

Китай:

新一代人工智能发展规划¹. (План развития технологий искусственного интеллекта нового поколения).

Искусственный интеллект в законодательстве нашей страны упоминается в Указе Президента Российской Федерации от 10.10.2019 № 490 «О развитии искусственного интеллекта в Российской Федерации». Этот Указ освещает вопросы пересечения социально-гуманитарных и технических вопросов, связанных с искусственным интеллектом. Также существует Федеральный закон от 24.04.2020 № 123-ФЗ о внедрении искусственного интеллекта в Москве².

При ознакомлении с этими нормативными актами мне показалось, что законодатель упускает один вопрос, который требует отдельных изменений в законодательстве. Этот вопрос касается «самостоятельной деятельности», которой может обладать искусственный интеллект.

Искусственный интеллект способен не только побеждать людей в шахматах и управлять их автомобилями, но он также в силах (в некоторых своих образах) быть неким инструментом, помогающим человеку реализовывать свои творческие идеи и способности.

Музыка, тексты, видео, изображения, дизайн – всё это искусственный интеллект способен создавать на основе заданного создателем алгоритма. К примеру, в интернете совсем недавно появилась новость о том, что студия известного предпринимателя Артемия Лебедева, занимающаяся дизайном, использовала «искусственный дизайнерский интеллект» для создания логотипов: «Дизайнеры «больше года» выдавали искусственный интеллект за удалённого сотрудника и никому из клиентов правду не раскрывали. О проекте знала только «изолированная команда» внутри студии. Так компания «получала объективную обратную связь, не подверженную влиянию предрассудков о генеративном дизайне³.

Данная ситуация показывает, что специально запрограммированный искусственный интеллект способен на создание чего-то более творческого, оригинального. Кстати, некоторые картины роботов сегодня стоят дороже, чем работы людей:

«25 октября на аукционе «Christies» ушёл с молотка необычный лот – картина, нарисованная искусственным интеллектом. По словам представителей аукционного дома, такой лот выставлялся на продажу впервые. Картину под названием «Портрет Эдмонда де Белами», которая входит в серию портретов вымышленной семьи Белами, создавал алгоритм Generative Adversarial Networks, разработанный парижской командой Obvious специально для того, чтобы подражать живописцам. Начальная цена составила 7-10 тысяч долларов, а в процессе её удалось поднять до 432,5 тысяч. Эти деньги пойдут на дальнейшее совершенствование алгоритма. Покупатель пожелал остаться неизвестным.

Вышеперечисленные примеры доказывают, что искусственный интеллект способен на творческую деятельность, то есть на создание культурных ценностей. Законодатель нашей страны в перечень того, что может являться культурной ценностью, относит и произведения искусства, и произведения культуры⁴.

Но это не означает, что робот является автором произведений искусства или творческим работником. Так как, в соответствии с ч. 1 ст. 1228 ГК РФ, автором результата интеллектуальной деятельности признается гражданин, творческим трудом которого создан такой результат. Творческим работником тоже может быть лишь человек. Во-первых, искусственный интеллект не может быть автором, так как это противоречит институту правосубъектности. Как кошка или собака не могут быть субъектами правоотношений, так и робот-художник или робот-изобретатель не могут быть носителями прав и обязанностей. Можно ещё задуматься над такими вопросами: как робот может нести ответственность? Как и зачем он будет использовать свои произведения? Напомню, что «слабый» искусственный интеллект – это всего лишь алгоритм действий, установленный создателем для достижения определённых целей. Так что, искусственный интеллект как носитель можно смело записывать в объекты гражданских правоотношений.

¹ См.: URL: http://www.gov.cn/zhengce/content/2017-07/20/content_5211996.htm.

² См.: URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_351127/.

³ См.: URL: <https://tjournal.ru/internet/182023-studiya-artemiya-lebedeva-bolshe-goda-vydavala-neyroset-za-realnogo-dizaynera-klienty-ob-etom-ne-znali>.

⁴ См.: URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_1870/068694c3b5a06683b5e5a2d480bb399b9a7e3dcc/

Тогда возникает вопрос: кто же является автором произведений, созданных искусственным интеллектом? Создатель алгоритма, на основе которого была произведена работа? Или создатель носителя, которым была написана работа?

В первую очередь хочется сказать, что использование искусственного интеллекта с целью создания результата интеллектуальной деятельности – это нестандартный способ приобретения прав и обязанностей.

Сходную возможность приобретения прав можно наблюдать в первой части ГК. В вещном праве есть норма, регулирующая право собственности на вещь, «создаваемую другой вещью». Речь идёт о плодах. В соответствии с ч. 1 ст. 136 ГК РФ плоды, продукция, доходы, полученные в результате использования вещи, независимо от того, кто использует такую вещь, принадлежат собственнику вещи, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами, договором или не вытекает из существа отношений. Данная норма не может применяться к случаям, когда робот или программа ЭВМ генерируют произведения науки, литературы и искусства, так как существует п. 3 ст. 1227 ГК. Согласно данной норме положения раздела ГК о вещных правах не применяются к отношениям, регулируемым частью четвёртой ГК, если иное ею не предусмотрено.

Данная аналогия – хороший пример регулирования отношений, построенных на «получении вещи из вещи». Например, садовник выращивает на своём участке яблоню. Скоро эта яблоня даёт плоды в виде яблок. По ст. 136 ГК, яблоки должны принадлежать садовнику. Такая же схема и с искусственным интеллектом. Программист или художник приобретает носитель (будущего робота). Далее собственник носителя создаёт алгоритм для этого робота, который наделяет его возможностью писать картины. Искусственный интеллект создаёт картину. Эта картина переходит в право собственности обладателя искусственного интеллекта.

Данная аналогия должна быть закреплена в интеллектуальном праве для предотвращения отсутствия правообладателя интеллектуальной собственности.

Искусственный интеллект, запрограммированный на определённую «самостоятельную» деятельность, является лишь инструментом пользователя для достижения определённой цели. Как печатный станок для автора книг. В конечном итоге, все авторские права принадлежат обладателю носителя, которым была проделана работа.

Анализируя вышеизложенные факты, невольно приходишь к выводу о необходимости правового регулирования объектов, созданных искусственным интеллектом в нашей стране. Так как этого ещё нет в нашем законодательстве, то у меня есть наброски своих поправок.

Нозикова Е. В.

*Российская академия народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации,
студент*

Проблемы механизмов защиты авторских прав на контент в социальной сети Instagram

Страницы в социальных сетях давно перестали быть для пользователей исключительно средством выражения своего творческого потенциала. Сейчас личные блоги являются не только способом реализации себя в качестве фотографа, автора текстов, музыканта или видеографа, но и методом заработка. Однако там, где возникает вопрос получения денег, как правило, имеют место злоупотребления и нарушения прав¹. Число граждан, для которых ведение блога является основным и постоянным источником дохода, с каждым днём увеличивается. Следовательно, проблема защиты авторских прав на контент в социальных сетях приобретает всё большую актуальность, поскольку вместе с контентом растёт и количество нарушений прав авторов.

¹ См.: Гринь Е. С. Защита инфопродукта в социальных сетях // *Vabyer*. 2021. Январь-февраль. С. 108.

В настоящее время Instagram – одна из наиболее быстроразвивающихся социальных платформ¹. По данным на 2020 год ежемесячно в Instagram заходит 1 млрд пользователей². Популярность этой социальной сети продолжает расти. Пандемия коронавируса, ударившая по миру в минувшем году, способствовала переходу в online-формат как образования, так и бизнеса. Можно предположить, что это привело к ещё большему росту числа пользователей данной социальной сети, а также к созданию новых блогов и инфопродуктов. Вполне вероятно, что в ближайшие годы востребованность Instagram в самых разных сферах жизни и бизнеса будет только возрастать. В связи с этим представляется разумным рассмотреть механизмы защиты авторских прав в рамках этой платформы, а также выявить проблемы в эффективности таких механизмов с целью выработки наиболее рационального алгоритма действий пользователя, подвергшегося нарушению своих авторских прав в данной социальной сети.

Прежде чем перейти к рассмотрению механизмов защиты авторских прав, следует отметить наиболее часто встречающиеся в сети нарушения в сфере интеллектуальных прав, в том числе авторских. Е.С. Гринь в своей работе к таковым относит: копирование текстов постов, копирование фотографий, видео и «историй», создание фейковых страниц-двойников, копирование продукта на сайты складчин, копирование прямых эфиров, захват страницы мошенниками³.

Самый простой способ защитить свои авторские права в случае их нарушения – самостоятельно связаться с нарушителем и потребовать удалить контент, размещённый им неправомерно. Достоинство этого механизма защиты заключается в том, что он носит мирный характер: в случае, если нарушитель удалит со своей страницы контент, используемый им в отсутствие правовых оснований, взаимодействие сторон спора на этом может прекратиться, так как требование автора будет выполнено. Однако таким механизмом защиты можно воспользоваться не всегда. К примеру, автор может не знать, кто взломал и захватил его страницу, а, следовательно, он не сможет связаться с нарушителем и обратиться к нему с соответствующим требованием. Помимо этого, недостатком такого способа является вероятный факт игнорирования нарушителем требования автора и продолжение неправомерного использования его контента.

Ещё одним механизмом защиты авторских прав является подача жалобы в администрацию Instagram. Для этого в социальной сети создана специальная онлайн-форма, заполнив которую, пользователь получает автоматическое электронное письмо с информацией о жалобе и её уникальным номером, необходимым для дальнейшего взаимодействия с администрацией социальной сети по поводу поданной жалобы. Помимо этого, администрации платформы можно направить самостоятельно составленную претензию относительно нарушения авторских прав, однако самое простое действие в данном случае – заполнение онлайн-формы жалобы. Результатом удовлетворения жалобы администрацией социальной сети может стать удаление контента, нарушающего права автора, удаление аккаунта-двойника или иное действие, восстанавливающее права автора на созданный им контент в зависимости от вида нарушения.

При применении данного механизма защиты может возникнуть такая проблема, как игнорирование жалобы администрацией Instagram. Пользователи сталкиваются с тем, что действительно получают автоматическое письмо на свою электронную почту, и на этом взаимодействие с администрацией платформы прекращается или растягивается на неопределённый срок, что может повлечь за собой убытки в виде как реального ущерба, так и упущенной выгоды, в соответствии со ст. 15 ГК РФ⁴. Можно предположить, что такая проблема возникает из-за несовершенства технических механизмов социальной сети и постоянно растущего количества пользователей. Однако требования авторов при использовании такого механизма защиты рискуют остаться без должного внимания со стороны администрации платформы, что представляет собой проблему эффективности применения данного механизма.

¹ См.: Терских М. В. Инструменты рекламного продвижения в сети Instagram: жанровые и языковые особенности // Научный диалог. 2020. № 6. С. 178.

² См.: Пфанштиль И. Статистика Инстаграм на 2020 год: говорящие цифры. URL: <https://rusability.ru> (дата обращения: 03.02.2021).

³ См.: Гринь Е. С. Защита инфопродукта в социальных сетях // *Vabyer*. 2021. Январь-февраль. С. 108–109.

⁴ См.: «Гражданский кодекс Российской Федерации» (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // Собрание законодательства. – 05.12.1994. – № 32. Ст. 3301.

В подобном случае на данный момент существует всего два варианта действий пользователя. Первый – повторно оставить жалобу администрации платформы. Второй – использовать иной способ защиты авторских прав, а именно обратиться в суд за защитой своих прав.

Итак, следующим механизмом защиты авторских прав в сети Instagram является обращение в суд. В соответствии со ст. 1251 ГК РФ в случае нарушения личных неимущественных прав автора их защита осуществляется путем признания права, восстановления положения, существовавшего до нарушения права, пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, компенсации морального вреда, публикации решения суда о допущенном нарушении¹. Согласно ст. 1252 ГК РФ защита исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности осуществляется путем предъявления требования: о признании права; о пресечении действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения; о возмещении убытков; об изъятии материального носителя; о публикации решения суда о допущенном нарушении с указанием действительного правообладателя.

Автору, чье право на произведение было нарушено, следует обратиться в суд с заявлением, содержащим названные требования, в соответствии с процессуальным законодательством РФ. При этом заявителю стоит иметь в виду, что согласно ст. 1301 ГК РФ в случаях нарушения исключительного права на произведение автор или иной правообладатель наряду с использованием других применимых способов защиты и мер ответственности вправе в соответствии с пунктом 3 статьи 1252 ГК РФ требовать по своему выбору от нарушителя вместо возмещения убытков выплаты компенсации, минимальный размер которой равен десяти тысячам рублей. Однако автор, указавший в заявлении большую сумму, чем установленный законом минимум, может столкнуться с отказом суда в полном удовлетворении его требований относительно заявленного размера.

Так истец обратился в Арбитражный суд с требованием о взыскании компенсации за нарушение исключительных прав на фотографии, незаконно размещенные ответчиком в сети Интернет из расчета 20 000 руб. за каждый факт использования спорных фотографий, в отношении 36 фотографий, 18 из которых были размещены в сети Instagram. Принимая во внимание, что достаточно убедительного обоснования заявленного размера компенсации в сумме 20 000 руб. истцом не приведено и из материалов дела не усматривается, сведений о допущенных ранее нарушениях исключительных прав истца со стороны ответчика в материалах дела не имеется, суд признал соразмерным допущенному нарушению взыскание компенсации, исходя из минимального размера, установленного ГК РФ, то есть в размере 10 000 руб. за нарушение исключительных прав на каждое фотографическое произведение².

Несмотря на возможные разногласия между стороной спора и судом относительно размера компенсации данный механизм защиты авторских прав представляется наиболее эффективным и выгодным для автора, поскольку помимо защиты личных неимущественных прав он имеет возможность защитить свои исключительные права, а именно потребовать возместить убытки или взыскать компенсацию. В этом заключается преимущество такого способа защиты авторских прав перед другими рассмотренными механизмами, которые позволяют защитить только личные неимущественные права автора.

Таким образом, считаем, что пользователю, столкнувшись с нарушением авторских прав, в зависимости от преследуемых им целей следует воспользоваться поэтапно каждым рассмотренным механизмом защиты при условии, что нарушитель известен. Однако, если нарушение авторских прав проявлено в форме захвата страницы (взлома), то у автора, к сожалению, отсутствует альтернатива, и он может только обратиться к администрации платформы с жалобой, поскольку выявить нарушителя самостоятельно невозможно. Если же автор ставит в качестве цели защиту как личных неимущественных прав, так и исключительных прав, то ему стоит прибегнуть непосредственно к обращению в суд.

¹ См.: «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая)» от 18.12.2006 № 230-ФЗ // Российская газета. – 22.12.2006. – № 289. Ст. 1301.

² См.: Решение АС Свердловской области от 25 сентября 2019 г. по делу № А60-17074/2019. КонсультантПлюс: Судебная практика.

Петрова У.А.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Театральный костюм как охраняемый результат интеллектуальной деятельности

Одним из наиболее сложных и интересных для изучения объектов интеллектуальных прав является театральная постановка. Театрально-зрелищное представление примечательно тем, что оно относится к категории сложных объектов, включающих несколько результатов интеллектуальной деятельности (согласно ст. 1240 ГК РФ)¹. В доктрине сложилось мнение о том, что под сложными объектами стоит понимать «такие результаты интеллектуальной деятельности, которые обладают признаком единства и одновременно с этим имеют сложный состав, образуемый совокупностью разнородных охраняемых результатов интеллектуальной деятельности»². В случае с театральным постановкой это означает, что при её создании используется творческий труд различных специалистов, таких как, например, режиссер, хореограф, композитор, художник по костюмам. Стоит заметить, что вопрос об интеллектуальных правах последнего и о правовом статусе результата его интеллектуальной деятельности редко поднимается в научном сообществе, несмотря на то, что в судебной практике всё чаще встречаются дела, в которых театральные художники по костюмам выступают истцами и пытаются защитить своё право на такой объект интеллектуальных прав, как созданный ими костюм для театральной постановки. Этот факт обосновывает актуальность данной научной статьи, в которой автор рассматривает особенности театрального костюма как объекта интеллектуальной собственности и исследует вопрос о правовом статусе его создателя.

В ныне действующем гражданском законодательстве отсутствует упоминание театрального костюма. Данный результат творческой деятельности не указан в перечне объектов авторских прав, который содержится в ст. 1259 ГК РФ. Однако есть все основания рассматривать театральный костюм в качестве объекта авторского права в силу того, что перечень в ст. 1259 ГК РФ является открытым (в данной статье используется формулировка «другие произведения», что позволяет отнести к объектам авторского права любое произведение науки, литературы и искусства). Зернин Н.В. в своей статье «Авторское право на театральный костюм (уроки судебного дела)» отмечал, что «возможность признания авторства на такого рода результаты творчества заложена в современной российской конструкции охраны объектов авторского права, согласно которой только из смысла статей 1228, 1257 и 1259 ГК РФ в их взаимосвязи можно сделать вывод о том, что объектом авторского права является тот результат интеллектуальной деятельности, который создан творческим трудом.»³. Следовательно, лицо, создавшее театральный костюм (автор), обладает всем объёмом авторских прав, перечисленных в ст. 1255 ГК РФ.

Одна из особенностей сложных объектов (к которым относится театральная постановка) заключается в том, что «результатом договорных правоотношений на этапе создания сложного объекта является переход исключительных прав на все составные объекты к одному лицу – организатору, который фактически не является автором ни одного из составных объектов»⁴. В связи с этим необходимо разобраться, каким образом лицо, организовавшее создание сложного объекта (в рассматриваемом случае в качестве такого лица выступает чаще всего режиссёр театральной постановки) получает права на использование при создании своего произведения костюмов, авторские права на которые принадлежат художнику по костюмам. Здесь важно проводить разграничение двух возможных ситуаций: ситуации, когда автор костюма привлечён театром со стороны и не является его работником и ситуации, когда художник по костюмам является штатным сотрудником театра и работает по трудовому договору. Для того чтобы разобраться с первым случаем, необходимо изучить норму, представленную в п. 1 ст. 1240 ГК РФ. Проанализировав её, можно сделать вывод о том, что

¹ См.: «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая)» от 18.12.2006 № 230-ФЗ // Российская газета. – 22.12.2006. – № 289. Ст. 1301.

² См.: Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации : сборник статей / Исслед. центр частного права. М. : Статут, 2003. С. 416.

³ См.: Зернин Н. В. Авторское право на театральный костюм (уроки судебного дела)/Ex jure, 2019. С. 20.

⁴ См.: Домовская Е. В. Способы создания сложных объектов авторского права и распоряжения правами на них / Актуальные проблемы российского права, 2018. № 7 (92). С. 129.

для того, чтобы использование костюма в постановке было правомерным, лицу, которое занимается организацией создания постановки, необходимо заключить с художником, непосредственно создавшим костюм, либо договор об отчуждении исключительного права, либо лицензионный договор. Более распространенным представляется договор об отчуждении исключительного права, так как заключение такого договора предполагает разовое денежное отчисление в пользу автора и предоставляет возможность свободно распоряжаться объектом интеллектуальной собственности. При заключении вышеперечисленных договоров автор передаёт другому лицу (ответственному за создание театральной постановки) исключительное право (являющееся имущественным), в связи с чем у нового правообладателя появляется возможность в любой не противоречащей закону форме использовать результат интеллектуальной деятельности (костюм). Личные неимущественные права создателя костюма остаются за автором и не передаются в силу своей правовой природы. Кроме того, с создателем костюма, с которым театр как юридическое лицо не состоит в трудовых отношениях, может быть заключён договор авторского заказа на создание костюмов (ст. 1288 ГК РФ). Заключение данного договора обязывает автора передать заказчику (т. е. театру) костюм в собственность. Договором авторского заказа также может быть предусмотрена передача заказчику исключительного права. Что касается второй ситуации, когда художник по костюмам состоит в штате театра и связан с ним трудовыми правоотношениями, предполагается что он создаёт служебное произведение, статус которого закреплён в ст. 1295 ГК РФ. Служебным произведением является результат творческого труда работника, который был создан «в пределах установленных для работника трудовых обязанностей» и исключительное право на которое принадлежит работодателю (если иное не предусмотрено договором)¹. Таким образом, если художник по костюмам является штатным сотрудником и создание костюмов для постановок является частью его трудовых обязанностей, то исключительное право на костюм автоматически передаётся работодателю (т. е. театру) без заключения дополнительного соглашения.

Итак, при заключении всех вышеупомянутых договоров за автором произведения остаются его личные неимущественные права. Кроме того, в большинстве случаев художник имеет право на вознаграждение. Что касается исключительного права, в за частую оно передаётся новому правообладателю в полном объёме, а это означает, что художник по костюмам с момента передачи исключительного права теряет возможность самостоятельно распоряжаться своим произведением, передавать эскизы костюмов для постановок в других театрах, иным образом распространять результат своей интеллектуальной деятельности. Помимо этого, нельзя забывать о выводе, к которому пришел Верховный суд в одном из обзоров судебной практики, согласно которому «автор произведения, вошедшего в сложный объект, не обладает правом на его отзыв независимо от того, кому принадлежат интеллектуальные права на сам сложный объект»².

С какими же проблемными ситуациями могут столкнуться творцы в сфере театрального костюма на практике? Одна из наиболее частых проблем, возникающих в данной области, заключается в выборе правовых норм, применимых для регулирования отношений между автором театрального костюма и лица, организующего создание сложного объекта, если они не оформили надлежащим образом свои отношения в договорном порядке перед началом работы. Показательным в данной ситуации является следующее судебное разбирательство³. Со стороны истца в рассматриваемом случае выступил художник-модельер, со стороны ответчика выступили театральный режиссер, который использовал для своих постановок костюмы, созданные истцом, и сам театр. Истец полагал, что его авторские права на результаты интеллектуальной деятельности были нарушены ответчиками. В число требований художника входили требования признать за ним право авторства, выплатить компенсацию морального вреда, запретить театру использовать костюмы истца в постановках. В обоснование своей позиции истец привёл доводы, согласно которым создание театральных костюмов есть обязанность художника театра (согласно штатному расписанию), которого в театре на тот момент не было, в связи с чем художнику-модельеру (истцу) пришлось выполнить работу, которая не входила в круг его трудовых функций. Проанализировав приведённую выше ситуацию, можно сделать вывод о том, что при

¹ См.: «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая)» от 18.12.2006 № 230-ФЗ // Российская газета. – 22.12.2006. – № 289. Ст. 1301.

² См.: Обзор судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 23.09.2015). КонсультантПлюс: Судебная практика.

³ См.: Решение Дзержинского районного суда г. Перми от 21.01.2016 по делу № 2-31/2016. КонсультантПлюс: Судебная практика.

решении вопроса относительно принадлежности исключительных прав на театральный костюм и возможности его использования одной из сторон, крайне важно четко понимать, является ли художник по костюмам штатным сотрудником, и в случае, если это так, выполнял ли он работу в рамках должностных обязанностей, прописанных в трудовом договоре. Если же создатель костюма не входит в штат театра, необходимо грамотно оформить гражданско-правовой договор с творцом, четко обозначив условия, на которых художник по костюмам соглашается работать на благо театра.

В заключение следует сказать о том, что проблема оформления правового режима театрального костюма как объекта интеллектуальной собственности является актуальной, поскольку на практике авторы костюмов нередко сталкиваются с нарушением своих интеллектуальных прав вследствие того, что их правовое положение недостаточно урегулировано. Остаётся необозначенным определение понятия «театральный костюм», не исследованы некоторые аспекты в области оформления правоотношений между исполнителем (художником по костюмам) и заказчиком. Безусловно, данные вопросы требуют теоретического осмысления и разработки в доктрине. Научные выводы впоследствии могут быть использованы для усовершенствования законодательства.

Ратников Д. А.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Доктрина функциональности товарных знаков и ее отражение в российском правопорядке

Согласно доктрине функциональности, которая широко применяется в судебной практике США и направлена на защиту конкуренции, не могут быть зарегистрированы товарные знаки, которые, в целом, носят функциональный характер¹.

Функциональный характер, в свою очередь, выражается в том, что товарный знак является или исключительно эстетическим, или утилитарным.

В первом случае не может быть зарегистрировано в качестве товарного знака обозначение, которое для потребителя внешне выглядит эстетически более привлекательным, чем иные обозначения.

Во втором случае не может быть зарегистрировано в качестве товарного знака, например, обозначение, представляющее собой форму бутылки, которую удобнее держать в руке, то есть обозначение, выполняющее исключительно утилитарную функцию.

Таким образом, данная доктрина, с одной стороны, позволяет более точно разграничивать разные институты интеллектуальной собственности, например, не позволяет преодолеть сроки действия исключительного права, предусмотренные в патентном и авторском праве с помощью института товарных знаков, а с другой стороны, направлена на недопустимость монополизации рынка.

В России же эта доктрина нашла лишь частичное применение. Так, в Гражданском кодексе Российской Федерации товарный знак определяется как обозначение, служащее для индивидуализации товаров юридических лиц или индивидуальных предпринимателей, исключительное право на которое удостоверяется свидетельством на товарный знак².

В российской доктрине выделяют несколько основных функций товарных знаков. Прежде всего, это индивидуализирующая и информационная³. Так, потребитель, придя на рынок, идентифицирует товар или услугу с конкретным производителем среди однородных товаров и услуг.

¹ См.: Закон Ланхэма «О товарных знаках» URL: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/us/us177en.pdf> (дата обращения: 23.02.2021).

² См.: «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая)» от 18.12.2006 № 230-ФЗ // Российская газета. – 22.12.2006. – № 289. Ст. 1301.

³ См.: Л. А. Новоселова: Право интеллектуальной собственности, Т. 3, Средства индивидуализации : учебник. М. : Статут. 2018. С. 78.

В отечественное законодательство, как уже указывалось выше, положения доктрины функциональности внедрены лишь частично и с определенной спецификой. Так, согласно пп. 4, п. 1, ст. 1483 ГК РФ, не допускается государственная регистрация в качестве товарных знаков обозначений, представляющих собой форму товаров, которая определяется исключительно или главным образом свойством либо назначением товаров.

Однако в Приказе Роспатента от 23.03.2001 № 39 «Об утверждении Рекомендаций по отдельным вопросам экспертизы заявленных обозначений» (далее – Рекомендации) указано, что чисто функциональными могут быть признаны объемные и звуковые обозначения. Для других видов товарных знаков таких пояснений нет¹.

Согласно Рекомендациям, применительно к объемным товарным знакам общим является такой подход, в соответствии с которым если форма обозначения определяется исключительно функциональностью и является традиционной для такого вида товаров, то такому обозначению не должна быть предоставлена охрана в качестве трёхмерного товарного знака. Данный подход подтверждается судебной практикой².

Вместе с тем, в Рекомендациях также закрепляется, что утилитарность нецелесообразно рассматривать как основание для отказа в предоставлении правовой охраны обозначению. Например, легкое и безболезненное глотание, обусловленное оригинальной формой таблетки, заявленной в качестве товарного знака, вряд ли может служить препятствием для предоставления правовой охраны и рассматриваться как функциональность.

Говоря о предоставлении охраны утилитарному обозначению в качестве товарного знака нельзя не отметить риск пересечения двух институтов права интеллектуальной собственности – средств индивидуализации и патентного права. Если заявленное обозначение является по своей сути техническим решением, попадающим под понятие изобретения или полезной модели, то такой объект представляется правильным регистрировать как объект патентного права. В ином случае можно поставить под сомнение срочность охраны объектов патентного права и получить «вечный патент», поскольку исключительное право на товарный знак можно продлевать каждые десять лет.

Касаемо звуковых обозначений, в Рекомендациях отмечено, что нельзя в качестве товарного знака зарегистрировать звук, который производит предмет во время его использования и который является исключительно функцией этого использования. Так, не получится зарегистрировать в качестве звукового товарного знака звук будильника для часов.

В отечественном правовом порядке существует несколько инструментов охраны дизайна. Прежде всего, дизайн охраняется сам по себе как объект авторского права. Такая охрана возникает с момента создания произведения, не требуя каких-либо регистрационных процедур. Также, дизайн может охраняться как объект патентного права в качестве промышленного образца.

В то же время, в российском праве отсутствует запрет на регистрацию элементов дизайна в качестве товарного знака и ничего не мешает зарегистрировать дизайн как товарный знак. Так, исходя из сведений, представленных на официальном сайте Федерального института промышленной собственности, на территории Российской Федерации охранялся объемный товарный знак, представляющий собой бутылку с дизайном русской матрёшки (Номер регистрации: 475177. Срок действия истек 15.02.2021)³.

В отечественном правовом порядке запрет функционального характера товарного знака обусловлен, прежде всего, потенциальным отсутствием его различительной способности, в то время как доктрина функциональности в США отказывает таким обозначениям в охраноспособности, невзирая на их потенциальную способность быть различимыми⁴.

Таким образом, можно констатировать, что доктрина функциональности в том смысле, в каком она используется в практике в США, в российском законодательстве отсутствует. Но тем не менее, отдельные аспекты этой доктрины всё-

¹ См.: Приказ Роспатента от 23.03.2001 № 39 «Об утверждении Рекомендаций по отдельным вопросам экспертизы заявленных обозначений» // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Решение СИП от 26.09.2017 по делу № СИП-232/2017 // КонсультантПлюс: Судебная практика.

³ См.: Официальный сайт Федерального института промышленной собственности. URL: <https://fips.ru/iiss/document.xhtml?faces-redirect=true&id=2d965c3b4f662f50a24cf5cab47d1451> (дата обращения: 23.02.2021).

⁴ См.: Доктрина функциональности в товарных знаках. URL: https://zakon.ru/blog/2019/12/04/doktrina_funktionalnosti_v_tovarnyh_znakah (дата обращения: 23.02.2021).

таки нашли специфическое отражение в отечественном правопорядке, в частности, в отношении регистрации объемных и звуковых товарных знаков.

Романова А. Л.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Некоторые вопросы правовой квалификации договоров по использованию «облачных» сервисов

Развитие цифровых технологий и их активное использование в коммерческих целях влечет за собой неминуемый процесс появления и последующего усложнения договорных отношений. В подобной ситуации неизбежным как в доктрине, так и непосредственно в ходе практической деятельности возникает вопрос определения правовой природы указанных договоров.

Вопрос квалификации договоров по использованию «облачных» сервисов на настоящий момент до сих пор остается законодательно нерешенным, что вызывает расхождения как в судебной практике, так и в доктрине. Что из себя представляют «облачные» сервисы? Перед тем, как перейти к юридической стороне вопроса, необходимо обозначить некоторые технические аспекты. Выделяется несколько моделей обслуживания «облачных» сервисов: программное обеспечение как услуга (SaaS, англ. Software – as – a – Service); платформа как услуга (PaaS, англ. Platform-as-a-Service); инфраструктура как услуга (IaaS, англ. Infrastructure-as-a-Service); бессерверные вычисления и др.;

Именно модель SaaS в связи со своей распространенностью развивает дискуссию о природе данных договоров, поэтому дальнейшее рассмотрение будет опираться на техническую составляющую данной модели, в соответствии с которой правообладатель или иное уполномоченное им лицо размещает на сервере, принадлежащем самому правообладателю или какому-либо другому лицу (партнеру, оператору связи и пр.), программу для ЭВМ и предоставляет доступ к ней неограниченному кругу лиц (пользователям)¹.

Среди большинства позиций о правовой природе указанных моделей больший интерес представляют две: во-первых, это определение указанных отношений в качестве договора возмездного оказания услуг, во-вторых, квалификация их в качестве лицензионного договора.

Рассмотрим первую позицию: договоры по использованию «облачных» сервисов как услуга. Анализ научной литературы показал, что специалисты, склоняющиеся к позиции, согласно которой договоры «облачных» сервисов признаются услугой, оперируют следующими аргументами². Во-первых, квалификация в качестве договора услуг позволяет регулировать вопрос качества предоставляемых услуг; во-вторых, предоставлению самой программы могут сопутствовать иные услуги (консультационные, технические и т.д.), поэтому договор оказания услуг упрощает и их оформление; в-третьих, признание рассматриваемого договора в качестве договора услуг предоставит сторонам право на односторонний отказ, что соотносится с потребностями быстро изменяющегося рынка.

Статья 779 Гражданского кодекса Российской Федерации закрепляет определение договора возмездного оказания услуг. Особенность услуги состоит в отсутствии связи между услугой и ее конечным результатом. На наш взгляд, если квалифицировать договор SaaS как договор оказания услуг, то существует риск упустить из регулирования ее результат и, соответственно, вопрос исключительных прав на результат интеллектуальной деятельности.

Дополнительным препятствием для признания договора SaaS в качестве договора возмездного оказания услуг можно признать вопрос оплаты. На заказчике по ст. 781 ГК РФ лежит обязанность по оплате оказанных ему услуг, однако зачастую провайдеры устанавливают пробные периоды, за время которых потребитель обладает правом использовать возможности программного обеспечения без предоставления оплаты (например, Quickbooks, HubSpot, Shopify).

¹ См.: Разуваев В. Софт как услуга // Российская правовая газета «эж-ЮРИСТ». 2010. № 5.

² См.: Разуваев В. Софт как услуга // Российская правовая газета «эж-ЮРИСТ». 2010. № 5 ; Савельев А. И. Правовая природа «облачных» сервисов: свобода договора, авторское право и высокие технологии // Вестник гражданского права. 2015. № 5.

Соответственно, пробный период юридически не будет входить в договор оказания услуг, однако фактически – будет существовать, что вызывает определенные противоречия.

Если обратиться к судебной практике, то суды часто квалифицируют договор SaaS в качестве договора возмездного оказания услуг¹. Например, в одном из дел суд отметил, что Исполнитель оказывает услуги посредством уникальных собственных разработок, сервисов и автоматизированных систем в сфере интернет-рекламы – сервиса «ReEnter» – это автоматизированное облачное SaaS-решение, созданное для повышения лояльности целевых аудиторий веб-сайтов, что по своей правовой природе представляет из себя договор возмездного оказания услуг².

Далее рассмотрим вторую позицию: договоры «облачных» сервисов как лицензионный договор. Обозначим основные преимущества данной позиции: во-первых, целостная защита лицензиатом своих исключительных прав на ЭВМ; во-вторых, возможность снятия лицензиатом ответственности в случае сбоев и некорректной работы сервиса; в-третьих, освобождение от налогообложения (ст. 149 Налогового кодекса Российской Федерации).

Крупные в России провайдеры, такие как Мэйл.Ру и «ЯНДЕКС», при выборе договорных конструкций отдают предпочтение тем, которые определены в части четвертой ГК РФ, что обусловлено желанием компаний обложить интеллектуальные права в повышенную форму защиты, а также снять с себя ответственность за ущерб³. В частности, п. 6:1–6:4 Лицензионного соглашения ООО «Мэйл.Ру» прямо закрепляют ограничение ответственности для Лицензиара и относят все риски с использованием «облачного» сервиса на Лицензиата⁴.

Кроме того, в Постановлении по делу № А60-42236/2017 ФАС Уральского округа подтвердил правильность установления судом первой инстанции заключения между истцом и ответчиком лицензионного договора, «согласно которому ответчик (лицензиар) обязался предоставить истцу (лицензиату) право использования простой (неисключительной) лицензии программы для ЭВМ «АМС-ЦМТ», а также дополнительные услуги, связанные с указанной программой; программа работает по технологии SaaS – Программное обеспечение как услуга»⁵.

Статья 1235 ГК РФ закрепляет определение лицензионного договора. На первый взгляд, определение действительно подходит под данное правоотношение, однако представители подхода к квалификации договора по использованию «облачных» сервисов как договора оказания услуг опровергают данную позицию, ссылаясь на техническую составляющую SaaS. Использование программы в классическом авторско-правовом смысле со стороны пользователя в данном случае не осуществляется: он потребляет результаты использования программы другим лицом, в данном случае – провайдером «облачного» сервиса⁶. С этой точки зрения, необходимость заключения соглашения с разрешением автора на использование программы отпадает, что демонстрирует существенный недостаток исследуемой позиции.

Возможно ли тогда определить данные отношения в качестве смешанного договора, учитывая наличие судебной практики (например, Постановление по делу № А40-257794/2019)?⁷ На наш взгляд, это юридически некорректно. В частности, будет сохраняться риск коллизии норм лицензионного договора и договора возмездного оказания услуг, что может повлечь за собой признание договора недействительным в части или полностью. Останется без договорного регулирования и пробный (бесплатный) период использования программы. Целью договорного регулирования должно быть уменьшение рисков между сторонами, в данном случае – этого наблюдаться не будет.

¹ См.: Решение от 13 декабря 2019 г. по делу № А78-11563/2017 // КонсультантПлюс: Судебная практика.

² См.: Постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.03.2020 № 20АП-846/2020 по делу № А68-6783/2019 // КонсультантПлюс: Судебная практика.

³ См.: Лицензионное соглашение на использование программы «Яндекс.Дзен» для мобильных устройств. URL: https://yandex.ru/legal/zen_mobile_agreement/ (дата обращения: 15.02.2021).

⁴ См.: Лицензионное соглашение на использование настольного программного обеспечения ООО «Мэйл.Ру». URL: <https://help.mail.ru/legal/exts-eula> (дата обращения: 15.02.2021).

⁵ См.: Постановление от 22 мая 2018 г. по делу № А60-42236/2017 // КонсультантПлюс: Судебная практика.

⁶ См.: Савельев А. И. Правовая природа «облачных» сервисов: свобода договора, авторское право и высокие технологии // Вестник гражданского права. 2015. № 5.

⁷ См.: Постановление от 2 марта 2020 г. по делу № А40-257794/2019 // КонсультантПлюс: Судебная практика.

Таким образом, на основании вышеизложенного можно прийти к выводу о несовершенстве обеих существующих позиций относительно правовой природы договоров «облачных» сервисов – ни одна из конструкций по отдельности, ни их смешение не охватывают в достаточной мере существо складывающихся отношений. Все это влечет невозможность применения законодательного регулирования. В такой ситуации автором предлагается квалифицировать отношения по «облачным» сервисам в качестве непоименованного договора, в связи с тем, что с помощью непоименованной конструкции стороны обладают большей возможностью охватить свои правоотношения и облечь их в конкретное договорное регулирование с учетом отсутствия норм об «облачных» сервисах.

Стратегия развития отрасли информационных технологий в РФ на 2014–2020 годы и на перспективу до 2025 года не дает легального определения «облачных» сервисов, но отмечает их возрастающую роль¹. В самой Стратегии обозначается направленность законодателя на более детальное регулирование данного вопроса, однако на данный момент оно отсутствует. В сложившейся ситуации наилучшим решением является предоставление сторонам большей диспозитивности, а именно – определение возникших правоотношений по конструкции непоименованного договора.

Росляков В. Д.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Особенности правовой регламентации использования авторских музыкальных произведений в социальных сетях

В настоящее время социальные сети являются не только средством развлечения и проведения досуга, но и активно используются в коммерческих целях. В постах и публикациях активно используются объекты авторских прав, что требует законодательной регламентации данного использования. Наиболее распространенный объект – это музыка, которая в настоящее время является и звуковым сопровождением видеоролика, и тематическим оформлением поста, и частью рекламы. Следовательно, важным становится и правовая регламентация защиты авторских прав на данный объект.

Но для понимания особенностей правовой регламентации защиты авторских прав следует обратить внимание, что авторскими правами являются интеллектуальные права на произведения науки, литературы и искусства (ст. 1255 ГК РФ). Соответственно, система авторских прав, как и система интеллектуальных прав, включает в себя: исключительные права на произведение, личные неимущественные права (право авторства, право автора на имя, право на неприкосновенность произведения и др.), иные права (право на вознаграждение за использование служебного произведения)². Музыкальное произведение с текстом или без текста в соответствии со ст. 1259 ГК РФ также является объектом авторских прав, но оно может иметь более сложную конструкцию и, соответственно, правовое регулирование.

Законодатель не определяет, что следует понимать под музыкальным произведением. С точки зрения правовой регламентации в науке данное понятие понимается весьма буквально, однако с учетом всех составляющих его элементов. Так, под музыкальным произведением понимают результат творческой деятельности лица (лиц), зафиксированный в нотной записи, на аудио- или видеоносителях и предназначенный для их распространения³. Как следует из гражданского законодательства, музыкальное произведение может быть осложнено текстом, что, соответственно, расширяет возможности посягательства на права автора. В этом случае, согласно п. 7 ст. 1259 ГК РФ, защите подлежат авторские права как на составляющие музыкального произведения (мелодия, бит, басы и т.д.), но также авторские права на его текстовое сопровождение.

¹ См.: Распоряжение Правительства РФ от 1 ноября 2013 г. № 2036-р // Собрание законодательства РФ. – 18.11.2013 – № 46. Ст. 5954.

² См.: Гражданское право. Общая и особенная части : учебник / под общ. ред. Р. А. Курбанова. М. : Проспект, 2021. С. 703.

³ См.: Смирнов И. Е. О понятии музыкального произведения как объекта авторского права // Ленинградский юридический журнал. 2015. С. 114.

Рассматриваемый объект, являясь источником получения дохода ряда граждан, подлежит определенной правовой защите, а именно защите исключительных прав на него. Исключительное право на музыкальное произведение – это имущественное право, а значит существует возможность передачи его другим лицам в целях использования музыкального произведения. Оно подразумевает под собой право на многократное воспроизведение произведения, право на публичный показ (в том числе по телевидению и озвучиванию по радио), право на распространение (продажу) произведения, право на переработку (доработку, внесение изменений) произведения¹. Следует отметить, что в настоящее время возможности публичного распространения и показа музыкального произведения расширяются путем активного функционирования информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», включая различные социальные сети. Осуществление исключительных прав без согласия автора или лица, которому были переданы данные права, и является непосредственным нарушением авторского права.

Однако не каждое музыкальное произведение подлежит правовой защите, так как для распространения механизмов защиты на объекты авторского права требуется соблюдение двух условий: оригинальность произведения, фиксация времени создания и подтверждение творческой деятельности (различные рабочие материалы, черновики, «отбракованные» версии и т.д.)². Именно в этом случае гражданин, творческим трудом которого создано музыкальное произведение, может быть признан его автором, а значит именно ему принадлежат все права, предусмотренные п. 2 ст. 1255 ГК РФ.

Проблема использования объектов авторских прав в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» одна из основных в современных реалиях. Владельцы и операторы предоставляемых услуг по пользованию социальными сетями в настоящее время не несут ответственности за нарушение авторских прав своими пользователями. Так, в Пользовательском соглашении социальной сети «Tik Tok», размещенном на официальном сайте компании, прямо разъясняется, что все права, предоставляемые через пользовательский контент, предоставлены на основе принципа «напрямую аудитории» («through-to-the-audience»), то есть владельцы и операторы услуг не несут ответственности перед пользователем или любой третьей стороной за пользовательский контент, размещенный на платформах с помощью услуг компании³. Соответственно, спор по нарушению пользователем авторского права третьей стороны разрешается между данным пользователем и субъектом авторского права.

Однако, в целом, политика указанной социальной сети направлена на защиту прав интеллектуальной собственности, что выражается в содействии авторам по прекращению неправомерной деятельности пользователей (блокирование неправомерного контента). Это положение касается и случаев, когда пользователь выдает себя за автора музыкального произведения или его части. То есть социальная сеть «Tik Tok», снимая с себя ответственность за содержание контента пользователей, не отказывает в содействии по защите авторского права. При этом, важно отметить, что не всегда исключительные права на музыкальное произведение принадлежат его автору, так как они могут быть переданы музыкальному лейблу, а также если произведение изначально изготавливалось по заказу, что также означает переход исключительных прав заказчику.

Пользовательское соглашение указывает преимущественно на те случаи, когда объект авторского права практически полностью идентично скопирован и неправомерно использован пользователем. Но особенность музыкального произведения, как упоминалось ранее, в том и проявляется, что оно является комплексом, состоящим из ряда взаимосвязанных элементов. Можно выделить следующие основные составные части музыкального произведения: мелодия, гармония, ритм и текст. На самостоятельность данных частей музыкального произведения как объектов авторского права существуют совершенно различные точки зрения. Самостоятельность мелодии как объекта авторского права является сложной дискуссией. Представляется, что следует согласиться с мнением В. Б. Нагродской о том, что мелодия является самостоятельным объектом авторского права, так как она имеет свойство в определенных случаях

¹ См.: Артемьева Ю. А., Ермакова Е.П., Ковыршина Н. А., Русакова Е. П. Способы разрешения споров в разносистемных правопорядках : учебное пособие. М., Изд. Инфотропик, 2017. С. 93.

² См.: Бродский А. А. Проблема защиты авторского права на музыкальное произведение в РФ // Вестник науки и образования. Право. 2018. № 15 (51). Часть 1. С. 57.

³ См.: Пользовательское соглашение «Tik Tok». URL: <https://www.tiktok.com/legal/terms-of-use?lang=ru>.

выделяться из состава музыкального произведения¹. Действительно, мелодия – это та часть музыкального произведения, которая идентифицирует его как уникальное, именно мелодия для простого обывателя является отличительным фактором одного произведения от другого. Следовательно, правовая защита мелодии музыкального произведения должна быть первостепенной, её использование, в частности.

В данное время в социальных сетях достаточно широкое применение получило исполнение музыкальных произведений в социальных сетях в творческих, развлекательных целях. Однако, данное использование музыкального произведения может нарушать неприкосновенность произведения. Исполнители в социальных сетях используют мелодию и текст музыкального произведения, зачастую интерпретируя их. Это формально является нарушением нормы ст. 1266 ГК РФ. Социальные сети по требованию правообладателя удаляют подобный контент. Представляется, что норма о неприкосновенности должна быть направлена на охрану произведения от незаконного изменения его в коммерческих целях, а также изменений, порочащих честь, достоинство или деловую репутацию автора. Публикуя музыкальное произведение, автор открывает его доступ пользователям. Исполнение произведения в социальных сетях в развлекательных и творческих целях популяризирует произведение автора. Это полезно, прежде всего, для самого автора, если исполнитель не выдает данное музыкальное произведение за свое собственное. Данные положения касаются и текста музыкального произведения как его самостоятельной части.

Гармония, ритм при иной интерпретации мелодии и текста не могут считаться объектом авторских прав, так как данные части музыкального произведения не являются его идентифицирующими элементами, то есть непосредственно отличающимися от других. Например, многие современные музыкальные произведения имеют одинаковую гармонию, ритм, но именно мелодия и текст идентифицируют их как самостоятельные.

Таким образом, музыкальное произведение как объект авторского права является сложной категорией, так как состоит из нескольких частей, имеющих особую специфику. Использование пользователями музыкальных произведений в случае их опубликования автором в социальной сети должно являться допустимым, если подобное использование осуществляется в развлекательных и творческих целях, не имеющих цели извлечения прибыли, а также не порочит честь, достоинство и репутацию автора. Данное использование является полезным для автора в целях популяризации его произведения. В случае незаконного использования произведения социальные сети, в частности: «Тik Tok», по требованию правообладателя блокируют неправомерный контент, что защищает права автора. Представляется, что подобная политика позволяет исполнителям популяризировать произведения в социальных сетях, но в случаях, когда эти деяния противоречат интересам автора или иного правообладателя, предоставляют указанным лицам возможность прекратить данные действия.

Рябчикова Е. А.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Фотографические произведения и их использование в сети «Интернет»

На современном этапе развития российского законодательства вопрос правового регулирования использования фотографических произведений на различных интернет-ресурсах является актуальным, поскольку право авторства на фотографические произведения нередко становится нарушенным в силу их нахождения в открытом доступе. В связи с этим, фотографические произведения зачастую являются предметом судебных споров. Сложно не согласиться с тем, что сегодня невозможно представить наши будни без использующихся повсеместно фотографий, первая из которых появилась порядка 200 лет тому назад в XIX веке. Однако наиболее часто мы встречаемся с ними в сети «Интернет», позволяющей реализовывать одно из основных прав человека на доступ к информации, а именно – «свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом»².

¹ См.: Нагорская В. Б. Модернизация авторских прав на музыкальные произведения в цифровой среде и модели открытого контента // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 12 (61). С. 68.

² См.: Конституция Российской Федерации // Российская газета. – 25.12.1993 – № 237.

Фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии, являются одним из объектов интеллектуальных прав, перечисленных в п. 1 ст. 1259 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ). Одной из причин многочисленных споров по поводу их использования является простота возникновения права авторства на фотографические произведения, возникающее согласно п. 4 ст. 1259 ГК РФ в силу факта их создания, то есть не требующее регистрации или соблюдения каких-либо иных формальностей¹. Наиболее подробно о последних упомянуто в п. 1 ст. III Всемирной конвенции об авторском праве, подписанной в Женеве 6 сентября 1952 года.

Однако следует учитывать то, что такие понятия, как «фотографические произведения» и «фотография», не поддаются сравнению, поскольку являются различными по своему значению. Под фотографическими произведениями законодатель подразумевает результат интеллектуальной деятельности, под фотографиями же способ создания названного результата. К фотографическим произведениям относятся художественные фотографии, способные отразить окружающее нас через творческое видение его создателя – фотографа².

Большое внимание уделяется такому аспекту, как творческий подход к выполняемой работе, так как именно он является критерием правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности. Новизна, уникальность и оригинальность произведения³ являются составляющими творческой деятельности, однако не всегда обязательными⁴. Кроме того, к составной части данного вида деятельности можно отнести её самостоятельность. В силу возникающих на практике споров о том, можно ли назвать тот или иной труд творческим, а его результат, как следствие, объектом авторского права, Суд по интеллектуальным правам дал разъяснение о том, что следует понимать под творческой деятельностью фотографа. Он указал, что к последней относятся такие действия автора по созданию результата интеллектуальной деятельности, как выбор экспозиции, размещение объекта фотоснимка в пространстве, выбор собственной позиции для совершения фотосъемки и иные действия⁵.

Отмеченная выше повсеместность использования фотографических произведений обусловлена их высоким спросом практически во всех сферах жизнедеятельности человека. Однако такая распространённость в совокупности с существующими пробелами в законодательном урегулировании вопроса становится причиной появления негативного фактора – роста количества правонарушений авторских прав. В связи с этим в судебной практике встречается всё больше споров, касающихся нарушения прав авторов фотографических произведений. Среди наиболее распространённых в данной сфере можно выделить незаконное использование фотографических произведений в сети «Интернет» без согласия правообладателей либо с несоблюдением определённых требований.

Гарантируя хорошо известное всем и широко обсуждаемое сейчас право на доступ к информации, законодателем были предусмотрены случаи, когда возможно использование фотографических произведений без согласия автора или иного правообладателя и выплаты ему вознаграждения. В частности, в п. 1 ст. 1273 ГК РФ содержится положение о том, что свободное использование, а именно воспроизведение, правомерно обнародованного фотографического произведения допускается гражданином при необходимости и исключительно в личных целях. Исходя из данной нормы, можно сформулировать три необходимых условия её реализации – правомерность обнародования объекта авторского права, исключительность субъекта – физическое лицо, и характер цели.

Иное основание свободного использования фотографий как произведений отражено в следующей статье Кодекса, в которой установлены конкретные способы такого использования и содержится обязательное условие указывать имя автора, произведение которого используется, и источник заимствования. Так, нет необходимости в

¹ См.: Балашова С. Н. Право интеллектуальной собственности в фотожурналистике // Право СМИ, 2009. № 3.

² См.: Право интеллектуальной собственности : учебник / Е. С. Гринь, В. О. Калятин, С. В. Михайлов [и др.] ; под общ. ред. Л. А. Новоселовой. М. : Статут, 2017. Т. 2: Авторское право.

³ См.: Гаврилов Э. П. Оригинальность как критерий охраны объектов авторским правом. Российская библиотека интеллектуальной собственности. URL: <http://www.rbis.su/article.php?article=434>.

⁴ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» – подп. 3 п. 80 // КонсультантПлюс: Судебная практика.

⁵ См.: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 21 марта 2014 г. № С01-57/2014 по делу № А24-1669/2013 // КонсультантПлюс: Судебная практика.

согласии автора или иного правообладателя и выплаты ему вознаграждения, если фотографическое произведение используется в информационных, научных, учебных или культурных целях. Однако спорной является возможность применения одного из способов такого использования к фотографическим произведениям, а именно их цитирование в научных, информационных, критических и иных целях в объеме, оправданном целью цитирования. Спорность ситуации находит своё отражение и на практике.

Интересным примером является спор о результатах интеллектуальной деятельности, возникший между известным журналистом и блогером Ильёй Варламовым, подавшим иск, и российским архитектурным интернет-порталом «Архи.ру». Последним были использованы фотографии И.Варламова с указанием имени автора и ссылки на его блог, однако истец, полагая, что его согласие всё же необходимо, требовал компенсации. Судом первой инстанции было отказано в удовлетворении иска, поскольку названные в п. 1 ст. 1274 ГК РФ касательно указания имени автора, источника заимствования и объёма цитирования условия были соблюдены ответчиком. Решение суда первой инстанции было отменено судом апелляционной инстанции, поскольку последний в данной ситуации отрицал цитирование фотографических произведений, отмечая, что имело место их использование в целях иллюстрирования информационных материалов. Суд кассационной инстанции оставил акты нижестоящих судов без изменений. Прийти к единому мнению и разрешить спор стало возможно лишь после отмены Верховным Судом Российской Федерации постановления суда апелляционной инстанции и определения суда кассационной инстанции.

ВС РФ, оставив в силе решение суда первой инстанции, установил, что из содержания подп. 1 п. 1 ст. 1274 ГК РФ следует то, что «любые произведения науки, литературы и искусства, охраняемые авторскими правами, в том числе фотографические произведения, могут быть свободно использованы без согласия автора и выплаты вознаграждения при наличии четырех условий: использование произведения в информационных, научных, учебных или культурных целях; с обязательным указанием автора; источника заимствования и в объеме, оправданном целью цитирования.»¹. Кроме того, ВС РФ был отмечен некоммерческий характер фотографических произведений, что также подтвердило законность их использования. Данное дело сыграло большую роль в правоприменительной практике, поскольку позволило разрешить не только возникший спор по поводу права авторства, но и вопрос применения положения подп. 1 п. 1 ст. 1274 ГК РФ о цитировании к фотографическим произведениям.

Помимо неясности в возможности цитирования фотографических произведений на практике существует немало споров, связанных с их использованием в целях, не указанных в ст. 1274 ГК РФ. Так, достаточно известное акционерное общество «Телекомпания НТВ» (далее – телекомпания «НТВ») использовало принадлежащие обществу с ограниченной ответственностью «Айньюс» фотографические произведения в развлекательной телепередаче без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения, что впоследствии привело к их распространению в сети «Интернет» в сетевом издании ntv.ru, редакцией которого является телекомпания НТВ. Суд установил, что телепрограмма имеет развлекательный характер и не является учебной или информационной², а потому использование произведений в ней является неправомерным.

Резюмируя всё выше сказанное, можно прийти к выводу, что проблема использования такого объекта интеллектуальных прав, как фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии, и защиты прав их авторов на сегодняшний день является действительно достаточно актуальной. Причиной тому есть непрерывное развитие технологических возможностей сети «Интернет», обеспечивающих простоту и быстроту получения любой необходимой информации. В связи с чем на практике появляется большое количество спорных ситуаций в данной сфере, связанных с противоправным использованием объектов авторских прав. Это есть показатель необходимости совершенствования российского авторского права, в частности в области фотографических произведений.

¹ См.: Определение Верховного Суда РФ от 06.03.2017 № 305-ЭС16-18302 по делу № А40-142345/2015 // КонсультантПлюс: Судебная практика.

² См.: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 1 августа 2016 г. № С01-598/2016 по делу № А40-122618/2015 // КонсультантПлюс: Судебная практика.

Сизова М. А.

*Марийский государственный университет,
студент*

Правовая защита фирменного стиля компаний в эпоху цифровизации: российский и зарубежный опыт

Ввиду развития цифровой экономики и новых технологий наблюдается тенденция перехода бизнеса в цифровую среду. На сегодняшний день ни для кого не является удивительным, что владельцы бизнеса создают веб-сайты, а также аккаунты в социальных сетях, с целью увеличения продаж, популяризации бренда на рынке, а также формирования у покупателей устойчивой ассоциации с их фирмой и продукцией. Более того, популярной является разработка различных приложений или интернет-сервисов. Каждая из перечисленных выше категорий имеет уникальный фирменный стиль, нуждающийся в правовой защите.

На данный момент определение фирменного стиля не закреплено в российском законодательстве. Так, по нашему мнению, под фирменным стилем (trade dress) предлагается понимать облик товара в целом (внешний вид и впечатление, оставленное у потребителя), который идентифицирует или указывает на источник происхождения товара и делает его отличным от других. Фирменный стиль включает в себя определенные элементы, например, товарный знак, логотип, этикетка, особенности дизайна, которые подлежат рассмотрению как в отдельности друг от друга, так и в совокупности.

Первоначально, наиболее широкое развитие фирменного стиля устанавливалось в законодательстве США и европейских стран.

Судебная практика США показывает, что право на защиту фирменного стиля имеют: декор, меню, расположение и стиль услуг ресторана, внешний вид и интерьер мексиканского ресторана¹, выкладка бутылок вина в винном магазине².

Следует обратиться к практике защиты фирменного стиля в азиатских странах. Так, в условиях все более интенсивной рыночной конкуренции в Китае, постепенного углубления открытости и стремительного развития рыночной экономики защите фирменного стиля уделяется все больше внимания – для потребителей, если товарный знак отличает их продукцию только от источника местной особенности, то фирменный стиль создает общее впечатление, позволяющее потребителям различать между собой различные товары или услуги поставщиков³.

Некоторые предприниматели отдают предпочтение онлайн бизнесу, «оболочка» которого, а именно фирменный стиль так же подлежит правовой охране, которой владельцам бизнеса не следует пренебрегать.

Следует отметить, что для правовой охраны фирменного стиля важным является то, что авторами базового элемента интернет-сайта признаются веб-дизайнер (автор дизайна сайта), верстальщик и программист (авторы программного (объектного) кода), а составителю интернет-сайта принадлежат авторские права на осуществленный им подбор или расположение элементов содержания интернет-сайта (составительство)⁴. Следовательно, некоторые элементы веб-сайтов подлежат защите авторским правом. Однако Н.М. Мальцев считает, что при отсутствии творческого составительства в подборе контента интернет-сайт выпадает из-под охраны авторского права⁵.

Поскольку на данный момент в России не существует устоявшейся практики по правовой защите фирменного стиля веб-сайтов и приложений, следует обратиться к зарубежной практике. Так, до недавнего времени в судах США

¹ См.: Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc., 112 S. Ct. 2753 (1992) URL:

<https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-two-pesos-inc-v-taco-cabana-inc> (дата обращения: -04.02.2021).

² См.: Best Cellars Inc. v. Grape Finds at Dupont, Inc. URL: <https://www.courtlistener.com/opinion/2478912/best-cellars-inc-v-grape-finds-at-dupont-inc/> (дата обращения: 04.02.2021).

³ См.: Cui, Jun, Study on Legal Protection of Trade Dress, Huazhong (Central China) University of Science and Technology (People's Republic of China), ProQuest Dissertations Publishing, 2007. H168560. URL: <https://www.irglobal.com/article/trade-dress-and-chinese-name-keys-to-foreign-brands-success-in-china-3c14/> (дата обращения: 04.02.2021).

⁴ См.: Басманова Е. С. Интернет-сайт как объект имущественных прав : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010.

⁵ Мальцев Н. М. Правовой режим интернет-сайтов как объектов интеллектуальных прав «Патенты и лицензии. Интеллектуальные права» № 9, 2019.

остро стоял вопрос о том, может ли визуальный макет продукта или веб-сайта, видимый на экране компьютера, считаться фирменным стилем. Например, в деле *Arcsoft, Inc. v. Cyberlink Corp.* истец занял позицию, о том, что он обладает правом на защиту фирменного стиля принадлежащего ему приложения для автопортретов¹.

По нашему мнению, предпринимателю, прежде всего, необходимо позаботиться о надлежащем закреплении своих прав на данные объекты с целью обеспечения правовой защиты дизайна и контента веб-сайта. Следует осведомлять пользователей веб-сайта о том, что дизайн и контент охраняются авторским правом надлежащим образом, а также, по возможности, депонировать результаты интеллектуальной деятельности с последующей выдачей свидетельств правообладателям. Чтобы быть защищенным авторским правом, произведение должно быть оригинальным². Кроме того, авторское право защищает выражение идеи, но не саму лежащую в ее основе идею³.

Владельцы бизнеса по созданию видеоигр также должны заботиться о защите фирменного стиля своего продукта, поскольку разработчики клонов тщательно используют пробелы в законодательстве об авторских правах, с целью извлечения выгоды из популярности оригинальной игры, путем введения потребителей в заблуждение⁴.

Таким образом, с развитием конкуренции на рынке, поддержкой государством малого и среднего бизнеса в нашей стране появляется все больше коммерческих фирм, создающих свой фирменный стиль, вопрос о правовой охране данного института является одним из главных для предпринимательства. Исследование российской и зарубежной практики правовой защиты данного института показывает ее значимость для развития успешного бизнеса.

В российском законодательстве упоминание фирменного стиля впервые было в законодательстве о защите конкуренции в 2016 году. На данный момент он мало изучен, а также нет четкой сложившейся практики по защите прав на него. Безусловно, в связи с тем, что товарный знак является основным элементом фирменного стиля, с помощью, установленной на него правовой защиты, можно защитить и другие элементы фирменного стиля, нанося его на них. К иным элементам фирменного стиля компании можно отнести лицо компании, выдуманных корпоративных персонажей, корпоративные фирменные шрифты, фирменная одежда или стиль одежды, фирменный цвет. Указанные элементы получают свое выражение не только на упаковках товаров, но и на интернет-сервисах компании (в веб-приложениях, веб-сайтах, социальных сетях и т.д.)

Кроме защиты прав посредством гражданско-правовых норм об интеллектуальной собственности, возможна защита прав на фирменный стиль в антимонопольном аспекте. Пунктом 2 статьи 14.6 Закона о защите конкуренции установлен запрет на недобросовестную конкуренцию путем копирования или имитации внешнего вида товара, вводимого в гражданский оборот хозяйствующим субъектом-конкурентом, упаковки такого товара, его этикетки, наименования, цветовой гаммы, фирменного стиля в целом (в совокупности фирменной одежды, оформления торгового зала, витрины) или иных элементов, индивидуализирующих хозяйствующего субъекта-конкурента и (или) его товар⁵.

Копированием внешнего вида изделия является воспроизведение внешнего вида изделия другого хозяйствующего субъекта (предпринимателя) и введение его в гражданский оборот. Имитация внешнего вида товара представляет собой своеобразное подражание товару конкурента с целью создания у покупателей впечатления о принадлежности таких товаров линейке имитируемых товаров⁶.

¹ См.: *ArcSoft, Inc. v. CyberLink Corp.*, 153 F. SuP. 3d 1057 URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/california/candce/3:2015cv03707/290294/67> (дата обращения: 04.02.2021).

² См.: *Feist Pubns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 345 (1990) ; *Darden v. Peters*, 402 F. SuP. 2d 638, 641 (E.D.N.C. 2005). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/340/> (дата обращения: 03.02.2021).

³ См.: *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99, 104-05 (1880). URL: <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/1880%20Baker%20Abridged.pdf> (дата обращения: 04.02.2021).

⁴ См.: *Tetris Holding, LLC v. Xio Interactive, Inc.*, 863 F. SuP. 2d 394 (D.N.J. 2012) URL: <https://casetext.com/case/tetris-holding-llc-v-xio-interactive-inc> (дата обращения: 04.02.2021).

⁵ См.: Федеральный закон «О защите конкуренции» от 26.07.2006 № 135-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 31.07.2006 – № 31 (ч. I). Ст. 3434.

⁶ См.: Письмо ФАС России от 24.12.2015 № ИА/74666/15 «О применении «четвертого антимонопольного пакета» // СПС «КонсультантПлюс».

Проблему копирования фирменного стиля предлагается решать следующим образом. Представляется возможным определить элементы фирменного стиля, подлежащие защите авторским правом и своевременно депонировать результаты интеллектуальной деятельности с последующей выдачей свидетельств правообладателям. Более того, требуется обеспечить надлежащее закрепление прав на существующие элементы фирменного стиля компании.

На основании изложенного предлагается внести изменения в п. 2 статьи 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции» в части определения фирменного стиля и изложить ее в следующей редакции: «2) копирование или имитация внешнего вида товара, вводимого в гражданский оборот хозяйствующим субъектом-конкурентом, упаковки такого товара, его этикетки, наименования, цветовой гаммы, фирменного стиля в целом (облик товара или компании, состоящий из отдельных идентифицирующих его элементов, включающих оформление торгового зала, витрины, веб-сайта, на которые распространяется правовая защита) или иных элементов, индивидуализирующих хозяйствующего субъекта-конкурента и (или) его товар».

Третьякова А. Г.

*Российский государственный университет правосудия,
студент*

К вопросу о раскрытии информации, порочащей новизну изобретения

В современном мире одной из движущих сил развития экономики и технического прогресса являются изобретения. Россия, являясь технологически развитой страной, поэтому Минэкономразвития России в разработанном прогнозе долгосрочного социально-экономического развития на период до 2030 года¹ особенно уделяет внимание изобретениям, указывая целями национальной политики развитие науки и технологий, а также повышение уровня конкурентоспособности в сфере интеллектуальной собственности. При анализе предоставленной Роспатентом статистики² выявлено, что на конец 2020 года подано свыше 34 000 заявок на патентование изобретения.

Вместе с тем, в правоприменении на стадии признания изобретения патентоспособным существует неопределенность закрепленного в п. 3 ст. 1350 ГК РФ понятия о «раскрытии информации, относящейся к изобретению автором». Кроме того, установленный в норме указанной статьи 6 месячный срок с даты раскрытия информации ранее даты приоритета является малым, не соотносится по своему назначению со сроками в других международных документах и, полагаем не соответствует потребностям практики, поскольку авторы зачастую лишены возможности запатентовать свои разработки из-за пропуска им данного срока, в том числе и по собственной неосмотрительности.

Из анализа п. 2 ст. 1350 ГК РФ следует, что изобретение признается новым если оно не известно из уровня техники. Из-за неопределенности данного понятия в содержании п. 2 ст. 1350 ГК РФ, т.е. неопределенности что же именно не известно из уровня техники, в п. 70 Приказа Минэкономразвития России от 25 мая 2016 г. № 316³ и п. 2.9.1

¹ См.: Прогноз долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2030 года. Разработан Минэкономразвития России // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Анализ выполнения государственного задания и динамики основных показателей деятельности Роспатента за 12 месяцев 2020 г. URL: <https://rospatent.gov.ru/content/uploadfiles/docs/analiz-rospatenta-2020.pdf> (дата обращения: 08.02.2021).

³ См.: Приказ Минэкономразвития России от 25 мая 2016 г. № 316 «Об утверждении Правил составления, подачи и рассмотрения документов, являющихся основанием для совершения юридически значимых действий по государственной регистрации изобретений, и их форм, Требований к документам заявки на выдачу патента на изобретение, Составы сведений о заявке на выдачу патента на изобретение, публикуемых в официальном бюллетене Федеральной службы по интеллектуальной собственности, Порядка проведения информационного поиска при проведении экспертизы по существу по заявке на выдачу патента на изобретение и представления отчета о нем, Порядка и сроков информирования заявителя о результатах проведения информационного поиска по заявке на выдачу патента на изобретение и публикации отчета о таком поиске, Порядка и условий проведения информационного поиска по заявке на выдачу патента на изобретение по ходатайству заявителя или третьих лиц и предоставления сведений о его результатах, Составы сведений о выдаче патента на изобретение, публикуемых в официальном

Приказа Роспатента от 27 декабря 2018 г. № 236¹ это положение вынужденно конкретизируется: «изобретение признается новым, если установлено, что совокупность признаков, представленных в независимом пункте формулы изобретения, не известна из сведений, ставших общедоступными в мире до даты приоритета изобретения», т.е. неизвестны или не опубликованы в общедоступном виде до даты приоритета технические решения составляющие заявленное изобретение. По смыслу п. 2 ст. 1350 ГК РФ «уровень техники» включает любые сведения ставшие общедоступными в мире до даты приоритета изобретения, т.е. которыми может воспользоваться любое лицо из любых правомерно доступных источников информации. Одновременно, по смыслу ст. 7 Закона об информации² – общедоступными признаются сведения, доступ к которым не ограничен.

По нашему мнению, правовая неопределенность состоит в несоответствии формулировок Гражданского кодекса РФ и принятых в соответствие с ним подзаконных актов Минэкономразвития России, Роспатента и международных актов. В частности, Гражданский кодекс РФ указывает на любые сведения, как критерий порочащей новизны информации (ст. 1350 ГК РФ), в то же время Роспатент определяет порочащую информацию лишь как совокупность сведений.

Так, с одной стороны законодатель закрепляет, что к такой информации будут относиться любые сведения, которые стали общедоступными, однако, согласно п. 2.6.19 Приказом Роспатента от 27 декабря 2018 г. № 236 при проведении экспертизы учитывается, что раскрытие части признаков изобретения не будет порочить новизну. Необходимо отметить, что в этом же документе (п. 2.9.9 Приказа № 236) отмечается, что при оценке соответствия условию новизны не допускается: 1) сочетание нескольких документов, известных из уровня техники; 2) сочетание отдельных признаков, принадлежащих различным средствам, описанным в одном и том же документе, если возможность такого сочетания явным образом не следует из этого документа или если такое сочетание не было специально раскрыто. Иными словами, все признаки известного средства должны содержаться в одном источнике информации.

Рассмотренное положение поддержано и в доктрине, в работе под редакцией профессора Л.А. Новоселовой. В этой работе указывает, что: «Информация, имеющаяся в известном уровне техники, порочит новизну проверяемого изобретения в том случае, если она содержит сведения об объекте (продукте, способе), в котором воплощено это изобретение, в том числе обо всех признаках этого изобретения. Новизну изобретения не могут опорочить два и более источника информации, каждый из которых содержит сведения о части признаков изобретения»³.

Однако, на практике формулировка «любые сведения, ставшими общедоступными» остается оценочной. В ходе исследования судебной практики в большинстве случаев, суды встают на сторону Роспатента при определении информации, порочащей новизну⁴. Кроме того, новизну изобретения может опорочить не только вошедшая в уровень техники информация об идентичном изобретении, созданном другим изобретателем. В качестве такой порочащей новизну изобретения информации может быть использована раскрытая самим автором ранее 6 месяцев до даты приоритета изобретения информация о сущности изобретения. Вместе с тем указанный в законодательстве 6-месячный срок с даты раскрытия информации может быть соотнесен с положением Конвенции о международных выставках⁵. В статье 3 указанной конвенции предусмотрено, что международная выставка не может превышать шести месяцев, а в

бюллетене Федеральной службы по интеллектуальной собственности, Составу сведений, указываемых в патенте на изобретение, формы патента на изобретение» // СПС КонсультантПлюс.

¹ См.: Приказ Роспатента от 27 декабря 2018 г. № 236 «Об утверждении Руководства по осуществлению административных процедур и действий в рамках предоставления государственной услуги по государственной регистрации изобретения и выдаче патента на изобретение, его дубликата» // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // Собрание законодательства РФ. – 31.07.2006. – № 31 (1 ч.). Ст. 3448.

³ См.: Право интеллектуальной собственности. Т. 4: Патентное право : учебник / под ред. Л. А. Новоселовой. М. : Статут. 2019.

⁴ См.: Определение Верховного суда от 26 января 2018 г. № 300-КГ17-22358 // КонсультантПлюс: Судебная практика.

⁵ См.: Конвенция о международных выставках: заключена в г. Париже 22 ноября 1928 г. // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. IX. М., 1938. С. 181–196.

отдельных случаях по разрешению Международного бюро срок не может превысить двенадцати месяцев. Полагаем, что именно такое возможное раскрытие информации изобретателем на выставке и предусмотрено для него в качестве «льготы по новизне». Однако, если автор по неосмотрительности пропустит предусмотренный ГК РФ 6-месячный срок, то формальное применение Роспатентом нормы п. 3 ст. 1350 ГК РФ не позволяет признать созданное автором-изобретателем техническое решение патентоспособным. Вместе с тем, в законодательстве существует более длительный чем 6-месячный срок, составляющий один год исчисляемый с даты приоритета, при этом раскрытие информации о изобретении не порочит новизны. Так, в ст. 4 Парижской конвенции по охране промышленной собственности¹ предусмотрен так называемый конвенционный приоритет (ст. 1382 ГК РФ) в 12 месяцев, позволяющий запатентовать в течение этого срока, исчисляемого с даты подачи первой заявки, изобретение в государстве-участнике Парижской конвенции. Формально по своему назначению, этот срок можно рассматривать как срок, установленный международным актом и раскрытие информации, в течение которого о изобретении путем подачи заявки, – не порочит новизну заявленного на патентование в другом государстве-участнике Парижской конвенции изобретения, раскрытого в первой заявке. Полагаем, что поскольку в одном международном акте – о международных выставках допускается экспонирование созданного изобретения в течение года и формально не порочит новизну изобретения его патентование в течение 1 года по Парижской конвенции, – в российском законодательстве может быть предусмотрена для автора возможность учитывать раскрытие им информации об изобретении в течение одного года до даты подачи заявки как не порочащая новизну изобретения.

Установление даты создания изобретения является вопросом оценки доказательств, и в компетенцию административного органа, которым является Роспатент, скорее всего оценка доказательств не относится. Поэтому, в случае, когда Роспатент отказывает автору в патентовании изобретения по мотиву того, что новизна опорочена в силу того, что автор раскрыл эту информацию, полагаем, что в законодательстве может иметь место норма, дающая возможность автору обратиться в суд для установления факта (даты) создания изобретения и раскрытия о нем информации, для применения установленного факта в решении вопроса Роспатентом о патентовании изобретения, как не порочащего новизну изобретения.

Троицкая А. С.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Понятие и виды переработки произведения

Центральным явлением XXI века в развитии интеллектуального права становится «переработка», то есть последующее использование части оригинального произведения или его видоизменение, результатом которой является создание нового объекта авторских прав. Факт наличия таких произведений не удивителен, поскольку мы живем в эпоху постмодернизма, когда практически всё литературное и художественное творчество построено на повсеместном «копировании», сознательном цитировании и заимствовании из накопленного за предшествующие столетия культурного опыта.

Для общего понимания данной тенденции необходимо проанализировать процесс её становления. Определение переработки, согласно пп. 9 п. 2 ст. 1270 Гражданскому Кодексу (далее – ГК РФ) и положениям действующих в России международных договоров представлено простым перечислением видов переработки без обозначения каких-либо её специальных признаков и свойств. Исследуя историю развития данного института, можно заметить, что со временем количество видов переработки существенно увеличивается и она обретает всё новые формы. Так, единственным видом переработки, упомянутым в первой редакции Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений² (далее – Бернская Конвенция), которая была ратифицирована в России в 1995 г, был перевод (ст. 5).

¹ См.: Конвенция по охране промышленной собственности: заключена в Париже 20 марта 1883 г. // Закон. 1999. № 7.

² См.: Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works / World Intellectual Property Organization (WIPO). Switzerland. 1984.

После принятия конвенции на протяжении нескольких лет новые виды переработки авторским правом не признавались или признавались с существенными ограничениями.

П. 3 ст. 2 Бернской Конвенции в действующей редакции, относящий к переработке (*adaptations*) переводы, адаптации, музыкальные аранжировки и другие переделки литературного или художественного произведения, был принят только в 1948 году.

В соответствии с п. 1 и п. 2 ст. 14 Бернской Конвенции (в редакции 1967 года) к существующему списку добавляется новый вид – кинематографическая переделка произведений, а также переделка в любую другую художественную форму кинематографических постановок, созданных на основе литературных или художественных произведений.

Важно отметить, что термину переработка в Бернской конвенции соответствует термин «*adaptation*», который в официальной русской версии Бернской конвенции переведён как «переделка».

Согласно официальному комментарию ВОИС к ст. 12 Бернской конвенции «*adaptations*» включают любые новые формы произведения («*any new form of the substance of the work*»¹). Поэтому исходя из ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров от 23.05.1969, термин «*adaptation*» (переделка), должен толковаться с учётом разъяснений ВОИС, администрирующей Бернскую конвенцию.

Таким образом, прослеживается расширение понятия переработки, которое в изначальном своём содержании представляло обычный перевод, но со временем понимание термина расширилось и, с появлением новых форм, приобрело новое значение. Поэтому на данном этапе «переработка» т.е. «*adaptation*» в авторском праве подлежит расширенному толкованию.

Важно заметить, что производные произведения сейчас встречаются повсеместно и во всё более необычных формах. Особо явно этот феномен можно проследить в области искусства.

Так, например, в современном музыкальном сообществе распространяется модель последующего использования и переработки ранее созданных треков. То есть на основе уже имеющихся музыкальных произведений создаётся новый объект авторского права.

На данный момент различают несколько видов последующей переработки произведений и его частей. Одним из них является ремикс, который представляет собой версию музыкального произведения, созданную путем «смешивания», нескольких частей первичной композиции, наложения на нее различных звуков, эффектов, изменения темпа. Важно отметить, что с правовой точки зрения, ремикс является производным произведением.

Существует такой способ переработки музыкальных произведений как сэмплинг то есть использование большого количества частей различных произведений (сэмплов). При использовании сэмплинга обычно создаются составные произведения. К таким произведениям относятся мэшапы, которые представляют из себя «неоригинальное музыкальное произведение, состоящее, как правило, из двух исходных произведений, записанное в студийных условиях путём наложения любой партии одного исходного произведения на похожую партию другого»².

Важно отметить, что в силу особенностей современной музыкальной индустрии, в частности в рэп-культуре, часто возникают споры о переработке произведений. Так, например, бит (фоновая мелодия) часто состоит только из четырёх-пяти элементов, и велика вероятность того, что другой автор может неумышленно использовать один из таких элементов и один трек будет сходен с другим. Нужно обратить внимание на то, что такие явления могут происходить как случайно («нередки случаи, когда композиторы независимо друг от друга сочиняют идентичные мелодии»³), так и умышленно. Например, недавно произошёл спор, связанный с использованием рэпером Big Baby Tape'ом части трека флоридского рэпера Leavemealone в его песне «Face». Конкретное сходство двух песен можно увидеть в припеве, где слово «face» заменено русским рэпером на «вес». И тут возникает главный вопрос – где же грань, между созданием нового произведения и переработкой уже существующего? В связи с этим очень важно определить творческую составляющую нового трека, его новизну и оригинальность – можно ли считать его самостоятельным произведением или нужно отнести его к производным.

¹ См.: Guide to the Berne convention for the protection of literary and artistic works. Paris act. 1971.

² См.: Geoghegan, Michael and Klass, Dan (2005). Podcast Solutions: The Complete Guide to Podcasting, С. 45.

³ См.: Гришаев С. Плагиат: вопросы теории и практики // Хозяйство и право. 2013. № 10. С. 56.

Стоит отметить, что важнейшей составляющей правоотношений, возникающих из факта переработки и создания производных произведений, является то, что «...автор производного или составного произведения осуществляет свои авторские права при условии соблюдения прав авторов произведений, использованных для создания производного или составного произведения» (п. 3 ст. 1260 ГК РФ). Указанное условие подразумевает, что автор производного произведения обязан получить у автора или иного правообладателя разрешение и право на переработку оригинального произведения. Разрешение, и право на переработку произведений предоставляются, в соответствии с ГК РФ, только по лицензионному договору. Это обусловлено тем, что право на переработку произведения является исключительным правом автора. При этом, договор должен быть заключен в письменной форме.

Подводя итоги, хотелось бы отметить, что ремиксы и мэшапы являются далеко не единственными новыми формами производного произведения. Сама история института переработки представляет собой постепенное расширение перечня видов переработки. Возникновение новых форм мы так же сейчас наблюдаем в области литературы, живописи и в особенности, в сфере использования программ для ЭВМ и искусственного интеллекта, что говорит о необходимости детального изучения проблемы и более конкретной регламентации отдельных положений о переработке произведений.

Филиппович А. В.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), аспирант

Кинематографическое произведение по английскому праву: понятие и режим правовой охраны

Несмотря на то что кинематограф как вид искусства появился еще в XIX в., в правовых порядках разных стран до сих пор нет единого представления о понятии и правовой сущности кинематографического произведения. Уникальным в данном вопросе является опыт Великобритании как ведущей страны в области производства и дистрибуции кинофильмов. Особенности подхода, применяемого в Великобритании обусловлены традициями англо-американской правовой концепции авторского права (copyright), а также длительным развитием законодательства.

Охрана кинематографических произведений в Великобритании берет начало в XIX в. В соответствии с Законом об авторском праве на изобразительное искусство 1862 года¹ фотографиям гарантировалась правовая охрана, что первое время вследствие их некоторой схожести с кинофильмами позволило охранять последние в качестве фотографий. Однако из-за того, что по общему правилу, при передаче негативов третьему лицу к нему также переходило и авторское право на соответствующие фотографии, данная охрана была признана несовершенной. Кроме того, в силу различий в регистрации фотографий и кинофильмов, осуществление которой было обязательным условием возникновения правовой охраны, возможность применения данного закона к кинематографическим произведениям ставилась под сомнение.

Впервые попытка определить понятие кинофильма была предпринята в Законе об авторском праве 1911 года², который признал его частью драматического произведения. При этом, необходимо обратить внимание на два правила, которые установило это новое определение. Во-первых, объектом охраны выступало именно драматическое произведение, созданное в ходе кинематографического процесса, а не запись такого произведения. Во-вторых, для того, чтобы кинематографическое произведение признавалось драматическим, оно должно было быть оригинальным.

В Законе 1911 г. устанавливалось определение понятия «фотография», под которой, в частности, понимались произведения, созданные в ходе процесса аналогичного фотографическому процессу, что позволяет сделать вывод о том, что произведения, созданные в ходе кинематографического процесса, могли также охраняться и как фотографии (серии фотографий). Произойти это могло в случае, если кинофильм не соответствовал требованию оригинальности,

¹ См. Fine Arts Copyright Act, 1862. URL:

<https://uk.westlaw.com/Document/I70DBBE908CFE11E6ADEBDA3880C3B7C3/View/FullText.html>. (дата обращения: 12.02.2021). (дата обращения: 12.02.2021).

² См. Copyright Act, 1911. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/1-2/46/contents/enacted> (дата обращения: 12.02.2021).

установленному для драматического произведения. Учитывая существенные различия последствий применения двух режимов охраны (например, срок такой охраны), отсутствие четкого критерия отнесения кинофильмов к драматическим произведениям или фотографиям являлось недостатком Закона 1911 г.

В 1956 году был принят новый Закон об авторском праве¹, предложивший совершенно другой взгляд на сущность кинофильма. Данный закон исключил возможность использования в отношении кинофильма режима правовой охраны, применяемого для драматического произведения и фотографий.

Согласно закону 1956 г. произведения классифицировались на две категории в зависимости от предъявления к ним требования об оригинальности произведения². Первую категорию составляли литературные, драматические, музыкальные и художественные произведения, которые получали статус объекта авторских прав в случае, если являлись оригинальными. К произведениям второй категории относились аудиозаписи, фильмы, радио- и телепередачи, распространяемые по кабельной сети, к которым требование об оригинальности не предъявлялось. Таким образом, Закон 1956 г. не рассматривал оригинальность кинофильма в качестве условия для предоставления ему правовой охраны.

Согласно пункту 10 статьи 13 Закона 1956 г. кинематографическим произведением признавалась любая серия визуальных изображений, записанная на любом носителе (полупрозрачном или нет) со следующими целями использования: а) показ в качестве кинофильма или б) запись на другой носитель (полупрозрачный или нет), посредством которого она может быть показана в качестве фильма. Соответственно объектом охраны являлось содержание произведения, состоящее из серии визуальных изображений. Особо отметим, что в рассматриваемом определении появилось требование фиксации (то есть записи на носителе), являющееся чрезвычайно важным для англо-американской системы права, так как без его соблюдения произведение не могло охраняться авторским правом³.

Дальнейшее развитие техники, в том числе появление новых носителей, на которых может быть записан кинофильм, привело к тому, что Законом об авторском праве, промышленных образцах и патентах 1988 г.⁴, действующим по настоящее время, было расширено понятие кинематографического произведения. В соответствии с пунктом 1 статьи 5В Закона 1988 г. фильм – это запись на любом носителе, с которого любым способом может быть воспроизведено движущееся изображение. Несмотря на то что ключевым элементом обеих дефиниций, указанных в двух последних законах, является запись, между ними существует разница. По смыслу Закона 1956 г. кинофильмом признается серия визуальных изображений, записанных на носителе («sequence of visual images recorded on material»), в то время как по Закону 1988 г. фильмом является непосредственно запись («a recording on any medium»), а не лежащее в ее основе произведение. Таким образом, по британскому праву защиту получают не кинематографические произведения, а записи, на которых они были зафиксированы.

Еще одним отличием от Закона 1956 г. является то, что Закон 1988 г. не исключает возможность признания кинофильма драматическим произведением. Данное обстоятельство способствовало возрождению дискуссий о возможности распространения правового режима драматических произведений на кинематографические. Решающую роль в данном споре сыграл Апелляционный суд в деле *Norowzian v Arks Ltd (No 2)*⁵.

Апелляционный суд установил, что кинофильм может быть квалифицирован как драматическое произведение, поскольку это следует из определения последнего в соответствии со словарями: драматическим произведением признаются действия со словами или музыкой или без них, которые могут быть исполнены перед аудиторией. Кинофильм так же, как и драматическое произведение может быть исполнен перед аудиторией. Суд пояснил, что кинофильм может быть одновременно как записью драматического произведения, так и непосредственно самим

¹ См.: Copyright Act, 1956. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1956/74/contents/enacted> (дата обращения: 12.02.2021)

² См.: Липчик Д. Авторское право и смежные права / Пер. с фр. М. : Ладомир; Изд-во ЮНЕСКО, 2002. С. 37.

³ См.: Липчик Д. Авторское право и смежные права / Пер. с фр. М. : Ладомир; Изд-во ЮНЕСКО, 2002. С. 38.

⁴ См.: Copyright, Designs and Patents Act, 1988. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents> (дата обращения: 12.02.2021).

⁵ См.: *Norowzian v Arks Ltd (No 2)*. URL: <https://uk.westlaw.com/Document/I108EF501E42811DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html> (дата обращения: 12.02.2021).

драматическим произведением; или записью чего-либо, что не является драматическим произведением. В остальных случаях кинофильм представляет собой исключительно драматическое произведение. Таким образом, в настоящее время в Великобритании кинофильмы могут охраняться как драматические произведения.

Возвращаясь к вопросу о том, должно ли кинематографическое произведение быть оригинальным по английскому праву, отметим следующее. Закон 1988 г. в этой части не изменяет положения предшествующего закона и не предъявляет к кинофильмам обязательного требования об оригинальности. Однако в пункте 4 статьи 5В Закона 1988 г. указано, что кинофильм не признается объектом авторского права, если он является копией другого кинематографического произведения. В научной литературе выделяют другой подход к пониманию оригинальности произведения, поддержанный и развитый судебной практикой, согласно которому под оригинальностью может пониматься степень способностей и труда, вложенных автором в произведение¹.

Определение кинофильма, введенное Законом 1956 г. и Законом 1988 г. позволило ученым выделить его некоторые особенности. Так, было признано, что для получения правовой охраны кинофильм должен состоять из движущихся изображений («moving images»), а не изменяющихся изображений («changing images»). Например, видео, на котором воспроизводится один и тот же пейзаж на протяжении целого дня с меняющейся интенсивностью света от рассвета до заката, не охраняется авторским правом². Из-за отсутствия прямого указания в законе, движущиеся изображения, из которых состоит кинофильм, необязательно должны быть двухмерными. Следовательно, например, движущиеся голограммы также могут признаваться кинофильмами.

В заключение отметим, что в настоящее время по английскому праву кинофильм охраняется как запись и как непосредственно само драматическое произведение. Такой правовой режим отличается от российского, где охраняется исключительно кинематографическое произведение, которое является результатом творческого труда, выраженного в объективной форме. С учетом роли Великобритании в мировой киноиндустрии полагаем, что следует более детально изучить английский опыт, обеспечивающий качественно иной уровень охраны кинематографических произведений, и исследовать возможность расширения понятия кинофильма в России в целях повышения эффективности юридических гарантий для правообладателей.

Чувствинов И. В.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
магистрант*

Особенности применения доктрины «Scène à faire» в авторском праве

На сегодняшний день, широко применяемая в иностранных юрисдикциях, в частности в Соединенных Штатах Америки³ (далее – США) защита от небуквального копирования, отчасти представляет собой исключение из принципа охраны формы произведения. Принципиально важным для защиты от небуквального копирования является доказывание осуществления переработки одного произведения и создание на его основе другого с сохранением определенных, свойственных переработанному произведению признаков⁴.

Однако, анализ произведений, поиск в них указанных признаков и последующее нахождение их далеко не всегда может помочь в защите от небуквального копирования произведения. Указанное, обуславливается тем, что несмотря на

¹ См.: Чумаков И. А. Понятие аудиовизуального произведения и отдельные особенности его правового режима // Вестник гражданского права. 2019. № 3 // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Электронный репскр. Huniar K. Comparative analysis of the copyright law relating to films between the United Kingdom and the Federal Republic of Germany // University of Aberdeen. 2007. P 69. URL: https://eu03.alma.exlibrisgroup.com/view/delivery/44ABE_INST/12153284490005941 (дата обращения: -12.02.2021).

³ См.: Google LLC v. Oracle America, Inc. URL: https://scholar.google.com/scholar_case?case=10745164935676158704 (дата обращения: 03.03.2021).

⁴ См.: Velasco J. The Copyrightability of Nonliteral Elements of Computer Programs // Columbia Law Review. 1994. P. 242–292.

кажущуюся неповторимость того или иного произведения, чем и обуславливается охрана формы его выражения, некоторые произведения могут содержать определенные признаки и особенности, свойственные не исключительно им, а целому ряду произведений. Эта особенность может быть свойственна произведениям в силу определенного жанра или обуславливаться особенностями их вида.

Следовательно, юридическая наука и правоприменительная практика, не могли не учитывать указанную особенность, в связи с чем, в авторском праве США была выработана доктрина, именуемая «*Scène à faire*». Получившая широкое применение в указанной юрисдикции¹, в последствии, она нашла отражение в своих аналогах, в иных юрисдикциях.

В соответствии с доктриной «*Scène à faire*» не может быть предоставлена защита авторским правом элементам произведения, которые обычно используются или свойственны для определенного вида произведений². Указанная доктрина является инструментом защиты против требований некоего правообладателя о защите его исключительного права и попытке доказать осуществление небуквального копирования, посредством выявления неких сходных черт у двух разных произведений.

Основной особенностью применения доктрины «*Scène à faire*», является доказывание того, что определенные черты некоторых произведений сходны не потому, что одно является переработкой другого, а потому, что это обусловлено определенным жанром или видом произведения и без наличия таких признаков, оно бы не могло бы быть сотворено.

В качестве примера наличия таких, характерных какому-либо жанру или виду произведения, можно привести свойственные большому количеству фантазийных произведений, наличие мифических или сказочных существ, которые могут встречаться в огромном количестве различных произведений, начиная от древнегреческих эпосов до современных произведений, предметов с особыми чудодейственными свойствами или определенного рода обстоятельства сюжета произведения.

Следовательно, можно прийти к выводу, что при защите исключительного права на произведение, при небуквальном его копировании, далеко не всегда выявление указанных признаков будет свидетельствовать об однозначной переработке произведения. В этом случае, необходимо найти разумную грань и оценить то, в какой момент творчество и вдохновение, превратились в чрезмерное заимствование и переработку.

Изначально применяемая защита от небуквального копирования в отношении программ для ЭВМ, также широко применяется и в отношении иных объектов авторского права, например, таких как произведения изобразительного искусства, литературные произведения и их часть (персонаж) и иные³. Следовательно, представляется, что и доктрина «*Scène à faire*» может быть применена в спорах с любыми объектами авторских прав, постольку поскольку у всякого объекта могут наличествовать определённого рода признаки, характерные для какого-либо жанра или вида.

В качестве примера характерных признаков произведения, с учетом применяемых в искусстве понятий, можно разграничить на две категории, косвенно способных иметь правовое значение. К первой категории, обуславливающейся не столько жанром произведения, сколько массовостью использования в каком-либо виде искусства можно отнести клише или «штамп», в общем виде, указанный прием можно охарактеризовать, как некий шаблон, повторяемый в различных произведениях, не являющийся результатом творчества автора⁴. Среди такого рода художественных приемов можно выделить широко распространенные сюжетные ходы в литературных произведениях,

¹ См.: *Dun & Bradstreet Software Services, Inc. v. Grace Consulting, Inc.*, 307 F.3d 197, 214-15 См. *Mitel, Inc. v. Iqtel, Inc.*, 124 F.3d 1366, 1375 (10th Cir.1997). *Culver Franchising System, Inc. V. Steak N Shake Inc.* URL: <https://www.leagle.com/decision/infdco20160808924> (дата обращения: 03.03.2021).

² См.: *Mitel, Inc. v. Iqtel, Inc.* URL: <https://www.courtlistener.com/opinion/155289/mitel-inc-v-iqtel-inc/> (дата обращения: 03.03.2021).

³ См.: Довгальук А. Фотография как объект авторских прав. Часть 2. URL: https://zakon.ru/blog/2015/05/07/fotografiya_kak_obekt_avtorskix_prav_chast_2 (дата обращения: 04.03.2021).

⁴ См.: Клише (искусство). URL: [https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%9A%D0%BB%D0%B8%D1%88%D0%B5_\(%D0%B8%D1%81%D0%BA%D1%83%D1%81%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%BE\)](https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%9A%D0%BB%D0%B8%D1%88%D0%B5_(%D0%B8%D1%81%D0%BA%D1%83%D1%81%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%BE)). (дата обращения: 04.03.2021).

при которых в детективе убийцей оказывается дворецкий или в произведении, сфокусированном на конфликте между протагонистом и антагонистом, в кульминационном моменте становится известно, что антагонист, является отцом или близким родственником главного героя.

Ко второй категории признаков, явно не свидетельствующих о переработке произведения и охватываемых доктриной «*Scène à faire*» является характерность для определённого жанра произведения. Примером в этом случае может послужить наличие каких-либо признаков, свойственных целому ряду произведений, выполненных в тематике фэнтези, таких как наличие «кочующих» из произведения в произведение драконов, орков, эльфов и прочих сказочных и мифических существ.

Примером использования рассматриваемой доктрины в иностранных юрисдикциях является дело *Kopami v. Neople*¹. Указанный спор касался защиты прав на видеоигру при осуществлённом, как, казалось бы, на первый взгляд, небуквальном копировании, однако, несмотря на наличие сходства, свидетельствующего о потенциальной переработке, суд указал на то, что такие элементы, как пользовательский интерфейс, внешний вид и расположение игровых объектов, являются свойственными всем видеоиграм такого жанра. Несмотря на то что указанная доктрина изначально оформилась в авторском праве США, механизм во многом аналогичный ей используется и российскими судами, а также наличествует в российском законодательстве.

Применительно к отечественному законодательству заслуживают внимания положения ст. 1257 Гражданского кодекса Российской Федерации² (далее – ГК РФ), устанавливающей один из критериев охраноспособности объектов авторского права – творческий характер, основывающейся на субъективном подходе к определению творчества³. Другим примером, является п. 5 ст. 1259 ГК РФ, согласно которому авторские права не распространяются на идеи. Следовательно, российская судебная практика в делах о защите от небуквального копирования, при применении доктрины «*Scène à faire*» анализирует вопрос охраноспособности отдельных частей произведений⁴, в соответствии их установленному в действующем гражданском законодательстве критерии охраноспособности объекта авторского права – творческого характера. В этом случае, использование типичных и свойственных всем произведениям, признаков может не восприниматься судом, в качестве признаков, характерных определённому произведению и соответственно, не свидетельствовать о наличии творческого характера произведения.

Как указывается в сложившейся российской судебной практике⁵, закон с учетом п. 7 ст. 1259 ГК РФ распространяется на любые части произведений при соблюдении ряда условий в совокупности. Во-первых, такие части произведения сохраняют свою узнаваемость как часть конкретного произведения при их использовании отдельно от всего произведения в целом. Во-вторых, они сами по себе, отдельно от всего произведения в целом, могут быть признаны самостоятельным результатом творческого труда автора и выражены в объективной форме.

Следовательно, результатом применения доктрины «*Scène à faire*» является не столько факт установления вывода о заимствовании определенных черт одного произведения другим, сколько установление отсутствия охраноспособности, как таковой для отдельных частей произведения, то есть исключение этих из-под авторско-правовой охраны⁶.

¹ См.: GyooHo Lee. Presentation: Digital Gaming and Copyright: Balance Between Copyright Protection and Fair Use. AIPPI Forum & Executive Committee Meeting – Helsinki. 2013.

² См.: «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая)» от 18.12.2006 № 230-ФЗ // Российская газета. – 22.12.2006. – № 289. Ст. 1301.

³ См.: Мурзин Д. В. Понятие, история и источники авторского прав. Гл. 1. – С. 13–75 // Право интеллектуальной собственности. Т. 2. Авторское право : учебник / под общ. ред. д. ю. н., проф. Л. А. Новоселовой. М. : Статут, 2017. С. 367.

⁴ См.: Постановления Суда по интеллектуальным правам от 28.03.2017 № C01-78/2017 по делу № А56-73596/2015 // КонсультантПлюс: Судебная практика

⁵ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // КонсультантПлюс: Судебная практика.

⁶ См.: Луткова О. Проблема охраноспособности произведений с незначительным уровнем творчества и повторных произведений в авторском праве зарубежных государств и РФ // ИС. Авторское право и смежные права. 2016. № 8. С. 5–16 ; № 9. С. 5–16.

Шевцов В. С.

*Удмуртский государственный университет,
студент*

Парфюмерный аромат, как объект интеллектуального права. Проблема плагиата и перспектива правовой защиты

С развитием индустрии по «созданию красоты» особое место в нем занял парфюм, который не просто дополняет, но и является важной частью образа современного человека.

Россия входит в топ три стран, жители которых придают парфюму особое значение¹. Данный атрибут ухода настолько популярен, что целых 90 % россиян пользуются парфюмом, при этом он востребован не только среди женщин (96 %), но и среди мужчин (84 %)².

«Ни для кого не секрет, что над каждым ароматом работает множество людей и торговые дома заинтересованы в том, чтобы результат их творчества защищался законом»³. В настоящее время, используя технологии Газовой Хронометрии/Масс-Спектрометрии (ГХ-МС), можно узнать точный состав композиции любого парфюма⁴. Данный метод привел в растерянность парфюмерных производителей, так как он позволяет за невысокую цену и в короткие сроки получить полную информацию о компонентах аромата⁵.

Формула аромата считается самым дорогостоящим элементом при его создании. На ее разработку обычно уходит несколько месяцев или даже лет. Поэтому «неудивительно, что по мере того, как технологии ГХ-МС стали более доступными и эффективными, возникла паразитическая промышленность, которая производит и распространяет более дешевые «похожие на запах» версии хорошо известных ароматов»⁶.

В настоящее время подобные технологии «...бросили вызов парфюмерной индустрии. Самые ценные активы отрасли, запатентованные формулы, теперь могут быть приобретены на законных основаниях любым, у кого есть доступ к хорошо оборудованной лаборатории»⁷. Но возможна ли защита аромата в таких условиях на правовом поле в России?

По мнению отечественных специалистов, сам парфюм, а также его аромат следует отнести к объектам патентного права, при этом «аромат по своим характеристикам будет соответствовать изобретению как единственному объекту, который может иметь жидкое агрегатное состояние»⁸. Следовательно, создатель парфюма должен «предоставить пакет документов, раскрывающих содержательную часть патентуемого объекта» в Роспатент⁹.

Тем не менее, в настоящее время получение таких патентов не наблюдается, так как выпуск парфюма в России происходит под товарным знаком юридических лиц и индивидуальных предпринимателей. В этих условиях у недобросовестных парфюмеров появляется возможность совершать плагиат аромата.

Возможное решение, в целях устранения проблем в области парфюмерии, Правительство РФ видело в издании Правил маркировки духов и туалетной воды, которое установило средства идентификации (коды и серийные номера) каждого парфюмерного изделия¹⁰. Однако, соблюдение данных правил, по своей сути, обеспечивает все что угодно, но

¹ См.: Газета Коммерсантъ «Как много жителей в разных странах пользуются парфюмом». URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4660605>.

² См.: Исследовательский холдинг Romir: «90 % россиян пользуются парфюмерией». URL: <http://surl.li/nabk>.

³ См.: Н. В. Бадаева, Н. А. Хошобина «Парфюм как объект интеллектуальной собственности» // Научно-практический журнал «Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права». 2017. № 12.

⁴ См.: JIPEL Vol. 10: Lost and Found: Intellectual Property of the Fragrance Industry. URL: <http://surl.li/nbbg>.

⁵ См.: JIPEL Vol. 10: Lost and Found: Intellectual Property of the Fragrance Industry. URL: <http://surl.li/nbbg>.

⁶ См.: там же.

⁷ См.: там же.

⁸ См.: Н. В. Бадаева, Н. А. Хошобина «Парфюм как объект интеллектуальной собственности» // Научно-практический журнал «Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права». 2017. № 12.

⁹ См.: там же.

¹⁰ См.: Постановление Правительства РФ от 31 декабря 2019 г. № 1957 «Об утверждении Правил маркировки духов и туалетной воды средствами идентификации и особенностях внедрения государственной информационной системы мониторинга

не защиту аромата. Предлагаемый подход через патент также не обеспечивает его защиту, поскольку даже самые малейшие изменения в составе парфюма, в концентрации его веществ – формально создают другой объект.

В этой связи, необходимо рассматривать аромат как объект авторского права. Ведь количество масел из которых создается композиция парфюма – бесчисленное множество, и каждое сочетание, мерная пропорция дает совершенно новый «аккорд», отличающийся от предыдущего, несмотря на малейшее изменение как в составе, так и в концентрации вещества. Поэтому можно констатировать, что процесс создания парфюмерного аромата является творческим. Как отмечает Н.Г. Валеева: «понятие творчества в законе не дается. Обычно оно определяется как создание новых по замыслу культурных или материальных ценностей»¹.

Следовательно, по ст. 1259 ГК РФ – парфюм можно рассматривать как объект авторского права, в виде другого произведения, так как все признаки данного объекта, как произведения искусства – явны². При этом отметим, что Гражданское законодательство не содержит запрета на признание парфюмерного аромата, как таковым результатом интеллектуальной деятельности, искусством. Аналогичный подход выбрала и зарубежная судебная практика.

Нидерланды – первая страна, которая признала парфюмерный аромат объектом авторского права. В 2006 году французский концерн Lancome доказал копирование аромата своих духов Trésor голландской компанией Kesoфа³. Решение суда основано на том положении, что «в голландском законе «Об авторском праве» не содержится конкретного перечня объектов, которые могут быть защищены, поэтому все, что ощутимо и оригинально, может получить правовую охрану»⁴. Важно отметить, что во время судебного разбирательства эксперты «сравнили жидкость из флакона духов с бумагой, которая не является объектом авторского права, но в то же время выполняет роль носителя защищенного авторским правом литературного произведения»⁵. Одним из выводов по данному делу является следующий подход – если духи состоят из разных ингредиентов, но имеют одинаковый аромат – это является нарушением авторского права⁶.

Громкое разбирательство, которое можно отметить, но уже с участием Gucci, Hugo Boss и Lacoste в качестве соистцов и ответчика Equivalenza завершилось в 2019 году. Истцы утверждали о том, что ответчик осуществлял рекламу и продажу духов с «практически идентичным ароматом популярных брендов»⁷. Во время разбирательства выяснилось, что ответчиком для копирования была применена ранее упомянутая технология ГХ-МС, а затем на основе полученных данных о составе «синтезировали новый парфюм с идентичным ароматом из более дешевых ингредиентов и продавали его в своей упаковке и под своим брендом», как итог – Equivalenza была признана виновной в «нелегальном копировании оригинального парфюма»⁸.

На сегодняшний день рынок парфюма в целом демонстрирует рост – так в 2018 оборот вырос на 10 % – до 780млрд.руб⁹. В то же время продажи официального парфюма показывают падение «на фоне роста серого рынка»¹⁰. С учетом повсеместной рекламы якобы оригинального парфюма по низким ценам и предложений дешевых аналогов – тенденция к росту оборота копий не просто сохраняется, но и имеет под собой основание для увеличения. Такое поведение рынка может значительно повлиять на бизнес модель легальной парфюмерии в отрицательную сторону, в той части как: несение убытков, обесценивание труда парфюмеров, заведомый проигрыш конкуренции.

за оборотом товаров, подлежащих обязательной маркировке средствами идентификации, в отношении духов и туалетной воды» // СПС «КонсультантПлюс».

¹ См.: Гражданское право : учебник : в 2 т. / С. С. Алексеев, О. Г. Алексеева, К. П. Беляев [и др.] ; под ред. Б. М. Гонгало. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Статут. Т. 1. 2018.

² См.: «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая)» от 18.12.2006 № 230-ФЗ // Российская газета. – 22.12.2006. – № 289. Ст. 1301.

³ См.: ECLI:NL:HR:2006:AU8940. URL: <http://surl.li/nbcf>.

⁴ См.: Парфюмер: история одного плагиата (на самом деле не одного). URL: <http://surl.li/nbbj>.

⁵ См.: там же.

⁶ См.: там же.

⁷ См.: там же.

⁸ См.: там же.

⁹ См.: URL: <http://surl.li/nbbt>.

¹⁰ См.: URL: <http://surl.li/nbbq>.

С учетом всего вышеизложенного – необходимая защита самого аромата в России пока остается под вопросом. Издание Правительством РФ правил маркировки парфюма, по всей видимости, только лишь заставит перейти недобросовестных производителей от незаконного копирования парфюма, а именно его флакона и аромата – на выпуск уже собственного бренда под своим товарным знаком, либо патентом, соблюдая правила, но при этом аромат продолжит оставаться без защиты.

Поэтому в перспективе подобные прецеденты как в Европе могут появиться и в России. Однако, опыт зарубежной судебной практики вполне может применяться и в наших судах, что даст правовую защиту аромату.

Юхнова Ю. И.

*Южный федеральный университет,
магистрант*

Мемы в системе объектов авторских прав и особенности их гражданско-правовой охраны

В момент своего зарождения Интернет воспринимался обществом как самая большая библиотека данных, сейчас же он превратился в самую масштабную развлекательную площадку, тем не менее не утратив своего первоначального назначения. Последнее время все чаще в качестве развлекательного контента выступают мемы.

«Мем» как термин был впервые использован ученым-биологом Ричардом Докинзом. Основа данного слова лежит в греческом языке, а именно-«μίμησις», что переводится как «подобие». Ученый высказывал мнение, что вся культура, имеющая значение в современном мире, состоит из базовых единиц – мемов, равным счетом, как биологическая информация состоит из генов. По его мнению, мемы являются репликаторами, то есть для размножения они копируют сами себя. Выдвинутый Ричардом Докинзом¹ подход можно назвать широким пониманием к культурному явлению мемов. В узком понимании мемы представляют собой разновидность креолизованного текста, то есть текста, который снабжен какой-либо, зачастую невербальной, информацией. Однако с юридической точки зрения мем можно рассматривать либо как изображение, фотографию или кадр из фильма сопровождающийся короткой, чаще всего сатирической, надписью.

Как известно, копировать, скачивать, пересылать какие-либо данные в сети Интернет не составляет труда. По этой причине распространение мемов приобретает колоссальные масштабы, в связи с чем возникает вопрос защиты авторских прав на мемы, как результат интеллектуальной деятельности и на защиту тех объектов, которые берутся за основу для создания указанных сатирических изображений. Так, Брэд Ким – редактор англоязычного сайта Know Your Meme (дословно – «узнай о своем меме»), высказывает требование о соблюдении авторских прав в отношении мемов, что вызывает недопонимание аудитории, поскольку «сама культура мема появилась из абсолютного игнорирования копирайта»², превратившись в своеобразное свободное народное творчество.

Для изучения данной проблематики следует рассмотреть разные формы объективизации мемов. Так, мем может представлять собой карикатуру, то есть «рисунок, содержащий насмешку, изображающий что-либо в извращенном, смешном виде»³. Автором такого мема должен признаваться человек, непосредственно создавший карикатуру, а так как она представляет собой видение художника, то в данном случае право человека на изображение нарушаться не будет. Но дальнейшее распространение в сети Интернет данной карикатуры без согласия автора или без упоминания авторства приведет к нарушению интеллектуальных прав создателя мема.

Если мы рассматриваем мем как фотографию или же скриншот/кадр из фильма, то в данном случае возникает вопрос одновременного нарушения права на изображение и нарушение авторских прав. Если мем создается на основе фотографии, то любая ее переработка будет нарушать право на неприкосновенность и на защиту произведения от

¹ См.: Докинз Р. Эгоистичный ген. М. : «Издательство АСТ», 2013. С. 610.

² См.: +100500 к копирайту: кто владеет правами на мемы. URL: <https://pravo.ru/story/view/134865/> (дата обращения: 23.01.2021).

³ См.: Даль, Владимир Иванович (1801-1872). Толковый словарь живого великорусского языка [Текст]: [в 4 т.] / Владимир Даль. – Репр. изд. – Санкт-Петербург: Диамант, 1996.

искажения¹. Так, например, в основу популярного в 2009 году мема «пингвин-социофоб» была взята фотография, сделанная штатным фотографом National Geographic Джорджем Ф. Мобли, только автор мема убрал фон и добавил текст. После под данное изображение стали подставлять разного рода надписи, и оно стало вирусным. Позднее за использование фотографии пингвина без согласия фотографа фотобанк Getty Images, получил компенсацию с немецкого блога в размере 785,40 евро.

Еще более сложным является вопрос правовой охраны мемов, основанных на фильмах. Такие мемы очень распространены во всемирной паутине. Так, пожалуй, одним из самых популярных из них можно назвать мем «Леонардо Ди Каприо с бокалом». Этот момент был взят из трейлера к фильму «Великий Гэтсби», вышедшего в 2013 году и распространен по Интернету с различными надписями. Другой мем, который привлек наше внимание – это «Капитан Америка разрывает пень» – момент из фильма «Мстители: Эра Альтрона». В данном случае используется не просто кадр фильма, а несколько секунд кинокартины. И в первом, и во втором случае мы можем говорить о нарушении авторских прав на фильм, так как использование результатов интеллектуальной деятельности возможно только при условии соблюдения авторских прав. Исключением является воспроизведение в личных целях либо же в информационных, научных, учебных или культурных целях. Однако данные мемы могут быть использованы не только исключительно в развлекательных целях, но и для привлечения пользователей в свое сообщество, на свой сайт, тем самым поднимая его рейтинг и, как следствие, размер получаемой прибыли. В последнее время мемы из Интернета даже используют в качестве наружной рекламы товаров и услуг².

Стоит так же рассмотреть ситуацию, когда мем в последующем регистрируется как товарный знак. Самым, пожалуй, известным товарным знаком и в том числе мемом, можно назвать «Grumpy Cat». Изображение грустного кота впервые появилось в Интернете в 2009 году и обрело мгновенную популярность. В 2013 году его даже признали мемом года по версии Webby Award³. На официальную страницу Соус Тардар (официальная кличка кота) в Facebook подписаны 8,7 миллионов человек и у него даже есть свой собственный сайт⁴. О жизни этого кота были написаны две книги: «Grumpy Cat: A Grumpy Book» и «The Grumpy Guide to Life: Observations by Grumpy Cat». Изображение прославившегося домашнего животного печатают на подушках, футболках, кружках и многих других вещах, которые можно приобрести не только на официальном сайте, но и на AliExpress. На волне популярности данного мема в 2014 году был даже снят фильм «Худшее Рождество сердитой кошки». На сегодняшний момент данный мем является самым коммерчески успешным, поскольку владельцы кота по некоторым данным уже заработали более 500 миллионов долларов. Именно регистрация его изображения в качестве товарного знака позволила им получить такую прибыль и предотвратить неправомерное использование фотографий их любимца.

Мемы являются вирусным контентом в сети Интернет и, как правило, у них нет авторов, поскольку зачастую создатель такой сатирической картинке не считает нужным указывать авторство. Исключений в этом аспекте немного. Один из них это мем «Ждун», у которого появился хозяин спустя год после того, как он обрел популярность в Интернете. Если обратиться к истории появления данного образа, то мы узнаем, что он был создан Маргрит ван Бревор в 2016 году в рамках гранта больницы при Лейденском университете (Нидерланды) на создание скульптуры для ежегодного конкурса. Скульптур своим произведением хотела показать, что «пациенты просто должны ждать своей участи с надеждой на лучшее». После установки «Ждуна» перед детской больницей фото с ним начали быстро распространяться в интернете что и привело к возникновению этого мема. С 2017 года «Ждун» зарегистрирован в качестве товарного знака⁵, собственником которого является Общество с ограниченной ответственностью «Си Ди Лэнд контакт». В данном

¹ См.: «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая)» от 18.12.2006 № 230-ФЗ // Российская газета. – 22.12.2006. – № 289. Ст. 1301.

² См.: Like a meme-god, или провокации, креативы и мемы в рекламе. URL: <https://1ps.ru/blog/ctr/2020/like-a-meme-god-ili-provokaczii-kreativyi-i-memyi-v-reklame/> (дата обращения: -22.01.2021).

³ См.: Grumpy Cat стал мемом года по версии Webby. URL: <https://lenta.ru/news/2013/05/22/webby/> (дата обращения: 22.01.2021).

⁴ См.: Grumpy Cat. URL: <https://www.grumpycats.com/> (дата обращения: 22.01.2021).

⁵ См.: Информация по товарному знаку «Ждун». URL: <https://www.msp-patent.ru/baza-tovarnyh-znakov.html?base=RU&id=ur7ch9b36> (дата обращения: 22.01.2021).

случае товарным знаком является само словесное обозначение, но оно ассоциируется у потребителя с конкретным изображением. Названная нами выше компания пыталась зарегистрировать так же и изображение «Ждуна» в качестве товарного знака, но Роспатент данный запрос отклонил, аргументируя это тем, что образ Ждуна уже стал народным¹. Но несмотря на то, что в регистрации изображения было отказано, компания ООО «Си Ди Лэнд контакт» отсудила у телекоммуникационной компании «Мегафон» 8,6 миллионов рублей за неправомерное использование в рекламе услуг изображения популярного персонажа. Свою позицию истец аргументировал тем фактом, что с 25 апреля 2017 года исключительные права на произведение изобразительного искусства с условным названием «Ждун» принадлежат компании ООО «Си Ди Лэнд контакт» согласно Лицензионному договору, заключенному с автором произведения Маргарет А. Ван Бревурт. Позднее производство по данному делу было прекращено в связи с примирением сторон. Подобный иск был подан в отношении компании по производству игрушек ООО «КОМПАНИЯ «ИГРАМИР», которая распространяла товар, сходный до степени смешения с произведением «Ждун»². Суд вынес решение в пользу истца, взыскав с ответчика 908 тыс. руб. за нарушение исключительного права на произведение.

Таким образом, можно прийти к выводу, что проблема правового режима мемов становится все более актуальной с каждым днем. Законодательного же решения сложившейся проблемы нет, в связи с чем возникающие споры рассматриваются исключительно суде при подаче иска заинтересованным лицом, в то время как механизм предотвращения нарушения авторских прав на данный результат интеллектуальной деятельности отсутствует.

¹ См.: Роспатент отказал в регистрации бренда Ждуна. URL: <https://rns.online/it-and-media/Rospatent-otkazal-v-registratsii-brenda-Zhduna-2018-11-14/> (дата обращения: 22.01.2021).

² См.: Решение г. Санкт-Петербург № А56-56792/2017 от 20 сентября 2018 года // КонсультантПлюс: Судебная практика.

ПОДСЕКЦИЯ «СЕМЕЙНОЕ ПРАВО»

Алексеева С. О.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Проблема правового регулирования заключения брака с иностранным гражданином в странах постсоветского пространства

Мир не стоит на месте. А вместе с ним и право. За последний век значительно изменилось правовое регулирование заключения брака с иностранными гражданами. Процессы глобализации и мировой интеграции способствуют сближению стран, а вместе с тем и развитию отношений между гражданами различных государств, в частности брачных, которые нуждаются в регулировании нормами права. Проблемы заключения брака, последствий заключения брака, признания браков, заключенных на территории иностранных государств, вопросы действительности брачного союза требуют тщательной работы законодателя, так как необходимо установить применяемый к этим отношениям правовой порядок, а в некоторых случаях для сближения правовых систем разных государств унифицировать нормы и внести соответствующие изменения в существующее законодательство.

Для Российской Федерации и бывших советских республик значимым событием стал распад Союза Советских Социалистических Республик: бывшие союзные республики стали друг для друга иностранными государствами, увеличились миграционные движения, появилась возможность для свободного въезда в Российскую Федерацию и выезда с ее территории – все это породило необходимость создания семейного законодательства, соответствующего геополитическим изменениям. На основе анализа норм иностранного законодательства выделим положения, необходимые для совершенствования отечественного регулирования заключения брака с иностранным гражданином.

В Семейном кодексе Армении отсутствует коллизионная норма, позволяющая применить иностранное право к отношениям по заключению брака. Статья 141 СК Армении закрепляет, что «на территории Республики Армения браки иностранных граждан и лиц без гражданства заключаются в порядке, установленном законодательством Республики Армения»¹. Кроме того, для признания заключения брака, заключенного за пределами территории Армении (между гражданами Республики Армения, или между гражданами республики Армения и иностранными гражданами либо лицами без гражданства) или между иностранными гражданами, заключающими брак на территории Армении, а также для расторжения брака между теми же субъектами необходима консульская легализация.

Пробелом в нормативном регулировании отношений по заключению брака является отсутствие регламентации заключения брака гражданином Армении и иностранным гражданином или лицом без гражданства непосредственно на территории Армении. Таким образом, можно сделать вывод о том, что семейное законодательство Республики Армения имеет свои недостатки, нуждающиеся в правовой доработке.

Кодекс Республики Казахстан «О браке (супружестве) и семье» также закрепляет регулирование заключение брака, в том числе с иностранными гражданами и лицами без гражданства, на территории Казахстана исключительно нормами казахского семейного законодательства. Также в Кодексе закреплен порядок регистрации брака с иностранцем, когда оно необходимо в соответствии с его национальным законодательством. В данной ситуации регистрирующий брак орган должен дать разъяснения вступающим в брак и прежде всего гражданину (гражданке) Казахстана, что заключаемый брак может быть признан недействительным в той стране, гражданином которой является

¹ Семейный кодекс Республики Армения от 8 декабря 2004 года № ЗР-123 // Официальные ведомости Республики Армения 19 января 2005 года № 4 (376). С. 60

лицо, с которым он (она) вступает в брак. Однако, если независимо от данных регистрирующим органом разъяснений, «заявители настаивают на государственной регистрации брака, этот брак регистрируется»¹.

Пробелом в правовом регулировании является заключение брака с иностранными гражданами, а также лицами без гражданства, которые не имеют постоянного места жительства на территории Республики Казахстан.

Отсутствие права выбора иностранного правопорядка при заключении брака с иностранным гражданином или лицом без гражданства можно найти и в семейном законодательстве Украины. Статья 56 Закона Украины «О международном частном праве» гласит, что «форма и порядок заключения брака в Украине между гражданином Украины и иностранцем или лицом без гражданства, а также между иностранцами или лицами без гражданства определяются правом Украины»². Зато в отличие от нормы российского Семейного кодекса, украинское право дает более широкую возможность для заключения брака в дипломатических представительствах и консульских учреждениях: если согласно Семейному кодексу РФ браки заключаются гражданами РФ, оба из которых проживают за пределами России, то украинское право позволяет заключить брак, если хотя бы один из граждан Украины, вступающих в брак, проживает за границей.

Более широкое применение имеет норма украинского законодательства и относительно имущественных отношений супругов. Согласно Закону Украины супруги имеют право выбрать правопорядок для регулирования отношения, связанных с имущественными последствиями заключения брака: либо право личного закона одного из супругов (*lex nationalis*), либо право государства, в которой один из них имеет обычное место пребывания (*lex domicilii*), либо, если рассматриваемым имуществом является недвижимая вещь, право государства, в котором находится это недвижимое имущество (*lex rei sitae*). Российское семейное право определяет правопорядок, применимый к имущественным правам и обязанностям супругов по законодательству того государства, в котором супруги совместно проживают или в котором они имели последнее совместное место жительства. Таким образом, украинское семейное законодательство предоставляет большую свободу выбора относительно применимого права.

Семейные отношения в Литве регулируются четвертым разделом Гражданского кодекса Литовской республики «Право применимое к семейным правоотношениям». Стоит отметить, нормы Гражданского кодекса Литвы содержат положения, регулирующие обещание вступить в брак (помолвку). Коллизионная норма, содержащаяся в статье 1.24, закрепляет, что если стороны обещания имеют место жительства на территории разных стран, то помолвка и ее последствия подлежат регулированию законом того государства, где она была совершена, или законом государства проживания одной из сторон или законом государства, в котором имеет гражданство одна из сторон. Но отмечается, что выбор правопорядка осуществляется в зависимости от того, с каким правом наиболее тесно связан рассматриваемый спор.

Еще одной особенностью литовского семейного законодательства является ограничение признания браков, заключенных на территории иностранных государств. По общему правилу брак признается, но исключения составляют случаи, когда «супруги, проживающие на территории Литовской Республики, заключили брак на территории иностранного государства, с целью уклониться от действия положений законодательства Литовской Республики, признающих брак недействительным»³.

Норма, определяющая право, применимое к правоотношениям супругов носит коллизионный характер. Как и в Семейном кодексе РФ, правоотношения супругов регулируются правом государства совместного проживания. Однако особенностью литовской нормы является то, что в случае, если супруги совместно не проживают или не проживали, к их правоотношениям применяется право по принципу наиболее тесной связи (*lex connectionis fermitatis*). Если же применение данного принципа не представляется возможным, то в таком случае подлежит применению право государства, на территории которого был заключен брак.

¹ Кодекс Республики Казахстан от 26 декабря 2011 года № 518-IV «О браке (супружестве) и семье» // URL: https://online.zakon.kz/document/?doc_id=31102748

² Закон Украины «О международном частном праве» от 23.06.2005 № 2709-IV // URL: https://online.zakon.kz/m/document/?doc_id=30573039

³ Гражданский кодекс Литовской Республики № VIII-1864 от 18 июля 2000 года, статья 1.24 // URL: http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?fle_id=202088

Подводя общую черту проведенному анализу законодательства некоторых бывших советских республик – Армении, Казахстана, Украины и Литвы, – можно сделать вывод о том, что несмотря на сходство правового регулирования заключения браков с иностранными гражданами имеются и существенные отличия. В ряде случаев, например, в законодательстве Армении и Казахстана, содержатся нормы о правопорядке, подлежащему применению при заключении брака, по своему характеру не являющиеся коллизионными, что не совсем отвечает потребностям времени. Также в законодательстве вышеупомянутых стран существуют пробелы в правовом регулировании, нуждающиеся в восполнении.

Однако некоторые выявленные достоинства правового регулирования института заключения брака с иностранными гражданами можно перенять, внося изменения и дополнения в Семейный кодекс Российской Федерации. На мой взгляд, необходимо закрепить порядок регистрации брака с иностранным гражданином, которому необходимо разрешение от компетентного органа на заключение брака, как это сделано в Кодексе Республики Казахстан «О браке (супружестве) и семье».

Также, по примеру украинского законодательства необходимо расширить возможность для заключения брака в дипломатических представительствах и консульских учреждениях, дополнить статью 161 Семейного кодекса РФ положением о применении к недвижимому имуществу супругов права государства, в котором находится эта недвижимая вещь. А по примеру семейного законодательства Литвы – возможность применять принцип наиболее тесной связи к имущественным отношениям супругов для того, чтобы упростить и облегчить правоприменение и обеспечить наиболее удобное и правильное правовое регулирование.

Бонько А. Д.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Некоторые проблемы правового регулирования института суррогатного материнства в Российской Федерации

Одной из целей создания семьи традиционно является рождение ребенка. В данной цели соединяются публичные и частные интересы, в связи с чем она имеет особую важность в современном мире. Однако по ряду причин люди не могут зачать, выносить или родить ребенка самостоятельно, и в этом случае приходится прибегать к вспомогательным репродуктивным технологиям (далее- ВРТ), в частности, к суррогатному материнству¹.

В РФ не существует специальных актов, регулирующих суррогатное материнство. Часть норм можно найти в Семейном кодексе² и ФЗ «Об актах записи гражданского состояния»³, они касаются лишь одного элемента правоотношений по поводу суррогатного материнства, а именно права суррогатной матери отказаться от передачи ребенка потенциальным родителям. В ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»⁴ закреплены легальные понятия как ВРТ в целом, так и отдельно суррогатного материнства. Статья 55 данного закона содержит основные положения, в соответствии с которыми в РФ регулируется суррогатное материнство, установлены требования к суррогатной матери и определен круг лиц, которые имеют право на применение ВРТ. Кроме того, применение ВРТ, в том числе суррогатного материнства регулируется на подзаконном уровне.

Отсюда можно сделать вывод, что законодатель не игнорирует вопросы,

¹ Суррогатное материнство представляет собой вынашивание и рождение ребенка (в том числе преждевременные роды) по договору, заключаемому между суррогатной матерью (женщиной, вынашивающей плод после переноса донорского эмбриона) и потенциальными родителями, чьи половые клетки использовались для оплодотворения, либо одинокой женщиной, для которых вынашивание и рождение ребенка невозможно по медицинским показаниям.(пункт 9 статьи 55 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»)

² «Семейный кодекс Российской Федерации» от 29.12.1995 № 223-ФЗ // «СПС «КонсультантПлюс»»

³ Федеральный закон «Об актах гражданского состояния» от 15.11.1997 № 143-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс»

⁴ Федеральный закон «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» от 21.11.2011 № 323-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс»

связанные с суррогатным материнством, а наоборот стремится их урегулировать. В научном сообществе встречаются различные мнения о том, достаточно ли этого регулирования. Судья Верховного Суда Российской Федерации В.В. Момотов считает, что «регулирование вспомогательных репродуктивных технологий в РФ является достаточным, развитым и прогрессивным»¹. Иной точки зрения придерживается С.В. Алборов, отмечая «весьма фрагментарное регулирование отношений суррогатного материнства, отсутствие единого закона и принципиальной концепции законодателя, призванных урегулировать отношения суррогатного материнства, что неизбежно создает все условия для злоупотребления правом, а, следовательно, для нарушения баланса прав и законных интересов его участников, публичного и частного, государственного и семейного взаимодействия»².

Стоит признать, что в контексте сравнения с зарубежными правовыми порядками, в РФ действительно существует достойная нормативная база для регулирования института суррогатного материнства. В законодательстве различных государств не сложилось единого отношения к суррогатному материнству. Так, например, в Латвии суррогатное материнство является уголовно наказуемым деянием³, такой же запрет установлен в Германии и Голландии. В ряде стран законодатель не регулирует отношения, связанные с суррогатным материнством (Бельгия, Ирландия). Россия вместе с Украиной, Грузией и Индией входит в число стран, где суррогатное материнство разрешено⁴. Однако несмотря на это в российском законодательстве есть и масса нерешенных вопросов, связанных с суррогатным материнством: отсутствие единого акта, неопределенность природы отношений суррогатного материнства, отсутствие правовой регламентации правового статуса участников этих отношений и дискуссии относительно требований, которые должны предъявляться к ним, отсутствие регламентации договора о суррогатном материнстве и иные. В связи с чем в научной литературе высказаны предложения усовершенствования правового регулирования суррогатного материнства. Так, например, С.П. Журавлева⁵ считает необходимым принятие закона о суррогатном материнстве, в работах И.А. Диковой⁶ и Е.С. Митряковой⁷ содержатся предложения введения одного закона, регулирующего известные виды ВРТ, так же есть сторонники создания «Медицинского кодекса»⁸ и соответственно выделения новой отрасли права, в предмет регулирования которой будут входить отношения по поводу ВРТ.

На данный момент подобные инициативы остаются в доктрине, в Государственную Думу вносятся законопроекты, касающиеся отдельных положений о суррогатном материнстве. В частности, в одном из последних законопроектов предлагается сузить круг лиц, имеющих право на использование услуг суррогатного материнства, запретить услуги суррогатных матерей для иностранцев, установить нотариальную форму договора, запретить рекламу услуг по суррогатному материнству, усложнить процедуру регистрации рождения ребенка в ЗАГСе⁹. В пояснительной записке говорится, что из-за существующих пробелов в законодательстве «фактически сформировался рынок экспорта российских детей, рожденных суррогатными матерями» и, таким образом, иностранцы обходят запрет на усыновление российских детей, указывается на то, что возможность применения суррогатного материнства одиночными мужчинами и

¹ Момотов В. В. Биоэтика в контексте законодательства и правоприменения (суррогатное материнство) // Lex Russia. 2019 № 1. С 29-38.

² Алборов С. В. Правовое и индивидуальное регулирование суррогатного материнства : дис. ... канд. юрид. наук. Москва. 2018. С 3.

³ Левушкин А. Н. Правовое регулирование суррогатного материнства в странах Балтии // Пробелы в российском законодательстве. 2011 № 1.

⁴ Толстикова О. М. Проблемы правового регулирования суррогатного материнства в России // Сибирский юридический вестник. 2017 № 1. С. 83–87.

⁵ Журавлева С. П. Правовое регулирование договора о суррогатном материнстве в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011 С. 10–12.

⁶ Дикова И. А. регулирование отношений, возникающих при применении репродуктивных технологий в семейном и гражданском праве России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011 С. 8.

⁷ Митрякова Е. С. Правовое регулирование суррогатного материнства в России : дис. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2006. С. 23–25.

⁸ Корсаков С. А. О трудностях формирования медицинского права России // Медицинское право и этика. 2000. № 1. С. 17–24

⁹ В Госдуме разработали законопроект о запрете услуг суррогатных матерей для иностранцев // URL: <https://tass.ru/obschestvo/10497935>

женщинами не соответствует принципу, что материнство и детство, семья в РФ находятся под защитой государства, и вообще «получившая широкое распространение практика суррогатного материнства создает прямую и косвенную возможность нанесения ущерба национальным интересам, представляет, как минимум, угрозу общественной, экономической безопасности, безопасности личности, а также биологической безопасности»¹, и по этой причине парламентарии предлагают ввести перечисленные ограничения. Законопроект уже вызвал определенные опасения у специалистов, в связи с чем был раскритикован представителями как юридического²³, так и медицинского сообщества⁴.

Указание на угрозу суррогатного материнства для общественной, экономической безопасности, безопасности личности, а также биологической безопасности является довольно общим положением, которое так или иначе можно отнести к любому явлению, которое еще не получило должного правового оформления, однако это совсем не означает то, что имеется необходимость введения таких жестких ограничений. Отношения материнства, отцовства и детства и отношения, связанные с ВРТ, в силу своей специфики должны регулироваться более продуманно, исключая возможность нарушения прав участников этих отношений. Также вызывают вопрос предлагаемые ограничения для одиноких граждан РФ. По сути, такое положение нарушает принцип равенства граждан, закрепленный в статье 19 Конституции, одно то, что человек не состоящий в браке не может быть основанием для ограничения его права быть родителем и воспитывать детей. Нет достаточных оснований считать, что ребенок, выращенный в неполной семье⁵, не получит должной заботы и воспитания, как нет и гарантий, что дети, имеющие обоих родителей, обязательно получают такую заботу и воспитание.

Создатели законопроекта указывают на то, что сложился некий «рынок» российских детей для иностранцев, и в связи с этим не совсем понятно, что же больше волнует разработчиков данного положения: коммерческий подход к суррогатному материнству и превращение ребенка и человеческой жизни в товар или то, что «покупателями» являются иностранные граждане. Стоит предположить, что первая проблема, вряд ли может быть решена предлагаемыми изменениями, так как суррогатное материнство все также продолжит существовать на коммерческой основе, но только на национальном уровне. И представляется, что в реалиях нашей страны не может быть применен опыт Индии в борьбе с «репродуктивным туризмом»⁶, так как введенные там ограничения суррогатного материнства на коммерческой основе и для иностранных лиц служат методом борьбы с исторически сложившимся кастовым расслоением индийского общества.

Спорить можно и с тем, что доступ иностранцев к услугам российских суррогатных матерей «наносит серьезный ущерб международной репутации нашей страны и противоречит заявленному в обновленной Конституции принципу, согласно которому дети являются важнейшим приоритетом государственной политики России»⁷. Суррогатное материнство, как и другие, ВРТ хотя и появились сравнительно недавно, но уже показали свою эффективность в решении проблемы бесплодия. Их запрет и ограничение не соответствуют потребностям современного общества, где активно трансформируется подход к семейным отношениям, в том числе в аспекте репродуктивной функции семьи.

¹ Депутаты подготовили запрет на суррогатное материнство для одиноких людей // URL: <https://www.rbc.ru/politics/19/01/2021/6006e6759a79472e23983481>

² Неестественный отбор: почему изменения в законодательстве о суррогатном материнстве не похожи на защиту семьи // URL: <https://www.forbes.ru/forbes-woman/419043-neestestvennyy-otbor-pochemu-izmeneniya-v-zakonodatelstve-o-surrogatnom>

³ «Инкубатор для геев»: какое суррогатное материнство нужно России // URL: <https://www.gazeta.ru/social/2020/07/31/13171801.shtml>

⁴ Более половины врачей выступили против запрета суррогатного материнства Какие проблемы ждут иностранцев при прохождении процедуры в России // URL: <https://www.rbc.ru/society/16/09/2020/5f60a41a9a7947618311f056>

⁵ Семья, в которой детей или ребенка воспитывает один из родителей (пункт 2.4.2. ГОСТ Р 52495-2005 Социальное обслуживание населения.)

⁶ Саввина О. В. Влияние «репродуктивного туризма» на законодательство регулирующее суррогатное материнство // Lex Russia. 2018. № 2. С 140-147

⁷ Депутаты подготовили запрет на суррогатное материнство для одиноких людей // URL: <https://www.rbc.ru/politics/19/01/2021/6006e6759a79472e23983481>

Предлагается не вовсе отказаться от введения ограничений для ВРТ, в том числе суррогатного материнства, а подходить к регулированию указанных институтов комплексно, а не применять «метод латания дыр.»

Буйленко В. В, Ковалёва А. А.

*Ростовский филиал Российской таможенной академии,
студенты*

Отдельные проблемы правового положения несовершеннолетних родителей

С рождением ребенка у родителей появляются определённые права и обязанности, прежде всего, обязанность заботиться о благополучии и воспитании своего ребёнка. Актуальной и требующей особого внимания является проблема реализации прав и исполнения обязанностей несовершеннолетними родителями.

Согласно сводным данным Всемирной организации здравоохранения около 12 млн несовершеннолетних девушек, не достигших 16-18 лет, рожают детей¹. По данным Росстата в течение последних пяти лет в России около 10000 несовершеннолетних девушек стали матерями. Например, в 2019 году у несовершеннолетних родителей было рождено 11247 детей, при этом возраст несовершеннолетних мам варьируется от 12 до 18 лет².

Несовершеннолетняя многодетность уже становится привычным делом, когда у 16-17-летних девочек рождается третий и четвёртый ребёнок. Росстат зарегистрировал в 2019 году 5 семнадцатилетних несовершеннолетних мам, у которых было рождено по пятому ребёнку.

Несмотря на то что половые контакты с лицами, не достигшими 16 лет, являются уголовно наказуемыми преступлениями, а в группу особо тяжких преступлений относят половые контакты с детьми, не достигшими 12 лет, правоохранительные органы не всегда уделяют этому факту должное внимание, относя подростковую беременность к особенностям региональной специфики.

Права несовершеннолетних родителей в Российской Федерации регулируются нормами Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), Федеральным Законом «Об опеке и попечительстве», Семейным кодексом Российской Федерации (далее СК РФ).

Правовые нормы, регулирующие отношения несовершеннолетних родителей с детьми, имеют диспозитивный характер, что порождает ряд проблемных вопросов.

СК РФ предоставляет несовершеннолетним родителям различный объем прав и обязанностей, который зависит от возраста и факта заключения брака между несовершеннолетними. Законодатель гарантирует несовершеннолетним родителям основные права на проживание на одной жилплощади совместно со своими детьми и права на участие в их воспитании³. Статья 62 СК РФ закрепляет право несовершеннолетних родителей при достижении ими 16 лет осуществлять родительские права самостоятельно, а до указанной границы возраста воспитание осуществляют опекуны, назначаемые органами опеки и попечительства. Службы опеки и попечительства помогают решить разногласия, возникающие в таких семьях, контролируют такие семьи и помогают в проблемных ситуациях, особенно в тех случаях, когда рожденные в семьях дети подвержены опасности.

Если несовершеннолетние родители состоят в официальном браке, им исполнилось 16 лет, то они получают полноценные родительские права и органы опеки и попечительства могут быть освобождены от участия в патронаже такой семьи своим детям, так как предполагается возможность создать условия для проживания, развития и образования маленьких детей.

Эмансипация позволяет несовершеннолетним родителям, которым исполнилось 16 лет, самостоятельно представлять в любых учреждениях интересы своих детей, выбирать способы и виды обучения детей, а также место

¹ Детские браки: 39 000 каждый день // URL: https://www.who.int/mediacentre/news/releases/2013/child_marriage

² Статистические данные Росстата // URL: <https://rosstat.gov.ru/folder/13807?print=1>

³ Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс»

проживания детей и самостоятельно обеспечивать в правоохранительных органах защиту их интересов. При отсутствии таких условий ответственность за семью несовершеннолетних родителей несут органы опеки и попечительства¹.

Анализ семейного законодательства позволяет выделить ряд проблем правового положения несовершеннолетних родителей. В первую очередь, много вопросов вызывает определение минимального брачного возраста несовершеннолетних родителей, поскольку он различен в регионах Российской Федерации – 16 лет и ниже, при этом в некоторых регионах вовсе не указывается минимальный брачный возраст. В законе Ростовской области «Об условиях и порядке регистрации брака несовершеннолетних граждан в Ростовской области» минимальный брачный возраст составляет четырнадцать лет. Законодательство Мурманской области устанавливает, что брачный возраст несовершеннолетних не может быть ниже пятнадцати лет. Именно эта проблема и порождает уменьшение объема прав несовершеннолетних родителей в сравнении с теми, которые состоят в браке и являются эмансипированными.

Выход из такой ситуации видится в установлении нижнего предела брачного возраста для несовершеннолетних лиц – 14 лет. Закрепление на уровне СК РФ единого минимального возраста во всех субъектах Российской Федерации для заключения брака лицами, не достигшими совершеннолетия, необходимо для решения вопроса об объеме прав и обязанностей несовершеннолетних родителей.

До конца 2020 года Министерство Юстиции Российской Федерации планировало разработать законопроект, определяющий условия, которые позволяют заключать брак с несовершеннолетними. Однако в настоящее время нет ни условий, ни самого механизма. При выдаче разрешений на заключение с несовершеннолетними лицами брака часто власти применяют формальный подход, не рассматривая детально конкретную ситуацию. Муниципалитеты выдают разрешения, опираясь на справку от врача о наличии беременности. Считаем, что выдача разрешения на брак несовершеннолетним должна быть вменена в обязанность органам опеки и попечительства, чья основная функция – защита детства и прав несовершеннолетних.

Кроме того, при вступлении в брак несовершеннолетних обязательно необходимо ввести согласие родителей, поскольку до 16 лет они ещё не готовы психологически к последствиям создания семьи и ответственности, которая возникнет в связи с рождением ребёнка.

Следует выделить и проблему объема семейной дееспособности несовершеннолетних родителей в зависимости от того, вступили они в брак или нет. Как отмечают исследователи, конфликт норм законов состоит в том, что при достижении 16 лет несовершеннолетние родители могут реализовывать свои родительские права самостоятельно, но в соответствии с нормой статьи 26 ГК РФ они не имеют полной гражданской дееспособности. Коллизия состоит и в том, что законодательно несовершеннолетние родители могут быть представителями своих детей, но, еще не достигнув уровня зрелости как полноценной социализированной личности, не могут должным образом представлять интересы своих детей².

Другая коллизия – девушка, будучи беременной и не достигнув возраста 15 лет, имеет право самостоятельно решать вопрос о материнстве, но свои родительские права до 16 лет в полном объеме она реализовать не может. Полагаем, что было бы разумным повышение возраста несовершеннолетних лиц на самостоятельное решение вопроса о материнстве до 16 лет, внести необходимые поправки в пункт 2 статьи 54 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации».

Таким образом, институт прав и обязанностей несовершеннолетних родителей требует серьезного научного осмысления с целью совершенствования законодательства. Особое внимание должно быть уделено вопросам определения единого минимального брачного возраста, определения условий для заключения брака несовершеннолетним, определения объема обязанностей несовершеннолетних родителей. Проблема правового положения несовершеннолетних родителей является многогранной, разработка мер поддержки в целях воспитания достойного молодого поколения должна быть на уровне государственной важности.

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс»

² Леканова Е. Е. Законный интерес несовершеннолетних родителей в воспитании ребенка // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 11. С. 38.

Исмаилова А. А.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Проблемы регулирования правового статуса пасынков (падчериц) и отчима (мачехи) в российском законодательстве

Сфера семейных правоотношений и по сей день содержит множество нерешенных задач, а поэтому и остается одним из важнейших направлений политики государства и деятельности законодателя в целом. В связи с тем, что с каждым годом увеличивается количество повторных браков, в которые лица зачастую вступают, имея детей от предыдущих, особо актуальным является вопрос регулирования правоотношений между пасынками (падчерицами) и отчимами (мачехами).

Семейный кодекс Российской Федерации (далее СК РФ), а также Гражданский кодекс Российской Федерации (далее ГК РФ) не определяют статус данных лиц, не указывают, кем именно мы можем называть пасынка (падчерицу) и отчима (мачеху), что является основой всех проблем в данной сфере регулирования. Единственное официальное разъяснение дает нам Верховный суд в постановлении Пленума «О судебной практике по делам о наследовании»¹. Пункт 29 устанавливает: пасынки и падчерицы наследодателя – неусыновленные наследодателем дети его супруга независимо от их возраста; отчим и мачеха наследодателя – не усыновивший наследодателя супруг его родителя. Однако и эти понятия не дают полноценного толкования и не охватывают все важные для правоотношений аспекты.

Исходя из официального толкования и обыденного, которое мы можем найти в любом словаре, следует вывод о том, что юридическим фактом для возникновения данных статусов, является заключение брака между двумя лицами, у которых уже имеются дети. Соответственно, между отчимом (мачехой) и пасынком (падчерицей) возникают отношения свойства. А это, в свою очередь, является основанием для возникновения, изменения и прекращения правоотношений в различных сферах. Однако законодательством урегулированы лишь алиментные, наследственные и пенсионные отношения между данными субъектами.

Алиментные субсидиарные обязательства устанавливаются статьей 97 СК РФ. Она предусматривает возможность нетрудоспособного отчима (мачехи) требовать в судебном порядке предоставления содержания от трудоспособных совершеннолетних пасынков или падчериц, в случае если первые воспитывали и содержали пасынков и падчериц. Однако ставится условие – мачеха или отчим должны воспитывать последних надлежащим образом не менее пяти лет².

Согласно действующему законодательству содержание и воспитание пасынка (падчерицы) не является обязанностью отчима и мачехи, то есть осуществляется на добровольной основе. Поэтому, вполне справедливо замечает Е.В. Каймакова, некорректно употреблять в отношении отчима и мачехи словосочетание «если они выполняли свою обязанность по воспитанию и содержанию пасынка (падчерицы) ненадлежащим образом», они принимают на себя эту обязанность добровольно исключительно как моральную, а потому не заслуживают упрека в ненадлежащем ее выполнении³. В связи с этим, было бы корректнее перефразировать пункт 2 ст. 97 СК РФ следующим образом: «Суд вправе освободить пасынков и падчериц от обязанностей содержать отчима или мачеху, если последние воспитывали и содержали их менее пяти лет, а также если они осуществляли это ненадлежащим образом».

Как видим, у нас есть два критерия уплаты алиментов пасынками (падчерицами), если с критерием срока всё предельно ясно (хотя предусмотрен ряд причин, по которым срок может быть сокращен по уважительным причинам – в частности достижение детьми совершеннолетия), то второй критерий (надлежащее воспитание) является оценочным. Кроме того, при оценке отношений как семейных суд часто обращается к наличию факта совместного проживания, что никак не регламентируется законодательством.

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 мая 2012 г. № 9 «О судебной практике по делам о наследовании» // СПС «КонсультантПлюс»

² Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ // «СПС «КонсультантПлюс»»

³ Каймакова Е. В. Актуальные вопросы правового положения свойственников в семейных отношениях // Семейное и жилищное право. 2020. № 6. С. 14–47.

Таким образом, в статью 97 СК РФ было бы целесообразно внести некоторые изменения: переформулировать п. 2, исключив из него положение об обязанности по отношению к мачехам (отчимам), установить примерные критерии добросовестного и надлежащего воспитания и содержания пасынков (падчериц), а также распространить данные положения на отношения супруга усыновителя и не усыновленных им детей, т.к. этот вопрос также остается открытым.

Помимо алиментных обязательств, законодательство придает правовое значение связи отчима (мачехи) и пасынка (падчерицы) в наследственных отношениях. Ранее пасынки и падчерицы не призывались к наследованию по закону после отчима или мачехи и наоборот, как это распространено во многих европейских странах (например, во Франции и Германии)¹. Однако современная редакция ГК РФ предусматривает, что в случае отсутствия наследников предшествующих очередей, к наследованию в качестве наследников седьмой очереди призываются пасынки, падчерицы, отчим и мачеха наследодателя².

Исходя из Постановления Пленума Верховного Суда «О судебной практике по делам о наследовании», которое упоминалось ранее, главным фактом возникновения наследственных правоотношений признается наличие брака, т.к. никакие другие условия в дефинициях не закреплены. В таком случае видится возможным вариант, когда лицу, претендующему на наследование, достаточно установить факт состояния в браке на момент открытия наследства. Но в этом случае не учитывается наличие или отсутствие между наследодателем и наследником семейной связи, не учитываются и сроки нахождения в браке лиц, наличие факта совместного проживания и воспитания.

Кроме того, в определении, данным Пленумом Верховного Суда, не отражен факт прекращения правоотношений между отчимом (мачехой) и пасынком (падчерицей), если исходить из того, что это отношения свойства, то они должны прекратиться с расторжением брака между супругом-родителем и супругом-отчимом (мачехой). Такой подход отражен в наследственных правоотношениях, однако, алиментные и пенсионные отношения никак не ограничены расторжением брака и продолжают после.

Кроме того, в делах о наследовании важен и способ прекращения брака. Если брак был прекращен до дня открытия наследства вследствие смерти или объявления умершим одного из супругов, указанные лица призываются к наследованию. В то же время в случаях, если брак прекращен путем его расторжения, а также признан недействительным, указанные лица к наследованию не призываются.

Не совсем понятен такой неоднозначный подход законодателя к браку, почему в одних ситуациях он не влияет на возникновение правоотношений, а в других важен и сам брак, и даже способы его прекращения. На отношения привязанности между пасынком (падчерицей) и отчимом (мачехой) расторжение брака или признание его недействительным не влияет – отношения либо сложились, либо нет.

В таком случае, видится возможным провести аналогию³ и распространить подход, применяемый в алиментных и пенсионных отношениях, и на наследственные отношения, что будет более справедливым по отношению к тем, у кого возникли личные отношения со своими свойственниками.

Помимо этого, стоит отметить несправедливость положения данных лиц в очереди наследования. Зачастую, наследники 7 очереди состоят в гораздо более тесных отношениях с наследодателем, чем наследники второй – шестой степеней родства. И единственный законный способ получить наследство – признание их нетрудоспособными иждивенцами наследодателя, в таком случае они получают наследство вместе с призываемой очередью.

Было бы более справедливым, как для мачех (отчимов) и пасынков (падчериц), так и для иных очередей наследников, внести следующие изменения в п. 1 ст. 1143 ГК РФ: «Если нет наследников первой очереди, наследниками второй очереди по закону являются полнородные и неполнородные братья и сестры наследодателя, его дедушка и бабушка как со стороны отца, так и со стороны матери, а также мачеха (отчим) наследодателя при условии их совместного проживания с пасынками (падчерицами) в течение пяти лет, и участия в надлежащем воспитании и содержании».

¹ Кулакова А. А. Особенности правоотношений отчима (мачехи) и пасынка (падчерицы) // Вестник владимирского юридического института. 2008. № 4. С. 107–110.

² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26.11.2001 № 146-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс»

³ Малкин О. Ю., Смолина Л. А. Наследование пасынками и падчерицами, отчимом и мачехой наследодателя // Наследственное право. 2017. № 1. С. 14–17

Таким образом, изучив закрепленные в законодательстве правоотношения между отчимом (мачехой) и пасынком (падчерицей), а также те вопросы, которые на современном этапе остаются открытыми, можно сделать следующий вывод. Основной проблемой регулирования является отсутствие законодательного единообразного закрепления понятий «отчим», «мачеха», «пасынок» и «падчерица», это значительно затрудняет определение фактов, необходимых для установления наличия правоотношений между указанными лицами. Суммируя все характеристики возникающих правоотношений, условий их возникновения, хотелось бы вывести следующие определения: отчим (мачеха) – лицо, не являющееся усыновителем ребенка, но состоящее (состоявшее) в браке с родителем данного ребенка, совместно проживающее с ним не менее 5 лет и участвовавшее в его надлежащем содержании и воспитании, а пасынки и падчерицы – не усыновленные (удочеренные) дети супруга (бывшего супруга), с которыми лицо совместно проживало не менее 5 лет и участвовало в их надлежащем воспитании и содержании.

Кадашева С. Н.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Право ребенка выражать свое мнение: проблемы реализации основополагающего принципа Конвенции о правах ребенка в РФ

Каждый человек имеет право на свободное выражение убеждений, а также право беспрепятственно придерживаться своих мнений. Данные принципы закреплены в таких международных договорах, как Всеобщая Декларация прав человека¹, Пакт о гражданских и политических правах², а также в Конвенции о правах ребенка 1989 г.³.

В статье 3 Конвенции о правах ребенка договаривающиеся Стороны берут на себя обязанность во всех действиях в отношении детей уделять первоочередное внимание наилучшему обеспечению интересов ребенка. В статье 12 Конвенции ребенку, способному сформулировать свои собственные взгляды, гарантировано право свободно выражать эти взгляды по всем вопросам, затрагивающим ребенка, причем взглядам ребенка уделяется должное внимание в соответствии с возрастом и зрелостью ребенка. Несовершеннолетнему дана возможность быть заслушанным в ходе любого судебного или административного разбирательства, затрагивающего его, либо непосредственно, либо через уполномоченный орган или представителя.

В Семейном кодексе РФ⁴ правам несовершеннолетних посвящена отдельная глава, нормы которой, так или иначе, соответствуют требованиям Конвенции. В том числе в ст. 57 СК РФ закреплено право ребенка выражать свое мнение при решении в семье любого вопроса, затрагивающего его интересы, а также быть заслушанным в ходе любого судебного или административного разбирательства. Стоит отметить, что в данном положении не установлен минимальный возраст учета мнения ребенка. Однако далее по тексту указан возрастной порог (10 лет), достижение которого обязательно для учета мнения ребенка. Можно предположить, что правоприменитель вправе не придавать значения мнению несовершеннолетнего младше 10 лет. Однако судебная практика указывает, что, например, в вопросах усыновления суду следует выяснять мнение ребенка непосредственно в судебном заседании во всех случаях, когда ребенок достиг достаточной степени развития и способен в силу этого сформулировать свои собственные

¹ Всеобщая декларация прав человека от 10 декабря 1948 г. // Российская газета. 1995. № 67. 5 апреля.

² Международный пакт о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г. // Ведомости ВС СССР. 1976. № 17. Ст. 291.

³ Конвенция о правах ребенка от 20 ноября 1989 г. // Сборник международных договоров СССР. 1993. Вып. XLVI.

⁴ Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. № 223-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16.

взгляды¹. В п. 4 постановления Пленума ВС РФ от 14.11.2017 № 44² допускается опрос судом ребенка младше 10 лет в целях выяснения его мнения (при условии, что суд придет к выводу о способности такого ребенка формулировать свои взгляды по вопросам, затрагивающим его права), однако ничего не говорится об обязательности учета мнения ребенка. Проблема закрепления возрастного порога относительно предоставляемого ст. 57 СК РФ права ни раз обсуждалась международными органами. Комитет ООН по правам ребенка в своих замечаниях неоднократно делал акцент на том, что ребенок должен рассматриваться как субъект права, а смысл Конвенции заключается в распространении на детей всех основных прав человека. В Замечании общего порядка № 7 «Осуществление прав ребенка в раннем детстве» Комитет призывает государства отойти от концепций, рассматривающих раннее детство в основном как период приобщения к жизни общества незрелого человеческого существа и превращения его в зрелого взрослого человека. Государства должны стремиться, чтобы ребенка, в том числе в самом младшем возрасте, уважали как личность, обладающую своими собственными правами. Дети должны быть признаны в качестве активных членов семей, общин и общества в целом со своими собственными проблемами, интересами и взглядами³. Данное положение говорит о том, что Комитет ООН осуждает политику государств, указывающих на возраст, с которого обязателен учет мнения ребенка.

Таким образом, при определении того, какой вес должен придаваться мнению ребенка, законодателю разумно уйти от возраста как единственного критерия. Ученые-психологи ни раз доказывали, что уже в дошкольном возрасте у несовершеннолетних «проявляется сосредоточенность и последовательность в действиях, самооценка своих действий и полученного результата»⁴, в младшем школьном возрасте «дети начинают понимать, что люди могут иметь разные точки зрения в силу владения разной информацией; они лучше начинают понимать других людей; начинают осознавать мотивы их поведения»⁵. Поэтому в Семейном кодексе РФ следует отдавать предпочтение не возрасту, а «зрелости». В комментариях к Конвенции по правам ребенка «зрелость» определяется как возможность понимать и оценивать последствия обсуждаемых вопросов⁶. Значит, при наличии достаточного уровня зрелости, 7-милетний ребенок может демонстрировать взвешенность своего решения, и порой даже лучше, чем несовершеннолетний 10 лет.

В ст. 57 СК РФ также дается важная оговорка о возможности не принимать мнение ребенка во внимание, если оно противоречит его интересам. Семейный кодекс РФ во многих статьях указывает на необходимость ориентироваться на интересы несовершеннолетнего⁷. Верховный Суд РФ также регулярно отмечает обязанность судов руководствоваться интересами ребенка⁸ при рассмотрении тех или иных споров, связанных с несовершеннолетними. Однако в российском законодательстве концепция «наилучших интересов ребенка» не занимает место принципа семейного права. Соответственно не закреплены и критерии оценки интересов ребенка, которые должны помочь достичь равновесие между всеми составляющими в момент, когда принимается решение относительно определенного ребенка в определенной ситуации⁹. Из-за отсутствия в законодательстве России таких критериев создается риск широкого толкования принципа «наилучших интересов ребенка» и возможности компетентных органов, ссылаясь на

¹ Обзор практики рассмотрения в 2012 году областными и равными им судами дел об усыновлении детей иностранными гражданами или лицами без гражданства, а также гражданами Российской Федерации, постоянно проживающими за пределами территории Российской Федерации (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 22.05.2013) // СПС «КонсультантПлюс».

² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 14 ноября 2017 г. № 44 «О практике применения судами законодательства при разрешении споров, связанных с защитой прав и законных интересов ребенка при непосредственной угрозе его жизни или здоровью, а также при ограничении или лишении родительских прав» // Бюллетень ВС РФ. 2018. № 1.

³ Замечание общего порядка № 7 Committee on the Rights of the Child, General Comment No 7, 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, para. 5

⁴ Психология : учебник / отв. ред. А. А. Крылов. М. : Проспект, 2009. С. 323.

⁵ Болотова А. В., Молчанова О. П. Психология развития и возрастная психология. М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2012.

⁶ Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child. United Nations Children's Fund. 2007. P.157.

⁷ Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ. Ст. 65 // «СПС «КонсультантПлюс»»

⁸ Пункты 3-5 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 20 апреля 2006 г. № 8 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел об усыновлении (удочерении) детей» // Бюллетень ВС РФ. 2006. № 6.

⁹ См.: Кабанов В. Л. Реализация принципа наилучшего обеспечения интересов ребенка в международном праве : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2019. С. 80.

наилучшие интересы несовершеннолетнего, ограничивать его право выражать свое мнение, что, конечно же, недопустимо. Таким образом, закрепление принципа «наилучших интересов ребенка» среди остальных в ст. 1 СК РФ и указание критериев оценки интересов ребенка, предложенных Комитетом ООН¹ позволит избежать как ошибок, так и злоупотреблений со стороны компетентных органов и членов семьи несовершеннолетнего.

В статье 57 СК РФ также обращает внимание следующее положение: в случаях, предусмотренных СК РФ (статьи 59, 72, 132, 134, 136, 143, 145), органы опеки и попечительства или суд могут принять решение только с согласия ребенка, достигшего возраста десяти лет. В законе нет указания на то, каким образом несовершеннолетний должен дать «согласие» или «несогласие». В судебной практике можно найти весьма краткие разъяснения на этот счет. Например, Верховный Суд РФ в уже приведенном ранее постановлении Пленума ВС РФ от 14.11.2017 № 44 считает достаточным при решении вопроса о восстановлении родителей в родительских правах лишь возражения ребенка, вне зависимости от мотивов, по которым ребенок не согласен на восстановление родительских прав. Последствия таких судебных решений значительны, поэтому, на наш взгляд, ответа несовершеннолетнего «да» или «нет» должно быть недостаточно, следует определять мотивы и придавать им значение.

Нерешенной проблемой в рамках данной темы остается и отсутствие единого подхода, критерия и правил оценки мнения несовершеннолетнего. А ведь это необходимо как с правовой, так и с психологической точки зрения. В судебной практике есть указание лишь на обстановку, исключаящую какое-либо влияние, и необходимость присутствия на опросе педагога². Также отмечается обязанность суда выяснить, не является ли мнение ребенка следствием воздействия на него одного из родителей или других заинтересованных лиц, осознает ли он свои собственные интересы при выражении этого мнения и как он его обосновывает. Однако не говорится о том, каким образом суд должен выполнить данную обязанность, например, как лучше сформулировать вопрос. Из-за отсутствия унифицированной методологии компетентные органы не всегда могут верно установить действительное мнение ребенка, которое затрагивает его интересы. Вследствие этого происходит искажение объективной действительности. Решением данной проблемы может стать составление психологами и юристами «вопросников», которые могут стать опорой для компетентных органов. Цель таких «вопросников» – определить возможность несовершеннолетнего осознавать свои интересы, на основе их формулировать собственное мнение; а также наличие/отсутствие внешнего давления на ребенка.

Подводя итог, необходимо отметить, что несмотря на значительное совершенствование законодательной базы, касающейся прав ребенка и их защиты, международными стандартами и принципами, в России все же превалирует концепция восприятия ребенка как «человека в будущем», неспособного иметь собственное мнение. Международные органы по правам ребенка призывают отходить от таких патерналистских подходов к правам детей. Любой несовершеннолетний, обладающий определенным уровнем зрелости, должен быть услышан, а его мнение относительно своих интересов учтено. Таким образом, нормы СК РФ, закрепляющие право ребенка выражать свое мнение, требуют внесения определенных корректировок с учетом Конвенции о правах ребенка 1989 г.

Крапивина В. В., Шишкова А. О.
*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студенты*

Некоторые аспекты государственной регистрации ребенка, рожденного суррогатной матерью

В настоящий момент проблемы суррогатного материнства не разрешены, несмотря на то, что они активно обсуждаются как гражданами, так и в научном сообществе. Одной из таких проблем является запись родителей ребенка,

¹ Замечание общего порядка No 14 «О праве ребенка на уделение первоочередного внимания наилучшему обеспечению его интересов» 2013 г. // Док. ООН CRC/C/GC/14.

² См.: п. 20 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 мая 1998 г. № 10 «О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с воспитанием детей» // Бюллетень ВС РФ. 1998. № 7.

появившегося на свет с применением вспомогательных репродуктивных технологий (суррогатного материнства) в книге записей рождений¹.

Обязательным условием регистрации детей в Российской Федерации является согласие суррогатной матери и до, и после рождения ребенка (п. 4 ст. 51 СК РФ)², в связи с чем возникают спорные ситуации, если она не дает повторного согласия, то по общему правилу заносится в книгу записей рождений в качестве матери ребенка³, а значит ребёнок остаётся с ней. Говоря о самой регистрации рождения, стоит отметить, что не позднее чем через месяц должно быть сделано заявление о рождении ребенка со дня его рождения⁴. Для осуществления регистрации детей существует перечень последовательных действий: во-первых, подача заявления о рождении ребенка, вместе с которым прилагаются- медицинское свидетельство о рождении или заявление лица, присутствовавшего во время родов; документ, выданный медицинской организацией и подтверждающий факт получения согласия суррогатной матери на запись родителями ребенка генетических родителей и паспорт одного из них.

Ситуация несколько изменилась в пользу «потенциальных» родителей с выходом ПП ВС РФ № 16 от 16 мая 2017 г. «О применении судами законодательства при рассмотрении дел, связанных с установлением происхождения детей»⁵. В нем сказано, что если суррогатная мать отказалась дать согласие на запись родителями биологических родителей, то данное обстоятельство не служит безусловным основанием для отказа в удовлетворении иска этих лиц о признании их родителями ребенка. Суд должен разрешить спор с учетом установленных обстоятельств исходя из интересов ребенка⁶.

Однако формулировка самого правила, предусмотренного абзацем вторым п. 4 ст. 51 СК РФ, является некорректной, так как по смыслу данной нормы законодатель определяет приоритет прав суррогатной матери над правами генетических родителей, предоставляя суррогатной матери исключительную возможность в определении обладателей родительских прав. Мы считаем, что имеет место нарушение баланса прав генетических родителей и прав суррогатной матери. Изначально у суррогатной матери и генетических родителей разные интересы. Как правило договор с суррогатной матерью по вынашиванию и рождению ребёнка носит возмездный характер, поэтому и интерес у суррогатной матери – имущественный, заключающийся в получении вознаграждения за оказанную услугу. В то время как интерес «потенциальных» родителей – это стать родителями, заботиться и воспитывать ребёнка, продолжать свой род, иными словами закрепить родительские права в отношении ребенка. Подход законодателя в данном вопросе таков, что, последнее слово в определении и записи родителей родившегося ребёнка остается за суррогатной матерью, а значит связь между ребенком и женщиной, которая его выносила и родила, признается более значимой, чем генетическое происхождение новорожденного.

Отсюда два последствия: нарушаются права генетических родителей и нарушаются права ребёнка. Этот подход представляется несправедливым, так как потенциальные родители тоже могут испытывать стресс, нравственные страдания в случае отказа суррогатной матери от дачи согласия на запись супругов как родителей, но ведь надо учитывать тот факт, что суррогатное материнство по закону разрешено только в случае, когда вынашивание и рождение ребенка для женщины невозможно по медицинским показаниям, и этот способ является последней возможностью для некоторых супругов (или одиноких женщин).

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 15.05.2012 № 880-О. // URL: // legalacts.ru

² «Семейный кодекс Российской Федерации» от 29.12.1995 № 223-ФЗ (ред. от 04.02.2021) // СПС «КонсультантПлюс»

³ Федеральный закон от 15.11.1997 № 143-ФЗ (ред. от 24.04.2020) «Об актах гражданского состояния» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2021) // СПС «КонсультантПлюс»

⁴ Федеральный закон от 15.11.1997 № 143-ФЗ (ред. от 24.04.2020) «Об актах гражданского состояния» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2021) // «СПС «КонсультантПлюс»»

⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 16.05.2017 № 16 (ред. от 26.12.2017) «О применении судами законодательства при рассмотрении дел, связанных с установлением происхождения детей» // СПС «КонсультантПлюс»

⁶ Определение Конституционного Суда РФ от 27.09.2018 № 2318-О. // URL: legalacts.ru

Кроме того, в легальном определении суррогатного материнства¹ закреплено, что при рождении ребёнка таким способом происходит вынашивание плода суррогатной матерью после переноса донорского эмбриона, то есть для возникновения беременности необходим генетический материал, поэтому рождённый ребёнок будет иметь гены «потенциальных» родителей – иметь с ними биологическое родство. В этой связи в первую очередь стоит не забывать положение ст. 3 «Конвенции о правах ребенка», что во всех действиях в отношении детей независимо от того, предпринимаются они государственными или частными учреждениями, судами, административными или законодательными органами, первоочередное внимание уделяется наилучшему обеспечению интересов ребенка², что неоднократно подтверждается постановлениями Европейского Суда по правам человека³.

Проведя анализ нормы, мы пришли к выводу о том, что существующий подход установления происхождения ребенка при применении суррогатного материнства не учитывает в полной мере интересы генетических родителей и ребёнка, что противоречит ст. 38 Конституции РФ, закрепляющей защиту государством семьи, детства, материнства.

На наш взгляд законодателю необходимо пересмотреть существующий подход и изменить содержание п. 4 ст. 51 СК РФ, учитывая в одинаковой мере интересы генетических родителей, суррогатной матери и, конечно, ребёнка. Предлагаем возможную редакцию: «В случае рождения ребёнка при применении суррогатного материнства, супруги (одинокая женщина), чьи половые клетки использовались для оплодотворения, записываются его родителями в книге записей».

Мельникова А. А.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
магистрант*

Субъекты договора суррогатного материнства: проблемы и перспективы

Многие правовые аспекты суррогатного материнства вызывают в обществе активные дискуссии. В определенной степени это связано с тем, что данные отношения имеют специфичный характер и регулируются не только правом, но также этическими и медицинскими нормами.

Одним из наиболее обсуждаемых и сохраняющих спорный характер является вопрос о субъектном составе договора суррогатного материнства. Поэтому особую актуальность представляет исследование существующих правовых позиций относительно круга лиц, способных участвовать в отношениях суррогатного материнства, и дальнейших перспектив его нормативной регламентации.

Сторонами договора суррогатного материнства являются суррогатная мать и потенциальные родители, которых действующий закон определяет как мужчину и женщину, состоящих или не состоящих в браке, давших обоюдное информированное добровольное согласие на медицинское вмешательство. Также субъектом может выступать одинокая женщина при наличии ее информированного добровольного согласия на медицинское вмешательство⁴. Указанные лица вправе заключить договор суррогатного материнства, если они не имеют возможности выносить и родить ребенка по медицинским показаниям. Эти положения детализируются в подзаконных актах. В частности, порядок использования ВРТ, показания и ограничения к их применению установлены приказом Минздрава № 107н от 30.08.2012

Заметим, что отечественное законодательство прямо не предусматривает право одинокого мужчины выступить участником договора суррогатного материнства, но вместе с тем и не исключает эту возможность. Такой законодательный пробел порождает противоречивую судебную практику. Известны случаи, когда после отказа органа

¹ Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ (ред. от 22.12.2020) «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2021) // СПС «КонсультантПлюс»

² Конвенция о правах ребенка (одобрена Генеральной Ассамблеей ООН 20 ноября 1989 г.) // СПС «КонсультантПлюс»

³ Постановление Европейского Суда по правам человека от 24 января 2017 г. Дело «Парадизо и Кампанелли против Италии» [Paradiso and Campanelli v. Italy] (жалоба № 25358/12) // СПС «КонсультантПлюс»

⁴ Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

ЗАГС в государственной регистрации рождения ребенка родитель этого ребенка, одинокий мужчина, успешно обжаловал отказ в суде. Так, при удовлетворении требований заявителя суд сослался на конституционную норму о равенстве прав мужчины и женщины¹. В тех случаях, когда суды отказывали в регистрации рождения и внесении записи об отце, они аргументировали свое решение тем, что порядок регистрации рождения ребенка с записью одинокого мужчины единственным родителем ребенка, во-первых, законодательством не определен, и, во-вторых, такая регистрация противоречит Федеральному закону «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» и Семейному кодексу РФ².

Представляется, что неоднозначная трактовка норм действующего закона создает препятствия для мужчин-одиночек родителей в реализации их права на создание семьи. Отказы судов в регистрации детей, рожденных от мужчин-единственных родителей противоречат конституционному принципу равенства прав мужчин и женщин³. Полагаем, что отсутствие четкой нормы в законе, которая бы предоставляла мужчинам, не состоящим в браке, право воспользоваться помощью суррогатной матери является частью более масштабной тенденции – умаления значения роли отца в воспитании детей. Так или иначе, чтобы избежать возможных трудностей с государственной регистрацией рождения ребенка, мужчины-одиночки родители обращаются к репродуктивному туризму, т.е. заключают договоры суррогатного материнства за границей в тех странах, где такие услуги для этой категории лиц разрешены законом – например, в ряде штатов США⁴.

Несмотря на то что закон разрешает одиноким женщинам и разнополым партнерам, не состоящим в браке, пользоваться помощью суррогатных матерей, на практике государственные органы нередко отказывают в регистрации рождения таких детей, в связи с чем родителям приходится обжаловать отказ в судебном порядке⁵.

Подобная практика может свидетельствовать о непринятии государством широкого субъектного состава договора суррогатного материнства и о негативном отношении к этому институту в целом. Такую позицию подтверждают выдвигаемые в последнее время законодательные инициативы. В январе 2021 года состоялись парламентские слушания по обсуждению законопроекта о регулировании суррогатного материнства, разработанного при участии вице-спикера ГД РФ Петра Толстого. Представленный законопроект существенно сужает круг субъектов, которые могут воспользоваться услугами суррогатных матерей.

Авторы поправок предлагают изменить закон и ограничить доступ к суррогатному материнству для всех, кроме мужчины и женщины, состоящих в зарегистрированном браке, при этом они оба должны быть не старше 55 и не младше 25 лет; оба должны быть гражданами России или иметь вид на жительство; брак должен быть зарегистрирован не менее года до решения воспользоваться услугами суррогатной матери; женщина не должна иметь возможности самостоятельно выносить и родить ребенка не только по медицинским показаниям, но по показаниям, установленным консилиумом врачей⁶.

На момент написания настоящего доклада законопроект еще не был внесен в ГД РФ. Так или иначе, эта законодательная инициатива говорит о стремлении серьезно ограничить круг возможных субъектов договора суррогатного материнства. Что важно, она идет вразрез с нормами российского и международного права. Партнер коллегии адвокатов Pen & Papey Е.Д. Тягай отмечает, что понятие «семейные связи» более широкое, чем «брачные», в связи с этим нельзя ставить возможность заключения договора суррогатного материнства в зависимость от

¹ Решение Дзержинского районного суда г. Санкт-Петербурга от 08.04.20 г. по делу № 2-980/2020 // СПС «КонсультантПлюс»

² Решение Тушинского районного суда г. Москвы от 19.03.14 г. по делу № 2-1472/2014 // СПС «КонсультантПлюс»

³ Конституция Российской Федерации // СПС «КонсультантПлюс»

⁴ Филипп Киркоров заплатил за дочь пять миллионов рублей // URL: <https://sobesednik.ru/shou-biznes/filipp-kirkorov-zaplatil-za-doch-pyat-millionov-rublei>

⁵ Решение Дзержинского районного суда г. Санкт-Петербурга от 25.02.2019 по делу № 2-639/2019 // СПС «КонсультантПлюс»

⁶ Депутаты подготовили запрет на суррогатное материнство для одиноких людей // URL: <https://www.rbc.ru/politics/19/01/2021/6006e6759a79472e23983481>

продолжительности нахождения будущих родителей в зарегистрированном браке¹. Указанная позиция основана на практике Европейского Суда по правам человека, который неоднократно отмечал, что понятие «семейная жизнь» не исчерпывается браком и биологическим родством². Кроме того, в обычной жизни существуют семьи как «матерей-одиночек», так и «отцов-одиночек»; эти отношения охраняются и защищаются законом. Неясно, почему инициаторы законопроекта лишили эти категории права создать семью. При этом стоит ради справедливости отметить, что, например, институт усыновления в РФ допускает наличие у ребенка только одного родителя. Также представляется спорным ограничение субъектов договора по возрасту – от 25 до 55 лет. Это положение не имеет под собой логического обоснования с учетом того, что в обыденной жизни люди, не нуждающиеся в услугах суррогатных матерей, имеют право на создание семьи независимо от возраста.

Представляется, что нормативное регулирование субъектного состава договора суррогатного материнства, в первую очередь, должно обеспечивать интересы детей, рожденных с помощью суррогатной матери. Однако ограничения, предусмотренные указанным законопроектом, этому способствовать не будут. Если обратиться к опыту других стран, например, к законам штата Калифорнии в США – мирового лидера в области суррогатного материнства, то можно заметить, что обязательное требование о наличии брака между родителями ребенка, рожденного суррогатной матерью, отсутствует, родителем может стать как одинокая женщина, так и одинокий мужчина. Ограничений по возрасту для родителей также не установлено³. Что касается идеи закрыть иностранным гражданам доступ к услугам российских суррогатных матерей, чтобы предотвратить превращение суррогатного материнства в торговлю людьми, полагаем важным отметить следующее. Действующий закон предусматривает, что помощью суррогатной матери можно воспользоваться только при невозможности рождения ребенка по медицинским показаниям⁴. Таким образом, с точки зрения закона технология суррогатного материнства – это форма лечения. Не можем не согласиться с позицией В.С. Корсака, президента Российской ассоциации репродукции человека (РАРЧ), согласно которой национальность не является препятствием для лечения человека, и запрет для иностранцев в данном случае по сути является дискриминационным⁵.

В целом, говоря о дальнейших перспективах правового регулирования договора суррогатного материнства в России, представляется, что действующие правовые нормы, касающиеся субъектного состава договора, требуют доработки. В частности, следует расширить круг участников договора – закрепить право мужчин, не состоящих в браке, воспользоваться услугами суррогатной матери. Соответствующие положения обеспечат равенство прав мужчин и женщин. Что касается установления иных требований к субъектам договора, а именно, возрастного критерия, условия о гражданстве и наличии брака, полагаем указанные требования излишними и необоснованными.

¹ Неестественный отбор: почему изменения в законодательстве о суррогатном материнстве не похожи на защиту семьи // URL: <https://www.forbes.ru/forbes-woman/419043-needestvennyy-otbor-pochemu-izmeneniya-v-zakonodatelstve-o-surrogatnom>

² Постановление ЕСПЧ от 16 июня 2015 г. по делу «Назаренко (Nazarenko) против Российской Федерации» (жалоба № 39438/13) // СПС «КонсультантПлюс»

³ California Code, Family Code – FAM § 7960 // URL: <https://codes.findlaw.com/ca/family-code/fam-sect-7960.html>

⁴ Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

⁵ Более половины врачей выступили против запрета суррогатного материнства // URL: <https://www.rbc.ru/society/16/09/2020/5f60a41a9a7947618311f056>

Михайлова А. В., Петрушенко П. С.

Ростовский филиал Российской таможенной академии,

студенты

Юридические проблемы суррогатного материнства

В России вопрос суррогатного материнства юридически закреплен несколькими законодательными актами – это Семейный кодекс Российской Федерации¹, Федеральный закон «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» от 21.11.2011 № 323-ФЗ² и приказ Министерства Здравоохранения Российской Федерации «О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению» от 31.07.2020 № 803н³.

Суррогатное материнство разрешает вопросы бесплодия и относится к вспомогательным репродуктивным технологиям. Вышеназванная методика применяется достаточно широко во всём мире. Согласно статистическим данным, в России на 2 миллиона новорожденных 500 детей оказываются выношенными суррогатными матерями. Но, несмотря на распространенность способа, существует много юридических тонкостей, несоблюдение которых приводит к конфликтам. Более 25 лет, начиная с 1995 года, в России официально разрешена процедура вынашивания ребёнка гестационным курьером для лиц, не имеющих возможности родить самим ребенка. Но не существует отдельного закона о суррогатном материнстве, который позволил бы разрешить много назревших вопросов и проблем в данной области.

В настоящее время есть вопросы, которые не вполне решают вышеназванные законодательные акты.

С учетом актуальности хотим рассмотреть наиболее важные вопросы нашей темы.

1. Оформление прав на новорожденного в соответствии с законодательством Российской Федерации;

Суррогатная мать, выносив и родив ребёнка, юридически является его матерью, несмотря на то, что генетический материал был взят от биологических родителей. Оформить в свидетельстве о рождении права биологических родителей возможно только с разрешения суррогатной матери, что происходит путём её отказа от ребёнка. Только после такой процедуры биологические родители могут претендовать на родительские права. Но возникает большое количество спорных и сложных ситуаций, которые не всегда разрешаются между сторонами бесконфликтным путём.

2. Правовые последствия отказа суррогатной матери от ребенка и неупорядоченность материального аспекта и компенсаций в контракте о суррогатном материнстве.

Суррогатная мать подписывает, биологические родители выплачивают ей, согласно договору (контракту), оговоренную сумму денег, но, впоследствии, получив деньги, суррогатная мать пишет заявление в суд и просит вернуть ей ребёнка, поскольку она изменила своё решение и хочет его оставить. В таких ситуациях очень часто суды становятся на сторону гестационного агента, и пункты договора, заключённые с суррогатной матерью, в расчёт не принимаются. Такая ситуация свидетельствует, что правовой статус генетических родителей и суррогатной матери по отношению к новорожденному зависят от принятого решения гестационного курьера. Чтобы провести генетическую экспертизу и доказать наличие генетических клеток биологических родителей, суррогатная мать также должна дать разрешение, в котором она часто отказывается.

3. Рождение ребенка с патологиями или генетическими заболеваниями.

В такой ситуации генетические родители иногда отказываются забирать ребенка от суррогатной матери, вся последующая ответственность – в плане юридической, ложится на родившую женщину. Чаще всего генетические родители обвиняют суррогатную мать в рождении неполноценного в плане здоровья ребёнка.

¹ Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ (ред. от 04.02.2021). // URL: <http://pravo.gov.ru>

² Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ (ред. от 22.12.2020) «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации». // URL: <http://pravo.gov.ru>

³ Приказ Минздрава России от 31.07.2020 № 803н «О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению». // URL: <http://pravo.gov.ru>

4. Юридические проблемы, возникающие из-за отсутствия в законодательстве нормативной базы о суррогатном материнстве.

Российское законодательство позволяет использовать услуги гестационного курьера, или суррогатной матери лицам, которые состоят в официальном браке, это положение есть в Семейном кодексе Российской Федерации. Но Федеральный Закон «Об охране здоровья граждан в Российской Федерации» позволяет использовать услуги суррогатной матери лицам разного пола, которые не состоят в официальном браке, а также одиноким женщинам. Таким образом мы наблюдаем противоречивость норм.

Согласно нормам указанного закона, в Российской Федерации суррогатная мать не является биологической матерью ребенка, поскольку для оплодотворения должны применяться только ооциты донора-биологической матери или биологического отца. В этом случае суррогатная мать и является гестационным курьером. То есть использование яйцеклетки суррогатной матери в Российской Федерации запрещено¹.

В договоре обязательно оговариваются условия, как будут возмещаться средства, которые были потрачены на медицинские услуги, дородовое лечение, проживание питание в период вынашивания ребенка. В договоре обязательно должны быть прописаны обязанности обеих сторон – гестационного курьера и биологических родителей, также оговариваются санкции при отказе от выполнения сторон контракта как с одной, так и с другой стороны².

5. Наследственные права новорожденных детей в результате смерти обоих биологических родителей или суррогатной матери.

Хотелось бы выделить мнение Левушкина А.Н. о проблеме суррогатного материнства. Он говорит о том, что законодательством не урегулирован вопрос содержательного аспекта договора суррогатного материнства, не определены существенные и дополнительные условия. В-свою очередь, он предлагает условия, которые могут быть отнесены к существенным: предмет договора, цена, сроки и условия расторжения договора.

Все перечисленные проблемы позволяют сделать вывод о том, что необходимо принять федеральный закон о суррогатном материнстве, который будет детально регламентировать права, обязанности участников процесса суррогатного материнства, а также привлекать к оформлению нотариусов. Нотариус является лицом не заинтересованным, беспристрастным, независимым, что гарантирует будущей семье, в которой будет воспитываться ребёнок, рожденный суррогатной матерью, сохранение тайны рождения ребёнка, а также выполнение пунктов контракта «суррогатное материнство».

Необходимо на законодательном уровне закрепить перечень условий, согласно которым у потенциальных биологических родителей есть право на отказ от ребёнка и компенсацию затраченных средств. Необходимо решить вопрос ответственности суррогатной матери, если рождается генетически или биологически нездоровый ребёнок, а также права суррогатной матери по её желанию на возможность оставить у себя одного ребенка, если родилась двойня или тройня.

Важно обязательно упростить юридическую процедуру оформления прав на ребёнка биологическими родителями. Важно предусмотреть санкции для обеих сторон, если они уклоняются от выполнения пунктов контракта о суррогатном материнстве или используют мошеннические схемы для извлечения выгоды. Таким образом, востребованность института суррогатного материнства в Российской Федерации очевидна, при совершенствовании всех возникающих спорных моментов юридического плана данная вспомогательная репродуктивная технология будет являться очень эффективной.

¹ Андреева С. Н. Проблема законодательного регулирования социально-трудовых и иных отношений в сфере суррогатного материнства // Российский следователь. 2020. № 6. С. 55.

² Анисимов А. П., Мограбян А. С. Договор о суррогатном материнстве в России и зарубежных странах // Актуальные проблемы российского права. 2020. № 5. С. 119.

Мужичкова С. С., Селянинова А. А.
*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студенты*

Презумпция общности долгов супругов в свете реформы семейного законодательства

Длительное время вопрос о распределении долговых обязательств между мужем и женой оставался неразрешённым. Существовало множество споров между супругами и их кредиторами. При этом суды, пытаясь учесть интересы всех сторон, по-разному толковали нормы законодательства, из-за чего судебная практика складывалась очень неоднородно. В 2016 году Верховный Суд РФ внес некоторую ясность в толкование п. 2 ст. 45 Семейного кодекса РФ¹ путем установления презумпции личного характера долгов супругов. Однако даже этот подход не удовлетворяет интересы всех вышеуказанных лиц, в особенности кредиторов, поэтому он подвергся широкой критике со стороны юридического сообщества. К тому же изначальная проблема так и не была разрешена, ведь для этого необходима более серьезная проработка других проблем семейного законодательства, связанных с балансом интересов между супругами и третьими лицами.

Наличие таких проблем не осталось незамеченным законодателем. В ноябре 2019 года в Государственную Думу РФ был внесен Законопроект № 835938-7², предлагающий изменения в сфере имущественных отношений супругов. На момент написания настоящей статьи законопроект прошел первое чтение. Его разработчики предлагают ввести институт совместного банкротства супругов, актуализировать реестр прав на недвижимое имущество, расширить содержание брачного договора и т.д. Однако для авторов данной статьи наибольший интерес представляет установление презумпции общих долгов супругов, которая полностью противоречит устоявшейся судебной практике. В данной работе мы попытаемся выяснить, чем вызвана такая смена парадигмы и насколько она является рациональной.

Итак, согласно действующей редакции п. 2 ст. 45 СК РФ обязательство, принятое одним из супругов, является личным, если не будет доказано, что полученное по этому обязательству было использовано на нужды семьи. Законопроект предлагает полностью поменять это правило и признать любой долг, приобретенный во время брака, общим, пока не будет доказано иное. Долг может быть признан личным в нескольких случаях: если будет доказано, что он возник в период раздельного проживания супругов при прекращении семейных отношений либо полученное не было направлено на нужды семьи. Как мы видим, правило смещает бремя доказывания на супруга, не участвовавшего в обязательстве.

Рассмотрим обоснование введения презумпции общности долгов супругов, предлагаемое в пояснительной записке к Законопроекту³. При ознакомлении с ней можно заметить, что проект пронизывает одна идея, лежащая в основе большинства изменений. На данный момент под имуществом супругов понимаются только активы, которые были приобретены в период брака. По мнению разработчиков законопроекта, это приводит к затяжному разделу имущества супругов, неясности правоотношений между ними и третьими лицами, невозможности объективно оценить состояние общего имущества супругов. Поэтому предлагается расширение понятия «имущество супругов», в которое помимо активов будут включены и пассивы. Таким образом, давно действующая презумпция общности имущества супругов теперь должна будет распространяться и на их долговые обязательства.

¹ Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ // Российская газета. 1996. № 17. 27 января.

² Проект федерального закона № 835938-7 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/835938-7> (дата обращения: 24.02.2021).

³ Пояснительная записка к проекту федерального закона № 835938-7 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // URL: <https://sozd.duma.gov.ru/download/0B7DC8FF-76EB-417D-98FD-28AEEF6E44FC> (дата обращения: 24.02.2021)

Л.Ю. Михеева, как один из разработчиков законопроекта, видит в таком подходе единственное правильное решение проблемы баланса интересов между супругами и третьими лицами¹. По ее мнению, другие способы устранения дисбаланса несостоятельны. Например, невозможно установить четкий перечень общих долгов супругов, как и сформулировать какие-то критерии для отнесения того или иного обязательства к общим.

Еще одним аргументом в пользу введения презумпции является необходимость защиты прав кредиторов, о которых мы уже не раз упоминали. Часто на практике возникает ситуация, когда оказывается, что личного имущества супруга недостаточно для покрытия его долгового обязательства. Кредитору в такой ситуации не остается ничего другого, кроме как обратиться за взысканием на общее имущество семьи. Однако у него нет возможности это сделать, пока не будет доказано, что все полученное от этого обязательства было потрачено на нужды семьи. Очевидно, что в такой ситуации кредитор изначально находится в неравном положении с супругами. Он не в состоянии «контролировать поведение должника по распоряжению денежными средствами», то есть у него нет возможности представить необходимые доказательства для признания долга общим². К тому же СК РФ запрещает произвольно вмешиваться в семейные дела, что означает невозможность принуждения к раскрытию информации должника-супруга³. И поэтому можно сделать вывод о том, что в подобных спорах кредитор обречен на провал.

Тем не менее, некоторые ученые считают, что предлагаемая корректировка п. 2 ст. 45 СК РФ требует большей продуманности. «В результате [принятия законопроекта] благая идея защиты прав кредиторов неизбежно будет приводить к грубому нарушению прав добросовестного супруга»⁴ – отмечает А.Ф. Пьянкова. Являясь сторонником введения презумпции общности долгов, она указывает, что при этом необходимо также расширить перечень сделок, для которых обязательно согласие другого супруга⁵. Представляется, что предлагаемая мера направлена на то, чтобы второму супругу было известно о наличии обязательства.

Некоторые авторы поддерживают эту меру, но считают ее достаточной и высказываются против презумпции. Как пример – предложение о введении требования на получение согласия супруга в договорах банковского кредита⁶. В таком случае долг становится общим автоматически после получения согласия второго супруга. Это снижает возможность возникновения спорных ситуаций в будущем, так как кредитор сразу понимает, сможет ли он обратиться за взысканием на общее имущество супругов.

Существуют и абсолютно противоположные законопроекту позиции. Например, О.Н. Низамиева, рассматривая эту проблему на примере заемных обязательств, считает более правильным подход, сложившийся на практике. Согласно ему юридически значимым обстоятельством для разрешения споров является доказанность истцом того факта, что полученные по кредитному договору денежные средства были потрачены на нужды семьи. Она обосновывает это тем, что «у супруга-должника и супруга, не участвовавшего в обязательстве, совершенно разные возможности по доказыванию того, на какие цели были израсходованы заемные (кредитные) деньги»⁷. Действительно, должник не может совсем никак не взаимодействовать с деньгами, взятыми им в кредит, поэтому он имеет больше возможностей

¹ Клуб семейного права. Второе заседание клуба семейного права // URL: <https://www.youtube.com/watch?v=E6H9BdnQUiA&t=5549s> (дата обращения: 24.02.2021)

² Горева С. А. О необходимости введения презумпции общности долгов супругов // Тенденции развития науки и образования. 2019. № 49 (6). С. 27.

³ Там же.

⁴ Пьянкова А. Ф. Перспективы правового регулирования имущественных отношений супругов // EX JURE. 2020. № 4. С. 120.

⁵ Пьянкова А. Ф. О презумпции раздельности долгов супругов // Норма. Закон. Законодательство. Право : материалы XIX Междунар. науч.-практ. конф. молодых ученых (12–13 апреля 2018 г.) : в 2 т. / науч. ред. О. А. Кузнецова. Пермь: [б. и.], 2018. Т. I. С. 130–132.

⁶ Изосимов С. Общие долги супругов. Законопроект № 835938-7 предлагает супругу, желающему опровергнуть общность долга, доказать отрицательный факт // URL: https://zakon.ru/blog/2019/11/26/obschie_dolgi_suprugov__zakonproekt__8359387_predlagaet_suprugu_zhelayuschemu_oprovergnut_obschnos (дата обращения: 24.02.2021).

⁷ Низамиева О. Н. Презумпция общности имущества супругов и их ответственность по обязательствам // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2016. № 3 (110). С. 92

для получения доказательств использования средств в семейных целях. И наоборот, другой супруг, часто даже не знающий о существовании долга, не имеет должных возможностей, чтобы доказать, что деньги были расходованы на личные нужды супруга-должника. Из этого следует, что предлагаемая презумпция является фактически почти неопровержимой и однозначно способствует увеличению количества злоупотреблений недобросовестными супругами.

На основании вышеизложенного можно сделать вывод о том, что обе презумпции имеют существенные недостатки. Ни одна из них не приводит к балансу интересов. Действующая – серьезно ущемляет интересы кредиторов, а предлагаемая – ставит в почти безвыходное положение добросовестного супруга. Представляется, что сама идея общности долгов супругов все-таки является рациональной, однако не в том виде, в котором она отражена в законопроекте. Заявленная презумпция лишает защиты одного из ключевых субъектов семейного права, поэтому, на наш взгляд, вместе с ней категорически необходимо принятие сопутствующих изменений в гражданском и семейном законодательстве, направленных на облегчение бремени доказывания добросовестного супруга.

Мусяченко Д. В.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Институт совместного банкротства супругов в российской действительности

Статистика показывает, что с каждым годом растет количество граждан, которые вынуждены обращаться к процедуре банкротства. В период пандемии COVID-19, согласно Единому федеральному реестру сведений о банкротстве, в январе – марте 2020 года российские суды признали банкротами 22,4 тыс. граждан, включая индивидуальных предпринимателей¹. Это на 68 % больше, чем за тот же период прошлого года.

Такое большое количество дел о банкротстве физических лиц выявило ряд несовершенств российского законодательства в указанной сфере, в частности это касается случаев, когда должник является участником супружеских правоотношений. Несомненно, банкротство одного из супругов не только затрагивает интересы другого супруга (бывшего супруга), но зачастую является их общей проблемой, так как случаи, когда супруги имеют общие долги, встречаются довольно часто, однако на законодательном уровне данная ситуация должным образом не урегулирована. В связи с этим мы можем наблюдать неоднозначную судебную практику российских судов. Анализ судебных решений по этому вопросу позволяет выделить две трактовки судов относительно законодательства о несостоятельности супругов.

Первая трактовка основывается на невозможности объединения процессов банкротства в один, и является наиболее распространенной. Суды ссылаются на отсутствие в законодательстве о банкротстве нормы, регулирующей банкротство двух или более должников в рамках одного дела; на отсутствие достаточных основания для объединения двух дел о банкротстве в один; на ненадлежащее обоснование возможности снижения суммы расходов на проведение банкротства и более быстрого удовлетворения требований кредиторов.

По действующему законодательству, чтобы сформировать конкурсную массу должника, состоящего в супружеских отношениях, финансовый управляющий должен определить, какое имущество является личным каждого супруга, а какое является общим имуществом. Затем производится взыскание исключительно на личное имущество, и если имущества недостаточно, то взыскание обращается на долю в общей совместной собственности супругов, которая причиталась бы должнику при разделе этого имущества, согласно ст. 45 СК РФ. Если банкротами признаются оба супруга, то параллельно ведется два процесса, что является очень затратным для должников и долгим для кредиторов.

Но также существуют прецеденты, в которых суды допускают совместное банкротство супругов. Для принятия такого решения необходимо наличие следующих оснований: наличие у обоих супругов-заемщиков одинаковых кредиторов, что упрощает формирование единого реестра; наличие общих долговых обязательств, исключаящих

¹ Единый федеральный реестр сведений о банкротстве // URL: <https://bankrot.fedresurs.ru/?attempt=1> (дата обращения: 07.03.2021).

возможность деления нажитого в браке имущества для последующей реализации; наличие совместных активов, что упрощает процесс формирования единой конкурсной массы и позволяет провести общие торги.

Для упорядочения судебной практики по данному вопросу Пленум Верховного Суда РФ принял Постановление от 25 декабря 2018 г. № 48 «О некоторых вопросах, связанных с особенностями формирования и распределения конкурсной массы в делах о банкротстве граждан»¹, в котором было разъяснено, что суд может объединить два дела о несостоятельности, возбужденные в отношении каждого из супруга, в одно, а финансовый управляющий назначается из того дела, которое было возбуждено первым. В таком случае, финансовый управляющий должен вести два реестра требований кредиторов: первый учитывает требования по общим обязательствам, второй по личным обязательствам каждого из супругов.

Однако данное Постановление оказало незначительно влияние на судебную практику, так как некоторые суды продолжают отказывать в принятии заявлений о проведении процедуры совместного банкротства. В связи с этим, 14 ноября 2019 года в Государственную Думу Российской Федерации был внесен законопроект № 835938-7, который предусматривал внесение изменений в некоторые положения, касающиеся регулирования имущественных интересов супругов, в частности вопрос коснулся совместного банкротства супругов (бывших супругов). Целью данного проекта было приведения норм семейного законодательства, регулирующего имущественные отношения супругов, в соответствие с правилами гражданского законодательства и законодательства о банкротстве. Законопроект предлагает дополнить § 1.1. «Реструктуризация долгов гражданина и реализация имущества гражданина» статьей 213.33 «Совместное банкротство супругов (бывших супругов)»². Данная статья вводит институт совместного банкротства супругов в целях быстрой и эффективной процедуры погашения общих долгов.

Стоит отметить, что многие зарубежные страны уже имеют опыт в реализации данного института, например, в США возможно применение совместного банкротства в тех штатах, в которых закреплен режим общей совместной собственности³. Данный режим имеет сходства с российским, то есть имущество, приобретенное в браке, по общему правилу, находится в совместной собственности супругов, независимо от того, на кого оно оформлено, но при этом и большинство долгов, возникших в период брака, также считаются общими. В случаях, когда банкротится только один из супругов, в конкурсную массу поступает не только его отдельное имущество, но и все имущество, находящееся в общей совместной собственности, в отличие от действующего российского законодательства.

В Германии также законодательством предусмотрено, что супруги имеют общие долговые обязательства и совместно несут ответственность перед кредиторами. В Великобритании данная процедура отсутствует из-за презумпции раздельного режима собственности супругов.

Анализ российской судебной практики и зарубежного опыта позволяет прийти к выводу, что совместное банкротство супругов – это неоднозначное явление, которое имеет ряд преимуществ и недостатков.

К безусловным преимуществам можно отнести то, что процедура совместного банкротства обходится гораздо дешевле, чем проведение отдельных производств каждого из супругов; упрощается процедура банкротства: не требуется вести несколько реестров, отсутствуют споры о принадлежности имущества; быстрее удовлетворяются требования кредиторов.

Однако существуют и негативные стороны данного процесса: наличие у супруга кредиторов, которые не связаны с другим супругом; возможность недобросовестно привлечь к ответственности перед кредиторами супруга⁴. Также законопроект, предоставляя право кредиторам по собственной инициативе заявлять ходатайство о привлечении другого супруга к процедуре банкротства, может являться почвой для недобросовестного поведения со стороны

¹ Постановление Пленума Верховного Суда России от 25 декабря 2018 г. № 48 «О некоторых вопросах, связанных с особенностями формирования и распределения конкурсной массы в делах о банкротстве граждан» // СПС «Гарант»

² Проект Федерального закона № 835938-7 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». // URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/835938-7> (дата обращения: 07.03.2021).

³ The Code of Laws of the United States of America (U.S.C.). // URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/> (дата обращения: 07.03.2021).

⁴ Волгина О. А., Хисамова Р. В. Совместное банкротство супругов в России: как осуществить его на практике и какая от этого польза // Закон. 2017. № 2. С. 65–74.

кредиторов, а также может привести к насильственному привлечению супруга должника к банкротству. К тому же следует обратить внимание на то, что нередки случаи, когда лицо даже не подозревает о наличии долгов у своего супруга, а статус банкрота может негативно сказаться как на профессиональной, так и на его личной репутации.

Таким образом, стоит отметить, что введение данного института безусловно упорядочит судебную практику по этому вопросу, упростит данную процедуру и для многих будет иметь ряд положительных черт, но не стоит забывать, что данная процедура увеличит число граждан, которые могут быть признаны банкротами не по своей вине. Поэтому, чтобы минимизировать подобные случаи, на наш взгляд, данный законопроект все же нуждается в соответствующей доработке, в которой необходимо в первую очередь учесть особенности именно российских супружеских отношений, а суду при рассмотрении подобных дел необходимо будет проявлять еще большую эмпатию, чтобы вынести справедливое решение.

Обухова А. А.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Об отдельных вопросах правового регулирования института суррогатного материнства в России

Суррогатное материнство, как одна из вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ), установленных Приказом Министерства здравоохранения России от 31.07.2020 № 803н, пользуется большой популярностью в нашей стране. «По данным Европейского центра суррогатного материнства, в России в год рождается как минимум 22 тыс. детей от суррогатных матерей, а ежегодный рост составляет не менее 20 %»¹. При этом, Россия остается одной из немногих стран, где суррогатное материнство разрешено на законодательном уровне, причем оно является коммерческим. Как отметил А.В. Беляков: «На данный момент Россия относится к числу стран с самым либеральным и наименее проработанным законодательством, регулирующим вопросы суррогатного материнства»².

В целях совершенствования института суррогатного материнства в начале этого года группа депутатов Государственной Думы РФ во главе с вице-спикером Петром Толстым подготовила законопроект «О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в части регулирования вопросов суррогатного материнства». Данный законопроект затрагивает основные проблемы в этой области, а также содержит варианты их разрешения.

Одной из проблем является развитие «репродуктивного туризма». Семейные пары из иностранных государств, сталкиваясь в своей стране с законодательным запретом использования услуг суррогатной матери или же с высокой стоимостью данных услуг, приезжают за их получением в Россию. Согласно Федеральному закону «Об основах охраны здоровья граждан РФ» от 21.11.2011 № 323-ФЗ к суррогатному материнству могут прибегнуть как граждане РФ, так и иностранные граждане³. Это приводит к беспрепятственному использованию ВРТ иностранцами, свободному вывозу за рубеж детей, рожденных суррогатными матерями. При этом отсутствуют правовые механизмы контроля за судьбой вывезенных детей, невозможно обеспечить их безопасность. Вышеуказанный законопроект предусматривает внесение изменений в статью 55 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ, которые заключаются в предоставлении права на применение технологий суррогатного материнства исключительно гражданам РФ или лицам, имеющим вид на жительство РФ. По мнению авторов законопроекта, это позволит защитить права детей, прекратить «экспорт» новорожденных за границу.

Представляется, что данная законодательная поправка необходима, так как возможность использования иностранными гражданами суррогатного материнства в России позволяет обойти запрет на усыновление детей

¹ Дети на заказ // URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3674788> (дата обращения: 20.02.2021).

² А. Беляков предлагает запретить в России суррогатное материнство // URL: <http://council.gov.ru/events/news/78538/> (дата обращения: 20.02.2021).

³ Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс»

иностранцами гражданами, установленный Федеральным законом от 28.12.2012 № 272-ФЗ¹. Дети, вывезенные за рубеж, остаются без должной правовой защиты, их дальнейшую судьбу отследить практически невозможно. Не существует механизма контроля за родителями-иностранцами, проверки выполнения ими их родительских обязанностей. Все это безусловно нарушает права детей, а также противоречит конституционному положению о том, что дети являются важнейшим приоритетом государственной политики России². Стоит отметить, что подобное предложение о запрете иностранным гражданам пользоваться услугами суррогатного материнства в России неоднократно инициировалось и в общественности, и на законодательном уровне. Так, в июле 2020 года с таким предложением выступала вице-спикер Государственной Думы РФ И.А. Яровая.

Кроме того, в вышеуказанном законопроекте П. Толстого предлагается ограничить и круг граждан РФ, имеющих возможность использовать суррогатное материнство. В частности, в действующем законодательстве, среди субъектов указаны не только мужчина и женщина, состоящие в браке, но и пары, не зарегистрировавшие брак законным образом, а также одинокие женщины. Инициативной группой предлагается предоставить право пользоваться услугами суррогатной матери только мужчине и женщине, состоящим в зарегистрированном браке. Обоснованием такой позиции служат положения статьи 38 и 67.1 Конституции РФ, а также п. 2 ст. 1 Семейного кодекса РФ о признании действительным брака, заключенного только в органах записи актов гражданского состояния. Из пояснительной записки к законопроекту следует, что «возможность применения суррогатного материнства одинокими мужчинами и одинокими женщинами не в полной мере соответствует [конституционному] принципу, так как не направлена на поддержку семьи, материнства и детства, не укрепляет институт брака...».

Данные предложения вызвали широкий общественный резонанс. Ряд экспертов сочли их дискриминационными и не соответствующими Конституции РФ. Депутат О.В. Пушкина заявила, что «законопроект противоречит базовым нормам Конституции, например, статье 19, которая гарантирует равенство всех граждан перед законом и судом»³. Кроме того, юристами высказывалась позиция о том, что запрет суррогатного материнства для не состоящих в браке граждан является дискриминацией по признаку супружеского статуса, а факт состояния в браке не должен ограничивать права человека и гражданина. П. Толстой пояснил, что введение данного ограничения для одиноких лиц и лиц, не зарегистрированных в браке, не нарушает положения Конституции, так как согласно им, а именно ст. 67.1, дети являются главным достоянием страны, а государство обеспечивает приоритет семейного воспитания детей⁴.

На наш взгляд, введение подобных ограничений не будет служить достижению поставленных в законопроекте целей, а именно укреплению института семьи и брака. Наоборот, подобные запреты могут привести к заключению большего количества фиктивных браков с целью рождения ребенка посредством суррогатного материнства и дальнейшего фактического воспитания его одним родителем.

Еще одним аргументом, который приводят авторы проекта в защиту ограничений по субъектному составу, служит довод о необходимости предотвращения рождения детей суррогатными матерями по просьбам однополых пар⁵. Однако, в данном случае более верным решением нам видится установление четких требований к будущим родителям (или родителю), проверка их психического и физического здоровья, условий проживания, уровня дохода, постановка таких родителей на контроль органами опеки и попечительства с возможностью выносить этими органами в каждом конкретном случае заключение о допустимости для родителей (родителя) использования технологии суррогатного материнства. Такой индивидуализированный подход прежде всего защищал бы интересы еще не родившегося ребенка от, возможно, недобросовестных в будущем родителей, а также позволил бы принимать решение об использовании данной ВРТ родителями не только на основе совокупности объективных, но и субъективных признаков.

¹ Федеральный закон от 28.12.2012 № 272-ФЗ «О мерах воздействия на лиц, причастных к нарушениям основополагающих прав и свобод человека, прав и свобод граждан Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс»

² Конституция Российской Федерации // СПС «КонсультантПлюс»

³ В Госдуме обсуждают нюансы суррогатного материнства // URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4654340> (дата обращения: 25.02.2021).

⁴ Там же.

⁵ Там же.

Также, законодателем предлагается ввести возрастной ценз для семейных пар, решивших использовать для рождения ребенка технологию суррогатного материнства. Для того чтобы воспользоваться данной вспомогательной репродуктивной технологией, родители должны быть в возрасте не старше 55 лет и не младше 25 лет, причем возможность обратиться за услугой к суррогатной матери будет возникать не ранее, чем через год после регистрации супругами брака.

Введение возрастных ограничений для родителей представляется рациональным решением, так как оно направлено на защиту прежде всего интересов ребенка. До 25 лет репродуктивные функции организма биологического родителя еще формируются, следовательно, в этот период у лица может появиться возможность родить ребенка без использования каких-либо ВРТ. Запрет использовать суррогатное материнство после достижения потенциальными родителями 55 лет также обоснован. Защита интереса детей здесь выражается в том, что родители могут не успеть исполнить перед детьми свои обязанности по их обеспечению и воспитанию в силу своего возраста.

Вышеперечисленные дискуссионные вопросы затрагивают лишь малую часть тех проблем, которые возникают в рамках отношений суррогатного материнства. Оживленные споры по этим вопросам свидетельствуют о том, что законодательство в сфере суррогатного материнства продолжает формироваться и требует более детальной проработки, в том числе по причине того, что медицинские технологии намного опережают нормативно-правовое регулирование. Безусловно, вопрос суррогатного материнства очень деликатный, так как связан с частными интересами отдельных лиц, с семейными правоотношениями. Однако, без должного государственного контроля в данной сфере возможно нарушение прав самого слабого участника – ребенка. Детальная конкретизация вопросов в сфере суррогатного материнства необходима, так как позволит достичь баланса интересов всех сторон возникающих правоотношений.

Анализируемый в данной статье законопроект является одним из вариантов решения назревших вопросов, однако требует корректировки в соответствии с конституционными принципами и семейным законодательством. Тем не менее, даже принятие данного законопроекта не будет финальным этапом в рамках процесса формирования нормативно-правовой базы в сфере суррогатного материнства.

Попова А. А.

*Ростовский филиал Всероссийского государственного
университета юстиции (РПА Минюста России),
студент*

Опека и попечительство в современных условиях

В настоящее время, одним из важнейших направлений в социальной политике государства являются вопросы, связанные с опекой и попечительством. Последние несколько лет происходит активное реформирование законодательства в данной сфере, принимаются новые законы, вносятся поправки в уже существующие, издаются указы, постановления, распоряжения и всё это делается на благо общества и каждого человека.

Для того чтобы более углубленно разобраться в данном направлении, следует ознакомиться с такими терминами как опека и попечительство. Например законодателем, установлено, что опека представляет собой форму устройства малолетних граждан, то есть не достигших четырнадцатилетнего возраста, и признанных судом недееспособными граждан, при которой назначенные органом опеки и попечительства граждане (опекуны) являются законными представителями подопечных и совершают от их имени и в их интересах все юридически значимые действия¹.

¹ Об опеке и попечительстве: Федеральный закон от 24.04.2008 № 48-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации от 2008 г., № 17, ст. 1755

Исследователи предлагают несколько иное определение данному понятию. Под опекой подразумевают форму защиты личных имущественных и неимущественных прав и интересов детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей в возрасте до 14 лет и недееспособных граждан¹.

Говоря о другом представлении этого термина, можно выделить позицию И.А. Мушкиной, которая рассматривает опеку в трех направлениях: опека как определенный вид правовой помощи; система правовых связей, правоотношений лиц; а также в качестве определенного института законодательства². По нашему мнению, подход законодателя является оптимальным и емким по существу.

В свою очередь попечительство, по мнению законодателя является также одной из форма устройства несовершеннолетних граждан – от четырнадцати до восемнадцати лет, а также граждан ограниченных судом в дееспособности, при которой назначенные органом опеки и попечительства граждане (попечители) обязаны оказывать несовершеннолетним подопечным содействие в осуществлении их прав и исполнении обязанностей, охранять несовершеннолетних подопечных от злоупотреблений со стороны третьих лиц, давать согласие совершеннолетним подопечным на совершение ими действий в соответствии со статьей 30 Гражданского кодекса Российской Федерации³.

Ученые в качестве попечительства понимает форму защиты личных имущественных и неимущественных прав и интересов детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей в возрасте от 14 до 18 лет и ограниченно дееспособных граждан⁴. Еще один исследователь – Томилов А.Ю. в своей диссертации представил определение попечительства как способ содействия несовершеннолетнему гражданину, оставшемуся без попечения родителей, в осуществлении своих имущественных прав и законных интересов⁵.

Исходя из этих терминов, можно сделать вывод, что опека и попечительство являются многоаспектным понятием, которые можно рассматривать как институт законодательства, форму правовой помощи граждан, которая осуществляется посредством защиты прав и интересов малолетних, ограниченно дееспособных и недееспособных лиц.

Акцентируя внимание на опеке и попечительстве, важно отметить, что в последнее время со стороны государства были предприняты значительные усилия по усовершенствованию рассматриваемой нами области правового регулирования, поэтому следует рассмотреть более детально данный вопрос.

Правовая основа деятельности органов опеки и попечительства состоит из различных законодательных и подзаконных актов. В первую очередь следует отметить принятый еще 21 декабря 1996 года Федеральный закон «О дополнительных гарантиях по социальной защите детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей»⁶. В настоящем Федеральном законе определены общие принципы, содержание и меры социальной поддержки детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей. За весь период существования закона в него было внесено 23 изменения последние – 8 декабря 2020 года и касаются приоритетности национального права в данной сфере. Во-вторых, также следует отметить и кодификационные нормы – статьи 31-41 Гражданского кодекса РФ⁷, положения раздела 6 (Формы воспитания детей, оставшихся без попечения родителей) Семейного кодекса РФ⁸.

¹ Опека и попечительство : учебное пособие / Е. В. Мартынова, Н. В. Карасева, Т. С. Киенко, С. Н. Фрондзей ; под общ. ред. Е. В. Мартыновой. – Ростов н/Д, 2014. С. 6.

² Мушкина И. А. Социально-педагогические аспекты деятельности института опеки и попечительства в России // Вестник МГОУ. 2009. № 1. С. 64.

³ Об опеке и попечительстве: Федеральный закон от 24.04.2008 № 48-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации от 2008 г., № 17, ст. 1755

⁴ Опека и попечительство : учебное пособие / Е. В. Мартынова, Н. В. Карасева, Т. С. Киенко, С. Н. Фрондзей ; под общ. ред. Е. В. Мартыновой. – Ростов н/Д, 2014. С. 6.

⁵ Томилов А. Ю. Защита прав и интересов несовершеннолетних лиц, находящихся под опекой и попечительством : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 12.

⁶ О дополнительных гарантиях по социальной защите детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей: Федеральный закон от 21.12.1996 № 159-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации от 1996 г., № 52, ст. 5880

⁷ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 31.07.2020) (с изм. и доп., вступ. в силу с 29.12.2020) // Российская газета, № 256, 31.12.2001

⁸ Семейный кодекс Российской Федерации: Кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ (ред. от 06.02.2020) // Собрание законодательства РФ, 01.01.1996, № 1, ст. 16

Среди законодательных актов, также немаловажное значение имеет принятый 24 апреля 2008 года Федеральный «Об опеке и попечительстве»¹, в который уже внесено 14 изменений. Данный федеральный нормативно правовой акт регулирует отношения, возникающие в связи с установлением, осуществлением и прекращением опеки и попечительства над недееспособными или не полностью дееспособными гражданами, то есть это своего рода специализированный акт, представляющий дополнительные гарантии обеспечению опеки и попечительства.

Отметим, также и Федеральный закон «О государственном банке данных о детях, оставшихся без попечения родителей»², устанавливающий совершенно новый подход – создание государственного банка данных о детях, которые остались без попечения родителей, что позволило лицам, желающим усыновить или удочерить ребенка значительно упростить данную процедуру, но с другой стороны – обеспечить дополнительные гарантии защиты данной категории детей.

Согласно последним изменениям в рассматриваемой сфере, законодателем было принято вполне закономерное решение о создании единого реестра недобросовестных опекунов (попечителей), приемных либо патронатных родителей, а также лиц, лишенных родительских прав³. Это довольно смелый шаг позволит установить запрет данной категории недобросовестных граждан усыновлять и брать под опеку детей, а также не предоставлять соответствующие сведения о детях, оставшихся без попечения родителей.

В свою очередь на уровне Правительства Российской Федерации, были утверждены Правила осуществления специальных выплат гражданам, принявшим на сопровождаемое или временное проживание (под временную опеку): инвалидов; престарелых граждан; детей-сирот; детей, оставшихся без попечения родителей⁴. В качестве материального стимула гражданам, взявшим на себя такие важные социальные функции, стало предоставление выплаты на каждого человека, за которым осуществляется уход.

С 1 января текущего года опекунам, воспитывающим детей и ухаживающим за инвалидами, предоставлена возможность оформлять документы, направленные на получение дополнительных мер поддержки, путем удаленного доступа – через интернет, что позволит им упростить предоставление государственным органам подтверждающих их статус документов и сосредоточиться на опекунских и попечительских функциях⁵.

Проведя краткий анализ законодательства в сфере опеки и попечительства, можно сделать вывод о том, что в настоящее время государство направляет все больше сил на поддержку опекунов и попечителей, а также их подопечных. В данном направлении было внесено множество изменений в нормативно правовые акты, которые благополучно сказались на рассматриваемой нами области правового регулирования.

Таким образом, необходимо не снижать объемы и интенсивность поддержки населения добровольно взявших на себя функции опекунов и попечителей, законодательно гарантировать им достойный уровень реализации взятых обязанностей, путем предоставления дополнительных социальных возможностей. В настоящее, трудное время, связанное с тяжелой эпидемиологической обстановкой, стоит больше внимания уделить созданию и функционированию различных интернет-ресурсов, которые могли бы облегчить жизнь как опекунам и попечителям, так и людям в них нуждающимся.

¹ Об опеке и попечительстве: Федеральный закон от 24.04.2008 № 48-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации от 2008 г., № 17, ст. 1755

² О государственном банке данных о детях, оставшихся без попечения родителей: Федеральный закон от 16.04.2001 № 44-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации от 2001 г., № 17, ст. 1643

³ О внесении изменений в Семейный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «О государственном банке данных о детях, оставшихся без попечения родителей»: Федеральный закон от 02.08.2019 № 319-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации от 2019 г., № 31, ст. 4478

⁴ Об утверждении Правил осуществления специальных выплат гражданам, принявшим на сопровождаемое или временное проживание (под временную опеку) инвалидов, престарелых граждан, детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей: Постановление Правительства Российской Федерации от 30.05.2020 № 797 // Собрание законодательства Российской Федерации от 2020 г., № 23, ст. 3661

⁵ Опекунам дают новые права URL: <https://www.pnp.ru/social/opekunam-dayut-novye-prava.html> (дата обращения: 13.02.2021)

Попова А. О.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Вопрос равного доступа к суррогатному материнству, как одному из методов лечения бесплодия

Вопрос суррогатного материнства является весьма неоднозначным и вызывает много споров среди общественности, так как не все оценивают его положительно с точки зрения морали. Институт суррогатного материнства имеет большое число противников, уже ни раз поднимался вопрос о запрете суррогатного материнства на территории Российской Федерации, особенно со стороны православной церкви, считающей его «...противоестественным и морально недопустимым»¹. В 2017 году в Государственную думу был внесен законопроект А. В. Белякова, по которому предлагалось запретить суррогатное материнство, по причине его выхода за правовое поле. Однако данный законопроект не нашел поддержки и был отклонен уже в первом чтении².

Во многих странах суррогатное материнство запрещено на законодательном уровне. К таким странам относятся Германия, Швеция, Норвегия, в Великобритании суррогатное материнство разрешено, но только на некоммерческой основе. В Российской Федерации нет официального запрета на суррогатное материнство. В соответствии с законодательством Российской Федерации суррогатное материнство является одним из методов лечения бесплодия³. В соответствии с ч. 9 ст. 55 Закона об охране здоровья: «Суррогатное материнство представляет собой вынашивание и рождение ребенка (в том числе преждевременные роды) по договору, заключаемому между суррогатной матерью (женщиной, вынашивающей плод после переноса донорского эмбриона) и потенциальными родителями, чьи половые клетки использовались для оплодотворения, либо одинокой женщиной, для которых вынашивание и рождение ребенка невозможно по медицинским показаниям». Для суррогатных матерей установлены определенные критерии: возраст от 20 до 35 лет, наличие собственного ребенка, соответствующее состояние здоровья⁴. Для обращения женщины к суррогатной матери необходимо наличие у нее медицинских показаний, установленных Приказом Министерства здравоохранения РФ от 31 июля 2020 г. № 803н «О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению». Так не каждый может обратиться за услугами суррогатной матери, но на практике, с учетом оказания данных услуг на коммерческой основе частными клиниками, не всегда пациенты соответствуют установленным медицинским показаниям. В Российской Федерации на законодательном уровне отсутствует полный прописанный акт, который бы закреплял процедуру суррогатного материнства, установленные нормы не прописывают всех рисков связанных с данным методом лечения, вследствие чего, возникает большое число споров. Так как отсутствует запрет на обращение за услугами суррогатных матерей иностранных граждан, в России весьма успешно реализуется так называемый «репродуктивный туризм», что часто приводит к сравнению России с Индией, где институт суррогатного материнства также нашел большое развитие. В связи с этим в январе 2021 года депутатами Государственной думы было предложен законопроект, устанавливающий запрет иностранным гражданам обращаться за услугами суррогатных матерей в Российской Федерации. На заседании рабочей группы на тему: «Законодательное регулирование вывоза иностранцами детей через процедуру суррогатного материнства», проходившего 20 января 2021 года были обсуждены положения предложенного законопроекта и дальнейшие перспективы развития законодательного регулирования института суррогатного материнства⁵. Помимо запрета для иностранных граждан, по законопроекту также было установлено, кто из граждан Российской Федерации

¹ «Основы социальной концепции Русской Православной Церкви». // URL: azbyka.ru/otechnik/dokumenty/osnovy-sotsialnoj-kontseptsii-russkoj-pravoslavnoj-tserkvi/ (дата обращения: 02.03.2021)

² Законопроект № 133590-7 // URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/133590-7> (дата обращения: 02.03.2021)

³ Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // Российская газета от 23 ноября 2011 г. № 263. Ст. 55.

⁴ Там же.

⁵ «Законодательное регулирование вывоза иностранцами детей через процедуру суррогатного материнства» // URL: <http://duma.gov.ru/multimedia/video/events/58636/>

обладает правом на рождение ребенка с использованием метода суррогатного материнства. Данным правом предлагается наделить исключительно мужчину и женщину, состоящих в браке не менее 1 года, в возрастном диапазоне от 25 до 55 лет, в случае если женщина не имеет самостоятельной возможности выносить ребенка. Данные положения вызывают сомнения относительно того, как конкретно устанавливались критерии такого разделения, и появляется много вопросов, требующих несомненной доработки. В соответствии с ч. 2 ст. 19 Конституции Российской Федерации: «Государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств»¹. В соответствии с Законом об охране здоровья (ст. 19) каждый имеет право на медицинскую помощь. Установление норм, по которым к помощи суррогатной матери может обратиться только пара состоящая в браке, фактически противоречит Конституции РФ и нормам Закона об охране здоровья, так как ограничивает доступ одиноких женщин и мужчин к данному методу лечения бесплодия, как и равный доступ к медицинским услугам в принципе. По статистике в Российской Федерации большое число детей воспитывается в семьях, в которых только один родитель, при чем второй родитель просто проживает отдельно от семьи. Так ограничение для одиноких людей на обращение к суррогатной матери, в случае невозможности самостоятельного вынашивания ребенка женщиной, фактически выводит детей с одним родителем за принятое понятие семьи. Относительно мужчин в настоящее время также не прописана возможность обращения за услугами суррогатного материнства, правомерность чего обсуждалась уже не раз.

Вопрос обращения к суррогатным матерям иностранных граждан требует доработки и определенного закрепления, однако в виде полного запрета его также можно назвать противоречащим нормам Российского законодательства, являющимся действующими на данный момент. Вместо полного запрета наиболее предпочтительным является установка определенного регулирования, отслеживания пациентов иностранных государств, обращающихся за данными медицинскими услугами. Без сомнения, на данный момент практически невозможно отследить судьбу рождённого ребёнка, переданного иностранным родителям. Однако при установлении соглашений между странами и определённых процедур по оказанию услуг суррогатного материнства, специальных проверок потенциальных пациентов, суррогатное материнство как метод лечения бесплодия может быть реализован и для иностранных граждан тоже, с учётом того, что многие страны дают детям, рождённым таким способом, гражданство, несмотря на официальный запрет в них суррогатного материнства.

Подводя итоги, хотелось бы отметить, что присутствует необходимость решения вопроса суррогатного материнства более глобальным способом, нежели внесение изменений в уже существующие нормы. Законопроект в том виде, в котором он обсуждался на заседании рабочей группы требует доработок, так как на данный момент он создал бы больше неразрешенности чем четкого правового регулирования. Встает вопрос о необходимости создания отдельного комплексного законодательного акта, который бы регулировал вопросы суррогатного материнства, так как институт суррогатного материнства затрагивает большое количество отраслей права и включает в себя несколько прямо заинтересованных участников. Более глобальный и комплексный подход мог бы раз и навсегда урегулировать проблемы связанные с вопросом суррогатного материнства, так как медицина не стоит на месте и репродуктивные технологии получают большее развитие из года в год. Стоит задуматься о лицензировании государством клиник, которые имеют право на оказание такого рода услуг и создание некоего реестра, куда будут заноситься данные пациентов, которым могут быть показаны услуги по лечению бесплодия с помощью суррогатной матери. Резкий вывод частных клиник из числа тех, кто имеет право на оказание медицинских услуг по суррогатному материнству, может повлечь появление незаконных медицинских процедур, как и запрет определенным категориям граждан на законное обращение за данным методом лечения бесплодия повлечет за собой возрастание спроса на них. Несомненно, необходима тщательная проработка правовых основ суррогатного материнства, с участием большого числа привлечённых экспертов, для выработки общей позиции и положений.

¹ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г.) // Российская газета от 4 июля 2020 г. № 144. Ст. 19

Сбитнев В. С.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Международное усыновление: проблемы теории и практики

В мировом сообществе процесс усыновления детей, оставшихся без попечения родителей, в XXI веке получил большое развитие – он закреплён в национальных законодательствах и детально регламентирован. А при желании родителей усыновить ребёнка с другим гражданством следует обращаться не только к внутреннему законодательству обеих сторон процесса, но и прибегать к международно-правовому регулированию.

Основными международными нормативными актами, которые регулируют процедуру трансграничного¹ или международного усыновления, являются: Конвенции ООН о правах ребенка 1989 года, Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН 1986 года № 41/85, Декларация прав ребенка 1959 года, Конвенция о защите детей и сотрудничестве в области межгосударственного усыновления 1993 года, Европейская конвенция об усыновлении детей и ряд других нормативных актов.

Особое место, как подчеркивает профессор Федосеева Г. Ю., в сфере регулирования отношений по трансграничному усыновлению занимают международные двусторонние договоры, так как именно в них государства с разными правовыми системами и разными процедурами усыновления находят компромиссы при максимальном соблюдении интересов ребенка². Примерами таких договоров, заключенных Россией, являются следующие: Договор между Российской Федерацией и Итальянской Республикой «О сотрудничестве в области усыновления (удочерения) детей» 2008 года и другие. Главная цель таких договоров – оказание всесторонней защиты прав и интересов детей при международном усыновлении³.

Основными нормативными правовыми актами, регулирующими международное усыновление в РФ, являются Гражданский кодекс РФ (раздел 6) и Семейный кодекс РФ (ст. 165).

В конвенции ООН о правах ребенка 1989 года, а также в двухсторонних соглашениях закреплены основные положения, которые допускают усыновление детей иностранными гражданами: соблюдение норм и гарантий, которые установлены в отношении внутреннего усыновления; получение разрешения специально-уполномоченных органов государства на международное усыновление, а также законных представителей ребенка; определение правового статуса ребенка, в отношении которого можно применить иностранное усыновление; недопущение злоупотреблений (например, материальной выгоды) при устройстве ребенка на воспитание в иностранную семью; подписание между государствами соглашений в области иностранного усыновления⁴.

В последние годы резко уменьшилось количество российских детей, усыновленных иностранными гражданами. Данный вывод можно сделать, проанализировав практику судов по рассмотрению дел о международном усыновлении. Например, в 2009 году было вынесено 3427 решений областными и равными им судами об усыновлении гражданина России иностранными гражданами и лицами без гражданства, в 2016 году таких дел было рассмотрено 433, а в 2018 году – всего 256⁵. Можно заметить тенденцию к стремительному спаду. Причинами данного уменьшения, с одной стороны, является экономическая и политическая изоляция России в международных отношениях, с другой стороны,

¹ Тринченко К. О. Трансграничное усыновление: проблемы признания // Актуальные проблемы российского права. 2016. № 1 (62) январь. С. 216.

² Федосеева Г. Ю. Международно-правовое регулирование трансграничного усыновления как способ обеспечения защиты прав и интересов российских детей // Lex russica (научные труды МГЮА). 2012. № 4. С. 797.

³ Якушова Е. С. Унификация коллизионных норм в области усыновления // Актуальные проблемы российского права. (92) июль 2018. № 7. С. 65.

⁴ Конвенция ООН о правах ребенка от 20 ноября 1989 г. // Собрание международных договоров СССР. 1993. Вып. XLVI.

⁵ Обзор практики рассмотрения в 2018 году областными и равными им судами дел об усыновлении детей иностранными гражданами или лицами без гражданства, а также гражданами Российской Федерации, постоянно проживающими за пределами территории Российской Федерации // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2019. № 11.

меры, принимаемые Российской Федерацией для защиты детей в процессе усыновления. Например, в 2012 году был принят Федеральный закон «О мерах воздействия на лиц, причастных к нарушениям основополагающих прав и свобод человека, прав и свобод граждан Российской Федерации» № 272-ФЗ, или «Закон Димы Яковлева».

Возникает множество проблем в процессе усыновления начиная с первого этапа: со сбора документов. Иностранец или апатрид обязаны предоставить при усыновлении определенный перечень документов¹: справку о состоянии здоровья, справку о наличии жилища, справку о несудимости, справку о доходах. Но на практике возникают вопросы о том, каким способом получена данная справка или документ, какой орган выдал его и соответствует ли данный документ требованиям российского законодательства, применяемым к усыновителям. Также возникают трудности с переводом данных документов на русский язык. Для решения данных проблем введен процесс легализации документов об усыновлении, предусмотренный ч. 4 ст. 271 ГПК РФ. После легализации документы должны быть переведены на русский язык. Перевод должен быть удостоверен нотариально. Это важные гарантии, которые уменьшают возможность усыновить российских детей недобросовестными лицами.

Далее возникает проблема с подготовкой иностранных усыновителей к принятию в семью ребенка. В соответствии с российским законодательством (ст. 127 СК РФ), гражданин, который собирается усыновить ребенка, обязан пройти подготовку по программе, утвержденной органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации². Особенно это актуально для граждан иностранных государств, которые хотят усыновить ребенка в другой стране, так как в данном случае встает вопрос о различиях в этических, психологических и религиозных убеждениях родителя и ребенка. Также важную роль будет играть незнание языка, новая культура и первоначальное воспитание. Такие различия могут привести к непониманию в семье и психологическому шоку у ребенка, которые негативно скажутся на формировании его личности.

Еще одной проблемой, которая остро стоит в современных реалиях, является контроль за соблюдением прав и законных интересов усыновленных иностранным гражданином детей³. Так, в соответствии с ч. 2 ст. 61 Конституции РФ, Российская Федерация гарантирует своим гражданам защиту и покровительство за пределами государства, в данном случае и за детьми, которые были усыновлены иностранными гражданами. Но так как за границами РФ юрисдикция государства заканчивается, сложно надлежащим образом выполнять данную функцию. Ребенок, оказавшийся на территории иностранного государства, фактически становится беззащитным, так как его переезд в государство усыновителя и обеспечение его правовой защиты никак не связаны с действием российского законодательства, а у российских социальных служб нет возможности оказывать предусмотренную национальным законодательством помощь усыновленным детям⁴.

В случае отмены усыновления в иностранном государстве, ребенок будет передан в другую семью или в социальное учреждение, но Российская Федерация не сможет контролировать данный процесс и повлиять на судьбу ребенка. Ситуация усугубляется в случае, если законодательством иностранного государства предусмотрена возможность изменения фамилии и имени ребенка. Например, в Италии на законодательном уровне не признается институт отмены усыновления. Даже если российский суд отменит такое усыновление, то ребенок все равно останется в иностранном государстве и не вернется на родину, а Российская Федерация не сможет повлиять на этот процесс.

¹ Постановление Правительства РФ от 29.03.2000 № 275 (ред. от 14.12.2019) «Об утверждении правил передачи детей на усыновление (удочерение) и осуществления контроля за условиями их жизни и воспитания в семьях усыновителей на территории Российской Федерации и Правил постановки на учет консульскими учреждениями Российской Федерации детей, являющихся гражданами Российской Федерации и усыновленных иностранными гражданами или лицами без гражданства» // Собрание законодательства РФ. 10.04.2000. № 15. Ст. 1590.

² Приказ Министерства образования и науки РФ от 13 марта 2015 г. № 235 «Об утверждении Порядка организации и осуществления деятельности по подготовке лиц, желающих принять на воспитание в свою семью ребенка, оставшегося без попечения родителей» // Российская газета. № 105. 19.05.2015.

³ Ламейкина Е. Ю. Проблемы правового регулирования международного усыновления // Закон и право (11). 2019. С. 73.

⁴ Федосеева Г. Ю. Международно-правовое регулирование трансграничного усыновления как способ обеспечения защиты прав и интересов российских детей // Lex russica (научные труды МГЮА). 2012. № 4. С. 796.

Посредничество в процессе международного усыновления – еще одна проблема МЧП. В России на законодательном уровне любое посредничество при усыновлении запрещено (ст. 126.1 СК РФ). Не является посреднической деятельностью органов исполнительной власти и органов опеки и попечительства по выполнению возложенных на них функций по выявлению и устройству детей, оставшихся без попечения родителей, в том числе деятельность специально уполномоченных органов или организаций иностранных государств по усыновлению детей, которая происходит на территории России, на основании международного договора РФ или принципа взаимности.

Также на практике существует еще одна проблема – незнание российскими судами законодательства иностранного государства, усыновитель которого собирается взять ребенка на воспитание в свою семью в Российской Федерации.

Таким образом, институт международного усыновления в настоящее время находится не в простой ситуации. Требуется, чтобы государства налаживали связи друг с другом, устраняли проблемы в правовом регулировании процедуры усыновления, прорабатывали и совершенствовали механизмы контроля и ответственности как на международном уровне, так и в двусторонних соглашениях, а также на уровне национального законодательства, поскольку данные отношения выходят за рамки международного частного права¹. Следует отметить позитивную тенденцию к заключению двусторонних договоров, регламентирующих процесс международного усыновления.

Сердцева Н. Е.

*Российский государственный университет правосудия,
аспирант*

Досрочное приобретение полной дееспособности в России: условия и некоторые проблемы реализации

В настоящее время негативные изменения во многих сферах жизни общества, связываются с последствиями мирового экономического кризиса. Но дети, как особо уязвимая часть общества, всегда находились под особым контролем и защитой как на федеральном уровне, так и на уровне субъектов Российской Федерации. Охрана детства является приоритетным направлением политики России, что отражено в многочисленных нормативных правовых актах, в том числе Указе Президента РФ от 01.06.2012 № 761 «О Национальной стратегии действий в интересах детей на 2012–2017 годы», а также международных актах, ратифицированных Россией.

Возраст, при достижении которого возможно самостоятельное осуществление своих прав и обязанностей (полная дееспособность) в России согласно статье 60 Конституции РФ равен восемнадцати годам, но непрерывное развитие государства и общества, привело к тому, что в некоторых случаях необходимо наделение гражданина, еще не достигшего восемнадцатилетия, правом в полной мере осуществлять права и нести обязанности как совершеннолетний.

Федеральным законодателем в части 2 статьи 21, статьи 27 Гражданского кодекса РФ предусмотрены условия, при которых ребенок, не достигший совершеннолетия, при его волеизъявлении может получить право получить полную дееспособность. Досрочное приобретение дееспособности, в том числе, связано с понятием «эмансипация».

Понятие «эмансипация», как основание досрочного наделения гражданина полной дееспособностью появилось в законодательстве Российской Федерации с принятием в 1994 году нового Гражданского кодекса РФ.

На сегодня эмансипировать лицо представляется возможным только при совокупности двух факторов, закрепленных в пункте 1 статьи 27 Гражданского кодекса РФ, а именно: лицо должно достигнуть возраста 16 лет и несовершеннолетний должен заниматься либо трудовой деятельностью по договору, либо предпринимательской, если на то есть разрешение его родителей, усыновителей либо законных представителей.

Для эмансипации несовершеннолетнему лицу с согласия законных представителей необходимо получить и согласие органа опеки и попечительства. Форма согласия не предусмотрена на законодательном уровне. При этом наделение несовершеннолетнего полным объемом прав и обязанностей зависит от волеизъявления других лиц. Федеральным законодателем предусмотрено право каждого на обжалование решений, действий (бездействия) органов

¹ Федосеева Г. Ю. Международно-правовое регулирование трансграничного усыновления как способ обеспечения защиты прав и интересов российских детей // Lex russica (научные труды МГЮА). 2012. № 4. С. 791–800.

государственной власти, местного самоуправления иного органа, отдельных должностных лиц. Механизм реализации указанного права закреплен в Кодексе административного судопроизводства Российской Федерации от 8 марта 2015 года. Обращение несовершеннолетнего лица в суд с заявлением об отмене решения/отказа лица, органа, не давшего согласие на эмансипацию, не гарантирует признание обратившего эмансипированным.

Проблемой применения института эмансипации по мнению некоторых авторов является недостаточное количество оснований для наделения несовершеннолетнего полной дееспособностью. Так, С. Букшина считает, что было бы целесообразным наделить полной дееспособностью лицо, достигшее возраста шестнадцати лет и не обладающее никакими психическими болезнями, отклонениями, имеющее высокий уровень психического развития, по усмотрению уполномоченных на то органов, а именно органа опеки и попечительства или суда, если оно уже занимается трудовой деятельностью по контракту или трудовому договору, также обладает намерениями заниматься предпринимательской деятельностью¹.

Необходимо сказать и о способе досрочного получения дееспособности – вступлении в брак лица, не достигшего восемнадцати лет.

Законодательное установление брачного возраста как меры упразднения детских браков и установление при необходимости надлежащих наказаний предписывает и Конвенция ООН о согласии на вступление в брак, брачном возрасте и регистрации браков (открыта для подписания и ратификации резолюцией 1763 А (XVII) Генеральной Ассамблеи от 7 ноября 1962 года). Согласно статье 2 данной Конвенции не допускается заключение брака с лицом, не достигшем установленного возраста, кроме случаев, когда компетентный орган власти в интересах сторон, вступивших в брак, разрешает сделать из этого правила о возрасте исключение по серьезным причинам.

В соответствии с пунктом «к» части 1 статьи 72 Конституции России, законодателем в статье 13 Семейного кодекса России установлен брачный возраст, который составляет восемнадцать лет, при этом предусмотрено право органов местного самоуправления по месту жительства лиц, желающих вступить в брак, по их просьбе и при наличии уважительных причин разрешать вступление в брак лицам, достигшим возраста шестнадцать лет, а также право субъектов РФ своими нормативными актами определять порядок и условия, при наличии которых вступление в брак может быть возможным как исключение.

Зачастую причина желания вступить в брак до достижения лиц совершеннолетия являются такие особые обстоятельства как беременность, рождение ребенка несовершеннолетним лицом. Федеральным законодателем не установлен исчерпывающей перечень причин и документов, подтверждающих особые обстоятельства.

Субъектами Российской Федерации могут самостоятельно формироваться перечни особых условий, при которых несовершеннолетнее лицо, может претендовать на получение разрешения вступить в брак. Но стоит отметить, что наличие причин и документальное их подтверждение, не является безусловным основанием получения разрешения компетентного органа, а также получение положительного судебного решения, при обращении несовершеннолетнего лица с заявлением в суд с требованием отменить решение компетентного органа местного самоуправления /признать его незаконным, дать согласие на вступление в брак.

Подводя итоги вышесказанного, можно сделать вывод о том, что существенной проблемой реализации права несовершеннолетнего лица на досрочное приобретение полной дееспособности по основанию эмансипация, либо досрочное вступление в брак является отсутствие регулирования на федеральном уровне исчерпывающего перечня оснований и документов, необходимых для досрочного приобретения полной дееспособности несовершеннолетним лицом.

¹ Букшина С. Эмансипация: проблемы и перспективы // Хозяйство и право. 1999. № 7. С. 51

Усова Н. Н.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Право одиноких мужчин на применение вспомогательных репродуктивных технологий в Российской Федерации

В настоящее время интенсивное развитие медицинских технологий неразрывно связано с расширением правового регулирования в различных сферах жизни общества. Одним из наиболее заметных результатов развития медицинских технологий является применение вспомогательных репродуктивных технологий.

Вспомогательные репродуктивные технологии представляют собой методы лечения бесплодия, при применении которых отдельные или все этапы зачатия и раннего развития эмбрионов осуществляются вне материнского организма, в том числе с использованием донорских и (или) криоконсервированных половых клеток, тканей репродуктивных органов и эмбрионов, а также суррогатного материнства¹. Внедрение вспомогательных репродуктивных технологий имеет важную цель – обеспечить реализацию потребности в детях тех людей, у которых есть определенные проблемы со здоровьем.

Несмотря на то что применение вспомогательных репродуктивных технологий в России началось еще в восьмидесятые годы двадцатого века, до сих пор нерешенным остается целый ряд связанных с ними вопросов, наиболее актуальным из которых в настоящее время является право одиноких мужчин на применение вспомогательных репродуктивных технологий.

В Федеральном законе «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» перечислен круг лиц, имеющих право на применение вспомогательных репродуктивных технологий. Такое право имеют мужчина и женщина, как состоящие, так и не состоящие в браке, а также одинокая женщина. Однако исходя из буквального толкования закона, данное право отсутствует у одиноких мужчин.

Очевидно, что основным способом применения вспомогательных репродуктивных технологий для одинокого мужчины является имплантация эмбриона суррогатной матери. Обращаясь к тексту вышеупомянутого закона, можно заметить, что право одинокого мужчины на заключение договора с суррогатной матерью прямо не предусмотрено даже в том случае, если мужчина имеет проблемы со здоровьем, препятствующие зачатию ребенка естественным путем. Стоит также отметить, что одинокая женщина, у которой нет проблем со здоровьем, в отличие от одинокого мужчины, может сама выносить и родить ребенка без помощи суррогатной матери, использовав донорскую сперму. Данное право предусмотрено для женщин приказом Минздрава № 308н.² Единственным показанием в данном случае должно быть лишь отсутствие полового партнера. Безусловно, законодательство должно учитывать данный факт и предоставлять возможность одиноким мужчинам становиться отцами с помощью использования вспомогательных репродуктивных технологий, в частности с помощью суррогатного материнства.

Еще одним важным аспектом является регистрация ребенка, рожденного от суррогатной матери. Несмотря на то что данная процедура регулируется Семейным кодексом, а также Федеральным законом «Об актах гражданского состояния», некоторые моменты до сих пор вызывают вопросы. В этих нормативных актах речь идет о государственной регистрации ребенка по заявлению супругов, давших согласие на имплантацию эмбриона другой женщине в целях его вынашивания. Соответственно, возможность регистрации ребенка по заявлению одинокого мужчины, давшего согласие на имплантацию эмбриона суррогатной матери, действующим законодательством не предусмотрена.

Отсутствие такой возможности порождает значительные проблемы, о чем свидетельствует судебная практика. Так, в Смольнинский районный суд города Санкт-Петербурга с иском обратился мужчина, которому органы записи актов

¹ Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации». // *Собрание законодательства Российской Федерации*. 2011. № 48. С. 6724.

² Приказ Минздрава России от 31.07.2020 № 803н «О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению». // «Бюллетень трудового и социального законодательства Российской Федерации» 2020. № 7

гражданского состояния отказали в регистрации двоих детей, рожденных суррогатной матерью¹. Основанием для отказа послужил тот факт, что законом прямо предусмотрен порядок записи родителей ребенка, появившегося на свет в результате применения вспомогательных репродуктивных технологий только в случае, если они состоят в браке. Суд с такими доводами не согласился, отметив прежде всего, что действующее законодательство исходит из равенства прав женщин и мужчин. Поскольку одинокие женщины фактически имеют право на рождение детей и, как правило, не испытывают проблем с регистрацией их рождения, этого права не должны быть лишены и одинокие мужчины. Суд пришел к выводу, что действующее законодательство не содержит прямого запрета на регистрацию рождения ребенка по заявлению одинокого отца, давшего согласие на имплантацию эмбриона суррогатной матери. Суд также отметил, что, отказав в регистрации, органы записи актов гражданского состояния нарушили права и законные интересы не только самого мужчины, но и его новорожденных детей. Таким образом, Смольнинский районный суд полностью удовлетворил иск одинокого отца, подчеркнув, что в подобных спорах в первую очередь необходимо учитывать интересы детей.

К совершенно другому мнению пришел Тушинский районный суд, который отказал в удовлетворении аналогичного иска, аргументировав это тем, что поскольку порядок записи одинокого мужчины, давшего согласие на имплантацию эмбрионов, в книге записей рождений прямо не предусмотрен законом, то органы ЗАГС имеют право отказать в регистрации рождения детей². Суд также установил, что единственным решением подобной ситуации является выдача свидетельства о рождении на основании заявления органов опеки и попечительства и без указания в нем как отца детей, так и суррогатной матери. Это означает, что дети фактически становятся сиротами только из-за отсутствия в законе подробной регламентации записи одиноких отцов, прибегнувших к применению вспомогательных репродуктивных технологий, в книгу записей рождений.

Тем не менее даже если отцу, чей ребенок родился в результате имплантации эмбриона суррогатной матери, удастся его зарегистрировать, он все равно будет лишен возможности указать в свидетельстве о рождении произвольные имя и отчество матери. В соответствии с Семейным кодексом, право на указание имени и отчества второго родителя, а именно отца, предоставлено только матери ребенка, не состоящей в браке. Вероятно, при разработке данной статьи законодателю было трудно представить, что возможна ситуация, когда у ребенка есть отец, но нет и фактически никогда не было матери, а только донор ооцитов. Поэтому в настоящее время в свидетельствах о рождении детей, чьи одинокие отцы дали согласие на имплантацию эмбриона, в графе мать в большинстве случаев стоит прочерк.

Еще одним важным аспектом является получение одинокими отцами материнского (семейного) капитала. В Федеральном законе «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей» установлен круг лиц, которые имеют право на получение материнского (семейного) капитала. К ним относятся и мужчины, в частности, если они являются единственными усыновителями ребенка, а также в случаях смерти женщины, объявления ее умершей, лишения родительских прав в отношении ребенка и в ряде других случаев. Однако законом не предусмотрено право на получение соответствующих мер государственной поддержки одинокими отцами, чьи дети родились в результате имплантации эмбрионов суррогатной матери. Стоит отметить, что данные меры поддержки предназначены не персонально для женщин, а для семей в целом, и детей в особенности. В связи с этим абсолютно логичным видится внесение в закон соответствующих изменений, позволяющих реализовывать право на государственную поддержку одиноким мужчинам, прибегнувшим к вспомогательным репродуктивным технологиям.

Таким образом, законодательство, связанное с регулированием вспомогательных репродуктивных технологий, нуждается в тщательной доработке. В соответствии с Конституцией Российской Федерации мужчина и женщина имеют равные права и свободы и равные возможности для их реализации. Семейным кодексом Российской Федерации также предусмотрено, что родители имеют равные права и несут равные обязанности в отношении своих детей. Исходя из данных положений можно сделать вывод, что поскольку мужчина и женщина имеют равные права в отношении уже

¹ Решение Смольнинского районного суда г. Санкт-Петербурга от 4 марта 2011 г. по делу № 2-1601/2011 // Государственная автоматизированная система Российской Федерации «Правосудие».

² Решение Тверского районного суда г. Москвы от 25 марта 2011 г. по делу № 2-1894/2011 // Государственная автоматизированная система Российской Федерации «Правосудие».

рожденных детей, то они должны иметь равные права и на детей в принципе, а также равные возможности в области применения вспомогательных репродуктивных технологий.

Харькова Д. В.

*Самарский университет имени академика С.П. Королева,
студент*

К вопросу о сохранении права пользования приватизированным жилым помещением членом семьи собственника

В соответствии с Законом РФ «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации» от 04.07.1991 № 1541-1, под приватизацией жилых помещений понимается бесплатная передача в собственность граждан Российской Федерации на добровольной основе занимаемых ими жилых помещений в государственном и муниципальном жилищном фонде, а для граждан Российской Федерации, забронировавших занимаемые жилые помещения, – по месту бронирования жилых помещений¹.

На практике, возникают некоторые спорные вопросы, которые связаны с последующим использованием ранее приватизированным жилым помещением новым собственником, который приобретает указанное жилое помещение у лица, участвовавшего в приватизации данного помещения.

Норма ч. 4 ст. 31 ЖК РФ закрепляет, что в случае прекращения семейных отношений с собственником жилого помещения, право пользования данным жилым помещением за бывшим членом семьи собственника этого жилого помещения не сохраняется².

При этом ст. 19 Федерального закона «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации» вносит законодательное исключение в ч. 4 ст. 31 ЖК РФ³. Так, согласно ст. 19 Закона о введении в действие ЖК РФ, за лицами, которые дали согласие на приватизацию жилого помещения, но не участвовали в его приватизации, сохраняется право бессрочного пользования.

На сегодняшний день в правовом поле для покупателя ранее приватизированного жилого помещения существуют определенные риски.

Статья 558 Гражданского кодекса Российской Федерации, в качестве одного из существенных условий договора продажи жилого помещения указывает перечень лиц, за которыми сохраняется право пользования жилым помещением при переходе права собственности на него⁴.

К таким лицам относится, в том числе и бывший член семьи собственника, который на момент приватизации имел вместе с собственником равные права пользования жилым помещением, в приватизации не участвовал, но дал свое согласие на приватизацию.

При принятии решения о приобретении жилого помещения в собственность, потенциальный покупатель проверяет наличие обременений на жилое помещение посредством получения выписки из Единого государственного реестра недвижимости.

На практике же проблему создает отсутствие фиксации в ЕГРН факта наличия в приобретаемом жилом помещении лица, не участвовавшего в приватизации, но сохранившего право бессрочного пользования приватизированным жилым помещением, что порождает коллизию норм гражданского законодательства.

¹ Закон РФ от 04.07.1991 № 1541-1 «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации» // Ведомости Съезда НД РСФСР и ВС РСФСР, № 28, 11.07.91, ст. 959

² Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 № 188-ФЗ (ред. от 31.12.2017) // Российская газета» от 12 января 2005 г. № 1

³ Федеральный закон от 29 декабря 2004 г. № 189-ФЗ «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации» // Российская газета от 12 января 2005 г. № 1

⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации от 29 января 1996 г. № 5 ст. 410

Положение ст. 209 ГК РФ закрепляет элементы права собственности: владение, пользование и распоряжение. Однако норма ст. 19 Федерального закона «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации» ограничивает нового собственника в его фундаментальных правомочиях, а именно существенно ограничено право пользования таким жилым помещением, ибо данное право принадлежит и лицам, приватизирующим такое жилое помещение ранее.

Позиция Верховного Суда РФ по данному вопросу была выражена в обзоре законодательства и судебной практики за 1 квартал 2008 года: с учетом положений ст. 19 ФЗ «О введении в действие ЖК РФ», ст. 2 Закона РФ «О приватизации жилищного фонда в РФ», при прекращении семейных отношений с собственником приватизированного жилого помещения за бывшим членом семьи собственника, реализовавшим свое право на бесплатную приватизацию, сохраняется право пользования приватизированным жилым помещением, так как на приватизацию этого жилого помещения необходимо было его согласие¹.

Таким образом, на данный момент одной из острейших проблем является отсутствие в действующем законодательстве обязательного правила включения в договор передачи жилого помещения в порядке приватизации сведений о наличии данной категории пользователей.

Помимо этого, являясь по своей юридической природе обременением жилого помещения, факт наличия права бессрочного пользования приватизированным жилым помещением не отражается ни в договоре передачи жилого помещения, ни в иных документах, устанавливающих право на такое жилое помещение.

Получается, что новый собственник, приобретая ранее приватизированное жилое помещение, узнает о таком обременении только по факту, когда указанные пользователи жилого помещения будут отстаивать свое право пользования данным помещением.

Так, при соблюдении всей процедуры приватизации жилого помещения, дальнейшая возможность нового собственника пользоваться жилым помещением существенно ограничивается. Лица, которые дали согласие на приватизацию жилого помещения, но не участвовали в ней становятся бессрочными пользователями, право пользования которых прекращается только по их воле, а также в случаях и порядке, предусмотренном действующим законодательством. Законодатель, предусмотрев такую гарантию за вышеуказанной категорией лиц, не предусмотрел гарантии для последующих собственников ранее приватизированного жилого помещения, поставив их в «незащищенное» положение по отношению к первым.

Помимо этого, законодатель не предусмотрел для последующих собственников возможности осведомиться о наличии у указанных лиц права бессрочного пользования жилым помещением. В связи с этим полагается, что отказ от нормы, предусмотренной ст. 19 Закона о введении в действие ЖК РФ, не представляется возможным, иначе происходило бы нарушение ст. 40 Конституции РФ, гарантирующей право каждого на жилище².

Однако, для защиты прав и законных интересов не только потенциальных покупателей, но и бывших членов семьи собственника приватизированного жилого помещения, необходимо при проведении процедуры приватизации вносить данные в Единый государственный реестр недвижимости обо всех членах семьи, давших согласие на приватизацию, но в приватизации не участвовавших.

Благодаря этому будет реализован принцип достоверности сведений, содержащихся в Едином государственном реестре недвижимости, закрепленный в ст. 8.1 Гражданского кодекса РФ, а у потенциального приобретателя появится реальная возможность проверить наличие обременения (ограничения) права собственности продавца.

Следует не забывать, что на сегодняшний день приватизация жилых помещений, предоставленных по договору социального найма, носит бессрочный характер, а сделки с приватизированными жилыми помещениями будут и дальше совершаться.

¹ Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за 1 квартал 2008 г. (утв. постановлением Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 28 мая 2008 г.). // URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/1687378/>

² Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс»

Харьковская М. А.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Некоторые проблемы международного усыновления (удочерения) российских детей

В современной России одной из главных задач государства является помощь гражданам воспитывать детей, обеспечивать их материально и содействовать становлению личности каждого ребенка. Однако, в данный момент мы можем наблюдать совсем неблагоприятную обстановку для этого, так как довольно большое количество несовершеннолетних находятся без попечения родителей. Согласно данным 2018 года, в Федеральном Банке Данных (ФБД) было зарегистрировано 481 284 лиц¹, не достигших восемнадцатилетия, то есть это количество детей, оставшихся без попечения родителей. Опираясь на статистику, проводимой Министерством Просвещения, можно выявить неприятную закономерность, что с 2012 по 2019 годы число усыновленных (удочеренных) детей российскими гражданами сократилось с 6565 до 3542. Кроме того, данная тенденция коснулась и практики международного усыновления (удочерения) российских детей, если в 2012 году 2604 ребенка попали в семьи, то в 2019 году – только 240 человек² и в октябре 2020 года Министерством Просвещения было объявлено, что в России 30 684 детей-сирот³. Проанализировав представленные выше данные, становится понятно, почему проблема усыновления (удочерения) детей, оставшихся без попечения родителей, важна в наши дни.

Что касается законодательства, регулирующее данную сферу, то в первую очередь, мы можем выделить ст. 124-133, 165 Семейного кодекса Российской Федерации⁴, Федеральный закон от 02.07.2013 № 167-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам устройства детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей»⁵, а также такой международно-правовой акт, как Конвенция о правах ребенка⁶.

Для более глубокого понимания данной тематики рассмотрим детально нормы Семейного кодекса Российской Федерации (далее СК РФ). В соответствии с п. 4 ст. 124 СК РФ, иностранные граждане имеют возможность усыновить (удочерить) российских детей только в том случае, если нельзя передать в семьи граждан Российской Федерации или родственникам детей без попечения родителей независимо от их места жительства, а ст. 126 СК РФ регулирует в том числе учет лиц, желающих усыновить детей, а именно «учет иностранных граждан, желающих усыновить (удочерить) ребенка, гражданина России, производится органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации или федеральным исполнительным органом». Значимыми являются положения ст. 127 СК РФ, которые устанавливают общее требование для подготовки усыновителей. Данное требование осуществляется в целях психолого-педагогической и правовой подготовки этих лиц по программе и в порядке, утвержденным органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации. В соответствии с представленной выше нормой, если граждане постоянно проживают за пределами Российской Федерации, то они вправе пройти данную подготовку, в соответствии с законодательством государства, гражданами которой они являются, а в случае, если такой возможности нет, то усыновители вправе в соответствии со ст. 127 СК РФ пройти подготовку в Российской Федерации. Требования к программе для иностранных граждан, желающих принять на воспитание несовершеннолетнего ребенка, который постоянно проживает на территории Российской Федерации, были разработаны Министерством Просвещения России

¹ Федеральный банк данных о детях // URL: <https://усыновите.рф/children>

² Министерство Просвещения Российской Федерации // URL: <https://edu.gov.ru/activity/statistics/guardianship>

³ Там же.

⁴ Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ // «Собрание законодательства РФ», 01.01.1996, № 1, ст. 16

⁵ В особенности статьи 1, 4, 5, 7, 8 Федерального закона от 02.07.2013 № 167-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам устройства детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей»

⁶ Данный документ был одобрен Генеральной Ассамблеей ООН 20.11.1989. Положения, касающиеся усыновления, находятся в преамбуле международного акта, а также в статьях 20 и 21

от 20.08.2012 № 623 «Об утверждении требований к содержанию программы подготовки лиц, желающих принять на воспитание в свою семью ребенка, оставшегося без попечения родителей, и формы свидетельства о прохождении такой подготовки на территории Российской Федерации»¹. Вышеуказанная программа должна содержать следующие пункты: «Введение в курс подготовки кандидатов в приемные родители»; «Представление о потребностях развития приемного ребенка и необходимых компетенциях приемных родителей. Понятие о мотивации приемных родителей»; «Этапы развития ребенка»; «Особенности развития и поведения ребенка, оставшегося без попечения родителей, подвергавшегося жестокому обращению. Диспропорции развития ребенка»; «Адаптация приемного ребенка и приемной семьи»; «Роль семьи в обеспечении потребностей развития и реабилитации ребенка»; «Взаимодействие приемной семьи с органами опеки и попечительства и иными организациями, предоставляющими услуги детям и семьям» и другие.

В соответствии с п. 3 ст. 165 СК РФ, если дети-граждане Российской Федерации были переданы на воспитание в иностранные семьи, за пределами территории Российской Федерации, то их права и законные интересы защищаются, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации и такая защита прав и законных интересов детей осуществляется в пределах, допускаемых нормами международного права, консульскими учреждениями Российской Федерации, в которых указанные дети состоят на учете до достижения ими совершеннолетия².

На основании вышеперечисленных норм семейного законодательства Российской Федерации можно выявить некоторые проблемы, касающиеся международного усыновления (удочерения) российских детей.

Во-первых, известно, что иностранные граждане имеют право принять на воспитание несовершеннолетних лиц, оставшихся без попечения родителей, только если невозможна передача детей в семьи российских граждан. Во-первых, законодательно не установлено, в каких случаях усыновление (удочерение) гражданами Российской Федерации является невозможным. Более того, были выявлены случаи³, когда органы опеки и попечительства после 6 месяцев с момента регистрации ребенка как лица, оставшегося без попечения родителей, не предпринимали никаких усилий, чтобы устроить ребенка в семью российских граждан, хотя люди, имеющие другое гражданство, претендовали на усыновление (удочерение).

Во-вторых, знакомство и налаживание связи с ребенком для иностранного гражданина, желающего принять на воспитание ребенка, являющегося гражданином Российской Федерации, может пройти только после судебного процесса в то время, как данное требование не было установлено для российских граждан.

В-третьих, если говорить о контроле за действиями усыновителей по отношению ребенка, то он осуществляется не менее 4 раз в год на протяжении трех лет местными органами опеки и попечительства, после чего данные органы обязаны предоставить отчет российским государственным органам. По прошествии трех лет после усыновления (удочерения) ребенка количество визитов сокращается до двух раз в год⁴. В связи с тем, что иностранных усыновителей и усыновленных ими детей навещают довольно-таки редко, контроль можно назвать недостаточным. Известны случаи, когда выяснялось, что в отношении детей совершалось моральное и физическое насилие⁵, в связи с этим сразу

¹ Приказ Минобрнауки России от 20.08.2012 № 623 «Об утверждении требований к содержанию программы подготовки лиц, желающих принять на воспитание в свою семью ребенка, оставшегося без попечения родителей, и формы свидетельства о прохождении такой подготовки на территории Российской Федерации» // Российская газета, № 200, 31.08.2012

² Порядок постановки на учет консульскими учреждениями Российской Федерации детей, являющихся гражданами Российской Федерации и усыновленных иностранными гражданами или лицами без гражданства, определяется Правительством Российской Федерации.

³ Органы опеки не заинтересованы в семейном устройстве детей // URL: <https://www.kommersant.ru/doc/2390074>

⁴ Постановление Правительства РФ от 29.03.2000 № 275 (ред. от 14.12.2019) «Об утверждении правил передачи детей на усыновление (удочерение) и осуществления контроля за условиями их жизни и воспитания в семьях усыновителей на территории Российской Федерации и Правил постановки на учет консульскими учреждениями Российской Федерации детей, являющихся гражданами Российской Федерации и усыновленных иностранными гражданами или лицами без гражданства» // Российская газета, № 72, 13.04.2000

⁵ «Дело Даниила Кручина»: приговор приемным родителям-садистам сложно предугадать // URL: <https://www.vesti.ru/article/2003506>

вспоминаем дело Димы Яковлева, мальчика, родившегося в Псковской области усыновили в 2008 году в возрасте двух лет американские граждане, и после трех месяцев с момента принятия Димы Яковлева в семью на воспитание, он погиб. Всему виной стал приемный отец мальчика, который оставил его одного в машине под палящим солнцем¹. Конечно, мы понимаем, что данная проблема есть и на территории Российской Федерации, но за пределами страны сложнее контролировать усыновителей, следить за их отношением к ребенку и методами воспитания последнего.

Подытоживая все вышесказанное, хочется отметить, что законодательство не контролирует полностью данную сферу, существуют некоторые пробелы, которые нужно восполнить для обеспечения полной безопасности усыновленного ребенка. В силу того, что были выявлены случаи неприемлемого отношения приемных родителей к ребенку, было искусственно сокращено число усыновленных детей иностранными гражданами, например, был принят закон, запрещающий усыновлять российских детей гражданам Соединенных Штатов Америки, но нам кажется, в целях интереса ребёнка, не нужно запрещать гражданам определенной страны усыновлять (удочерять) детей-граждан Российской Федерации, а необходимо тщательнее проверять лиц, желающих взять на воспитание ребенка, и членов их семьи, и контролировать их деятельность по отношению к последнему.

Черкашина М. И.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Проблема защиты интересов детей при рассмотрении семейных споров

Одной из основ конституционного строя является обязанность Российской Федерации как социального государства создать условия, обеспечивающие достойную жизнь и свободное развитие каждого человека. Наиболее уязвимую категорию населения, которая нуждается в предоставлении особых прав и дополнительной защите государства и общества, в силу своей физической и психологической незрелости составляют дети. По этой причине приоритетное значение приобретают механизмы реализации и защиты прав детей.

Специфика семейных отношений с участием ребенка влечет сложности в разрешении противоречий между субъектами данных отношений. Анализ законодательства и правоприменительной практики позволяет выявить ряд проблем, связанных с разрешением споров, касающихся прав детей.

В первую очередь хотелось бы отметить, что международное законодательство и судебная практика признает ребенка самостоятельной личностью и субъектом права, который нуждается в гарантиях для обеспечения и защиты своих прав. В Российской Федерации же сложилась несколько другая практика: законодатель и правоприменитель, а также большинство родителей в случае возникновения конфликта не признают ребенка равноправным участником отношений в результате чего происходит нарушение законных прав и интересов ребенка. Эта проблема прослеживается в существующих в Российской Федерации механизмах защиты прав несовершеннолетних.

В настоящее время в России самым распространенным способом обеспечения прав и законных интересов ребенка является судебный порядок защиты. Данная форма защиты прав ребенка предусмотрена рядом законодательных актов: Семейным кодексом РФ и Гражданским процессуальным кодексом РФ, а также Федеральным законом от 24 июля 1998 года № 124-ФЗ «Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации» и иными нормативными актами. Законодательством предусмотрено право суда принимать решения по наиболее важным по вопросам семейно-правового статуса ребенка, например по вопросам оспаривания отцовства и материнства (ст. 52 СК РФ); осуществления родительских прав и разрешения разногласий между родителями о воспитании и месте жительства несовершеннолетних детей (ст. 65 СК РФ); осуществлению родительских прав родителем, проживающим отдельно от ребенка (ст. 66 СК РФ); взыскания алиментов на несовершеннолетних детей (ст. 80 СК РФ) и в других случаях.

¹ Федеральный закон от 28.12.2012 № 272-ФЗ (ред. от 30.12.2020) «О мерах воздействия на лиц, причастных к нарушениям основополагающих прав и свобод человека, прав и свобод граждан Российской Федерации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 10.01.2021) // Российская газета, № 302, 29.12.2012.

Однако в то же время, несмотря на законодательно закрепленный механизм защиты прав детей через суд, их процессуальная дееспособность ограничена, не предусмотрен механизм обращения ребенка в суд самостоятельно, что позволяет судьям отказывать несовершеннолетним истцам в праве на обращение за судебной защитой. В статье 56 Семейного кодекса РФ закреплено право ребенка самостоятельно обращаться в суд для защиты собственных прав только по достижении им четырнадцати лет при нарушении его прав и законных интересов, в том числе при невыполнении или при ненадлежащем выполнении родителями обязанностей по воспитанию и образованию либо при злоупотреблении родительскими правами¹. До достижения этого возраста несовершеннолетний вправе самостоятельно обращаться за их защитой только в орган опеки и попечительства.

Важно отметить, что законом предусмотрено обязательное участие прокурора и органа опеки и попечительства при рассмотрении в суде дел, связанных с лишением и восстановлением родительских прав, с усыновлением, а также и в некоторых других случаях (ст. 70, 72, 73, 125, 140 СК РФ). Задачей этих органов является объективная оценка сложившихся обстоятельств в своем заключении, а также обеспечение вынесения судом законного, обоснованного и справедливого решения.

Анализируя механизм работы прокурора и органов опеки и попечительства и взаимодействия их с судом, необходимо подчеркнуть, что отсутствует системность их деятельности, часто нарушается порядок привлечения в суд, а их правовая позиция не всегда объективно отражает реальное положение дел и зачастую носит формальный характер (например, «не содержит данных, характеризующих отношения в семье между родителями, между ними и ребенком, личные качества родителей, данных о привязанности ребенка к каждому из родителей, о результатах общения с несовершеннолетним, в нем отсутствует мнение о целесообразности либо нецелесообразности опроса ребенка в судебном заседании, а также мнение о том, может ли опрос в суде причинить ребенку психологическую травму и т.п.»²). Не всегда судьи сами учитывают то, что достаточность и полнота сведений, отраженных в заключениях прокурора и органа опеки и попечительства напрямую зависят от тех вопросов, которые суд ставит перед ними. Вопросы могут ставиться лишь для соблюдения формальностей, без учета конкретных обстоятельств дела.

Кроме всего прочего, в силу ограниченной дееспособности у несовершеннолетних отсутствует возможность по собственной инициативе обратиться к адвокату или представителю за оказанием юридической помощи, что является особенно актуальной проблемой в случаях возникновения противоречий интересов ребенка и его законных представителей.

При таких обстоятельствах в настоящее время несовершеннолетние не имеют реальной возможности самостоятельно обратиться в суд за защитой своих прав, непосредственно защищать свои интересы в суде и выражать свои требования так как действующее гражданско-процессуальное законодательство не определяет положение несовершеннолетнего участника гражданского процесса, оставшегося без попечения родителей или пытающегося защитить свои права именно от родителей.

Учитывая сложность регулируемых отношений, законодателю еще только предстоит восполнить пробелы регулирования этого вопроса и сформировать действенный механизм защиты прав и законных интересов детей.

При разрешении семейных споров с участием детей часто нарушается баланс интересов ребенка и родителей, поскольку соответствие поведения родителей интересам ребенка определяется на усмотрение суда, тогда как закрепить перечень обстоятельств, подлежащих установлению судом, и критерии определения соответствия их интересам ребенка невозможно ввиду уникальности каждой конкретной ситуации. Представляется необходимым законодательное закрепление обязательного привлечения специалистов, обладающих знаниями в области семейного права, психологии и семейной конфликтологии, способных реально содействовать защите прав и законных интересов родителей и детей и оценивать каким образом принятое судом то или иное решение повлияет на интересы семьи в целом и судьбу ребенка.

Возможным способом снизить остроту противоречий и сгладить семейный конфликт, помочь сторонам найти компромисс видится применение такой процедуры как медиация. Целью семейной медиации должно быть оказание

¹ «Семейный кодекс Российской Федерации» от 29.12.1995 № 223-ФЗ (ред. от 04.02.2021) // «Собрание законодательства РФ». 1996. № 1. – ст. 16.

² «Обзор практики разрешения судами споров, связанных с воспитанием детей» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 20.07.2011) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 7.

помощи и ребенку, и родителям при разрешении конфликта в семье. Процедура медиации должна помочь поспособствовать выстроить конструктивный диалог между спорящими сторонами, минимизировать напряжение между ними и установить взаимопонимание для устранения разногласий и принятия компромиссного решения.

Первые шаги по внедрению семейной медиации в России уже были предприняты: Министерством юстиции РФ был разработан проект федерального закона «Об урегулировании споров с участием посредника (медиации) в Российской Федерации». Законопроект содержит ряд новых положений, которые давно являются необходимыми и востребованными, в частности, предполагается установление обязательной медиации по семейным спорам с участием несовершеннолетних детей¹.

В случае недостижения соглашения и непримиримости сторон в досудебном порядке с помощью процедуры медиации, предлагается передача спора на рассмотрение в специализированный ювенальный суд. Создание ювенальной юстиции как системы органов и правовых инструментов, которые бы объединили усилия таким образом, чтобы обеспечить при разрешении семейных споров максимально возможный учет законных интересов несовершеннолетних лиц и защиту их прав, может стать серьезной гарантией прав и законных интересов несовершеннолетних как особой группы населения, нуждающейся в повышенной защите.

Таким образом, выявленные проблемы правоприменительной практики подтверждают необходимость усовершенствования законодательства, а также поиска новых и модернизации действующих механизмов защиты прав и интересов детей.

¹ Правовая позиция ФПА РФ о проекте федерального закона «Об урегулировании споров с участием посредника (медиации) в Российской Федерации» от 08.10.2020 // URL: <https://fparf.ru/documents/fpa-rf/the-legal-position-of-fpa/pravovaya-pozitsiya-federalnoy-palaty-advokatov-rf/> (дата обращения: 21.02.2020).

ПОДСЕКЦИЯ «АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ НАСЛЕДСТВЕННОГО ПРАВА»

Азизова Т. С.

*Военный университет Министерства обороны РФ,
студент*

Проблематика наследования криптовалюты

Первый прецедент, связанный с передачей криптовалюты произошел в США в 2018 г, когда наследники М. Мелона не сумели унаследовать 250 миллионам долларов в криптовалюте Ripple. Ежедневно миллионы денежных единиц в валюте разных государств переводятся на «криптовбиржах» в биткоины, эфириумы, лайткоины и обратно в рубли, евро и т.д. До 1 января 2021 г. в законодательстве Российской Федерации не было норм, регулирующих общественные отношения по обороту криптовалюты в стране. С вышеуказанной даты вступил в силу Федеральный закон «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹ (далее – Закон), который закрепил на законодательном уровне понятие цифровой валюты. Данное обстоятельство подчеркивает и обуславливает актуальность настоящего исследования. Значимым является положение о том, что в соответствии с нормами Закона криптовалюта официально признается имуществом. Раз криптовалюта относится к объектам гражданского права, которые могут свободно отчуждаться или переходить от одного лица к другому в порядке универсального правопреемства, то, с учетом специфики такого объекта возникают нюансы, связанные с порядком передачи криптовалюты по наследству. В настоящий момент необходимо разобраться, каким образом наследодатель может обеспечить доступ наследников к криптовалюте, с учетом сохранения режима анонимности владения ею.

В ч. 3 ст. 1 Закона закрепляется понятие цифровой валюты, как совокупности 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 отсутствует лицо, обязанное перед каждым обладателем таких электронных данных. Однако, в процессе разработки и принятия законопроекта центральное место в Законе стали занимать цифровые права, к которым цифровая валюта не относится. Разновидностью цифровой валюты является криптовалюта. На данный момент создано и находится в обороте на криптобиржах около 700 криптовалют с различным курсом и количеством монет. По состоянию на февраль 2021 г. основной криптовалютой является bitcoin².

Криптовалюта представляет собой цифровой код, сгенерированный при помощи специального алгоритма, который закрепляется за определенным участником в «криптокошельке». Доступ к цифровой валюте предоставляется через виртуальный кошелек, обладающий публичным ключом и частным (приватным) ключом. В то время, как публичный ключ, или адрес, является идентификатором кошелька, приватный ключ – конфиденциальная информация³.

Приватный ключ биткоина кодируется в различных форматах. Публичные ключи находятся в свободном доступе, видны всем желающим. Стоит отметить, что все транзакции с криптовалютой полностью прозрачны. Однако, публичные адреса (ключи) являются анонимными, поэтому, точно не известно, кому они принадлежат. В связи с этим, если лицо, приобретшее криптовалюту, потеряло публичные и (или) частные ключи, то оно лишается возможности каким-либо образом доказать право на владение, пользование и распоряжение ею.

¹ Федеральный закон от 31.07.2020 № 259-ФЗ «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. – 03.08.2020. – № 31 (ч. 1). – ст. 5018.

² Investonomics. Журнал про деньги. URL: <https://investonomics.ru> (дата обращения: 12.02.2021).

³ Profinvestment URL: <https://profinvestment.com> (дата обращения: 12.02.2021).

На обсуждение в государственную думу 1 декабря 2020 г. внесен законопроект Федерального закона № 1065710-7¹, посвященный налогообложению цифровой валюты (в настоящий момент не принят). В пояснительной записке к законопроекту уточняется, что у Федеральной налоговой службы отсутствует информация о криптовалютных кошельках, открытых физическими и юридическими лицами, а также информация об осуществляемых операциях по ним. Законопроект обязывает физических и юридических лиц предоставлять достоверную информацию об их получении, сделках с ними и остатках в криптокошельке, если за календарный год сумма операций превышает эквивалент 600 000 рублей. При этом, «расчет суммы производится исходя из рыночной цены на цифровую валюту на дату совершения каждой операции». На практике, появляется огромное количество вопросов по поводу реализации вышеуказанных положений. Например, каким образом планируется исчисление рыночной стоимости на дату совершения каждой операции, когда цена цифровой валюты может изменяться в течение всего дня. К тому же, на разных площадках и биржах цена по продаже или покупке криптовалюты может различаться.

Согласно положениям Закона цифровая валюта признается имуществом. В ст. 129 Гражданского кодекса РФ² (далее – ГК РФ) говорится о том, что объекты гражданских прав могут свободно отчуждаться или переходить от одного лица к другому в порядке наследования, только если они не ограничены в обороте. Так как цифровая валюта официально признана имуществом, т.е. является объектом гражданского права, к тому же не ограниченная в обороте, то криптовалюту возможно унаследовать как по завещанию, так и по закону (ст. 1110, 1112 ГК РФ). Вместе с тем, обороноспособность цифровой валюты имеет свою специфику. Цифровая валюта не может быть передана в качестве встречного предоставления за передаваемые товары, выполняемые работы, оказываемые услуги или иного способа, позволяющего предполагать оплату цифровой валютой товаров (работ, услуг).

Если говорить о наследовании по завещанию, то стоит отметить, что передача информации о сайте доступа к криптокошельку, а также публичных и частных ключей означает передачу кошелька вместе со всем его содержимым (постановление Арбитражного суда Московского округа от 15.08.2019 по делу № А40-12639/2016). Согласно ст. 1120 ГК РФ завещатель вправе совершить завещание, содержащее распоряжение о любом имуществе, в том числе о том, которое он может приобрести в будущем. На практике, остаются нерешенными вопросы о том, каким образом в завещание должна быть отображена информация о криптовалюте, чтобы обеспечить ее переход от наследодателя к наследникам, а также, как исключить возможность попадания информации в чужие руки.

При наследовании криптовалюты по закону, тоже возникают вопросы, касательно получения информации о существовании криптокошелька и подтверждение факта его принадлежности наследодателю. В любом случае, если наследодатель не передал кому-либо из наследников информацию о криптокошельке, частном и публичном ключах, то доступ к криптовалюте утрачивается навсегда. Таким образом, без активного участия наследодателя в подготовке имущества к его последующей передаче в порядке наследования, существует риск утраты имущества.

Итак, владение криптовалютой обезличена, отсутствуют какие-либо реестры собственников цифровых валют, всякое подтверждение собственности на криптовалюту исключено. Возможность владеть, пользоваться и распоряжаться криптовалютой зависит только от наличия доступа к криптовалютному кошельку и пароля к нему.

Результаты проведенного нами исследования позволяют сделать частные выводы, о том, что наличие права собственности на криптовалюту должно побуждать граждан проявлять большую инициативность при решении вопроса, касающегося наследования и передачи прав. Составление завещания определенно повышает шансы наследников получить цифровую валюту в наследство. В свете сказанного важно выявить наиболее эффективные способы планирования наследства в отношении криптовалюты, к которым, на наш взгляд, относятся: использование технологии блокчейна, представляющая собой зашифрованное хранилище электронных данных (собственник кошелька передает данные о криптокошельке и ключей к нему в хранилище; у собственника имеются различные способы управления вышеуказанными данными например, распорядиться о возможности передачи данных третьим лицам на основании

¹ Паспорт проекта Федерального закона № 1065710-7 «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации» // Созд. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1065710-7> (дата обращения: 12.02.2021).

² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 05.12.1994. – № 32. – ст. 3301.

свидетельства о его смерти); использование банковской ячейки, в которой будут храниться ключи от криптокошелька (права наследодателя в отношении банковской ячейки будут унаследованы).

Гладченко Д. В.
*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Эмбрион in vitro как «субъект наследственных правоотношений»

Актуальность данной темы вызвана неопределенностью правового статуса эмбрионов in vitro в случае смерти одного или обоих партнеров-доноров.

Для начала стоит определиться с дефиницией. Эмбрионом in vitro называют зародыша человека на стадии развития до 14 дней, зачатого и развивающегося вне организма женщины. Такие эмбрионы появляются в результате применения ВРТ (вспомогательной репродуктивной технологии). Россия одна из передовых стран в мире по вопросам применения вспомогательных репродуктивных технологий. По данным отчета регистра ВРТ за 2018 год в Российской Федерации за период с 1995 года по 2018 год проведено 1 067 514 циклов ВРТ, и эта цифра не отображает всего масштаба, так как не все клиники предоставили результаты¹. Такие данные позволяют поставить Россию на первое место среди европейских стран по популярности применения ВРТ. Также стоит отметить, что применение вспомогательных репродуктивных технологий (экстракорпорального оплодотворения) входит в базовый перечень видов, форм и условий предоставления медицинской помощи, оказание которой осуществляется бесплатно². Но несмотря на безусловную популярность этой процедуры законодательство России не в полной мере регулирует вопрос статуса эмбриона in vitro. Уже несколько лет активно ведутся споры о природе этих эмбрионов и об их наследственной правоспособности.

Действующим законодательством РФ субъектом права признается только лицо, обладающее правоспособностью, в свою очередь связано с фактом рождения ребенка. Рождением является момент отделения плода от организма матери³. Однако только в наследственном праве в статье 1116 ГК РФ законодатель в круг наследников включил «граждан, зачатых при жизни наследодателя и родившихся живыми после открытия наследства». Означает ли это то, что воля законодателя была направлена на наделение зародыша человека, находящегося в утробе матери частичной правоспособностью? Учитывая, что наследником такой зародыш в любом случае может стать только после рождения, если родится живым, еще нельзя сказать о наделении частичной правоспособностью такого зародыша. Необходимо так же проанализировать существующие механизмы охраны зародыша человека в организме женщины. Например, Уголовный Кодекс РФ не содержит статей, которые охраняли бы зародыш, в п. г) ч. 2 ст. 105 содержится квалифицирующий признак убийства – убийство женщины, заведомо для виновного находящейся в состоянии беременности. Однако здесь обращено внимание именно на «заведомое состояние беременности», что означает заметное округление живота у женщины, а это как минимум 12 недель с момента зачатия. Исходя из этой формулировки закон защищает эмбриона человека только с определенного момента и определен этот момент весьма неточно. Очевидно такое разделение проводить недопустимо, поэтому можно сделать вывод, что данная статья не направлена на защиту именно плода в теле беременной женщины.

И так наделив эмбрион частичной правоспособностью необходимо еще и создать условия для охраны его жизни и здоровья, а это может влечь самые разные последствия впредь до запрета на аборт, что можно рассматривать как явный регресс. Такие ограничения в отношении эмбрионов, ведут к ограничению репродуктивной свободы

¹ Регистр ВРТ, подготовленный Российской Ассоциацией Репродукции Человека: 2018 год, 39 с.

² Постановление Правительства РФ от 28 декабря 2020 г. № 2299 «О Программе государственных гарантий бесплатного оказания гражданам медицинской помощи на 2021 год и на плановый период 2022 и 2023 годов»

³ Статья 53 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» от 21.11.2011 № 323-ФЗ.

потенциальных родителей. И в этом плане целесообразнее отдавать предпочтение волеизъявлению доноров, как полноценных субъектов права.

Интересен правопорядок, существующий в ряде зарубежных стран. Декларация прав ребенка ООН от 20 ноября 1959 года, указывает, что ребенок, ввиду его физической и умственной незрелости, нуждается в специальной охране и заботе, включая надлежащую правовую защиту, как до, так и после рождения¹. В ч. 1 ст. 4 Американской Конвенции о правах человека также говорится: «Каждый человек имеет право на уважение его жизни. Это право охраняется законом, в целом – с момента зачатия. Никто не может быть произвольно лишен жизни»². Как видим, если Декларация прав ребенка в очень общем виде говорит о правах ребенка «до рождения», то Американская Конвенция о правах человека вполне определена: право на жизнь возникает и охраняется «с момента зачатия». Новейший латиноамериканский ГК – аргентинский, – также указывает в ст. 19, что человеческое существование начинается именно в момент зачатия.

Здесь же стоит вопрос об определении момента зачатия. Если он достаточно определен при естественном оплодотворении, то определение момента зачатия эмбриона путем применения вспомогательных репродуктивных технологий вызывает сложности. В этом вопросе есть 2 точки зрения момента зачатия: момент собственно оплодотворения яйцеклетки или момент имплантации эмбриона. Решение было найдено в постановлении Межамериканского суда по правам человека. 28 ноября 2012 года суд вынес решение по делу «Мурильо и др. против Коста-Рики». Основная проблема, рассматривавшая судом, касалась запрета экстракорпорального оплодотворения в Коста-Рике. Между тем в ходе рассмотрения этого вопроса суд обратился и к проблеме правосубъектности эмбриона, полученного экстракорпорально, и пока не имплантированного. Суд отдал предпочтение второму подходу, т.е. моменту имплантации эмбриона указав, что успешное развитие эмбриона возможно только с того момента, когда эмбрион «подключается» к ресурсам материнского тела. Без имплантации же шансы эмбриона на развитие равны нулю. Этот подход логично бы вошел в российскую правовую систему, так как в статье 1116 ГК РФ как раз говорится о моменте зачатия. Пока эмбрион не перенесен в тело матери, т.е. не подключен к репродуктивным ресурсам женского тела – нельзя считать его зачатым. В ситуации, когда партнер-донор умирает, эмбрион, перенесенный в тело женщины после смерти, не будет считаться наследником при таком подходе. Следует учесть, что в соответствии с ч. 3 ст. 55 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» право на применение вспомогательных репродуктивных технологий имеют: «мужчина и женщина, как состоящие, так и не состоящие в браке». Если партнеры состояли в браке, то претендовать на обязательную долю в наследстве сможет только супруга, как наследник первой очереди. Если же не состояли, то по закону на наследство не сможет претендовать ни женщина, ни рожденный посредством ЭКО ребенок. Нельзя считать, что этот подход идеален, так как можно говорить об ущемлении прав рожденного ребенка, который несмотря на имплантирование эмбриона после смерти биологического отца, все равно был рожден, но в очередь наследников не вошел. Однако при первом подходе, когда моментом зачатия считается момент оплодотворения яйцеклетки, возможно появление иных проблем. Например, криоконсервация эмбрионов которая может длиться годами и за это время жизненные обстоятельства доноров могут значительно поменяться.

Одним из вариантов решения данной проблемы может быть определение на законодательном уровне момента зачатия эмбриона *in vitro*, как момента имплантации эмбриона в тело матери, его подключение к репродуктивным ресурсам. Но, чтобы максимально исключить ущемление положения эмбриона, помещенного в тело матери после смерти партнера-донора, следует закрепить презумпцию, например, ста дней. Это будет означать, что если женщина в течение 100 дней после смерти партнера-донора осуществила перенос эмбрионов из пробирки в свое тело, то такой эмбрион будет считаться зачатым. Эта законодательная презумпция взята по аналогии с презумпцией трехсот дней с момента расторжения брака, когда отцом ребенка, родившегося в течение 300 дней после расторжения брака признается мужчина, с которым этот брак был расторгнут. Учитывая, что семейное и наследственное право имеют тесную связь, такая аналогия представляется допустимой и учитывает интересы рожденного впоследствии ребенка, особенно у той женщины, которая не состояла в браке с погибшим партнером-донором. Количество дней необходимых для реализации этой презумпции может быть установлено на основании рекомендаций врачей-репродуктологов, так

¹ Декларация прав ребенка Принята резолюцией 1386 (XIV) Генеральной Ассамблеи ООН от 20 ноября 1959 года

² Американская конвенция о правах человека от 22.11.1969.

как искусственное оплодотворение требует тщательной подготовки организма: принятия курса гормонального лечения, сдачи анализов и другое. Чрезмерное занижение срока, в который должна уложиться женщина, чтобы презумпция распространялась недопустимо и может нанести урон здоровью. Однако, с другой стороны, завышение этого срока может дать простор для злоупотребления правом.

В случае же случайной гибели обоих супругов такие эмбрионы следует признать медицинскими отходами в соответствии со статьей 49 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» и утилизировать в соответствии с правилами¹.

Десяткова А. Э.
Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент

Отдельные недоработки правового регулирования совместного завещания супругов

С июня 2019 года в российской правовой системе появилась возможность совершения совместных завещаний супругов, что стало важным, можно даже сказать, историческим событием, но породило отдельные дискуссии и правовые проблемы, а также задало новый вектор развития уже существующих споров.

Первым, на что необходимо обратить внимание, является вопрос о правовой природе совместного завещания. В литературе распространено мнение, что это договор². Однако ссылаясь в аргументацию своей позиции на п. 2 ст. 154 Гражданского кодекса Российской Федерации³ (далее – ГК РФ) и применяя количественный критерий в отношении воли, авторы подменяют используемое в законе понятие «сторона» понятием «лицо», что не позволяет согласиться с ними. Для совершения совместного завещания необходимо волеизъявление одной стороны – завещателя, представленной двумя лицами, состоящими между собой в браке. Очень точно высказалась Е.П. Путинцева, отметив, что супруги «вырабатывают общую волю», согласуя «не встречные (как в договоре), а параллельные волеизъявления, каждое из которых является самостоятельным и односторонним»⁴. Более того, договор предполагает возникновение у сторон взаимных или по крайней мере корреспондирующих прав и обязанностей, что не наблюдается в случае с совместным завещанием. У супругов возникают определенные права, но не по отношению друг к другу, а связанные в основном с реализацией принципов свободы и тайны завещания. В целом, данный вопрос не является принципиально новым, а представляет собой осложненное множественностью лиц на стороне завещателя развитие дискуссии о правовой природе классического завещания.

К недостаткам правового регулирования совместного завещания стоит отнести запрет на удостоверение последнего в порядке, приравненном к нотариальному (п. 5 ст. 1127 ГК РФ⁵), и на его составление в чрезвычайных обстоятельствах (п. 4 ст. 1129 ГК РФ). Хотя направлено это на дополнительную защиту интересов завещателя путем создания условий, снижающих вероятность возникновения споров, связанных с сомнениями в соответствии воли одного из супругов его волеизъявлению, и упрощающих возражение против соответствующих исков, фактически данные

¹ Санитарные правила и нормы (СанПиН) 2.1.7.728-99 «Правила сбора, хранения и удаления отходов лечебно-профилактических учреждений»

² См., например: Эрделевский А. М. О новых институтах наследственного права // СПС «КонсультантПлюс». 2018 ; Сауткина Е. А. Супруги как единый субъект права в контексте реализации их способности к правопреемству посредством совместного завещания супругов // Семейное и жилищное право. 2020. № 2. С. 15–16 ; Мамай Е. А., Мамай Е. О. Совместное завещание супругов как новый институт в российском наследственном праве // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. Н. Новгород, 2020. № 2 (50). С. 86, [и др.]

³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 08.12.2020) // Собрание законодательства РФ. 1994. 5 декабря. № 32. Ст. 3301.

⁴ Путинцева Е. П. Распоряжения на случай смерти по законодательству Российской Федерации и Федеративной Республики Германия. М. : Статут, 2016. 160 с. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 07.02.2021).

⁵ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26.11.2001 № 146-ФЗ (ред. от 18.03.2019) // Собрание законодательства РФ. 2001. 3 декабря. № 49. Ст. 4552.

ограничения могут сделать невозможным совершение совместного завещания для немалого количества граждан. Среди них лица, отбывающие наказание в местах лишения свободы, на что обращают внимание К.Ю. Логинова и Ю.А. Борзенко, ссылаясь на отдаленное территориальное положение исправительных учреждений; на проблемы, связанные с необходимостью присутствия обоих супругов, а также на невозможность осуществления видеофиксации на территории режимного объекта, что приводит к вынужденному отказу от данной процедуры¹.

Развивая данную мысль и учитывая нынешнюю эпидемиологическую обстановку, стоит привести и другие примеры. Так, супруги с подтвержденным COVID-19, пребывающие в стационаре, также лишены указанной возможности. Будь у них другое заболевание, можно было бы вызвать нотариуса в палату, но в условиях строгого карантина это не допустимо. Не менее затруднительна ситуация, когда супруги находятся в разных лечебных учреждениях, пусть даже с другими диагнозами, так как условие о совместном присутствии в данном случае невыполнимо. То же касается и семей, в которых супруги в силу каких-либо обстоятельств проживают в разных регионах, оставаясь семьей, поскольку они не всегда могут посетить одного нотариуса, в том числе по финансовым причинам. Таким образом, как минимум три условные категории граждан: «осужденные», «госпитализированные» и «сепарированные», – ограничены в соответствующем праве. Приводить примеры можно и дальше, но и указанные лица в совокупности составляют значительную часть населения. В этом смысле можно согласиться с позицией Б.А. Борзенко, который еще на этапе рассмотрения возможности введения совместного завещания в российское законодательство дал ему аккуратную, но серьезную критику, поставив под сомнение рациональность внесения соответствующих изменений, отметив в том числе желание законодателя «посодействовать конкретному социальному меньшинству»². На мой взгляд, в условиях цифровизации стоит подумать о совершении совместного завещания в режиме «онлайн» или с применением механизма, подобного институту судебного поручения, и, возможно, дополнить Гражданский кодекс РФ следующими положениями: «Если присутствие обоих супругов при совершении совместного завещания невозможно, нотариус, осуществляющий удостоверение совместного завещания супругов, поручает нотариусу, находящемуся по месту пребывания другого супруга, произвести соответствующие нотариальные действия. При невозможности применения института нотариального поручения супруги вправе совершить совместное завещание посредством видео-конференц-связи с нотариусом при наличии у них усиленной квалифицированной электронной подписи».

Если же обратиться к Гражданскому уложению Германии³ (далее – ГГУ), из которого, вероятно, и была заимствована данная правовая категория, можно заметить, что в нем лучше учтены интересы потенциальных завещателей. Так, в соответствии с § 2266 ГГУ при наличии определенных обстоятельств хотя бы у одного из супругов, общее завещание может быть совершено: 1) в присутствии бургомистра общины (его представителя), где пребывает завещатель, и двух свидетелей (§ 2249 ГГУ) или 2) устно в присутствии трех свидетелей (§ 2250 ГГУ). Российскому законодателю стоит обратить внимание на второй порядок, что позволит сократить список лиц, чье право на совершение совместного завещания ограничено. § 2267 ГГУ и вовсе дает супругам возможность совершения общего завещания в простой письменной форме, однако такое правомочие, на мой взгляд, излишне, поскольку в данном случае невозможно исключить вероятность принуждения к совершению соответствующей сделки.

Следующая проблема заключается в предоставлении пережившему супругу права совершить последующее завещание или отменить совместное завещание супругов (абз. 5 п. 4 ст. 1118 ГК РФ), что ставит под вопрос реализацию «последней воли» умершего супруга. Получается, что данная сделка защищает интересы только пережившего супруга и строится на слепой вере второго. Вероятно, законодатель не самым тщательным образом проработал данный вопрос по той причине, что у него не возникло даже мысли о возможности (с точки зрения нравственности) пережившего супруга отменить завещательные распоряжения умершего. Указанное правомочие, несомненно, необходимо толковать ограничительно: как право пережившего супруга на «беспрепятственную отмену собственных завещательных

¹ Логинова К. Ю., Борзенко Ю. А. К вопросу о совместном завещании супругов, отбывающих наказание в местах лишения свободы // Вестник Кузбасского института, 2019. № 3 (40). С. 156–157.

² Борзенко Б. А. Совместное завещание // Нотариальный вестник. М., 2015. № 11. С. 51–53.

³ Гражданское уложение Германии (ГГУ) от 18.08.1896 (ред. от 02.01.2002) (с изм. и доп. по 31.03.2013) // Гражданское уложение Германии: Вводный закон к Гражданскому уложению. 4-е изд., перераб. М.: Инфотропик Медиа, 2015. С. VIII – XIX, 1 – 715. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 07.02.2021).

распоряжений» при непоколебимости «последней воли ранее умершего супруга»¹. При этом пока отсутствует соответствующая правовая регламентация или хотя бы толкование Верховного Суда РФ, существует риск «недобросовестных» действий со стороны пережившего супруга, санкционированных государством. В связи с этим следует законодательно ограничить данное право, например, по образцу Германии, где у пережившего супруга существует указанная возможность лишь при условии отказа от полагающегося ему по общему завещанию имущества².

Согласно абз. 3 п. 4 ст. 1118 ГК РФ совместное завещание супругов утрачивает силу в случае расторжения или признания брака недействительным. Здесь хотелось бы обратить внимание законодателя на положение § 2077 ГГУ, приравнивающее к прекращению брака наличие оснований для его расторжения и начатого бракоразводного процесса. На мой взгляд, наша правовая система нуждается в аналогичной норме, поскольку в случае смерти одного из супругов до прекращения брака при инициированной процедуре его расторжения можно говорить об условном пороке воли, так как брак не был прекращен по независящим от лица обстоятельствам, хотя на это были направлены все его действия, соответственно, имела место воля завещателя, опосредованно направленная на отмену совместного завещания супругов.

В заключение необходимо определиться, нужно ли совместное завещание супругов в российской правовой системе или стоит признать 1,5 года его существования неудачным экспериментом и стереть его со страниц Гражданского кодекса РФ. На мой взгляд, несмотря на отдельные недостатки, часть из которых ввиду ограниченного объема осталась за рамками данной работы, оно необходимо как минимум по двум причинам: 1) позволяет защитить имущество от установления в отношении него режима долевой собственности (при отсутствии иных обязательных наследников) и, как следствие, от уменьшения его стоимости; 2) в ряде случаев позволяет сэкономить (анализ информации, размещенной на сайте Федеральной нотариальной палаты³, показал, что более чем в половине субъектов РФ (например, в Москве, Санкт-Петербурге, Омской области и др.) размер оплаты за услуги нотариуса при удостоверении совместного завещания супругов ниже, чем при удостоверении двух индивидуальных). Проведение законодателем «работы над ошибками» с целью устранения выявленных несовершенств поможет обеспечить не только реальное функционирование указанной правовой категории, но и признание ее больше частью общества, в том числе юридическим сообществом.

Живаева А. Ю.

*Мордовский государственный университет имени Н. П. Огарева,
магистрант*

Правовое регулирование наследственных фондов в Российской Федерации

Перечень объектов, которые могут входить в состав наследственного имущества, сейчас значительно расширился. Если ранее лица завещали земельные участки, дома, квартиры, то теперь они могут завещать своим наследникам целые бизнес-структуры, поскольку 1 сентября 2018 года вступил в силу Федеральный закон от 29 июля 2017 г. № 259-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и третью Гражданского кодекса Российской Федерации»⁴, который ввёл новую форму юридического лица — наследственный фонд.

¹ Бевзенко Р. С., Будылин С. Л., Кожевина Е. В. [и др.] Наследственное право: постатейный комментарий к статьям 1110-1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. Петров Е. Ю. М. : Статут, 2018. С. 600.

² Ю. Б. Гонгало, К. А. Михалев, Е. Ю. Петров [и др.] Основы наследственного права России, Германии, Франции / под общ. ред. Е. Ю. Петрова. М. : Статут, 2015. 271 с. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 07.02.2021).

³ Размер оплаты за услуги правового и технического характера // Нотариат.рф: средство массовой информации. URL: <https://notariat.ru/ru-ru/actions-and-tariffs/tarify-na-uslugi-pravovogo-i-tehnicheskogo-haraktera/> (дата обращения: 07.02.2021).

⁴ Российская Федерация. Законы. О внесении изменений в части первую, вторую и третью Гражданского кодекса Российской Федерации: Федеральный закон № 259-ФЗ [принят Государственной думой 12 марта 2019 года : одобрен Советом Федерации 13 марта 2019 года]. Москва, 2019. 78 с. ISBN 978-5-98684. Текст: непосредственный.

Согласно Гражданскому кодексу РФ под наследственным фондом понимается юридическое лицо, создаваемое во исполнение завещания наследодателя, из принадлежащего ему имущества, целью которого будет управление имуществом и извлечение доходов в пользу выгодоприобретателя¹. Таким образом, у граждан Российской Федерации появилась новая возможность распоряжения своим имуществом на случай смерти путём создания наследственных фондов.

Конструкция наследственных фондов является совершенно новой в отечественном праве и потому вызывает ряд противоречивых мнений относительно необходимости их введения в российскую правовую среду. По мнению Е.А. Шергуновой, «наследственный фонд приравнивается к самостоятельным наследникам умершего лица и тем самым наделён рядом правомочий, что позволяет наследственному фонду обеспечивать наследственные интересы других наследников»². Л.М. Фетихова отмечает: «наследственный фонд позволяет максимально быстро реализовать последнюю волю умершего лица»³. Н.В. Горина считает, что «новый институт наследования позволит избежать споров по поводу распределения наследственной массы, поскольку вместо имущества, определяемого размером наследственной доли, наследники получают постоянные дивиденды от предприятия умершего наследодателя соразмерно доле в праве на наследство. При создании фонда минимальный срок между смертью завещателя и началом функционирования фонда позволяет не прерывать операционное руководство бизнесом»⁴.

Однако, совершенно противоположную точку зрения высказывает профессор Е.А. Суханов: «данная реформа в праве наследования стала неожиданностью для юристов всей страны, которые долгие годы кропотливо работают над реформой гражданского права, и не увязана с существующими процессами в этой сфере, были бы полезны отдельные моменты, но концепция как таковая отсутствует»⁵.

Деятельность наследственных фондов в Российской Федерации регулируется ГК РФ, Федеральным законом «О некоммерческих организациях», законодательством о нотариате и другими нормативными правовыми актами. В ГК РФ наследственному фонду посвящены общие нормы о фондах, закреплённые в главе 4 ГК РФ «Юридические лица», (статьи 123.17-123.20 ГК РФ), а также специальные нормы о наследственных фондах (статьи 123.20-1 – 123.20-3 ГК РФ). Как отмечают Ю.А. Тарасов, Г.С. Игнатенко, Н.А. Гуляев, Д.В. Тертичников: «наследственный фонд имеет двойственную юридическую природу: во-первых, это разновидность юридического лица; во-вторых, это субинститут наследственного права»⁶.

Следует отметить, что специальные нормы, которые регулируют деятельность наследственного фонда, имеют содержание, отличное от общих норм о фондах.

Во-первых, имущество фонда первоначально формируется из добровольных взносов и пожертвований, а формирование имущества наследственного фонда происходит путём его передачи в данный фонд наследодателем (учредителем). При этом закон запрещает формировать имущество наследственного фонда посредством безвозмездной передачи имущества другими лицами.

Во-вторых, фонд обязан ежегодно публиковать отчёты об использовании своего имущества, в отличие от наследственного фонда, отчёт об использовании имущества которого в силу статьи 123.20-2 ГК РФ не подлежит опубликованию, за исключением случаев, определённых условиями управления наследственным фондом.

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации. Части первая, вторая, третья и четвертая. Официальный текст (по состоянию на 15 апр. 2020 г.). М., 2020. 544 с.

² Шергунова Е. А. Плюсы и минусы наследственных фондов в России / Частное право в эволюционирующем обществе: традиции и новации. 2019. С. 71.

³ Фетихова Л. М. Наследственный фонд как новый способ управления имуществом / Сборник научных трудов по материалам Международной научно-практической конференции «Наука и образование третьего тысячелетия» : в 2 ч. 2018. С. 79.

⁴ Горина Н. В. Перспективы развития правовой конструкции наследственного фонда в гражданском праве Российской Федерации / Юридическая наука и практика. 2019. Т. 1. № 1. С. 7.

⁵ «Отсутствует концепция. Эксперты обсудили законопроект о наследстве в Общественной палате» // Нотариальный вестник плюс. 2015. № 7.. – URL <https://clck.ru/Nv65C>(дата обращения: 10.02.2021).

⁶ Тарасов Ю. А. [и др.] Наследственный фонд – новая категория в гражданском законодательстве Российской Федерации // Известия Юго-Западного гос. ун-та. 2017. № 21 (6). С. 196.

В-третьих, для управления любым фондом, в том числе наследственным, создаётся попечительский совет. Однако лица, которые занимаются управлением фонда, осуществляют данную деятельность на общественных началах, в наследственном же фонде таким лицам предусмотрена выплата вознаграждения.

Создание наследственного фонда начинается с того, что завещатель (учредитель) фонда должен оформить необходимые документы, к которым относятся завещание, устав, решение об учреждении наследственного фонда, условия управления им, которые затем заверяет у нотариуса. Уникальность наследственного фонда проявляется в том, что он создаётся и функционирует после смерти его учредителя. Как обоснованно указали Л.М. Батталова, М.А. Худобина, В.А. Шац: «фонд является ярким выражением теории фикции папы римского Иннокентия VI: он (фонд), являясь искусственной конструкцией, порождением правопорядка высокой степени развития, самостоятельно существует в обществе вне принадлежности и вне зависимости от воли определенного физического лица¹. После смерти завещателя нотариус занимается созданием наследственного фонда: он должен пригласить лиц, указанных в завещании, войти в состав органов управления наследственным фондом, в течение трёх дней направить на регистрацию решение об учреждении фонда. После регистрации фонда его призывают к наследованию и передают имущество, которое ему положено по завещанию.

Необходимо отметить, что лица, которые должны войти в состав органов управления наследственным фондом могут как выразить согласие войти в состав, так и отказаться. В случае отказа лиц войти в состав органов фонда и невозможности ввиду этого их сформировать, нотариус не вправе направлять заявление о создании наследственного фонда. В данном случае теряется весь смысл создания подобной конструкции, и наследодатель зря потратил силы, планируя создание фонда и передачу ему активов².

Проблемой наследственных фондов является то, что, создавая фонд, наследодатель не сможет оценить и проконтролировать его работу. В Российской Федерации пока не предусмотрено создание прижизненных фондов, которые после смерти учредителя такого фонда преобразовывались бы в наследственные фонды и продолжали функционировать на тех условиях, которые предусмотрены в завещании учредителя, как это предусмотрено в ряде зарубежных стран: США, Молдова, Армения, Словакия.

Статья 123.17 ГК РФ закрепляет, что «фонд» является некоммерческой организацией, преследующей социальные и общественно полезные цели, однако учеными ставится под сомнение некоммерческий характер деятельности наследственных фондов. Для коммерческой организации характерно следующее: извлечение прибыли в качестве основной цели деятельности такого юридического лица, а также распределение прибыли между его участниками. Оценивая сущность отношений, которые складываются в ходе функционирования наследственного фонда, можно заметить, что такая деятельность, как правило, аналогична деятельности коммерческого юридического лица. Наследственный фонд в целях получения прибыли управляет бизнесом учредителя фонда и направляет эту прибыль на счета физических лиц – выгодоприобретателей фонда. В таком случае наследственный фонд защищает частные интересы выгодоприобретателей, его деятельность не направлена на достижение общественно полезной цели, которая свойственна для фондов как некоммерческих организаций. Возможно, стоит согласиться с С.Г. Ляшко, который утверждает, что, общественно полезная цель, которая характерна для некоммерческих организаций, может проявляться, к примеру, в том, что предпринимательская или иная приносящая доход деятельность наследственного фонда будет направлена на оказание помощи в любой форме неопределённому кругу лиц, объединённых каким-либо признаком (учёные, деятели искусства, лица, страдающие определёнными заболеваниями)³.

Разумеется, нормы о наследственных фондах являются этапом вперёд в развитии российского наследственного права. Но несмотря на их практическую значимость данная конструкция не лишена пробелом, которые на практике могут снизить количество созданных наследственных фондов. Вероятнее всего, подобное нововведение нуждается в

¹ Батталова Л. М., Худобина М. А., Шац В. А. Наследственный фонд: проблемы и перспективы // Сборник статей XXV Междунар. науч.-практ. конф./ отв. ред. Г. Ю. Гуляев. Пенза, 2018. С. 60.

² Леончик Д. О. Анализ законодательной новеллы наследственного фонда Российской Федерации // Сборник XIII Рег. науч.-практ. конф. Красноярск, 2019. С. 325.

³ Ляшко С. Г. Наследственный фонд: проблемы правосубъектности / С. Г. Ляшко. – Текст : непосредственный // Вестн. юрид. факультета Южного федерального ун-та. 2018. № 3-4. С. 93.

более детальном законодательном регулировании, а насколько оно будет востребованным в российском праве покажет только практика их применения.

Масленникова Е. Р.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Совместное завещание в Российской Федерации и Федеративной Республике Германии: сравнительно-правовой анализ

С 1 июня 2019 года в России у супругов¹ появилась возможность составления совместного завещания, что вызвало острую дискуссию как среди ученых, так и среди правоприменителей², хотя необходимость такого вида завещания очевидна: супруги вместе решают судьбу общего имущества в случае смерти одного из них или обоих.

Правовая природа совместного завещания с позиции отечественной цивилистики неоднозначна. С одной стороны, совместное завещание является разновидностью обычного завещания, а значит – односторонней сделкой, что прямо закреплено в п. 5 ст. 1118 Гражданского кодекса Российской Федерации³ (далее – ГК РФ). При этом, завещание – это личное распоряжение гражданина принадлежащим ему имуществом на случай смерти, сделанное в предусмотренной законом форме⁴. Таким образом, оно выражает волю конкретного лица. Однако в совместном завещании два лица, находящиеся в браке, выражают свою волю. Перестает ли завещание быть односторонней сделкой только от того, что его составили два человека? Согласимся с тем, что такое завещание не относится к двусторонним сделкам: здесь волеизъявления супругов становятся единой сделкой⁵.

На первый взгляд, закрепление института совместного завещания входит в противоречие с принципами наследственного права⁶. Однако, более глубокий анализ института ведет к иным выводам. Так, личный характер совместного завещания подтверждается требованием об обязательном присутствии супругов и их добровольном

¹ Следует отметить, что и в России, и в Германии совместное (совокупное, общее – как можно найти в Гражданском уложении Германии (далее – ГУ) (Гражданское уложение Германии от 18.08.1896 (ред. от 02.01.2002) URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=INT&n=55851#06238399363447218> (дата обращения: 09.01.2021)) в разных переводах с немецкого) завещание разрешается составить только супругам. Например, в США, Англии, Латвии такое завещание могут составлять и другие лица (Крашенинников П. В. Наследственное право URL: <https://litresp.ru/chitat/ru/%D0%9A/krashennikov-pavel-vladimirovich/nasledstvennoe-pravo/7> (дата обращения: 10.01.2021).

² Проблемы совместных завещаний исследуются в работах таких юристов и правоведов как Астафьева Т. А., Бахриева З. Р., Попова В. В., Родионова О. М. Свое мнение высказали по поводу регулирования этого института Крашенинников П. В., Герасимова М. Д. и другие. Очевидно, что отечественный законодатель руководствовался зарубежным опытом, и прежде всего, германским.

³ Гражданский кодекс Российской Федерации часть третья от 26.11.2001 № 146-ФЗ (ред. от 18.03.2019) URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_34154/ (дата обращения: 10.01.2021)

⁴ Гражданское право : учебник : в 4 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. – 2-е изд. перераб. и доп. – Москва: Статут, 2019 Т. 2: Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права. – С. 206

⁵ По мнению профессора Е. А. Суханова, совместное завещание супругов – это единая сделка, включающая в себя два согласованных между собой волеизъявления состоящих в браке лиц по поводу судьбы принадлежащего им имущества (Гражданское право : учебник : в 4 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. – 2-е изд. перераб. и доп. – Москва: Статут, 2019 Т. 2: Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права. – С. 206)

⁶ Здесь нарушаются принципы личного характера завещания, тайны завещания и в конце концов ограничивается свобода завещания. Составление совместного завещания требует от супругов согласованности в их желаниях определить судьбу своего имущества на случай смерти. И в России, и в Германии вышеперечисленные принципы являются фундаментальными в наследственном праве.

согласие¹. Тайна совместного завещания в России охраняется теми же способами, что и обычное завещание². Сохранена и свобода совместного завещания³.

Следует оговориться, что в отечественном наследственном праве действует правило, в соответствии с которым последующее завещание отменяет ранее составленное (абз. 1 п. 2 ст. 1130 ГК РФ). В Германии все, наоборот. Совместное завещание имеет приоритет перед обычным завещанием (абз. 1 § 2271 ГГУ). И те положения, которые содержатся в простом завещании (в случае их противоречия положениям совместного завещания) будут признаваться недействительными. Представляется, что российский законодатель умышленно оставил приоритет за обычным завещанием: таким образом завещатель имеет больше возможностей изменить свое решение. Думается, такая иерархия видов завещаний в большей степени служит выражением важнейших принципов наследственного права, которые были названы выше.

Очевидно, что самая главная цель завещания – определить судьбу имущества. Вот здесь и встречаются сложные вопросы: кого назначить наследника, в каком статусе он будет владеть этим имуществом, что можно делать пережившему супругу с этим имуществом. В Германии эти вопросы решаются путем составления так называемого «берлинского завещания» (§ 2269 ГГУ). Эта форма завещания отражает самое распространенное и логичное определение будущей судьбы имущества супругов – сначала все остается пережившему супругу, а после его смерти переходит к третьему лицу (лицам), которые были назначены наследниками. Положение о том, что происходит с имуществом в случае вступления пережившего супруга в новый брак может быть зафиксировано в совместном завещании. Выделение обязательной доли наследникам не отменяется и в этом случае. Проблемы могут возникнуть в случае, когда переживший супруг не сможет сохранить то имущество, которое он со своим уже умершим супругом хотел завещать третьим лицам.

Представляется, что решить эту проблему можно с помощью следующих правил. Первое – предоставление пережившему супругу права свободно распоряжаться всем имуществом. Здесь делается акцент на разумные решения пережившего супруга относительно судьбы имущества. Второй вариант – это, когда супруг имеет права распорядиться только половиной имущества, а другую половину обязан сохранить для дальнейших наследников (возможно установление такого запрета и в других пропорциях). В этом варианте в наибольшей степени можно сохранить баланс интересов супруга и последующих наследников. Третья конструкция заключается в полном запрете на «растрату» совместного имущества, которое впоследствии должно перейти к другим наследникам. Этот вариант является наиболее ограничительным для прав пережившего супруга.

Важное место занимает вопрос прекращения действия совместного завещания. Как было отмечено выше, в России совместное завещание в любое время возможно отменить, в том числе, в случае написания хотя бы одним супругом нового завещания (абз. 5 п. 4 ст. 1118 ГК РФ). В Германии супруг не может при жизни другого супруга отменить свое распоряжение в одностороннем порядке новым распоряжением на случай смерти (§ 2271 ГГУ).

В России при расторжении брака или признания брака недействительным совместное завещание аннулируется (утрачивает силу) (абз. 3 п. 4 ст. 1118 ГК РФ). В Германии возможно установить положения и на этот случай, чтобы завещание сохраняло свою силу (§ 2268 ГГУ).

Еще одну проблему в правовом регулировании можно увидеть, когда один из супругов умирает, а совместное завещание перестает отвечать интересам пережившего супруга. В соответствии с абз. 3 п. 2 ст. 1131 ГК РФ «...после

¹ Составление завещания через представителя недопустимо (ч. 3 ст. 1118 ГК РФ).

² Супруг, участвующий в совершении совместного завещания не вправе разглашать содержание завещания до открытия наследства (ст. 1123 ГК РФ). Защитить свои права завещатель может путем требования компенсации морального вреда и другими способами, предусмотренного ГК РФ. Но согласно п. 5 ст. 1126 ГК РФ совместное завещание не может быть закрытым. В Германии есть способ сохранить в тайне ту часть совместного завещания, которая выражает волю пережившего супруга (§ 2273 ГГУ).

³ Свобода завещания подразумевает, что завещатель по своему усмотрению может завещать имущество любым лицам, определять доли в наследстве, лишить наследников по закону наследства. При этом завещатель не обязан объяснять причины своего решения. Даже после составления совместного завещания каждый из супругов имеет право написать свое собственное завещание.

смерти одного из супругов, а также после смерти пережившего супруга совместное завещание супругов может быть оспорено по иску лица, права или законные интересы которого нарушены этим завещанием», т.е. после смерти одного из супругов совместное завещание может быть признано недействительным¹. В Германии переживший супруг может отменить свои распоряжения в совместном завещании, если откажется от оставленного ему наследства (абз. 2 § 2271 ГГУ). А в случае принятия наследства – если будут условия для лишения потенциального наследника неотъемлемой доли (§ 2294, § 2336 ГГУ).

Следует отметить, что вопрос о возможности изменения совместного завещания прямо законодателем не разрешен. Представляется, что пережившего супруга нельзя лишать закрепленного в п. 1 ст. 1130 ГК РФ права изменить составленное им завещание.

Таким образом, совместное завещание – это важный и нужный инструмент, поскольку дает лицам, которые находятся в личных доверительных отношениях, возможность выразить свою волю на случай смерти. По своей правовой природе, это односторонняя сделка, выражающая единую волю супругов. Этот институт, недавно появившийся в России, требует уточнения для исключения проблем, которые могут возникнуть при совершении совместного завещания. Важным является более детально определить возможности распоряжения совместным имуществом после смерти одного из супругов и расширить случаи, когда переживший супруг может внести изменения в совместное завещание.

Сайфетдинова А. Ф.

*Мордовский государственный университет имени Н.П. Огарёва,
магистрант*

Банкротство гражданина в случае его смерти

Институт несостоятельности (банкротства) граждан действует в Российской Федерации с 2015 года и уже не является таким новым, каким его считают некоторые авторы. Да, безусловно, пять лет в абсолютном исчислении срок не значительный, но данного временного промежутка вполне достаточно для судебной практики, которая уже выработала определенные правовые позиции в указанной сфере.

С принятием Федерального закона от 29 июня 2015 г. № 154-ФЗ «Об урегулировании особенностей несостоятельности (банкротства) на территориях Республики Крым и города федерального значения Севастополя и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» в российском законодательстве появилась нормативно закрепленная возможность осуществления процедуры банкротства в отношении гражданина в случае его смерти.

Анализ действующего Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – Закон о банкротстве) позволяет выделить два варианта исследуемого вида банкротства:

- 1) в случае смерти гражданина после возбуждения дела о банкротстве;
- 2) возбуждение дела о банкротстве после смерти гражданина.

Так, если гражданин умер уже после возбуждения дела о банкротстве, то финансовый управляющий обязан уведомить в пятидневный срок нотариуса по месту открытия наследства, а также обратиться в арбитражный суд, рассматривающий дело о признании банкротом уже умершего гражданина, с ходатайством о применении правил параграфа 4 главы X Закона о банкротстве и переходе к процедуре реализации имущества (в том случае, если ранее была процедура реструктуризации долгов). Очевидно, что в указанной ситуации необходимость применения

¹ Профессор О. М. Родионова пишет, что «для прекращения действия взаимобусловленного завещания пережившему супругу придется искать основания для признания его недействительным, доказывая, что волей умершего супруга равенство сторон было нарушено. Очевидно, что применение такого способа защиты своих прав – это, по сути, обход закона. Поэтому, законодателю следует уточнить формулировку закона, определив, что после смерти одного из супругов могут быть отменены только те совместные завещания, в которых воля одного супруга не связана с волей другого настолько, что невозможно определить ее содержание». См.: Родионова О. М. Гражданско-правовая сущность совместного завещания супругов // Вестник Саратовской государственной юридической академии № 5 (130) – 2019 – С. 101

реструктуризации долгов отпадает, поскольку одна из целей данной процедуры – восстановление платежеспособности гражданина, уже недостижима, а погашение задолженности перед кредиторами возможно и в следующей процедуре путем реализации имущества. Таким образом, смерть гражданина не приводит к прекращению производства по делу о его банкротстве, а приводит к перемене лиц, осуществляющих права и обязанности умершего гражданина.

Наиболее интересным, на наш взгляд, является второй вариант: возбуждение производства по делу о признании банкротом уже умершего гражданина. В научной литературе этому процессу некоторые авторы дали наименование «банкротство наследственной массы»¹. Данная формулировка, на наш взгляд, подобрана не совсем корректно, так как наследственная масса не отвечает признакам субъекта права, соответственно, является не субъектом, а объектом права.

Между тем в доктрине встречается и противоположное мнение, согласно которому формулировка «банкротство гражданина в случае его смерти» терминологически не верна. Так, Казанцева А.Е., ставя в своих исследованиях вопрос: «Если умерший гражданин выбывает из мира правоотношений... непонятно, как можно его банкротить?» приходит к выводу о несоответствии Закона о банкротстве в части признания несостоятельным умершего гражданина общим положениям Гражданского кодекса Российской Федерации, а также нормам морали². Что в целом, на наш взгляд, достаточно бескомпромиссно и радикально.

Некоторыми учеными вообще отрицается целесообразность включения положений о банкротстве умершего лица в Закон о банкротстве. Например, Казанцева А.Е. считает, что банкротство гражданина является таким правовым явлением, которое связано с личностью гражданина и должно прекращаться его смертью или объявлением умершим. Она также указывает, что внесенные изменения в законодательство о банкротстве гражданина, имеют больше минусов и их принятие едва ли обусловлено объективными причинами.

С данной точкой зрения нельзя согласиться. Банкротство гражданина после его смерти имеет целью удовлетворить требования кредиторов наследодателя за счет наследуемого имущества. Кроме того, необходимо помнить, что наследники принимают не только имущество наследодателя, но и его долги. Речь идет не только про обязанности, которые вытекают из большинства сделок (поручительства, займы), но и о деликтных долгах (причинение вреда чужому имуществу, жизни или здоровью). Вторую категорию приравнивали с первой, чтобы не ставить одних кредиторов в привилегированное положение по сравнению с другими.

Исходя из вышеизложенного, можно отметить, что ни один из предложенных терминов в абсолютном понимании нельзя назвать верным. Тем не менее, нормативно закреплена формулировка именно «банкротство гражданина в случае его смерти», что позволяет сделать вывод о том, законодатель в данном случае использует прием юридической фикции, заключающийся в наделении умершего гражданина признаками субъекта права.

В научной литературе указывают на необходимость установления конкретного срока на обращение с заявлением о признании умершего гражданина банкротом. Так, Е.А. Останина предлагает руководствоваться общим сроком исковой давности – 3 года. Но в научном кругу считают, что такой срок будет сложно применять на практике. Более правильным считают закрепление срока инициирования процедуры банкротства заинтересованными лицами, который по своей длительности не должен превышать одного года.

Считаем данный вопрос очень актуальным и нуждающимся в дальнейшей разработке. Ключевым моментом, на наш взгляд, является начало исчисления срока для обращения с заявлением о признании банкротом умершего лица в арбитражный суд. Полагаем, что для вступивших в наследство наследников умершего гражданина целесообразно закрепление шестимесячного срока на подачу заявления, исчисляемого с момента окончания срока для принятия наследства. Для кредиторов же необходимо установить тот же шестимесячный срок, который будет исчисляться с момента, когда кредитор узнал или должен был узнать о смерти должника. Данный подход основан на том, что кредитор, будь то юридическое или физическое лицо, объективно ограничен в оперативном получении информации о смерти

¹ Останина Е. А. Банкротство наследственной массы: в поисках баланса между интересами кредиторов и наследников // Судья. 2017. № 6. С. 58.

Шарипова Д. Г. Особенности банкротства наследственной массы гражданина-должника // Аллея науки. 2018. Т. 4. № 5 (21). С. 738.

² Казанцева А. Е. О соответствии положений о банкротстве умершего гражданина гражданскому законодательству // Нотариус. 2016. № 3. С. 8.

должника. Еще более затруднительно самостоятельно получить документы, подтверждающие его смерть. В связи с этим, предложены различные моменты исчисления сроков на подачу заявления о признании банкротом умершего должника его наследником и кредитором.

Особое внимание следует уделить проблеме множественности наследников, поскольку она, в свою очередь, порождает множественность лиц на стороне должника в деле о банкротстве. Скажем прямо, Закон о банкротстве правового регулирования указанных ситуаций не содержит. По мнению Михалева К.А. и Петрова Е.Ю., «поскольку банкротство – это, по сути, определение судьбы наследственной массы, то, скорее всего, наследники должны действовать сообща»¹. Однако учитывая эмоциональную окрашенность наследственных споров и, как это часто бывает, неготовность наследников к переговорам, сложно себе представить, что должно побудить наследников сплотиться в рамках дела о банкротстве наследодателя. Более рациональным представляется подход Шишмаревой Т.М., которая не связывает поведение отдельного наследника с позицией других наследников и приходит к выводу о том, что «должниками в процедуре наследственной массы является каждый из сонаследников»².

Одним из основополагающих принципов признания умершего гражданина банкротом является сепарация наследственного имущества от личного имущества наследника. Данный подход объясняется тем, что наследник отвечает по долгам наследодателя только в пределах принятого им наследственного имущества. Соответственно личное имущество наследника не подлежит включению в конкурсную массу, а требования кредиторов по личным долгам наследника не включаются в реестр требований кредиторов должника, поскольку банкротство в таком случае должно быть возбуждено непосредственно в отношении самого наследника по его личным долгам.

Относительно формирования конкурсной массы в рамках процедуры признания умершего гражданина банкротом также есть особенность: если в рамках признания банкротом гражданина при его жизни в конкурсную массу не подлежит включению единственное пригодное для постоянного проживания должника жилье, то при процедуре банкротства гражданина в случае его смерти указанное имущество подлежит включению в конкурсную массу, за исключением прямо установленных Законом о банкротстве случаев. Таким образом, имущественный иммунитет единственного жилья должника после его смерти прекращает свое действие.

Из всего вышеизложенного можно сделать вывод, что введение такой процедуры, как признание гражданина банкротом в случае его смерти, вполне обоснованно и соответствует действующим реалиям. Данный институт, позволяет защищать права и законные интересы не только кредиторов, но и наследников умершего должника, при этом не создавая для последних негативных последствий признания гражданина банкротом при его жизни (невозможность участия в управлении юридическим лицом, запрет на принятие обязательств по кредитным договорам, договора займа без указания на факт банкротства и т.д.), путем закрепления в Законе о банкротстве необходимых гарантий для обеспечения баланса интересов всех: должника, наследников и кредиторов.

Рамазанов Ш. Р., Ичалова А. Х.
*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студенты*

Правовое регулирование института совместного завещания в российском праве

Наследственное право это сложившаяся и устойчивая подотрасль гражданского права. Однако изменения в экономике и общественных отношениях отражаются и на изменениях в наследственном праве. Но несмотря на многовековую практику существования и применения норм наследственного права, оно по-прежнему является одним из наиболее динамичных правовых институтов. В силу своей специфики, изменение сложных правовых структур в наследственном праве – это длительный процесс.

¹ Основы наследственного права России, Германии, Франции / Ю. Б. Гонгало, К. А. Михалев, Е. Ю. Петров [и др.] ; под общ. ред. Е. Ю. Петрова. М. : Статут, 2015. С. 222.

² Шишмарева Т. П. Особенности несостоятельности (банкротства) индивидуального предпринимателя в случае его смерти // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 9. С. 48.

Российское законодательство рассматривает вопрос о разделе наследства двумя способами: по завещанию и без него (наследование по закону). Наследование по завещанию является первым из оснований наследования, поскольку гражданин может наиболее эффективно выразить свою волю по отношению к принадлежащему ему имуществу через завещание.

Определение завещания в российском праве и условий его действительности является одной из наиболее актуальных проблем, поскольку несоблюдение требований к форме и порядку создания завещания, четко прописанных в российском гражданском праве, влечет за собой признание завещания ничтожным.

С 1 июня 2019 года были введены некоторые изменения в Гражданский Кодекс Российской Федерации в сфере наследственного права. Федеральный закон от 19.07.2018 № 217-ФЗ «О внесении изменений в статью 256 части первой и часть третью Гражданского кодекса Российской Федерации» предусматривает возможность создания совместного завещания¹. Более того, введена некая альтернатива завещанию – наследственный договор. Граждане получают возможность выбора: составить обычное завещание или совместное завещание супругов; оформить договор наследования или создать наследственный фонд.

Практика составления совместных завещаний в РФ применялась до этого только в Республике Крым и городе Севастополь. В августе 2017 года вступил в силу Федеральный Закон № 201 от 26.07.2017, который подтвердил действительность завещаний, составленных еще в период украинской юрисдикции, и определил преемственность совместного завещания супругов до присоединения Крыма к Российской Федерации².

Федеральный закон от 19.07.2018 № 217-ФЗ «О внесении изменений в статью 256 части первой и часть третью Гражданского кодекса Российской Федерации» включает нормы о совместном завещании в п. 4. ст. 1118 Гражданского Кодекса Российской Федерации. Основные положения о совместном завещании предполагают, что:

- совместное завещание может быть заключено только между гражданами, находящимися в зарегистрированном браке на момент его совершения;
- в совместном завещании может быть предусмотрено право супругов распоряжаться общим совместно нажитым имуществом и своим личным имуществом;
- совместное завещание предполагает отступление от ст. 1150 ГК РФ о том, что переживший супруг получает половину общего имущества;
- совместное завещание признается недействительным в случаях расторжения брака или в случае расторжения совместного завещания одним из супругов, путем составления нового завещания;
- в тех случаях, когда один из супругов составляет новое завещание, необходимо уведомить об этом другого супруга.

Следует отметить, что в тех случаях, когда супруги заключили брачный договор, предусматривающий особый режим для всего имущества, они не могут создать совместного завещания. Институт совместного завещания уже давно апробирован в гражданском праве ряда зарубежных государств. Он разработан и применяется в английском и германском праве.

В английском праве институт совместного завещания имеет определенные особенности, которые выражаются в том, что при жизни одного из супругов он имеет право изменить или отозвать совместное завещание, но после смерти одного из супругов оставшийся в живых супруг не имеет права изменить или отозвать завещание даже в тех случаях, когда такие изменения не приносят ему никакой выгоды. В английском праве существует установленное правило, согласно которому каждый из супругов назначает другого наследником и одновременно назначает других наследников, которыми, как правило, являются общие дети.

Немецкое право предусматривает, что каждый из супругов назначает другого наследником, а последующие наследники становятся третьим лицом, которое обычно является совместными детьми супругов. После смерти одного из супругов, переживший супруг становится предварительным наследником, а третье лицо признается последующим

¹ Федеральный закон «О внесении изменений в статью 256 части первой и часть третью Гражданского кодекса Российской Федерации» от 19.07.2018 № 217-ФЗ // Российская газета. 25.07.2018. № 160.

² Федеральный закон от 26.07.2017 № 201-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О введении в действие части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс»

наследником. Однако, имеется возможность отмены оставшегося в живых из общего имущества супруга, если он откажется от имущества, переданного ему от умершего первым супругом¹. Немецкое гражданское право и английское право регулируют институт совместного завещания и предусматривают право супругов совместно распоряжаться имуществом². Институт совместного завещания предусматривает право передачи общего имущества пережившему супругу, но в то же время защищает распоряжение умершего супруга от возможности внесения изменений или отмены общей воли пережившего супруга.

Следует отметить, что усовершенствование российского наследственного права содействует внушительному расширению свободы личности. Основной гарантией является конститутивный характер завещания как специфической сделки, производимой в случае смерти. Однако, внедрение института совместного завещания в российское законодательство порождает ряд вопросов. Одним из важнейших вопросов, неизбежно возникающих при введении института совместного завещания, является вопрос о том, можно ли считать совместное завещание односторонней сделкой или его стоит признать договором, каковы будут механизмы принуждения пережившего супруга к исполнению общего завещания.

В п. 5 ст. 1118 ГК РФ закреплено положение о том, что завещание – это односторонняя сделка. Однако, в отличие от других односторонних сделок, она имеет определенную специфику, которая выражается в том, что совместное завещание составляется двумя людьми, по обоюдному согласию, и в данном случае супружеская пара не является одним лицом. Соответственно, институт совместного завещания может представлять собой договор, а не одностороннюю сделку. Но с другой стороны, такая позиция может считаться и ошибочной, поскольку на стороне завещателя в совместном завещании выступают супруги и их согласованная воля, а завещание порождает права и обязанности. Для урегулирования данного вопроса, необходимо определить, можем ли мы считать супружескую пару лицом, или нет.

Кроме того, остается дискуссионным определение: «совместное завещание супругов утрачивает свою силу в случае последующего совершения завещания одним из супругов». То есть, если один из супругов удостоверяет новое завещание, изложив в нем свою собственную волю по распоряжению имуществом после смерти, совместное завещание, составленное ранее обоими супругами, утрачивает юридическую силу полностью. Учитывая то, что одним из положительных последствий совместного завещания является учет мнения обоих супругов, введение института совместного завещания является нецелесообразным, если юридическая сила совместного завещания супругов утрачивается в полном объеме. На наш взгляд, в случае последующего совершения завещания одним из супругов, совместное завещание супругов должно утрачивать свою силу лишь в той части, которая противоречит последующему завещанию, но не теряет своей юридической силы в полном объеме.

Подводя итог, отметим, что, несомненно, такого рода непростая система, которой реализуется институт совместного завещания, не способен вскоре после его введения в законодательство начать работать в соответствии с нормой, отвечая своим основным целям. Для этого необходимо заполнить существующие на сегодняшний день пробелы в праве, адаптируя институт совместного завещания к российскому законодательству.

Тамзян С. С.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), студент

Правовой статус наследственного фонда

Согласно пояснительной записке к проекту федерального закона № 801269– 6 «О внесении изменений в части первую, вторую и третью Гражданского кодекса Российской Федерации»³, введение нового института обусловлено стремительным развитием экономических отношений, усложнением состава наследственной массы, а также все

¹ Блинков О.Е. О совместном завещании супругов в российском наследственном праве: быть или не быть? // Наследственное право. 2015. № 3.

² Крашенинников П. В. Наследственное право. 3-е изд. М. : Статут, 2018.

³ Пояснительная записка к проекту федерального закона № 801269-6 «О внесении изменений в части первую, вторую и третью Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс»

большим вовлечением российских граждан в предпринимательские отношения. Аналогичная цель подчеркивается в обнаруженных научных высказываниях. Так, П.В. Крашенинников отмечает, что учреждение наследственного фонда сосредоточено на создании системы обеспечения имуществом близких для завещателя лиц, не влекущей разрушение бизнеса¹. В.В. Гуцин и А.В. Добровинская подчеркивают возможность обезопасить таким образом наследственное имущество наследодателя после его смерти². О.А. Макарова указывает, что это способствует сохранению бизнеса умершего гражданина, включая «бизнес на ходу»³.

Таким образом, новелла гражданского законодательства в основном нацелена на лиц, имеющих активы и высокий уровень дохода, сбережение, накопление и распределение которых посредством реализации введенного механизма гарантированно обеспечит его сохранность для будущих поколений.

Передача бизнеса наследственному фонду позволяет сбалансировать интересы наследников (выгодоприобретателей в контексте анализируемых отношений) и фактически самого наследодателя, заинтересованного в сохранении и приращении созданного им «предпринимательского продукта» даже после его смерти за счет передачи в руки профессионального управляющего.

Рассуждая о правовом статусе наследственного фонда, обнаруживается его дихотомия: с одной стороны – это юридическое лицо, с другой – наследник по завещанию. Тем не менее, предложенные аспекты обладают специфическими характеристиками, позволяющими определить особенное положение такого субъекта правоотношений.

В частности, в отличие от такой организационно-правовой формы юридического лица как фонд (ст. 123.17 ГК РФ), которая в качестве цели создания преследует: благотворительные, культурные, образовательные или иные социальные, общественно полезные цели, наследственный фонд создается во исполнение завещания гражданина и на основе его имущества и осуществляет деятельность по управлению полученным в порядке наследования имуществом этого гражданина бессрочно или в течение определенного срока (п. 1 ст. 123.20 – 1 ГК РФ).

Иными словами, несмотря на возможность установления других целей (тождественных для фондов), ключевой аспект учреждения такого юридического лица заключается в удовлетворении личных нужд наследодателя и материального обеспечения его наследников. Указанная отличительная особенность, в том числе, предопределяет объем правоспособности такого юридического лица – специальной, как и у иной некоммерческой организации. В то же время, в отличие от последней, наследственный фонд не вправе безвозмездно получать имущество от других лиц, кроме получения имущества в порядке наследования от гражданина-учредителя (п. 3 ст. 123.20-1 ГК РФ). Помимо этого, наследственный фонд создается после смерти физического лица наследодателя, является реализацией его воли, тогда как по общему правилу фонд создается при жизни его учредителя.

Таким образом, вышеописанные организационно-правовые формы не тождественны друг другу по своей сути. Как отмечает М.А. Карташов, наследственный фонд, являясь искусственной конструкцией и порождением правопорядка высокой степени развития, самостоятельно существует в обществе вне принадлежности и вне зависимости от воли определённого физического лица⁴.

Таким образом, хотя и существует обусловленность создания юридического лица по воле гражданина – наследодателя (собственника имущества), фактическая реализация этой воли осуществляется уже после его смерти нотариусом. После регистрации в качестве юридического лица фонд приобретает статус наследника и получает от нотариуса свидетельство о праве на наследство.

¹ См.: Крашенинников П. В. Наследственное право (Включая наследственные фонды, наследственные договоры и совместные завещания). 4-е изд., перераб. и доп. М. : Статут, 2019. 302 с.

² См.: Гуцин В. В., Добровинская А. В. Наследственный фонд как способ управления наследственным имуществом // Наследственное право. 2018. № 1. С. 22–25.

³ См.: Макарова О. А. Наследование «бизнеса на ходу»: как наследственный фонд может управлять акциями? // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. № 4. С. 37–42. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

⁴ Карташов М. А. Наследственный фонд: новое российское законодательство и иностранный опыт // Современное право. 2017. № 10. С. 83–90.

Помимо указанного полномочия, к компетенции нотариуса относится также обязательное удостоверение завещания, условия которого предусматривают создание наследственного фонда. Думается, что таким образом законодатель подчеркивает важность корректности «создания» такого наследника, когда на нотариуса, являющегося профессиональным участником подобных отношений, обладающим специальными знаниями в указанной области, возлагается дополнительное бремя в части проверки наличия учредительных документов (устава), соблюдения иных условий учреждения и управления фондом, полноты сведений о лицах, обязанных выполнять функции единоличного исполнительного органа или коллегиального органа управления, а также иных обстоятельств, отсутствие которых может стать причиной отказа в регистрации юридического лица.

Помимо особенностей наследственного фонда с точки зрения его организационно-правовой принадлежности, могут быть обнаружены отличительные черты его статуса как участника наследственных отношений. Так, с функциональной точки зрения, которая в законе обозначена как деятельность по управлению полученным в порядке наследования имуществом гражданина (п. 1 ст. 123.20 – 1 ГК РФ), конструкция наследственного фонда сходна с договором доверительного управления. Общей чертой указанных институтов является императивно установленное право собственника имущества указать выгодоприобретателей.

В части расхождений необходимо отметить следующие: прежде всего, при доверительном управлении выгодоприобретателем может быть только физическое лицо, тогда как в случае с наследственным фондом, в том числе и юридическое лицо (за исключением коммерческих организаций); в случае с доверительным управлением гарантий на получение прибыли не существует, в то время как прибыль выгодоприобретателя в рамках наследственного фонда является его неотъемлемым элементом; кроме этого, выгодоприобретатель при доверительном управлении может лишиться принадлежащего ему имущества, что не грозит выгодоприобретателю наследственного фонда, не отвечающего по долгам такого юридического лица; помимо этого, наследственный фонд создается после смерти завещателя, а доверительное управление возможно при жизни собственника имущества.

С учетом проведенного анализа и несмотря на существование определенного регулирования исследуемого института, тем не менее усматриваются аспекты, требующие своей корректировки.

Прежде всего, требуется более детальное закрепление прав и обязанностей субъектов, от действий которых во многом зависит исполнение завещания, а именно – обязательное назначение душеприказчика при наличии воли на создание наследственного фонда. Особенно важно указать такое его полномочие как своевременное (например, не позднее одного рабочего дня со дня открытия наследства) обращение к нотариусу с заявлением о совершении последних необходимых действий по созданию наследственного фонда при одновременном установлении корреспондирующей обязанности последнего немедленно выдать свидетельство о праве на наследство после обращения органа управления наследственного фонда с соответствующим заявлением.

Во избежание споров относительно действительности завещания или состава наследственной массы (когда в наследственный фонд включено имущество, находящееся в совместной собственности супругов), целесообразно обязать наследодателя предъявлять необходимые доказательства, исключающие правоприязнания третьих лиц (например, брачный договор, выписку из ЕГРН и пр.).

Подводя итог вышеизложенному, необходимо констатировать, что в рамках настоящего исследования были обозначены цели создания наследственного фонда, являющегося гарантом сохранности отдельного имущества завещателя, выделены его специфические черты, а также отличия от правовой конструкции доверительного управления имуществом. В результате предположения о возможных проблемах, которые могут возникнуть на практике в связи с реализацией последней воли наследодателя, автором были предложены пути их преодоления.

ПОДСЕКЦИЯ «КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО»

Беседина Е. С.

*Российская академия народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации,
аспирант*

Ошибки при квалификации юридических фактов и их влияние на право акционеров требовать выкупа акций

Традиционно под юридическими фактами понимают такие обстоятельства материального мира, с которыми закон связывает возникновение и динамику гражданских правоотношений¹. Закон об АО связывает возникновение у акционеров, которые голосовали против или не принимали участия в голосовании (далее – несогласные акционеры), права требовать от общества выкупа принадлежащих им акций с принятием на общем собрании решений по вопросам, исчерпывающий перечень которых закреплен в п. 1 ст. 75 Закона об АО² (далее – основания для выкупа).

При первом прочтении указанной нормы кажется ясным, что момент возникновения права на выкуп определяется формально и напрямую связан с датой принятия коллективного решения акционеров³. Иначе говоря, с моментом, когда необходимое большинство от кворума поддержало конкретный вопрос повестки (п. 2 ст. 281.2 ГК РФ⁴). Вместе с тем, неверная квалификация обстоятельств, имеющих значение для возникновения права на выкуп, может лишить решение юридической силы, а несогласных акционеров – права на выкуп⁵. В каких случаях лишение акционеров права на выкуп *post factum* может быть оправдано, а в каких оно явно нарушает баланс корпоративных интересов?

Ошибки при квалификации сделок – самая частая причина, по которой несогласные акционеры лишаются права на выкуп ретроспективно. Во многом это связано с тем, что формально-количественный критерий «крупности» сделок неорганично вплетается в оценочно-качественный. При попытке определить объективные индикаторы обычной хозяйственной деятельности А.А. Глушецкий приводит примеры, в которых сущность сделки фактически зависит от цели ее совершения⁶, что только подтверждает выводы учёных об искусственности критериев крупных сделок⁷.

¹ Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве // М. : Госюриздат, 1958. С. 5.

² Здесь и далее под Законом об АО понимается Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ (ред. от 31.07.2020) «Об акционерных обществах» // В данном виде документ опубликован не был. Российская газета. 1995. № 248.

³ Судебная практика однозначно свидетельствует о том, что право на выкуп возникает не раньше проведения общего собрания и не может быть нарушено до этого момента (Постановление Президиума ВАС РФ от 25.04.2006 по делу № А40-59353/04-55-584).

⁴ «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994 № 51-ФЗ // Российская газета. 1994. № 238-239.

⁵ Например: Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 09.06.2020 по делу № А32-1896/2019. На эту проблему обращается внимание и в доктрине: Гутников О. В. Ошибочное одобрение нескольких договоров поручительства в качестве крупной сделки и влияние такого одобрения на право акционеров требовать выкупа принадлежащих им акций // Комментарий практики рассмотрения экономических споров (судебно-арбитражной практики) / под ред. В. М. Жуйкова. М. : ИЗиСП, КОНТРАКТ, 2019. Вып. 26. С. 38–54. (Доступ из СПС «КонсультантПлюс»); Шиткина И. С. Сделки хозяйственных обществ, требующие корпоративного согласования : монография // М. : Статут, 2020. С. 74–79.

⁶ Глушецкий А. А. Критерии оценки обычной хозяйственной деятельности // Хозяйство и право. 2018. № 1 (492). С. 68, 72-73.

⁷ Габов А. В. Институт крупной сделки в российском праве: основные этапы, тенденции и перспективы развития // Предпринимательское право. 2018. № 3. С. 22 (Доступ из СПС «КонсультантПлюс»); Маковская А. А. Крупные сделки и сделки с заинтересованностью: анализ и комментарий Законов «Об акционерных обществах» и «Об обществах с ограниченной ответственностью» // М. : Статут, 2020. С. 22–23 (Доступ из СПС «КонсультантПлюс»).

Чаще всего акционеры лишаются права на выкуп по рассматриваемому основанию, когда допускаются следующие ошибки:

(1) Акционеры согласовали на общем собрании сделку, которая объективно не была крупной.

В ряде случаев может показаться, что директор, который сначала выносит сделку на общее собрание как крупную, а потом сам же оспаривает её в суде с целью лишить несогласных акционеров-миноритариев права на выкуп ведет себя непоследовательно, недобросовестно и, значит, в силу правила «эстоппель» должен быть лишен права на возражение¹. Однако, по утверждению О.В. Гутникова, принятие заведомо ничтожных решений часто происходит в угоду контрагентам². Такая практика однозначно не должна поощряться отечественным правопорядком. Вместе с тем, предоставление несогласным акционерам права на выкуп как бы «в отместку» непоследовательным действиям управленцев также не является обоснованным, ведь институт «ничтожности» в отличие от института выкупа защищает публичный порядок, а значит и равенство субъектов корпоративных правоотношений.

По тем же причинам не должно возникать право на выкуп у тех акционеров, которые долгое время голосовали «за» совершение сделок, которые не были объективно крупными, а затем решили воспользоваться правом на выкуп³. Такое поведение является не только непоследовательным, но и нарушает баланс в правовом регулировании статуса участников корпоративных правоотношений.

(2) Акционеры согласовали крупную сделку, в совершении которой была заинтересованность, только по правилам об одобрении крупных сделок⁴.

В отличие от предыдущего типа ошибок, эта совершается обществами, как правило, ненамеренно. Однако и здесь цель защиты публичных интересов является доминирующей. Впрочем, игнорирование рассматриваемой ошибки, даже если сделка объективно была крупной, — необоснованная мера, вносящая существенный дисбаланс в положение всех акционеров, поскольку объем средств, направляемых на выкуп, а также количество несогласных акционеров к моменту повторного согласования может существенно измениться.

Неспособность несогласных акционеров доказать ограничение своих прав при включении тех или иных новелл в устав общества — вторая по частоте причина, когда осуществление права на выкуп становится невозможным. Согласно устоявшемуся подходу в судебной практике, ограничение прав акционеров — это ситуация, когда уменьшается объем прав в сравнении с прежним, но отсутствует состав нарушения⁵. Обычно изменения устава признаются ограничительными только тогда, когда они прицельно направлены на корпоративные права акционеров или их отдельной группы. Например, при введении ограничения на свободное отчуждение акций в непубличном акционерном обществе⁶ или при изменении пропорциональности прав⁷.

Однако почти никогда любые другие изменения не признаются достаточно существенными для прав несогласных акционеров, если организационно-правовая форма, ИНН и ОГРН корпорации остаются прежними⁸.

¹ Именно так повел себя директор в знаменитом деле «ОВК» (дело № А40-99921/18-57-471). Другой пример, когда общество вынесло заведомо некрупную сделку на одобрение акционеров, а затем оспаривало назначение административного штрафа: Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 19.01.2018 по делу № А27-1702/2017.

² Гутников О. В. Указ. соч. С. 50–51.

³ Например, см.: Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 13.12.2018 по делу № А60-203/2018.

⁴ Например, см.: Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 04.06.2019 по делу № А27-14636/2018.

⁵ Например, см.: Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 28.11.2019 по делу № А63-4814/2018.

⁶ Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 07.11.2017 по делу № А56-31914/2017.

⁷ Например, см.: Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 22.06.2017 по делу № А09-7518/2016 ; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 07.06.2018 по делу № А40-195309/2016.

⁸ Например, см.: п. 23 Постановления Пленума ВАС РФ от 18.11.2003 № 19 (в ред. от 16.05.2014) «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об акционерных обществах» // Вестник ВАС РФ. 2004. № 1 ; Постановление ФАС Дальневосточного округа от 01.08.2013 по делу № А51-1498/2013 ; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 08.06.2017 по делу № А40-180839/2016.

Столь формальное отношение вряд ли можно признать обоснованным. Разумно было бы предоставлять несогласным акционерам, явно выразившим несогласие с конкретным решением, возможность требовать выкупа для защиты от трансформативных (квазиреорганизационных) изменений корпорации. Но это потребует пересмотра «антиидеологического» подхода в понимании реорганизации как правового института¹. Примером фактической «реорганизации» можно будет считать принятие решения о предоставлении отдельным структурным единицам общества, не являющимся его органами, права образовать самостоятельное юридическое лицо² при условии, что такие действия могут повлечь прекращение деятельности прежней корпорации и направлены на снижение гарантий акционеров, не способных повлиять на принятие соответствующего решения.

Другим примером трансформативного изменения сущности организации предлагается считать одобрение таких изменений устава, которые могут повлечь нарушение «дивидендных ожиданий» несогласных акционеров. Так, в «деле СК «Олимпийский»³ суд посчитал, что отказ общества от ранее взятой на себя обязанности по выплате дивидендов в определенном уставом размере, ограничивает обоснованные ожидания акционеров. Но даже если общество напрямую не брало на себя соответствующую обязанность, по мнению автора, нарушение *обоснованных* ожиданий акционеров должно рассматриваться в качестве изменения сущности компании, ведь дивидендная политика – её неотъемлемая характеристика. В качестве критериев такой обоснованности можно предложить регулярность выплаты дивидендов в прошлом в сочетании с кардинальной сменой хозяйственной деятельности общества, а также наличием корпоративной связи акционера с обществом до такой смены⁴.

Таким образом, ошибки при квалификации юридических фактов часто неоправданно лишают миноритариев права на выкуп. Для восстановления баланса необходимо более глубоко исследовать цели института выкупа во взаимосвязи с основными началами корпоративного и гражданского права.

Бирюлин Д. А.

*Российская академия народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации,
аспирант*

К вопросу о понятии корпоративной политики контролирующего лица в корпоративном праве

Понятие «политика» чаще ассоциируется с публичным правом и государственным устройством, нежели чем с частным. Однако указанный термин с изменением его содержательной сущности может применяться и в частном праве, особенно там, где необходимо исследовать влияние определенных лиц на деятельность субъектов частного права. Как известно, современные корпорации зачастую представляют собой настолько сложные системы, что стратегия контролирующего лица в отношении подконтрольных корпораций затрагивает не только непосредственно корпоративные правоотношения, но и многие другие аспекты жизни организации, например, в области гражданского, налогового, антимонопольного законодательства, влияет на работников, кредиторов, органы государственной власти.

¹ Нынешний подход законодателя не предполагает выделение каких-либо сущностных признаков или критериев реорганизации как правового института (см.: Юридические лица в российском гражданском праве : в 3 т. Т. 3. Создание, реорганизация и ликвидация юридических лиц : монография / А. В. Габов, К. Д. Гасников, В. П. Емельянцева, Ю. Н. Кашеварова ; отв. ред. А. В. Габов // М. : ИЗИСП: Инфра-М, 2019. С. 78, 91.), что только усугубляет формализм судов при рассмотрении дел об ограничении прав акционеров.

² В деле «АОЗТ «Электролuch» (Постановление Арбитражного суда Московского округа от 08.06.2017 по делу № А40-180839/2016) было принято решение о «выделении» трудового коллектива, администрации и совета акционеров в самостоятельное юридическое лицо. По этому делу суд отказал в признании такого решения решением о реорганизации по формальным основаниям.

³ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 01.11.2016 по делу № А40-31126/2016.

⁴ Отсутствие именно этих критериев послужило основанием для отказа в признании за акционером права на выкуп в деле «ПАО «РН-Западная Сибирь» (Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 16.05.2018 по делу № А75-3445/2017).

Влияние лица на деятельность корпорации учитывается при создании холдинговой структуры; при заключении сделок по слиянию и поглощению, при управлении инвестициями.

В этой связи, изучение средств воздействия контролирующего лица на подконтрольную организацию позволяет выявить незамеченные законодателем пробелы в российском корпоративном праве, чтобы внести своевременные изменения на этапе реформирования законодательства.

Для начала нужно определиться с категорией корпоративного контроля и его целями. Для целей настоящего исследования корпоративный контроль характеризуется как неимущественное право контролирующего лица координировать поведение корпорации посредством системы мер воздействия на принятие решений её органами управления. Отметим, что в науке есть альтернативные точки зрения по этому вопросу. В работах А.С. Гутина¹; Д.И. Степанова² представлена позиция о самостоятельной имущественной ценности контроля. Среди зарубежных учёных такой подход нашел отражение в работах Г.Манна³, П. Виндольфа⁴, Д.Кайзера⁵. Также существует взгляд на корпоративный контроль как обязательственное правоотношение (М.В. Лавров⁶; Д.В. Ломакин⁷; Е.К. Зотова⁸).

В науке выделяют следующие цели контроля: 1) извлечение прибыли корпорации; 2) обеспечение наилучшей корпоративной структуры; 3) имплементация воли контролирующего лица в адрес органов управления корпорации⁹.

Воздействие на принятие решений в корпорации выражается в наличии возможности у контролирующего лица влиять на компанию посредством воздействия на ее органы управления фактически (дача указаний) или юридически (реализация субъективных прав). Это полномочие выступает предпосылкой для реализации других субъективных прав (например, право на получение информации) или предпосылкой для последующего движения правоотношения как в отношении субъекта (например, смена состава участников (акционеров), так и в отношении содержания правоотношения (формирование и изменение поведения органов управления, принятие или непринятие ими решений).

Перечисленные меры могут быть объединены в единый термин «корпоративная политика». Несмотря на отсутствие в законодательстве такого понятия, термин «корпоративная политика» встречается в судебных актах¹⁰. Суды неоднократно указывали на наличие у контролирующего лица права проводить самостоятельную политику, идущую вразрез с интересами миноритариев (например, постановление Арбитражного суда Восточно – Сибирского округа от 24.12.2018 по делу № А19-28353/2017; постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 06.04.2018 по

¹ Гутин А. С. Корпоративный контроль в акционерных обществах и его правовые формы : дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.03 / Александр Семенович Гутин. – Пермь, 2005. С. 40–41.

² Степанов Д. И. Там же. С. 157–158.

³ Manne H. G. Mergers and the market for corporate control / H. G. Manne // The Journal of Political Economy. 1965. Vol. 73, No 2. – P. 110–120. See P. 112, 116.

⁴ Windolf P. Die neuen Eigentümer. Eine Analyse des Marktes für Unternehmenskontrolle / P. Windolf // Zeitschrift für Soziologie. 1994. Jg. 23, Heft 2. – S. 79 – 92. S. 81.

⁵ Kaiser D. Finanzintermediäre am Markt für Unternehmenskontrolle / D. Kaiser. – Wiesbaden: Betriebswirtschaftlicher Verlag Dr. Th. Gabler GmbH, 1994. – 244 S. S. 37 – 38.

⁶ Лавров М. В. Риск в сфере корпоративного контроля: гражданско-правовые аспекты : дис. ... кандидата наук: 12.00.03 / Максим Владимирович Лавров. Волгоград, 2006. С. 19.

⁷ Ломакин Д. В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах / Д. В. Ломакин. М. : Статут, 2008. С. 153.

⁸ Зотова Е. К. Сохранение корпоративного контроля в акционерном обществе в праве Германии и России. : дис. ... кандидата наук: 12.00.03/ Елизавета Константиновна Зотова. – Москва, 2019. С. 41

⁹ Bayne, David C. «Philosophy of Corporate Control.» University of Pennsylvania Law Review, Vol. 112, no 1 November 1963, P. 43–45.

¹⁰ Например, в постановлении Арбитражного суда Восточно-Сибирского от 29.09.2020 по делу № А19-29703/2019 указано, что суд отказал во взыскании убытков по причине одобрения истцом корпоративной политики ответчика. Указание на корпоративную политику встречается в судебных актах и по налоговым спорам (постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 01.06.2017 по делу № Ф06-21111/2017 ; постановление ФАС Поволжского округа от 14.11.2012 по делу № А55-4113/2012).

делу № Ф03-629/2018; постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 10.10.2017 по делу № Ф03-3844/2017).

Таким образом, корпоративная политика – это система формально-юридических и фактических средств воздействия контролирующего лица на поведение корпорации¹. Это предмет контроля. Неслучайно Д. Бэйн в своей фундаментальной работе «Философия корпоративного контроля» отмечал, что контроль представляет собой неограниченную власть именно по созданию политики в иерархии органов управления².

Обобщив материалы судебной практики, можно отметить три составляющих элемента корпоративной политики, которую уже сейчас исследуют российские суды: финансовая политика, производственная политика, управленческая политика.

1) Финансовая политика (*распределение денежных потоков внутри компании; утверждение бюджета; распределение дивидендов*). В качестве примера можно привести постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 30.07.2020 по делу № А33-453/2015; Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 25.12.20 г. по делу № А33-453/2015). Суд округа, подтверждая правильность позиций нижестоящих судов о необходимости взыскания убытков с контролирующих лиц, квалифицировал действия мажоритарного участника покупателя, как действия контролирующего лица продавца, несмотря на наличие миноритарной доли участие в уставном капитале продавца. Это связано с тем, что продавец и покупатель проводили единую финансовую политику в группе принадлежащих им компаний, вследствие чего несли равную ответственность за принятие управленческих решений, связанных с деятельностью должника.

2) Производственная политика (*производство и сбыт продукции*). Примером может служить постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 13.07.20 г. по делу № А45-23369/2011. Суд вернул на повторное рассмотрение спор о привлечении к ответственности контролирующего лица (второго участника общества), поскольку участник был автором проекта по разработке месторождения, разрабатывал производственную программу группы предприятий, осуществлял постановку основных задач и устанавливал контакты с контрагентами, вел переговоры с кредиторами, контролировал пуско-наладку комплекса.

3) Управленческая политика (*назначение лиц в органы управления, изменение состава участников, распределение компетенций*). В постановлении Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 27.11.2019 по делу № А53-32249/2015 суд оставил без изменения акты нижестоящих судов о привлечении к ответственности лиц, которые хотя и не входили формально в состав акционеров банка, но именно под их непосредственным контролем была произведена смена состава акционеров банка.

Из приведенных выше трёх элементов можно вывести важное следствие: источником корпоративной политики является воля самого контролирующего лица, при этом существуют различные каналы её осуществления. Преимущественным каналом осуществления корпоративной политики является общее собрание участников (акционеров). Однако это не исключает, что корпоративная политика может проистекать напрямую от контролирующего лица к подконтрольным органам управления (особенно в небольшой непубличной корпорации). Такая политика может быть либо оформлена в виде соответствующего акта (например, протокол общего собрания участников, решение единственного участника), либо быть материально выраженной через поведение корпорации (действия (бездействия) корпорации в соответствии с волей контролирующего лица).

По этой причине любая корпоративная политика обладает следующими характеристиками: 1) системой формально-юридических и фактических средств воздействия; 2) субъектом и объектом воздействия; 3) источником и каналами воздействия.

В завершении доклада нужно отметить, что корпоративная политика является важным элементом при изучении роли и значения контролирующего лица в отношениях с корпорацией. Возникновение дискуссии в науке по данному

¹ В этом смысле важно отграничить значение «корпоративная политика» в контексте воздействия контролирующего лица на подконтрольное лицо от иных значений (например, как разработанные и принятые в компании нормы деловой этики, корпоративной ответственности, борьбе с коррупцией и правила поведения персонала в компании).

² Wayne, David C. «Philosophy of Corporate Control» University of Pennsylvania Law Review, Vol. 112, no 1 November 1963, P. 22

предмету, его изучение откроет новые грани таких краеугольных понятий, как «корпоративный контроль», «корпоративное управление», и позволит разрешить назревшие практические вопросы, связанные с оценкой поведения контролирующего лица.

Булава М. П.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
аспирант*

Конференция адвокатов как высший орган управления адвокатской палатой субъекта Российской Федерации.

Наличие у участников организации права формировать высший орган организации является конституирующим признаком юридического лица корпоративной формы устройства¹. Данный вывод основывается на положениях п. 1 ст. 65.1 ГК РФ, согласно которому юридические лица, учредители (участники) которых обладают правом участия (членства) в них и формируют их высший орган, являются корпоративными юридическими лицами (корпорациями).

С 2015 года в число организационно-правовых форм организаций корпоративного типа был включен такой вид юридических лиц как адвокатские палаты (подп. 12 п. 3 ст. 50 ГК РФ)². Предусмотрено образование двух видов адвокатских палат: адвокатских палат субъектов РФ (далее – адвокатская палата) и Федеральной палаты адвокатов РФ (п. 1 ст. 123.16-1. ГК РФ).

Отличительной чертой указанных корпораций является правовое регулирование организационных корпоративных отношений, возникающих в связи с формированием высшего органа управления корпорацией³, которое построено по принципу предоставления исполнительному коллегиальному органу полной автономии в вопросе организации работы высшего органа.

Актуальность исследования проблем, связанных с формированием высшего органа адвокатской палаты обусловлена необходимостью установления правовой определенности в вопросах правового статуса членов адвокатских палат, их корпоративных прав и обязанностей, обеспечения интересов адвокатов как членов корпорации. Ликвидация пробелов в законодательстве, регулирующем круг общественных отношений, связанных с формированием волеобразующего органа адвокатской палаты субъекта РФ, является важной задачей, стоящей перед современным правопорядком России.

Прежде чем начать исследование проблемных аспектов формирования высшего органа адвокатской палаты субъекта и поисков их решения, кратко определим особенности правового статуса высшего органа управления адвокатской палатой.

Пункт 1 ст. 65.3 ГК РФ определяет, что высшим органом корпорации является общее собрание ее участников. Не вызывает сомнений, что в основе любой организации корпоративной формы положена общность целей её участников. По справедливому замечанию С.В. Соловьевой «действующее законодательство устанавливает абсолютное верховенство... высшего органа управления некоммерческих корпораций... предполагает право высшего органа управления рассматривать любой вопрос, касающийся деятельности юридического лица, взаимоотношений членов корпорации и органов управления»⁴.

¹ Клюстер Н. Ф. «Признаки некоммерческих корпоративных организаций» Вестник Саратовской государственной юридической академии, № 6 (131), 2019, С. 157

² Федеральный закон от 13.07.2015 № 268-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и статью 24 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ», 20.07.2015, № 29 (ч. 1), ст. 4394

³ Автор в рамках настоящей работы не затрагивает процесс формирования высшего органа Федеральной палаты адвокатов РФ, поскольку исходит из мнения, что он не нуждается в существенной доработке.

⁴ Соловьева С. В. «Модели управления деятельностью некоммерческого юридического лица» Журнал российского права, № 3 (243), 2017, С. 77.

Однако классическое для корпоративного права правило о праве каждого члена организации принимать участие в работе высшего органа имеет свое исключение: в некоммерческих корпорациях с числом участников более ста высшим органом может являться съезд, конференция или иной представительный (коллегиальный) орган (абз. 2 п. 1 ст. 65.3 ГК РФ). В этом заключается существенная особенность правового статуса некоммерческих корпораций¹. Для адвокатских палат законодатель избрал бинарную модель высшего органа: согласно ст. 30 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (далее – Закон об адвокатуре) высшим органом адвокатской палаты является собрание адвокатов, а при численности её членов свыше 300 – конференция адвокатов. Разница между собранием адвокатов и конференцией заключается в способе формирования данного органа и возможности каждого адвоката принять непосредственное участие в работе данного органа.

Собрание адвокатов представляет собой не что иное, как общее собрание членов адвокатской палаты, т. е. традиционный для корпоративного права институт. Конференция адвокатов есть реализация модели косвенного участия в формировании участниками корпорации её высшего органа. Системное толкование положений, закрепленных в подп. 3, подп. 14 п. 3 ст. 31 Закона об адвокатуре позволяет нам прийти к выводу, что в конференции адвокатов принимают участие делегаты или представители, выбранные адвокатами по норме представительства и в порядке, установленном советом адвокатской палаты, т.е. коллегиальным исполнительным органом адвокатской палаты.

Здесь мы сталкиваемся сразу с двумя проблемами. Во-первых, остается неясной причина закрепления в законе императивного требования, ставящего порядок формирования высшего органа корпораций в зависимость от числа участников корпорации. Комментируемая норма не предполагает возможности самостоятельного выбора адвокатской палатой способа формирования высшего органа управления (собрание адвокатов или конференцию). Эту проблему можно условно назвать проблемой отсутствия правовой определенности и необоснованного ограничения корпоративной диспозитивности.

Во-вторых, формулировка, использованная законодателем в подп. 3 п. 3 ст. 31 Закона об адвокатуре, относит к исключительной компетенции совета адвокатской палаты определение нормы представительства на конференцию и порядок избрания делегатов конференции. Данная норма и практика ее применения в некоторых адвокатских палатах обуславливает проблему определения границы полномочий коллегиального органа в формировании состава высшего органа адвокатской палаты. Отказ от решения данной проблемы может привести к отсутствию у адвокатов возможности влиять на принимаемые исполнительным органом решения, так как высший орган управления, контролирующий коллегиальный исполнительный орган, может быть поставлен в зависимость от членов совета, недобросовестно пользующихся предоставленной им широтой свободы усмотрения. Так, совет может определять выгодные для его членов нормы представительства адвокатов на конференции и порядок избрания адвокатами делегатов конференции.

И если при ответе на вопрос о том, почему граница численности членов палаты, высшим органом управления которой является собрание, установлена в размере 300 участников, можно сослаться на традиции отечественной адвокатуры, её историческую преемственность с присяжными поверенными и коллегиями адвокатов в СССР, то на вопрос о том, соответствует ли такая система интересам современной адвокатуры, однозначно положительно ответить уже не удастся.

Представляется возможными несколько решений указанной проблемы. Одним из способов устранения правовой неопределенности является предоставление права адвокатам каждой адвокатской палаты самостоятельно решать, какой порядок формирования высшего органа для них предпочтителен, путем закрепления его в уставе. Конечно, такое решение требует тщательной проработки механизмов его реализации, потому как не стоит забывать об организационных сложностях и финансовых вопросах, сопряженных с созывом собрания адвокатов в адвокатских палатах, где численность участников достигает нескольких тысяч, а также о повышенных рисках оспаривания решений высшего органа и иных проблем организационного характера.

Другим способом решения данной проблемы будет пересмотр законодателем пороговой цифры, определяющей модель формирования высшего органа управления. Данный пересмотр должен быть осуществлён в рамках научного

¹ Сойфер Т. В. К вопросу о правовом статусе некоммерческих организаций // Журнал российского права. 2009. № 1 (145).

исследования с использованием междисциплинарного подхода, в том числе с апробированием количественного и специально-юридического методов.

Опосредованная модель формирования высшего органа управления адвокатурой является эффективным инструментом волеобразования адвокатской палаты, сокращающей издержки палаты и решит ряд проблем, связанных с формированием повестки собрания. Но порядок образования высшего органа адвокатской палаты субъекта РФ и запрет адвокатам самим выбирать модель формирования высшего органа управления (непосредственное участие или опосредованное), может стать благоприятной почвой для ограничения неимущественного корпоративного права адвоката принимать участие в управлении общими делами корпорации.

Что касается проблемы установления пределов полномочий Совета в определении нормы представительства и порядка избрания делегатов конференции, считаем, что необходимы следующие законодательные изменения. Во-первых, стоит подумать о включении в Закон об адвокатуре императивной нормы, устанавливающей минимальный порог представительства адвокатов на конференции, причем норма должна быть выражена в процентном соотношении с общим числом адвокатов. Определение порогового числа возможно только на основании результатов научного исследования с использованием междисциплинарного подхода.

Во-вторых, требуется законодательное ограничение права членов совета назначаться в качестве делегатов конференции. Данное ограничение позволит исключить влияние членов исполнительного органа на осуществление высшем органом закрепленных за ним функций, в том числе контроля за деятельностью исполнительных органов.

Данные предложения не могут сами по себе исключить все проблемы, возникающие в рамках процедур корпоративного управления адвокатскими палатами и иными некоммерческими корпорациями, но они демонстрируют необходимость дальнейшей работы законодателя и самих корпораций по гармонизации корпоративного права, установления большей диспозитивности, даже применительно к корпорациям, наделенным публичными функциями.

Квасков Д. Д.

*Военный университет Министерства обороны РФ,
студент*

Защита прав миноритарных участников в ООО: право требовать выкупа доли участника в случае длительного отсутствия распределения прибыли

В рамках закрытой корпорации (аналог непубличного общества в иностранном праве – Д.К.) существует более близкая и сильная связь между отношениями участия в капитале компании и трудовыми отношениями. Корпорация, как правило, является важным (и часто основным) источником дохода для каждого акционера. Выплаты часто осуществляются в форме заработной платы, а не дивидендов¹, а закрытая корпорация зачастую служит и основным рабочим местом для ее участников².

Притеснение участника в данной ситуации может представлять собой комбинацию двух методов его отстранения от получения части прибыли общества: увольнения миноритарного участника (исключение из Совета директоров) и отказа в принятии решения о распределении чистой прибыли общества между его участниками, после чего следует предложение о выкупе доли миноритария по заниженной цене, ибо без получения зарплаты и в отсутствии дивидендов от общества участник сталкивается «с неопределенным будущим без возврата капитала, который был вложен им в общество»³. Этот механизм притеснения миноритария формально не нарушает закон, относясь к так называемой «серой зоне», но более чем эффективно не только лишает участника источника дохода, но и значительно снижает его шанс продать долю в таком обществе третьему лицу, поскольку сложно найти покупателя, желающего получить не приносящий дохода актив.

¹ Daniel S. Kleinberger, Why Not Good Faith? The Foibles of Fairness in the Law of Close Corporations, 16 WM. Mitchell L. Rev. P. 1148 ;

² Thompson R. B. The Shareholder's Cause of Action for Oppression // The Business Lawyer. 1993. Vol. 48. P. 699, 702.

³ Thompson R. B. Op. cit. P. 703.

Российские суды не признают в данной ситуации нарушения прав миноритарных участников, поскольку связывают появление права требовать выплаты прибыли от общества только после наступления юридического факта – принятия решения о ее распределении общим собранием участников.

Так, в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ № 90, Пленума ВАС РФ № 14 сформулирована следующая позиция: при рассмотрении исков участников общества о выплате им (взыскании с общества) части прибыли, распределяемой между участниками, следует иметь в виду, если общим собранием участников общества не принималось решение о распределении части прибыли, суд не вправе удовлетворять требование истца, поскольку решение вопроса о распределении прибыли относится к исключительной компетенции общего собрания участников общества (п.п. б) п. 15 Пленума)¹. Данная позиция подтверждается и в современной российской судебной практике².

Полагаем, что с опорой на зарубежный опыт российским законодателю и судам также следует несколько скорректировать российский подход к регулированию распределения прибыли общества, установив третье основание для принудительного выкупа доли общества. Так, предлагается заимствовать некоторые положения статьи 348 прим. Испанского закона о компаниях³ в отечественное право, включив пункт в ст. 23 Закона об ООО в следующей редакции:

«3. Участник имеет право требовать выкупа своей доли, если по истечении пяти лет со дня регистрации общества собрание не согласится распределить 25 процентов и более от чистой прибыли, полученной в течение предыдущего финансового года обществом от своей деятельности. Данное требование подлежит обязательному нотариальному удостоверению по правилам, предусмотренным законодательством о нотариате для удостоверения сделок, и может быть предъявлено участником общества в течение сорока пяти дней со дня, когда участник общества узнал или должен был узнать о принятом решении. В случае, если участник общества принимал участие в общем собрании участников общества, принявшем такое решение, подобное требование может быть предъявлено в течение сорока пяти дней со дня его принятия.

Начиная с шестого года участники имеют право предъявлять обществу требование о выкупе своей доли по данному основанию не чаще, чем раз в 3 финансовых года.

Право на разделение не возникает:

а) если общая сумма распределенной и выплаченной обществом прибыли за последние пять лет составляет 25 и более процентов чистой прибыли общества за этот период;

б) если все участники занимают должности в органах управления общества или являются его работниками и фактически получают часть прибыли общества в виде вознаграждения или заработной платы.

Исключение из устава общества указанных положений осуществляется по решению общего собрания участников общества, принятому единогласно».

Такая формулировка изменений законодательства обоснована следующим:

Во-первых, установление срока в 5 лет видится оптимальным, поскольку установление меньшего срока привело бы к возможному нарушению деятельности общества: первые годы деятельности могут быть убыточными, обществу требуется время, чтобы выйти начать получать прибыль и закрепиться на рынке, а отказ от распределения прибыли в течение нескольких лет может быть оправданно развитием общества – а установление большего срока не оправдано, поскольку видится, что за такой срок общество либо должно приносить прибыль, которую можно будет распределить, либо должна быть гарантирована возможность участника вернуть инвестиции.

Во-вторых, срок в 45 дней установлен в соответствии с действующим сроком для обращения за выкупом, установленным в ст. 23 Закона об ООО.

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 90, Пленума ВАС РФ № 14 от 09.12.1999 «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СПС «КонсультантПлюс»;

² Определение Верховного Суда РФ от 11 мая 2017 г. № 310-ЭС17-4580 по делу № А36-2894/2016 // СПС «КонсультантПлюс»; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 2 декабря 2019 г. № Ф05-20841/19 по делу № А40-86494/2018 // СПС «КонсультантПлюс»; Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 4 июня 2020 г. № Ф08-2726/20 по делу № А53-24904/2019 // СПС «КонсультантПлюс»;

³ См. Текст статьи: URL: <https://www.conceptosjuridicos.com/ley-sociedades-capital-articulo-348-bis/>

В-третьих, предлагаем ввести правило о том, что «начиная с шестого года, участники имеют право предъявлять обществу требование о выкупе своей доли по данному основанию не чаще, чем раз в 3 финансовых года». Данное правило учитывает баланс интересов миноритарных и мажоритарных участников: миноритарные участники имеют право требовать выкупа своей доли при соблюдении всех условий на 5 год существования общества, а в следующий раз на 8 год, 11 год и т.д., что обеспечивает возможность выкупа доли общества и новым участникам, которые, например, вступили в общество на 6 год его существования, а также обеспечивает возможность вернуть свои инвестиции «старым» участникам, которые не воспользовались правом в первый раз, допустим, ожидая изменения дивидендной политики общества; мажоритарные участники, заинтересованные в продолжение деятельности общества, будут защищены от необходимости каждый год распределять дивиденды во избежание выхода недовольных участников после 5 года существования общества распределить дивиденды на всех, что позволит также укрепить собственные средства предприятия. По нашему мнению, данная редакция лучше защищает права обеих сторон, чем предложение испанского закона о том, что «прибыль была получена в течение трех предыдущих периодов», поскольку лишено проблем, обозначенных в испанской юридической литературе.

В-четвертых, предлагаем ввести правило о том, что «право на разделение не возникает, если общая сумма распределенной и выплаченной обществом прибыли за последние пять лет составляет 25 и более процентов чистой прибыли общества за этот период». Предполагаем, что установление такого минимального размера распределенной прибыли за предыдущие периоды, позволит обеспечить право участников на получение прибыли от своих инвестиций, обеспечить сохранность капитала общества (то есть у общества не будет обязанности постоянно распределять большую часть своей прибыли, если это можно сделать, например, единоразово, главное, выполнить правило об объеме в 25 %), а также по желанию мажоритария ограничить право выхода других участника из общества, разделив с ними прибыль общества. Также стоит закрепить вывод, обоснованный в диссертации Т.С. Бойко. Так, данный автор верно отметил, что «право требовать выкупа может не возникать также в ситуациях, когда все участники (и в том числе миноритарий) занимают должности в органах управления общества или являются его работниками и фактически получают дивиденды (часть прибыли общества) в виде вознаграждения или заработной платы. При таких обстоятельствах, особенно учитывая правовую природу непубличного общества, едва ли можно говорить о том, что миноритарий лишается всех доходов от вложенных инвестиций»¹.

В-пятых, отступая от общего императивного подхода ст. 23 Закона об ООО об основаниях, предусматривающих право участником требовать выкупа своей доли обществом, предлагаем ввести правило о том, что «исключение из устава общества указанных положений осуществляется по решению общего собрания участников общества, принятому единогласным решением участников общества». Подобная возможность будет обеспечивать необходимую диспозитивность регулирования деятельности ООО: при волеизъявлении всех участников, уставом общества в любой момент может быть исключено общее правило о требовании выкупа доли обществом из-за длительного отказа от распределения прибыли. Такая опция будет востребована при реализации длительных бизнес-проектов, прибыль от которых предполагается получить в более поздний срок, либо в случае создания ООО для других целей, например, как часть холдинга, в котором для него предусмотрена иная роль, чем получение прибыли.

Костина К. А.

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», магистрант

Принцип «двух ключей» в российском корпоративном управлении: механизм и основные проблемы

Российское гражданское законодательство за последние годы совершило значительное движение вперед в сторону закрепления новых институтов, заимствованных из зарубежных правовых порядков и прошедших проверку историческим развитием и судебной практикой. Принцип «двух ключей» или «четырёх глаз» (Vier-Augen-Prinzip), как

¹ Бойко Т. С. Защита прав интересов миноритарных участников непубличного общества в праве России, США и Великобритании : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2017. С. 236–237

его именуют в Германии, относится к указанным конструкциям и направлен на защиту интересов участников хозяйственного общества от злоупотреблений со стороны директоров¹.

С 1 сентября 2014 года вступили в силу положения Федерального закона № 99-ФЗ² о множественности лиц в составе исполнительных органов хозяйственного общества. Так, редакция абз. 3 п. 1 ст. 53 Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) носит общий характер и предусматривает осуществление полномочий выступать от имени юридического лица (далее – ЮЛ) несколькими лицам, действующим совместно или независимо друг от друга. П. 3 ст. 65.3 ГК РФ более детально регламентирует, что уставом корпорации может быть предусмотрено предоставление полномочий единоличного исполнительного органа несколькими лицам, действующим совместно, или образование нескольких единоличных исполнительных органов, действующих независимо друг от друга.

Таким образом, множественность лиц в составе исполнительных органов ЮЛ на практике может быть реализована по двум моделям:

- Модель 1: путем образования нескольких независимых друг от друга единоличных исполнительных органов;
- Модель 2: путем предоставления полномочий единоличного исполнительного органа несколькими лицам, действующим совместно.

В рамках первой модели единоличные исполнительные органы действуют отдельно и осуществляют полномочия самостоятельно по вопросам, входящим в их компетенции, что прямо следует из п. 24 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25³. Примерами служат наличие в компании Президента, финансового директора, технического директора.

По второй модели лица, осуществляющие полномочия единоличного исполнительного органа, должны действовать совместно. Именно данная модель представляет собой принцип «двух ключей», на котором сосредоточится внимание в рамках данной статьи.

В отсутствие законодательной регламентации порядка совместного осуществления полномочий, можно предположить, что совместность предполагает общее согласие. К примеру, при совершении сделки все руководители должны поставить свои подписи на заключаемом договоре. Данный подход реализуется Федеральной нотариальной палатой в Письме № 2668/03-16-3: в случае совместного осуществления несколькими руководителями своих полномочий, доверенность, выдаваемая от имени ЮЛ, должна быть подписана одновременно всеми лицами, указанными в учредительных документах такого ЮЛ⁴.

Могут быть предложены иные механизмы совместного осуществления полномочий несколькими руководителями:

Механизм 1 – право вето: закрепление в уставе особого статуса одного из директоров, имеющего право инициировать принятие определенного решения, заключения сделки. Другие директора имеют «право отклонения» проекта, как правило, не располагая правом выдвижения альтернатив.

Механизм 2 – согласование (одобрение) как разновидность права вето. Отличие в том, что один из директоров согласовывает предложения первого, а право инициирования может исходить от каждого из них.

Механизм 3 – простое большинство. Наиболее актуально при наличии более двух руководителей. Возможно провести аналогию с коллегиальным исполнительным органом. Работу председателя осуществляет инициатор.

¹ Кольцдорф М. А., Шмагин А. А. Содержание и реализация принципа «четырёх глаз» в Германии // Вестник гражданского права. 2018. № 6. С. 220–238.

² Федеральный закон от 05.05.2014 № 99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» // «Собрание законодательства РФ», 12.05.2014, № 19, ст. 2304

³ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета, № 140, 30.06.2015

⁴ Письмо ФНП от 22.07.2016 № 2668/03-16-3 «О Методических рекомендациях по удостоверению доверенностей» (вместе с «Методическими рекомендациями по удостоверению доверенностей», утв. решением Правления ФНП от 18.07.2016, протокол № 07/16) // СПС «КонсультантПлюс»

Следовательно, определение способов разграничения полномочий руководителей представляет значительную сложность. П. 24 ПП ВС РФ от 23.06.2015 № 25 установил презумпцию неограниченности полномочий нескольких руководителей в отсутствие в Едином государственном реестре юридических лиц (далее – ЕГРЮЛ) сведений о совместном или ином распределении полномочий. Представляется, что данное положение не учитывает основную идею принципа «двух ключей», обеспечивающую повышенный контроль директоров друг за другом для снижения риска злоупотребления полномочиями. Соответственно, общим правилом должен быть совместный характер полномочий, реализованный в Германии. Параграф 35 абз. 2 предл. 1 Закона об обществе с ограниченной ответственностью (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) закрепляет именно презумпцию совместности, если в Уставе общества и в Торговом реестре не указано иное¹. Кроме того, говоря о разграничении полномочий, немецкая модель предусматривает общее правило – у каждого руководителя равные права по участию в управлении обществом, а все решения принимаются единогласно.

До 1 сентября 2020 г. существовала проблема применения принципа «двух ключей», связанная с отсутствием возможности указания в ЕГРЮЛ о способе разграничения полномочий (возможно было указать лишь факт наличия нескольких директоров). ФЗ от 12.11.2019 № 377-ФЗ² внес изменения в ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»³: в отношении каждого лица дополнительно указываются сведения о том, действуют такие лица совместно или независимо друг от друга. Помимо этого, Приказом ФНС России от 31.08.2020 № ЕД-7-14/617⁴ были внесены изменения в форму Р11001 Заявления о государственной регистрации юридического лица при создании. Сведения о совместном или раздельном осуществлении полномочий руководителей теперь будет отражаться в ЕГРЮЛ.

Данная новелла решает проблему противопоставимости знания третьих лиц о внутренних отношениях руководителей в ЮЛ, особенно в контексте оспаривания сделок. Поскольку способ осуществления полномочий прекращает быть вопросом «внутренних» ограничений и транслируется во вне, в ситуации нарушений устава и совершения от имени организации сделки лишь одним из директоров будет считаться превышением полномочий, и речь будет идти не об оспоримой по п. 1 ст. 174 ГК РФ сделке, а о применении правил ст. 183 ГК РФ о совершении сделки лицом, не имеющим полномочий. А это значит, что такая сделка не связывает организацию в принципе, если она не решит ее впоследствии одобрить.

Если сведения о совместных полномочиях директоров в ЕГРЮЛ не указываются, применению подлежит п. 1 ст. 174 ГК РФ и сделка будет считаться заключенной самим обществом, но может быть признана судом недействительной по иску самого общества или его участников. В ситуациях, когда сведения о совместных полномочиях директоров отражены в ЕГРЮЛ, должна применяться ст. 183 ГК РФ, согласно которой сделка считается заключенной от имени и в интересах директора и не связывает общество, если оно в последующем не одобрит ее.

Подводя итог, следует сказать, что законодательные изменения не в полной мере разрешили проблемы, связанные с реализацией принципа «двух ключей». Необходимо отметить следующие основные положения:

1. Необходимо установить презумпцию совместных действий руководителей по немецкой модели при отсутствии положений об ином. В противном случае введение принципа «четырёх глаз» теряет смысл;
2. При совместном представительстве возможны различные варианты взаимодействия с третьими лицами: 1) директора могут действовать совместно; 2) один из директоров может уполномочить другого на совершение каких-либо действий; 3) один из директоров может совершить действия, которые второй в последующем одобрит;

¹ Закон об обществах с ограниченной ответственностью (*Gesetz betreffendie Gesellschaften mit beschränkter Haftung*) от 20.04.1892 (RGL. I S. 477), (BGBL. I S. 2446) // URL: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gmbhg/index.html

² Федеральный закон от 12.11.2019 № 377-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // «Собрание законодательства РФ», 18.11.2019, № 46, ст. 6423

³ Федеральный закон от 08.08.2001 № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» (с изм. и доп., вступ. в силу с 19.10.2020) // «Собрание законодательства РФ», 13.08.2001, № 33 (ч. I), ст. 343

⁴ Приказ ФНС России от 31.08.2020 № ЕД-7-14/617 «Об утверждении форм и требований к оформлению документов, представляемых в регистрирующий орган при государственной регистрации юридических лиц, индивидуальных предпринимателей и крестьянских (фермерских) хозяйств» // Зарегистрировано в Минюсте России 15.09.2020 № 5987.

3. В случае выражения директорами противоречащих волеизъявлений, юридическую силу имеет совершенное или полученное первым.

4. Необходимо введение механизмов оперативного разрешения конфликтов между директорами, пример: право вето, созыв общего собрания;

Кузнецова О. Е., Пивоваров М. П.
*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студенты*

Правовое положение холдингов

Миру давно известен термин – «холдинг». Изучая правовое регулирование данного института, мы столкнулись с проблемой легального определения. Ни в законодательстве Российской Федерации, ни в зарубежных нормативных правовых актах не дается официального определения холдинга. Но при этом холдинги создаются и осуществляют свою деятельность как у нас, так и в зарубежных странах, например, Сбербанк, Газпром, Роснефть, др. Поэтому, мы сочли нужным рассмотреть данную тему

Обратимся к толковому словарю. Ефремова Т.Ф. пишет, что: «понятие «Холдинг» (в переводе с англ. holding – участок земли; владение) может пониматься в двух вариантах: в первом случае – как экономическое предприятие, которое является владельцем части или же всех акций других предприятий и осуществляет над ними контроль; во втором – рассматривают как угодье, ферму¹».

Шиткина И.С. в своем труде отмечает, что холдинги различают по двум классификациям: как материнская или головная компания, а с другой стороны – как совокупность дочерних и материнских компаний².

Исследуя историю института холдингов, мы столкнулись с двумя позициями, касаясь того, в каком веке он зародился. Часть теоретиков придерживаются той точки зрения, что он появился еще в период Древнего Рима, когда только создавались юридические лица и дальнейшее их развитие было связано с поэтапным историческим становлением капиталистического общества. Однако те формы холдингов, которые нам известны, впервые были основаны в Европе и Америке в XIX веке.

• Европа: в 1822 г. «Societe Generale» – бельгийско-нидерландское общество, его главная цель была – финансирование и государственное управление.

• Америка: ориентировочно в 1870–1890-х годах, самый известный был основан в 1899 году в Нью-Джерси, назывался данный холдинг – «Стандарт ойл компани». Управлял им Рокфеллер.

В настоящее время холдинговые компании достаточно популярны в странах англосаксонской системы права (т.е. в Англии и Америке) и называются соответственно холдингами. В Европе же у них другое наименование, однако смысл данных организаций одинаков. Во Франции – это товарищества, в Германии – концерны, а в Италии – государственные холдинги (входят в топ самых крупных корпораций мира).

Однако не стоит забывать про Восточную Азию, в ней также XIX в. стали формироваться холдинговые компании. Для нас большой интерес представляет система холдингов, сложившаяся в Южной Корее. Появилась после второй мировой войны, их особенность в том, что имеется группа «самостоятельных организаций», которые принадлежат определенным семьям имеют единый административный и финансовый контроль. Важно отметить, что холдингом управляет основной держатель акций и его приближенные члены семьи. Все руководящие посты могут занимать родственники или друзья директора. Соответственно, происходит контроль над всеми холдингами всевозможных

¹ Ефремова Т. Ф. Новый словарь русского языка. URL: <https://classes.ru/all-russian/russian-dictionary-Efremova-term-117063.htm> (дата обращения: 08.03.2021)

² Шиткина И. С. Холдинги: правовое регулирование и корпоративное управление : научно-практ. издание. М. : Волгерс Клувер, 2006. С. 39.

направлений. Интересно то, что в их подчинении могут быть как розничные предприятия, так и транснациональные. В Южной Корее известны такие холдинги, как: LG, Samsung, Hyundai и др.¹

Несмотря на то что в Российской Федерации холдинги появились лишь в 1990-е, ряд ученых склоняется к точке зрения, что зарождение данных организаций происходили также, как в Европе или Америке в XIX веке.

В Российской империи наибольшую популярность начали набирать предпринимательские союзы, которые были основаны на договоре соединения самостоятельных предпринимателей. Затем, после революции стали появляться тресты, картели и синдикаты. Трест был не особо распространен и выступал как единое хозяйственное предприятие, а синдикат считался как федерация хозяйственных предприятий. В период Советского союза прослеживались отдельные черты холдинга – в государственных предприятиях².

Напомним, что в российском законодательстве не дается четкого определения холдингам, а регулирование осуществляется разрозненными и не систематическими способами. Поэтому особенности правового регулирования в Российской Федерации регламентируются индивидуально по различным формам и отраслям экономической деятельности. Например, понятие «банковский холдинг» имеется в Федеральном законе от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности»³. Однако в этом же законе дается определение понятию «банковская группа», а разница заключается лишь в том, что банковский холдинг возглавляет юридическое лицо, которое не является кредитной организацией, а банковскую группу, наоборот, возглавляет кредитная организация.

Помимо этого, положения о холдингах содержатся в ФЗ «Об акционерных обществах»⁴ и антимонопольном законодательстве⁵. В Налоговом кодексе⁶ (ст. 24.2) говорится о международных холдинговых компаниях. Некоторые виды холдингов регулируются Временным положением о холдинговых компаниях, создаваемых при преобразовании государственных предприятий в акционерные общества⁷. А в ст. 67.3 ГК РФ⁸ упоминается «дочернее хозяйственное общество». Постановление Конституционного Суда от 24.02.2004 № 3-П в данном акте идет речь о холдингах, в которых акции дочерних обществ консолидируются и образуются дробные акции.

В 2000 г. была принята попытка принять законопроект федерального закона «О холдингах»⁹, однако, пройдя первое чтение в Государственной Думе, он так и не был принят. Мы можем выделить следующие проблемы, указанные Президентом РФ, когда он отклонял законопроект:

- отсутствие четкой юридической и экономической цели создания холдинга и регламентации его деятельности;
- законопроект содержит большое количество расплывчатых положений, применять которые затруднительно;
- противоречие уже существующих норм гражданского законодательства.

¹ Недвежаева А.Г. Правовое регулирование деятельности холдингов. URL: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=41436236> (дата обращения: 08.03.2021)

² Курбатов А. Д., Казурова Н. А. Правовое положение холдингов в Российской Федерации // Международный журнал гуманитарных и естественных наук. 2019. № 5-2. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/pravovoe-polozhenie-holdingov-v-rossiyskoy-federatsii> (дата обращения: 08.03.2021).

³ Федеральный закон «О банках и банковской деятельности» от 02.12.1990 № 395-1 (действующая редакция) // Собрание законодательства РФ, 05.02.1996, № 6, ст. 492

⁴ Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ (действующая редакция) «Об акционерных обществах» // Собрание законодательства РФ, 01.01.1996, № 1, ст. 1.

⁵ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ (действующая редакция) «О защите конкуренции» // Собрание законодательства РФ, 31.07.2006, № 31 (1 ч.), ст. 3434.

⁶ Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31.07.1998 № 146-ФЗ (действующая редакция) // Собрание законодательства РФ, № 31, 03.08.1998, ст. 3824.

⁷ Приложение 1 Указа Президента РФ от 16 ноября 1992 г. № 1392 «О мерах по реализации промышленной политики при приватизации государственных предприятий» // Российская газета. 20.11.1992, № 251

⁸ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 08.12.2020) // Собрание законодательства РФ, 05.12.1994, № 32, ст. 3301.

⁹ Проект Федерального закона № 99049555-2 «О холдинговых компаниях» (ред., принятая ГД ФС РФ в I чтении 20.10.1999) // СПС КонсультантПлюс. (дата обращения: 08.03.2021). Текст опубликован не был.

Таким образом, видится, что законопроект являлся хотя и недоработанной, но положительной попыткой систематизировать правовое регулирование и в частности, деятельность холдингов, которая, к тому же, помогла выделить проблему отсутствия устойчивого и стабильного правового регулирования такого сложного образования, как холдинг.

Можно выделить отдельные проблемы правового положения холдингов, такие как: отсутствие взаимодействия органов головного предприятия и дочерних юридических лиц и отсутствие режима консолидированного налогообложения участников холдинга.

Предлагаются два пути разрешения проблем правового регулирования холдингов:

1) Продолжать курс на децентрализованное регулирование их деятельности, развивая и совершенствуя правовые нормы отдельных отраслей законодательства, без издания отдельного федерального закона.

2) На основе уже имеющегося опыта с принятием единого федерального закона, регулирующего процесс создания и регламентации деятельности холдингов, можно доработать и принять новый законопроект, исправив выявленные недостатки.

В законопроект можно включить легальное определение понятию «холдинг»; обособить понятие «холдинговая компания» – где компанией, по нашему мнению, следует называть юридическое лицо, которое определяет принимаемые участниками, составляющих совокупность юридических лиц в холдинге, решения. Необходимо тщательно проработать способы взаимодействия головной организации (или «холдинговой компании») с дочерними предприятиями в виде определённой иерархии с подчинением и предоставлением отчётности.

Для упрощения налогообложения можно добавить холдинги в качестве субъекта, применяющего положения Федерального закона от 27.07.2010 № 208-ФЗ (ред. от 26.07.2019, с изм. от 07.04.2020) «О консолидированной финансовой отчетности»¹.

Таким образом, главной целью разрешения указанных выше вопросов является обеспечение упорядоченности управленческой структуры холдингов, прозрачности их деятельности и эффективности государственного контроля над рассматриваемыми экономическими образованиями.

Перепочаева П. А.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Хозяйственное общество как сторона корпоративного договора

Корпоративный договор есть не просто ординарный гражданско-правовой договор, а договор, осложненный корпоративным элементом. Сейчас нет ясности при определении перечня лиц, которые могут выступать стороной корпоративного договора.

В Гражданском кодексе Российской Федерации (далее – ГК РФ) прямо не определяется, может ли само общество быть стороной корпоративного договора. Согласно п. 1 ст. 67.2 ГК РФ участники хозяйственного общества или некоторые из них вправе заключить между собой корпоративный договор об осуществлении своих корпоративных прав. Пункт 9 этой же статьи указывает на возможность кредиторов общества и иных третьих лиц заключать договор с участниками (акционерами) общества, по которому последние в целях обеспечения охраняемого законом интереса таких третьих лиц обязуются осуществлять свои корпоративные права определенным образом или воздержаться от их осуществления.

В данной статье не упоминается о возможности общества быть стороной корпоративного договора, как об этом не говорится и в других положениях ГК РФ, Федеральном законе «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее – ФЗ «Об ООО») и Федеральном законе «Об акционерных обществах» (далее – ФЗ «Об АО»).

¹ Федеральный закон от 27.07.2010 № 208-ФЗ (действующая редакция) «О консолидированной финансовой отчетности» // Российская газета, № 168, 30.07.2010,

Закрепляет ли статья 67.2 ГК РФ закрытый перечень субъектов, которые могут выступать в качестве стороны корпоративного договора, или он может быть расширен? Например, Е. В. Глухов считает¹, что такое расширение невозможно, а значит и общество не может являться стороной корпоративного договора.

Другие же юристы-практики признают за самим обществом право быть стороной корпоративного договора². Корпоративный договор может заключаться между всеми участниками (акционерами) общества или только между некоторыми из них. В первом случае и само общество можно рассматривать как сторону договора, считает Д.И. Степанов³. Такое участие общества в договоре в качестве его стороны могло бы обеспечивать исполнимость соглашений участников (акционеров).

Как этот вопрос урегулирован в других странах? В англосаксонском праве предусмотрена возможность компании быть стороной корпоративного договора. Присоединение общества к корпоративному договору в качестве его стороны рассматривается как что-то само собой разумеющееся и не вызывает вопросов при подготовке к сделке.

В континентальной системе права действует противоположный подход, например, в Швейцарии общество не может являться стороной корпоративного договора, хотя ему принадлежат определенные права, возникающие из договора. В немецком законодательстве нет прямого запрета на участие обществ в корпоративном договоре, но тем не менее, они никогда не выступают стороной акционерных соглашений⁴.

В корпоративных договорах, заключаемых по английскому праву, на общество как на сторону корпоративного договора возлагаются ряд довольно стандартных обязательств⁵:

1. обязательства общества, связанные с предоставлением обществом его акционерам (участникам) определенной информации и документов для целей осуществления ими контроля в отношении финансово-хозяйственной деятельности общества;

2. обязательства общества, связанные с передачей акций общества (долей участия в его уставном капитале) между его акционерами (участниками);

3. обязательства общества, связанные с заключением обществом с его акционерами (участниками), а также третьими лицами определенных соглашений и/или совершением (несовершением) обществом предусмотренных корпоративным договором действий.

Что же на территории Российской Федерации? Существующая формулировка закона зачастую толкуется судами как запрет юридическому лицу участвовать в корпоративном соглашении, касающемся его деятельности. В одном из дел суд⁶ установил, что одной из сторон корпоративного договора было и само общество. Суд посчитал, что акционерное соглашение может быть заключено только теми лицами, которые на дату заключения такого соглашения обладают правами, удостоверенными акциями общества. То есть суд отказался признать в качестве возможных участников корпоративного договора не только третье лицо⁷, но и само общество.

Данный подход преобладает не только в судебной практике, но и в доктрине. Учеными дается толкование норм гражданского законодательства, исключающее возможность участия общества в корпоративном договоре в качестве его стороны.

¹ Глухов Е. В. Корпоративный договор. М. : М-Логос, 2017. С. 93

² Ломакин Д. В. Договоры об осуществлении прав участников хозяйственных обществ как новелла корпоративного законодательства // Вестник ВАС РФ. 2009. № 8. С. 14

³ Степанов Д. И. Договор об осуществлении прав участников ООО // Вестник Высшего Арбитражного Суда. № 12. 2010. С. 78–79

⁴ Ода Х. Акционерные соглашения: осторожный шаг вперед // Вестник гражданского права. 2010. № 1. С. 132–161.

⁵ Глухов Е. В. Корпоративный договор. М. : М-Логос, 2017. С. 90

⁶ Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 09.02.2016 по делу № А33-14097/2015 // URL: <https://sudact.ru/arbitral/doc/PvsqKjpZISZw/> (дата обращения: 08.03.2021).

⁷ Данный спор касался акционерного соглашения, заключенного в 2012 году, до внесения изменений в ГК РФ и введения статьи 62.2 ГК РФ.

Во-первых, при участии общества возникнет вопрос о том, какое лицо и в каком порядке будет выражать волю самого хозяйственного общества. Если это будут органы управления, то это может создать еще больше корпоративных конфликтов, в целях разрешения которых в большинстве случаев и заключается корпоративный договор.

Во-вторых, еще один аргумент в пользу того, что само хозяйственное общество не может быть стороной корпоративного договора, вытекает из положений п. 4.1 ст. 32.1 ФЗ «Об АО», а также п. 3 ст. 8 ФЗ «Об ООО», которые предусматривают, что участники хозяйственного общества, заключившие между собой корпоративный договор, обязаны уведомить общество о факте его заключения не позднее 15 дней со дня его заключения. Хотя само по себе это положение не содержит запрет участия в корпоративном договоре хозяйственного общества.

Более того, оценивая риски заключения такого договора, можно оценить возможность участия общества в нем. В зависимости от состава участников корпоративного договора можно сконструировать следующие варианты развития событий после его заключения:

- в случае, если все участники (акционеры) общества являются сторонами корпоративного договора, негативные последствия будут минимальны (незначительны). Такой договор будет сложно оспорить в суде по иску одного из участников (акционеров), так как в момент присоединения к договору все его стороны выразили свою волю и согласились с условиями заключаемого корпоративного договора;

- ситуация, когда не все участники (акционеры) общества являются стороной корпоративного договора, и при этом само общество выступает в качестве его стороны, более сложная. Корпоративный договор в таком случае может признаваться сделкой, в отношении которой имеется заинтересованность, а значит необходимо будет получение согласия органов управления общества.

Участники (акционеры) общества, которые не являются стороной корпоративного договора, могут обратиться в суд, чтобы признать его недействительным на том основании, что общество не может быть его стороной в соответствии с положениями российского законодательства. Также такие участники (акционеры) могут выдвинуть требования об устранении фактов дискриминации в отношении лиц, не являющихся стороной корпоративного договора.

В случае удовлетворения их требований корпоративный договор полностью или в части положений, допускающих дискриминацию, будет признан недействительным, а также будут применены последствия недействительности. Например, на общество была возложена обязанность раскрывать дополнительный объем информации о финансовом состоянии общества перед участниками корпоративного договора, а те, кто не являются стороной такого договора, не имеют права на получение данной дополнительной информации об обществе.

Таким образом на данный момент российское законодательство не содержит прямой запрет на присоединение общества к корпоративному договору. В связи с тем, что в ГК РФ закреплен принцип свободы договора, думается, если участие в корпоративном договоре общества или иного лица не причиняет вред третьим лицам, то необходимо допустить возможность такого участия.

Прохоренко И. Н.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

магистрант

Способы разрешения корпоративных дедлоков: теория и судебная практика

В результате изменений корпоративного законодательства в 2014 году существенно возросло количество диспозитивных норм, которые регулируют деятельность ООО и АО. Итогом стали не только положительные последствия, но и негативные, например, рост ситуаций дедлока (от англ. – deadlock – тупиковая, безвыходная ситуация). На данный момент такая проблема является достаточно актуальной, именно поэтому были разработаны несколько способов выхода из этой ситуации.

В первую очередь хотелось бы раскрыть само понятие дедлока. Сущность дедлока выражается в невозможности осуществления деятельности в корпорации из-за разногласий участников по поводу тех или иных решений общества.

Наиболее распространены дедлоки в ООО и АО. В ПАО дедлоки возможны, однако случаются значительно реже по причине наличия контролирующих акционеров¹.

Говоря о причинах дедлока, стоит отметить, что они могут быть разнообразными: от личных конфликтов между участниками общества до расхождения мнений относительно управления обществом².

Классическим примером дедлока является наличие двух участников (акционеров), каждый из которых обладает 50 % долями (акциями) общества. Часто встречающимися примерами является установленное квалифицированное большинство или единогласие по указанным в уставе вопросам, что в некоторых случаях создает фактическую невозможность функционирования корпорации даже при разногласии с акционером (участником), обладающим сравнительно небольшим количеством акций (долей).

Обычно, существует два направления разрешения конфликта:

1. Способы, которые предусмотрены корпоративным соглашением.
2. Способы, предусмотренные законом

Способы, предусмотренные корпоративным соглашением.

Традиционно к таким способам относят:

- «Русская рулетка»;
- «Техасская перестрелка»;
- «Голландский аукцион».

Вся сущность вышеперечисленных способов сводится к следующему:

1. Лицо получает денежные средства за продажу своих акций (доли);
2. Лицо выходит из состава акционеров (участников) общества;
3. Третьи лица или суд не анализируют экономическое положение общества или мотивы сторон конфликтов, а обеспечивают соблюдение процедуры.

К способам, предусмотренным законом относят исключение участника или ликвидацию общества. Говоря об этих способах необходимо отметить, что их применение возможно при соблюдении следующих условий:

1. Судебный порядок;
2. Выплата действительной стоимости доли;
3. Наличие существенного вреда обществу/затруднение осуществления деятельности общества/грубые нарушения обязанностей участниками общества³.

Данные условия отражены в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»⁴.

В соответствии с ним, разрешение дедлока путем ликвидации общества или исключения участника из общества возможно лишь при наличии такого конфликта, в ходе которого «злоупотребления допускались всеми участниками» корпорации (п. 29). Одновременно при такой ситуации запрещено удовлетворение иска одного из участников об исключении другого (п. 35).

Изучая судебную практику, мной было выявлено, что дела о разрешении дедлоков являются довольно распространенными среди корпоративных категорий дел. Анализ судебной практики также показал, что наиболее болезненным и радикальным методом является именно ликвидация общества.

Необходимо отметить, что на практике существуют случаи так называемого «искусственного дедлока». Такие действия мотивированы желанием участника выйти из общества, когда других мер, кроме как исключения из общества или его ликвидации не осталось. Однако, суд не удовлетворит требования участников по причине их

¹ Кирьяк С. Способы разрешения ситуации дедлока: анализ судебной практики // Административное право, 2017, № 2.

² Фирстова А. М. Беляев М. Д. Дедлок в непубличных корпорациях и пути его разрешения // Журнал: Вестник современных исследований, 2018, № 12.

³ Джумагулов Д. Д. Способы разрешения ситуации дедлока: анализ судебной практики // Скиф. 2018. № 4 (20).

⁴ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета от 30 июня 2015 г. № 140

недобросовестности. Примером такого искусственного дедлока может послужить Дело № А40-187260/17-138-1693 (Дело «АВТЭКС+»).

На основании договора учреждения в 2014 году было создано ООО «АВТЭКС+» (далее – Общество). Целью его создания было объединение компетенций групп компаний «АВТЭКС» и «РАДИАНТ». Учредителями Общества выступили два представителя АВТЭКС (50 % долей в уставном капитале Общества) и два представителя РАДИАНТ (50 % долей в уставном капитале Общества). В результате в состав участников Общества вошли четыре лица, и каждая пара участников владела ровно половиной его уставного капитала.

Вскоре после создания Общества между участниками разгорелся корпоративный конфликт, который, по мнению истцов (представителей одной из сторон – РАДИАНТ), привел к возникновению дедлока.

Единственным способом выхода из него при данных обстоятельствах, на их взгляд, являлась ликвидация Общества в соответствии с п. 5 ч. 3 ст. 65 ГК РФ. Суд не разделил указанную точку зрения и признал дедлок искусственным, созданным для целей достижения выгодных для истцов результатов. По итогу рассмотрения дела суд отказал в удовлетворении требований истцов.

Таким образом, дедлоки – безвыходные и тупиковые ситуации внутри корпорации – достаточно распространенная проблема на сегодняшний день. Именно поэтому способы разрешения таких конфликтов предусмотрены законодательством, а не только в рамках корпоративных соглашений. Однако, несмотря на наличие норм в законодательстве и обширную судебную практику, по моему мнению, необходимо создать варианты разрешения дедлока задолго до того, как такая ситуация может возникнуть.

Это в первую очередь обусловлено тем, что в ходе конфликта замедляется или вовсе прекращается деятельность общества, вследствие чего могут наступить убытки. Помимо этого, проблемным аспектом является срок разрешения конфликта – дедлок по окончании заседаний может и не разрешиться, а общество будет «простаивать». Исходя из этого, мной предлагается введение дополнительных процедур и мероприятий по урегулированию данного вопроса, а именно: законодательно уточнение понятия «корпоративный конфликт», закрепление в законе процедуры «русской рулетки» в целях минимизаций обращения в суд и экономии времени, введение корпоративной ответственности за создание «искусственного» дедлока.

Прошина Я. К.

*Московский государственный университет имени М.В.Ломоносова,
студент*

Двойной косвенный иск: юридическая природа и возможности применения в российском праве

Российское корпоративное право последних лет демонстрирует значительную гибкость и открытость веяниям зарубежных развитых правовых порядков. Стремясь создать комфортную правовую среду для бизнеса и предпринимательства, законодатель и правоприменитель зачастую позволяют нетрадиционным для отечественной юриспруденции конструкциям в той или иной мере находить сферу приложения в российском праве. Такое положение дел неизбежно заставляет задаваться вопросом, где же пролегает граница дозволенного и недозволенного в современном корпоративном праве? Этот вопрос вновь стал актуальным в 2018 году, породив дискуссию о возможности появления в российском праве двойного (множественного) косвенного иска.

Прежде всего, необходимо исследовать природу двойного косвенного иска. Обыкновенный косвенный иск к настоящему моменту уже стал привычным явлением в российском корпоративном праве. Хотя некоторыми авторами отмечается, что косвенный иск в российском праве носит некий гибридный характер и не вполне отвечает классическим представлениям о конструкции косвенного иска, даже в таком виде его существование благотворно для российского права, особенно на этапе исполнительного производства¹. Согласно п. 1 ст. 65.2 ГК РФ, участник корпорации вправе обратиться с иском в суд с целью возмещения убытков, причиненных нарушением фидуциарных обязанностей органов

¹ Ерохова М. А. Процессуальные особенности корпоративных споров в российском праве: коллективные и косвенные иски // Акционерное общество. 2016. № 11. С. 172–179

юридического лица. При этом в п. 7 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 27 от 26.06.2018 особенно указывает на то, что участник хозяйственного общества действует от имени юридического лица¹. Таким образом, «косвенность» в данном случае прямо вытекает из сути конструкции: участник общества выполняет роль процессуального истца, общество – материального, и присуждение, которое процессуальный истец потенциально обоснует в судебном процессе, поступает в пользу общества.

Особенность двойного косвенного иска заключается в том, что он предполагает подачу процессуальным истцом, не имеющим прямого корпоративного участия в организации-материальном истце. В сложных корпоративных структурах часто складывается ситуация, когда конечный бенефициар, имеющий значительную заинтересованность в благополучии общества, с формально-юридической точки зрения связан с ним лишь косвенно через цепочку других лиц. Множественный косвенный иск предоставляет таким бенефициарам выступать в защиту интересов общества, как если бы они были его непосредственными участниками. На первый взгляд может показаться, что постановка вопроса о праве на иск к органам управления обществом со стороны лиц, не имеющих в строгом смысле никаких корпоративных прав, абсурдна. В особенности если речь идет о российской юрисдикции, где и обыкновенные косвенные иски лишь недавно получили признание законодателя и судей. Однако зарубежный опыт применения множественных косвенных исков, позволяющий глубже понять их назначение и природу, показывает, что категоричный отказ от конструкции косвенного иска может быть поспешным.

В странах общего права двойные косвенные иски применяются, хотя их и нельзя назвать чрезвычайно распространенными, поскольку они представляются исключительным средством для разрешения исключительных конфликтов. Основным принципом и лимитом применения множественных косвенных исков является требование, что ответчиком может являться только непосредственно контролирующее лицо, которое предположительно извлекло выгоду из своих противоправных действий; иск в отношении неких фактически контролирующих лиц и третьих по отношению к корпорации сторон не допускается². Признание косвенных исков в таких юрисдикциях как Великобритания, США, Новая Зеландия и Гонконг зачастую продиктованы соображениями практической полезности, поскольку зачастую в случаях со сложными корпоративными структурами члены материнского общества могут не иметь реальной возможности защитить свои права. Такая ситуация возможна просто в силу фактической невозможности подать иск от лица материнской компании: ее директор может просто отказаться это сделать, а участник материнской компании не будет иметь возможности юридически принудить его в короткие сроки. В такой ситуации заинтересованному участнику материнской компании потребовалось бы сначала самому предъявить иск к органам ее управления, что сильно затягивает весь процесс и не дает гарантий положительного результата.

Вместо этого английские суды считают целесообразным предоставить право выступить с иском лицу, имеющему достаточный интерес, чтобы взять на себя риски и издержки, связанные с участием в процессе³. Более того, английский и родственные ему правовые порядки даже не требуют, чтобы истец был владельцем 100 % акций материнской компании, предъявляя лишь требования к значительному контролю, что очень наглядно демонстрирует концепцию достаточно заинтересованного лица⁴. Ключевой вывод, который можно сделать о воззрениях на множественный иск в англо-американских юрисдикциях, таков: данный механизм по своей природе предполагает применение в исключительных фактических обстоятельствах, которые должен будет оценить судья. Если эти обстоятельства таковы, что оснований для мобилизации этого механизма нет, то судья просто откажет в удовлетворении иска, а если же интересы общества действительно нарушены, то любое лицо, имеющее достаточную заинтересованность, должно иметь право защитить их. Как можно судить по практике различных судов Великобритании, Гонконга и других, такой либеральный подход не привел к избытку необоснованных множественных косвенных исков, а лишь позволил бенефициарам иметь средство защиты в сложных корпоративных конфликтах.

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26.06.2018 № 27 «Об оспаривании крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность»

² *Abouraya v Triangle Metals and Minerals (Hong Kong)* [2014] EWHC 277

³ *Universal Project Management Services Ltd v Fort Gilkicker Ltd & ors* [2013] All Er (D) 313

⁴ *Renova Resources v Gilbertson* [2009] CILR 268

В России ситуация обстоит иным образом. Как уже упоминалось ранее, вопрос косвенных исков остро встал в 2018 году в связи с рассмотрением дела ООО «Разрез Аршановский»¹. Истец являлся бенефициаром указанного общества: он был участником двух из трех кипрских компаний, которые в свою очередь являлись участниками другой кипрской компании, которая и была единственным участником ООО «Разрез Аршановский». Таким образом, он обладал косвенным корпоративным участием в обществе, в чьем интересе были заявлены требования. Вполне ожидаемо, что суды последовательно вплоть до Верховного Суда оставили дело без рассмотрения. В Верховном Суде заявителю было отказано в передаче дела на рассмотрение Судебной коллегии по экономическому спору на том основании, что он не имел полномочий на подписание искового заявления, поскольку среди лиц, указанных в ст. 65.2 ГК РФ, не предусмотрено бенефициарных владельцев. Между тем, в исковых требованиях в качестве суммы, подлежащей взысканию в пользу юридического лица, значилось 14 миллиардов рублей, что говорит о серьезности случившегося конфликта.

Данное решение, абсолютно верное с точки зрения соответствия формальным положениям закона, между тем вызвало дискуссию в юридическом сообществе. Отмечается, что полный запрет множественных косвенных исков по формальным основаниям несправедлив с учетом того, что бенефициарные владельцы в исключительных случаях могут быть привлечены к ответственности за причиненные компании убытки. Следуя этой логике, эти же бенефициарные владельцы в исключительных обстоятельствах должны также иметь право на защиту своих интересов и интересов общества. Многие юристы также проводят параллель с другим делом, связанным с участием бенефициарного владельца в оспаривании решений органов управления². В деле Аспект – Финанс бенефициарный владелец успешно оспорил решение собрания, хотя, конечно, следует признать, что оспаривание решений собрания и предъявление требований о взыскании убытков в связи с нарушением фидуциарных обязанностей представляют собой две совершенно разные ситуации.

Подводя итог, хотелось бы выразить точку зрения, что двойные косвенные иски в целом имеют право на существование в виде своеобразного исключения, которое с учетом ограничений и лимитов может применяться в экстраординарных ситуациях как средство восстановления справедливости. В зарубежных юрисдикциях, прежде всего в странах общего права, этот механизм уже успел положительно себя зарекомендовать. С учетом этой практики множественный косвенный иск со временем может найти свое место и в российском праве для достижения баланса интересов всех участников корпоративных отношений и создания возможности разрешения сложных корпоративных конфликтов.

Сабитова С. Ж.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
магистрант*

Правовая судьба акции и доли общества с ограниченной ответственностью, владелец которой исключен из ЕГРЮЛ как недействующий

Вопрос о правовой судьбе акции и доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью, владелец которой исключен из ЕГРЮЛ как недействующий на сегодняшний день достаточно актуален для российской правовой науки и практики, поскольку тянутся споры относительно природы, места такого имущества, имеется неопределенность в подходе решения хозяйственными обществами, которые сталкивались или уже столкнулись с обозначенной проблемой.

«Выбывший» участник, имеющий долю или акции в составе уставного капитала хозяйственного общества, доставляет множество серьезных неудобств. Недействующее юридическое лицо с момента внесения записи об этом в

¹ Определение Верховного Суда РФ от 12.04.2019 № 302-ЭС19-4069 по делу № А74-3619/2018

² В. Данилевский, «Получит ли бенефициар право на косвенный иск к директорам о взыскании убытков компании?»

URL:

https://zakon.ru/blog/2018/11/01/poluchit_li_beneficiar_pravo_na_kosvennyj_isk_k_direktoram_o_vzyskanii_ubytkov_kompanii_75835

реестр не способно иметь права и обязанности, выступать субъектом правоотношений. Однако имущество такого лица в виде акции или доли, представляющее корпоративное право по управлению обществом, числится в бухгалтерском балансе хозяйствующего субъекта, участником которого он ранее являлся. «Выбывший» участник, исключенный из ЕГРЮЛ, по объективным причинам продолжительное время, не поддерживающий связь с обществом, не участвующий в его корпоративной жизни, образует корпоративный балласт, который затрудняет реализацию прав «активных» участников по управлению хозяйственным обществом, более того, создает условия для зарождения и развития корпоративных конфликтов и споров.

Некоторые общества, имеющие в составе учредителей (участников) исключенное из ЕГРЮЛ юридическое лицо, столкнулись с такими проблемами как, например, сложность принятия решения из-за отсутствия необходимых голосов, вызванной наличием «осиротевшей» акции или доли, затруднительность проведения общих собраний, так как требуется большое количество времени, ограничивается выбор вариантов подтверждения принятия общим собранием хозяйственного общества решения, осложняется распоряжение акциями или долями, появляется ряд иных неудобств.

В действующем законодательстве отсутствует детальный порядок регулирования судьбы такого имущества, как акция или доля, принадлежавшая прекратившему деятельность и исключенному из реестра юридическому лицу, который учитывал бы наиболее полно интересы всех возможных участников сложившейся ситуации.

Ранее уже отмечалось, что в действительности имеется неопределённость в подходе решения вопроса о судьбе акции и доли «выбывшего» участника в уставном капитале хозяйственного общества. Например, автору статьи «Содержание и инструменты корпоративного контроля в современном российском праве» М.М. Вильдановой видится решение указанной ситуации в реализации процедуры, закрепленной в п. 5.2 ст. 64 Гражданского Кодекса РФ (в ред. Федерального закона от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ), предусмотренной применительно к ликвидированным юридическим лицам. Данная норма гласит, что при обнаружении имущества ликвидированного юридического лица, исключенного из реестра, заинтересованное лицо или уполномоченный государственный орган вправе обратиться в суд с заявлением о назначении процедуры распределения обнаруженного имущества среди лиц, имеющих на это право. Обязанность по распределению имущества ликвидированного лица будет возложена на арбитражного управляющего, которого назначит суд.¹

При этом, закон не предусматривает никаких других последствий, если контрагенты, «активные» участники, делящие уставный капитал хозяйственного общества наряду с исключенным из реестра юридическим лицом, другие заинтересованные лица не проявят надлежащую, в предусмотренный срок активность. Такой подход является спорным в силу того, что имеется неясность что все-таки будет с акцией или долей при их обнаружении, как будет происходить распределение такого имущества между кредиторами и (или) заинтересованными лицами.

Одним из механизмов решения данного вопроса видится в предусмотренной ст. 10 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»² и п. 1 ст. 67 Гражданского кодекса РФ (в ред. Федерального закона от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ) процедуре исключения недействующего, исключённого из реестра юридического лица из состава участников ООО, непубличного АО. Здесь встают ряд вопросов, например, кто получит действительную стоимость доли при принятии решения об исключении, кто выступит ответчиком по подобному требованию, учитывая, что участник общества прекратил свое существование. Необходимо отметить, что исключить конкретного участника не удастся только за факт его пассивного поведения, важно будет доказать, что такой «выпавший» участник своим бездействием причиняет существенный вред обществу, делает это систематически, уклоняясь без уважительных причин от участия в общем собрании участников общества, то есть имеет на это умысел, либо иным образом существенно затрудняет его деятельность в достижение целей, ради которых оно создавалось. Следует также обратить внимание на то, что исключаемый из общества недействующий участник общества может быть мажоритарием, а у желающих обратиться с требованием об исключении участника может не быть в совокупности и 10 % акций, доли в уставном капитале общества, а если и наберется, то в реальности нормальная корпоративная жизнь

¹ Вильданова М. М. Содержание и инструменты корпоративного контроля // «Журнал российского права», 2020, № 5 ; СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.03.2021).

² Федеральный закон «Об обществах с ограниченной ответственностью» от 08.02.1998 № 14-ФЗ. СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.03.2021)

общества встает под угрозу, вплоть до ликвидации самого общества (пример из судебной практики будет приведен ниже).

Такой способ решения, сложившийся ситуации нельзя признать эффективным, универсальным, более того, он представляется чрезвычайным.

В.А. Микрюков в статье «Можно ли избавиться от «спящих», «потерянных» акционеров с помощью процедуры преобразования?»¹ ставит на рассмотрение инструменты самоосвобождения общества от прекративших деятельность акционеров. Одним из таких инструментов автор называет принудительный выкуп акций, при этом отмечая, что такой способ рассчитан исключительно на публичные акционерные общества. Альтернативным способом в статье предлагается процедура реорганизации в форме преобразования АО в ООО с «потерей» ненужных акционеров. Вместе с тем, в статье указывается, что избавление от корпоративного балласта путем проведения преобразования АО и невключения «спящих» и «потерянных» акционеров в состав вновь создаваемого ООО по существу предстает как незаконный принудительный выкуп акций или как внесудебное исключение участника из корпорации.

Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ вынесла Определение от 18.04.2017 № 305-ЭС16-18183, в котором подала надежду на всестороннее рассмотрение и разрешение вопроса о судьбе доли в уставном капитале ООО, принадлежащей юридическому лицу, исключенному из реестра². Верховный Суд РФ направил дело на новое рассмотрение, при этом отметил, что «прекращение деятельности общества с ограниченной ответственностью «Ярд» порождает определённые правовые последствия предусмотренные статьями 23, 24, 58 Закона об обществах, в связи с чем на момент проведения внеочередного общего собрания не подлежали учету при голосовании доля в размере 50 процентов в уставном капитале общества, принадлежавшая прекратившему свою деятельность обществу с ограниченной ответственностью «Ярд». Вопрос о судьбе доли остался открытым. Верховный Суд РФ в Определении указал лишь то, что доля ликвидированного участника при определении кворума не учитывается.

Позже, в обособленном деле Арбитражным судом города Москвы между теми же участниками, но по другому предмету спора рассматривался вопрос о судьбе доли участника ООО «Ярд», исключенного из реестра³. Один из участников-физических лиц, обладающий долей в размере 25 % заявил о ликвидации организации, участником которого является он.

Однако суд в удовлетворении требований отказал. В решении, касаясь вопроса о судьбе доли исключенного участника-юридического лица упомянул п. 2 ст. 24 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью», согласно которой в течение года со дня перехода доли или части ли части доли в уставном капитале общества к обществу они должны быть по решению общего собрания участников общества распределены между всеми участниками общества пропорционально их долям в уставном капитале общества или предложены для приобретения всем либо некоторым участникам общества и (или), если это не запрещено уставом общества, третьим лицам. Далее суд указывает на п. 5 ст. 24 вышеупомянутого закона, которая говорит о том, что не распределенные или не проданные в установленный срок доли в уставном капитале общества должны быть погашены, и размер уставного капитала общества должен быть уменьшен на величину номинальной стоимости этой доли или этой части доли. Делая вывод из приведенных норм суд, отметил то, что «законом об ООО строго определены сроки для распределения доли общества между участниками или продажи третьим лицам, при пропуске срока общество имеет возможность только погасить долю и уменьшить уставный капитал. При этом законом не обговорено, в какие сроки общество должно погасить долю. Таким образом, обществу следует погасить долю и уменьшить размер уставного капитал, несмотря на пропуск сроков.»

Таким образом, вывод суда в указанный в судебном акте практически является руководством к действию для хозяйствующих субъектов. По мнению суда, доля исключенного из ЕГРЮЛ участника-юридического лица переходит к обществу и в указанный законом об ООО срок должна быть по решению общего собрания распределена между

¹ Микрюков В. А. Можно ли избавиться от «спящих», «потерянных» акционеров с помощью процедуры преобразования? // Законодательство и экономика, 2015, № 9 (дата обращения: 03.03.2021)

² См. Определение Верховного Суда РФ от 18 апреля 2017 г. № 305-ЭС16-18183 // СПС «КонсультантПлюс».

³ См. Решение Арбитражного суда г. Москвы от 3 ноября 2017 г. дело № А40-94421/17 // СПС «КонсультантПлюс».

участниками общества пропорционально или третьим лицам, если это позволяет устав общества, а если срок пропущен, то погасить ее.

Такое решение судьбы акции, доли исключенного из ЕГРЮЛ юридического лица видится верным, но только после того, как хозяйственное общество долю «выпавшего» участника в уставном капитале общества, предложит учредителям (участникам), имеющим вещные права на его имущество или обязательственные права в отношении этого юридического лица. В случае если, «активные» участники общества против передачи доли, акции учредителям (участником) исключенного юридического лица, то выплачивается действительная стоимость доли определенную на основании данных бухгалтерской отчетности общества за последний отчетный период, предшествующий дню исключения такого юридического лица, а доля переходит обществу. Далее процедура распределения/погашение доли, приведённая вышеупомянутом судебном акте.

Думается, что такой подход в решении указанного вопроса обеспечит законность, баланс интересов хозяйственных обществ, их учредителей (участников), «активных» участников, желающих продолжить реализацию права по управлению хозяйственным обществом без «выпавшего» участника.

Тарасенко В. А.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Ответственность директора общества с ограниченной ответственностью при банкротстве юридического лица

На современном этапе в Российской Федерации зарегистрировано более 3,5 млн коммерческих юридических лиц, среди которых наиболее распространена организационно-правовая форма обществ с ограниченной ответственностью (далее – ООО). По данным ФНС России, в нашей стране осуществляют свою деятельность около 2 800 000 ООО, что составляет приблизительно 95 % от общего числа коммерческих юридических лиц¹.

ООО является разновидностью хозяйственного общества, которое может быть создано как одним, так и несколькими лицами. Его участники не отвечают по его обязательствам и несут риск убытков, связанных с деятельностью общества, в пределах стоимости принадлежащих им долей, на которые разделён уставный капитал. Высшим органом ООО выступает общее собрание его участников. Для руководства текущей деятельностью оно назначает исполнительный орган, который подотчетен общему собранию и совету директоров (наблюдательному совету), если его наличие предусмотрено уставом.

Органы корпорации действуют в пределах своей компетенции и являются субъектами ответственности за убытки, причиненные обществу в результате нарушения или недобросовестного осуществления своих обязанностей по управлению и контролю. В последние годы случаи привлечения исполнительных органов хозяйственного общества участились. В основном это связано с принятием Постановления Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица»², которое существенно облегчило взыскание средств с руководителей компаний.

Законодатель устанавливает различные основания привлечения руководства организации к юридической ответственности. Одним из таких является его неправомерная деятельность, повлекшая банкротство компании. Генеральный директор организации является не только руководителем, но и фактически её «первым лицом» и, следовательно, несёт всю полноту ответственности за принятые им решения перед иными участниками общества и контрагентами. Статья 3 ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» устанавливает, что, если банкротство общества произошло по вине его участников или других лиц, имеющих право давать обязательные для общества

¹ Сведения о работе по государственной регистрации юридических лиц по состоянию на 01.09.2020, URL: https://www.nalog.ru/rn77//related_activities/statistics_and_analytics/forms/9558929/ (дата обращения: 25.09.2020)

² Постановления Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 10 от 24 октября 2013 года

указания, либо имеющих возможность определять его действия иным образом, то на данные лица в случае недостаточности имущества общества может быть возложена субсидиарная ответственность по обязательствам общества¹.

Появление института субсидиарной ответственности повлекло немалое количество дискуссий. Однако, как пишет Р.Т. Мифтахутдинов, данный институт не следует рассматривать в качестве инструмента, созданного законодателем для цели посягательства на конструкцию ограниченной ответственности как необходимой защиты добросовестного предпринимателя, деятельность которого основана на риске². С данной позицией сложно не согласиться, так как законодательство о банкротстве предусматривает невозможность применения мер рассматриваемого института в случае, если руководитель компании действовал добросовестно, разумно и в соответствии с обычными условиями гражданского оборота.

Спорной является также и правовая природа субсидиарной ответственности. Анализируя положения Постановления Пленума Верховного суда № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве»³, можно заметить, что судебный орган рассматривает субсидиарную ответственность как разновидность деликтной. В то же время, некоторые учёные, например, Суворов Е. Д. придерживаются диаметрально противоположной точки зрения. Как указывает автор, в случае применения рассматриваемого вида ответственности, не ясно, о каком именно вреде и моменте его причинения можно вести речь, что является очень важным аспектом при характеристике субсидиарной ответственности в качестве деликтной⁴. Исходя из представленной точки зрения, действительно можно предположить, что при невозможности должника в полной мере удовлетворить интересы кредитора, последнему таким образом наносится имущественный вред. Тем не менее, вопрос момента причинения вреда остаётся не совсем решённым, ведь он мог причиняться как одномоментно, так и постепенно, путём совершения ряда недобросовестных действий или длительным бездействием. Имеет место и третья точка зрения. Её суть заключается в рассмотрении субсидиарной ответственности в качестве отечественного аналога существующей в немецком праве «проникающей ответственности», представляющий самостоятельный вид наряду с деликтной⁵.

Несомненно, любая из указанных точек зрения имеет право на своё существование. В то же время, представляется, что позиция о деликтной природе субсидиарной ответственности в наибольшей степени отражает её суть. Обосновать данную точку зрения можно следующим образом. Согласно действующему законодательству о банкротстве, наступление указанной санкции возможно в двух случаях. Во-первых, директор, являясь контролирующим должника лицом, своими действиями или бездействием сделал невозможным полное погашение требований кредиторов. Как указывает Лотфуллин Р.К., под действиями (бездействием), приведшими к невозможности погашения требований кредиторов, следует понимать те, которые явились необходимой причиной банкротства должника, то есть без которых объективное банкротство не наступило бы вовсе⁶. В то же время не следует забывать, что для взыскания субсидиарной ответственности по данному основанию необходимо доказать причинно-следственную связь между действиями или бездействием генерального директора и наступившими последствиями в виде банкротства. Стоит заметить, что за последний год её выявление и доказывание стало более затруднительным ввиду негативного

¹ Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» ст. 3 // Собрание законодательства Российской Федерации № 7 от 16 февраля 1998 года, ст. 785

² И. Шиткина, Р. Мифтахутдинов, Г. Чернышов, Ю. Литовцева, Е. Суворов, П. Булатов, Р. Зайцев, Д. Алмакаев «Субсидиарная ответственность контролирующих лиц: новые возможности», журнал «Закон» № 8 август 2017 г. С. 22

³ Постановления Пленума Верховного суда № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» // Российская газета – Федеральный выпуск № 297 (7463)

⁴ Суворов Е. Д. «К вопросу о правовой природе субсидиарной ответственности по обязательствам несостоятельного должника за доведение до банкротства» Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. № 7.

⁵ Суханов Е. А. Ответственность участников корпорации по ее долгам в современном корпоративном праве // Суханов Е. А. Проблемы реформирования Гражданского кодекса России: избранные труды 2008 – 2012 гг. М. : Статут, 2013. С. 256–268 ;

⁶ Лотфуллин Р. К. «Субсидиарная и иная ответственность контролирующих должника лиц при банкротстве». Москва : М-Логос, 2018 г., С. 16

воздействия пандемии на бизнес. С большой вероятностью можно предположить, что руководство компаний попытается скрыть собственные нарушения, а наступившую в этот период невозможность погашения требований кредиторов будет оправдывать форс-мажорными обстоятельствами и тяжёлыми последствиями нестабильной экономики по причине коронавируса. На сегодняшний день практика по данному вопросу в полной мере пока не сформировалась, так как действие моратория на банкротство прекратилось лишь в январе этого года. Однако, в силу постепенного спада остроты эпидемиологической обстановки в стране, думается, в скором времени уже появится возможность ознакомиться со способами преодоления судами указанной трудности.

Вторым основанием привлечения директора к субсидиарной ответственности является неподача или несвоевременная подача заявления в арбитражный суд о несостоятельности юридического лица, когда такая подача была обязательной в силу статьи 9 закона о банкротстве. Размер ответственности в данном случае будет равен размеру обязательств должника, возникших с момента просрочки и до возбуждения дела о его банкротстве.

По данному вопросу высказал свою позицию Верховный суд. Высшая инстанция указала, что субсидиарная ответственность контролирующих должника лиц является «исключительным механизмом восстановления нарушенных прав кредиторов»¹. Предусмотренная п. 1 ст. 9 закона о банкротстве обязанность лиц, осуществляющих управление организацией, обратиться в суд с заявлением о банкротстве возникает тогда, когда разумный и добросовестный руководитель, учитывая масштаб и особенности деятельности должника, а также, используя опыт управленческой практики, должен был выявить наличие обстоятельств, установленных п. 1 ст. 9 вышеупомянутого закона. Хотелось бы отметить, что такие критерии как разумность и добросовестность руководителя должника являются довольно субъективными и в юридической науке неоднократно были предметом споров. Оценка деятельности генерального директора с позиции разумности и добросовестности должна производиться индивидуально в каждом конкретном случае. При анализе обстоятельств дела необходимо выяснить, имела ли у исполнительного органа объективная возможность действовать иным образом, действительно ли принятие им тех или иных мер предотвратило бы наступление банкротства или данный результат был неизбежен в силу ранее существовавших причин, не связанных с действиями непосредственно руководителя, а также иные обстоятельства.

Исходя из изложенного, можно сделать вывод, что банкротство общества с ограниченной ответственностью может быть следствием не только неблагоприятных внешних факторов, например, рыночной конъюнктуры, но и нерациональной, недобросовестной деятельности её руководящего органа, в лице директора. Возникновение такого института как субсидиарная ответственность, а также его реформирование стали очередным шагом на пути обеспечения интересов кредиторов, страдающих от недобросовестного управления руководителями общества-контрагента. Практика показывает, что данный институт в действительности активно работает и в настоящее время количество рассматриваемых судами дел, связанных с субсидиарной ответственностью единоличного исполнительного органа ООО возрастает, а значит, интересы добросовестных кредиторов стали более защищёнными.

Учуватова В. В.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
аспирант*

Гарантийная функция уставного капитала хозяйственных обществ как правовая традиция в современной экономике

19 ноября 2020 года завершилось публичное обсуждение разработанного Минэкономразвития текст законопроекта² о приведении федеральных законов о хозяйственных обществах и законодательства о государственной

¹ Постановление Пленума Верховного суда № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» // Российская газета – Федеральный выпуск № 297 (7463)

² Проект Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части приведения законов о хозяйственных обществах и Федерального закона «О государственной регистрации юридических

регистрации юридических лиц в соответствие с новой редакцией главы 4 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) (далее – Законопроект).

Среди представленных изменений, гармонизирующих правовое регулирование специальных законов о хозяйственных обществах и ГК РФ, разработчиком законопроекта предлагается признать утратившей силу последнюю норму, непосредственно закрепляющую гарантийную функцию уставного капитала для кредиторов общества (абз. 4 п. 1 ст. 14 ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»).

Предлагаемое законодательное изменение органично отражает последовательный переход от концепции «твердого» капитала (имущественного подхода)¹, к концепции уставного капитала как регулятора внутрикorporативных правоотношений².

Одним из ключевых вопросов научной дискуссии о подходах к пониманию природы уставного капитала³ является место гарантийной функции и ее эффективность в уставном капитале как в системном экономико-правовом конструкте⁴.

В доктринальной ретроспективе⁵ гарантийная функция уставного капитала рассматривалась как одна из основополагающих и представлялась неотделимой от самой концепции уставного капитала.

В контексте актуальной научной проблематики, гарантирующая функция уставного капитала рассматривается с позиции обеспечения интересов различных категорий кредиторов (добровольных и недобровольных) хозяйственного общества⁶.

Как в российском, так и в зарубежном законодательстве⁷, предусматривается ряд требований к уставному капиталу, которые условно подразделяются на 2 группы:

1) требования к минимальному размеру уставного капитала;

2) требования об обеспечении экономического содержания уставного капитала, в которые могут быть включены и требования к имуществу, вносимому в качестве вклада, и требования к проведению оценки такого имущества, и положения об уменьшении уставного капитала в случае снижения стоимости чистых активов общества.

Также необходимо отметить в вышеупомянутом Законопроекте (под. б) п. 18 ст. 2) в качестве меры обеспечения экономического содержания уставного капитала также предлагается принятие решения об увеличении стоимости чистых активов общества с ограниченной ответственностью.

Данные законодательные положения, как и требование о формировании уставного капитала в принципе, взаимообусловлены концепцией ограниченной ответственности акционеров/участников хозяйственного общества.

Так, гарантийная функция уставного капитала может быть выражена как правовой механизм, позволяющий балансировать ограниченную ответственность участников общества и законный интерес любого, в том числе

лиц и индивидуальных предпринимателей» в соответствие с новой редакцией главы 4 Гражданского кодекса Российской Федерации» (ID проекта: 02/04/10-20/00109213).

¹ Например, Долинская В. В. Акционерное право: основные положения и тенденции. М. : Волтерс Клувер, 2006 (СПС «КонсультантПлюс»).

² Например, Глушецкий А. А. Уставный капитал: стереотипы и их преодоление. Экономический анализ норм корпоративного права. М. : Статут, 2017 (СПС «КонсультантПлюс»).

³ См. Поваров Ю. С. Гарантийная функция уставного капитала: новое в акционерном законодательстве // Право и экономика. 2010. № 7. С. 20–24. Филиппова С. К вопросу о понятии, составе и структуре уставного капитала хозяйственного общества // Хозяйство и право. 2018. № 11. С. 35–52.

⁴ Например, Глушецкий А. А. Там же.

⁵ Цитович П. П. Учебник торгового права (Труды по торговому и вексельному праву, Т. 1), М. : Статут, 2005 (с. 242-254).

⁶ Dias Simoes, Fernando, Legal Capital Rules in Europe: Is There Still Room for Creditor Protection? (March 28, 2013). International Company and Commercial Law Review, vol. 24, issue 4, 2013, P. 166–172.

⁷ Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017. Необходимо отметить, что положения указанной директивы распространяют свое действие в основном на организационно-правовые формы, сопоставимые с публичным акционерным обществом юрисдикции РФ.

потенциального¹, кредитора на экономико-правовую способность общества на удовлетворение его требований непосредственно обществом.

В отношении хозяйственных обществ, осуществляющих отдельные виды деятельности (банки, финансовые и страховые организации, организации атомного энергопромышленного комплекса и др.) установлены специальные требования к уставным капиталам, их размерам и вносимому имуществу.

Такое правовое регулирование служит целям обеспечения стабильности гражданского оборота в сферах экономики, вовлекающих лиц и ресурсы, требующих особой правовой охраны.

Также исходя из принципа публичной достоверности Единого государственного реестра юридических лиц, обеспеченного в том числе актуальным цифровым пространством² и служащего информационной основой при практических взаимодействиях с хозяйственными обществами, сведения о размере уставного капитала могут иметь репутационный смысл. Администрирование цифрового пространства «Прозрачный бизнес» при помощи технологий информационных агрегаторов и перспектива развития на его основе искусственного интеллекта, направленного на риск-ориентированную оценку, также учитывает сведения о размере уставного капитала и о номинальной заявленной стоимости вклада каждого участника.

При этом несомненно, что такие сведения не отражают в полной мере финансовое положение общества, однако дают представление об экономическом отношении участников к обществу как юридической личности, и служат основой для синтезированной многофакторной оценки риска взаимодействия.

На основании изложенного, предлагается рассмотреть традиционную гарантийной функции уставного капитала хозяйственных обществ, составляющих основу современной рыночной экономики, с точки зрения комплексного подхода к общему состоянию прозрачности бизнес-среды и открытости при осуществлении экономических взаимодействий с разными категориями лиц.

Филиных Т. А., Филипенко В. А.

*Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
магистранты*

Интересы группы лиц в корпоративном праве

Корпоративное право выделяется среди других отраслей права особыми связями участия (членства) субъектов корпоративных правоотношений, а также значительной ролью управленческого элемента. Многие корпорации (например, акционерные общества) имеют большое количество участников, а также обладают довольно сложной структурой управления, включающей в себя не один десяток менеджеров. Можно закономерно предположить, что интересы всех этих субъектов не всегда совпадают, а, напротив, конкурируют друг с другом. Особенно это наглядно прослеживается в конфликтах между мажоритариями и миноритариями, имеющих место в большинстве корпораций³, а также в известном на Западе феномене «акционерного активизма» в отстаивании своих интересов перед менеджментом⁴.

Можно вывести классификацию интересов, наличествующих в каждой группе субъектов корпоративных правоотношений. Выделяются интересы общества, интересы участников (акционеров), интересы менеджмента. Данные разновидности способны еще более разветвляться, образуя, к примеру, интересы мажоритарных участников и интересы миноритариев; интересы материнской компании, дочерней компании; интересы холдинга.

¹ Armour J. Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law // The Modern Law Review. 2000 (MLR 63:3, May). P. 355–378.

² <https://pb.nalog.ru/>

³ Молотников А. Е. Ответственность в акционерных обществах. М. : Волтерс Клувер, 2006 С. 96–97

⁴ Van der Elst Ch. The corporate response to shareholder activism. ERA Forum volume 15, 2014. PP 229–242

Наиболее интересным представляется вопрос о том, имеет ли конкретное общество свои собственные интересы (учитывая, что оно участвует в правоотношениях через свои органы), и если да, то как они соотносятся с интересами других обществ, входящих в одну группу юридических лиц.

В законодательстве многих стран содержатся нормы, согласно которым директор должен действовать в интересах общества разумно и добросовестно, а также стремиться к соблюдению интересов миноритарных участников и дочерних компаний. Также распространены нормы, подтверждающие наличие интересов общества при обжаловании акционером решений совета директоров, совершении экстраординарных сделок, предоставлении обществом информации.

Однако зачастую корпоративное законодательство того или иного государства, определяя фидуциарные обязанности органов управления юридического лица, не дает понятия «интерес общества». Не содержится и определения «интереса группы» или «интереса группы компаний», хотя похожие категории группы лиц и аффилированных лиц существует в антимонопольном и налоговом законодательстве.

Из-за отсутствия в Российской Федерации подробного регулирования деятельности групп компаний и холдингов, целесообразно обратиться к зарубежному опыту. Так, законодательство Италии с 2004 г. содержит специальные нормы о группе компаний¹; корпоративные законы Германии и Швейцарии предусматривают относительно подробное, хотя и противоречивое, регулирование «группового права» (*konzernrecht*)². На уровне Евросоюза обсуждаются проблемы, связанные с регулированием транснациональных холдингов, определением «группы компаний», «холдингового права»³.

Аналогичные дискуссии ведутся и в некоторых странах Восточной Европы, которые, как известно, отличаются не самой сильной экономикой и не настолько развитыми корпоративными правоотношениями, по сравнению с США и Западной Европой. Так отмечается, что в Румынии и Венгрии группы компаний – это распространенное явление, но какого-либо закрепления в корпоративных законах оно не получило. При этом сама концепция группы лиц в этих странах отражена в налоговом законодательстве, конкурентном и административном праве и даже в актах о приватизации (существуют специальные правила приватизации группы компаний)⁴.

Конструкция общего интереса юридического лица представляется крайне спорной. Превалирующая на сегодняшний день в юридической доктрине теория фикции юридического лица не позволяет выделять интерес юридического лица в качестве самостоятельного явления. Только участники юридического лица могут действовать и принимать решения, а, следовательно, и иметь интерес. Тем самым интерес юридического лица есть не что иное, как совокупность интересов каждого участника или определенной группы участников организации. Из этого следует, что интерес юридического лица – конструкция ситуативная, и в зависимости от необходимости защиты той или иной группы участников или одного участника приобретает свое наполнение.

Сходной по смыслу конструкцией является интерес группы компаний. Дело в том, что при наличии большого количества компаний, находящихся в одной тесной взаимосвязи, становится еще сложнее установить относимость конкретного интереса. При устоявшемся подходе к интересу юридического лица крайне проблематично проанализировать, как то или иное действие отразилось на общем благосостоянии группы организаций. Особенно остро стоит вопрос о привлечении к ответственности того или иного лица, входящего в холдинг (группу компаний).

Отход от интереса конкретного юридического лица позволяет более широкому кругу субъектов влиять на решения корпорации, входящей в группу компаний. Например, обосновав нарушение своих прав и интересов, акционер, директор дочернего общества, и даже бенефициар, могут признать решение собрания недействительным (как в деле Аспект-Финанс)⁵.

¹ The Final Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company law in Europe (also called Winter Report), ZGR 1985, 446

² Clemens Billek. Konzernrecht. Cash Pooling im Konzern. Springer Vienna 2008. PP 39 – 46

³ Richter Thomas. Das Ende der SUP – ein Neustart für das europäische Konzernrecht? Hogan Lovells. July 12, 2018

⁴ Veress E. Company Groups and Group Interest – the Case of Romania. Acta Univ. Sapientiae, Legal Studies, 5, 1 (2016) 47–62

⁵ Определение Верховного Суда РФ от 31 марта 2016 г. № 305-ЭС15-14197 по делу № А40-104595/2014

Если же дочернему обществу был причинен ущерб, то целесообразно установить, чья конкретно инициатива привела к причинению этого ущерба. Часто в таких делах бывает сложно установить лицо, влияющее на принятие решений¹, но при модели группы компаний, на наш взгляд, необходимо провести исследование на предмет наличия «серого кардинала». Речь идет не о полноценном «снятии корпоративной вуали», но о попытке выявить лиц, ответственных за убытки дочернего общества. Например, целесообразно привлечь к ответственности директора головной компании, который своими действиями причинил ущерб другим компаниям, входящим в группу (как в деле Кировского завода)².

Также, в случае, если директор являлся лишь исполнителем воли мажоритариев (чьи интересы доминируют на общем собрании) по заключению убыточной сделки в отношении дочерней компании, то его поведение, на наш взгляд, не является недобросовестным. В данном случае необходимо идентифицировать, интересы каких лиц привели к одобрению и заключению сделки, с выяснением умысла и мотивов.

Признание в науке и практике корпоративного права такого явления как интерес группы компаний, позволяющий рассматривать всех участников группы компаний в качестве единого хозяйствующего субъекта, приводит к значительным проблемам и противоречит одному из целей корпоративного регулирования – соблюдение баланса интересов участников корпоративных правоотношений.

Как справедливо отмечено в литературе, признание за группой компаний наличия общего интереса может привести к тому, что у суда не будет оснований привлечь к ответственности лиц, хотя и действующих в общем экономическом интересе группы компаний, но, к примеру, голосовавших за убыточную сделку³.

Похожее регулирование характерно для корпоративного права Западной Европы (особенно Франции), где признание получила так называемая французская доктрина Розенблюма⁴. Согласно этой доктрине при соблюдении определенных условий, если действия члена органа управления носят законный характер, он не будет привлекаться к ответственности за убытки, причиненные участникам отдельного юридического лица, входящего в группу компаний, если в целом он действовал в интересах всей группы. Таким образом, апеллирование к действиям в общем интересе могут привести к бесконечным нарушениям прав участников юридических лиц, входящих в группу компаний. Необходимо понимать, что та или иная группа компаний состоит из самостоятельных правосубъектных юридических лиц, интересы участников которых безусловно надо учитывать. В противном случае это приведет к недобросовестности и постоянным злоупотреблениям со стороны членов органов управления юридического лица, которые *prima facie* действуют в интересах всей группы.

В заключение стоит сказать, что интересы группы компаний действительно существуют. Однако, на наш взгляд, эти интересы должны учитываться в случаях, когда определенные лица внутри группы, имеющие собственные интересы, не терпят экономические и управленческие издержки от действий других лиц, входящих в группу. Иными словами, наличие тесных экономических взаимосвязей, а также определенной структуры группы компаний должно балансироваться обеспечением прав миноритарных акционеров (участников), иных участников правоотношений внутри группы компаний.

Для обеспечения правовой определенности и достаточного правового регулирования считаем, что необходимо обратиться к зарубежному опыту и создать национальные нормы, регламентирующие правоотношения в холдингах и группах компаний, со своими определениями, принципами и условиями привлечения к ответственности.

¹ Божко М. П., Галанцев Д. А. Семь уроков корпоративных конфликтов. «Проспект», 2018. С. 3–5.

² Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 28 июня 2012 г. № ВАС-2919/12 по делу № А56-55612/2008

³ Шиткина И. С. Выявление и учет общих экономических интересов группы компаний (участников холдинга) при совершении крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность // Закон, 2019, № 6

⁴ Быканов Д. Д. «Проникающая ответственность» в зарубежном и российском корпоративном праве : дис. ... кандидата юрид. наук. М. 2018. С. 148–150.

ПОДСЕКЦИЯ «ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ»

Алеценко И. П.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Медиация в решении трудовых споров: проблемы реализации

Процедура медиации – является альтернативным способом урегулирования споров при помощи медиатора, осуществляемая в целях достижения работником и работодателем взаимоприемлемого решения.

Медиатор – это независимое физическое лицо, привлекаемое сторонами в качестве посредника в урегулировании спора для содействия в выработке сторонами решения по существу спора.

Федеральный закон «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» вступил в силу только в 2011 г. Также вступил в силу ФЗ № 194-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)», который не внес изменений в Трудовой кодекс РФ, что создает проблемы при реализации медиации в решении трудовых споров.

Существуют два препятствия для применения медиации в трудовом праве:

1) Закон о медиации не учитывает специфику трудовых отношений, а Трудовой кодекс РФ не признает медиацию законным способом разрешения трудовых споров.

2) В этих двух законах нет положений о правилах процедуры медиации и статусе медиативных соглашений. В данной статье предлагаются возможные варианты решения данной проблемы.

Какие поправки необходимы?

Трудовой кодекс РФ должен предусматривать медиацию как законный (а возможно предпочтительный) метод урегулирования не только коллективных, но и индивидуальных споров. В то же время в Закон о медиации следует внести соответствующие поправки, чтобы охватить все категории трудовых споров, а не только «споры, возникающие из трудовых отношений». Это связано с существованием споров, не связанных напрямую с трудовыми отношениями, а возникающими как следствие этих отношений. Это могут быть споры, которые касаются процедуры найма, профессиональной переподготовки, вопросов материальной ответственности и т.д. Кроме того, в оба закона следует внести поправки, запрещающие использование посредничества в определенных случаях. Например, в спорах о несчастных случаях на производстве, которые рассматриваются специальным государственным органом и основываются на обязательных нормах, предусмотренных ФЗ.

Возможно внесение в оба закона положения о применении медиации на досудебной стадии урегулирования споров. Для трудового спора это урегулирование в комиссии по трудовым спорам (статья 382 Трудового кодекса РФ). У Комиссии должна быть возможность отложения рассмотрения спора, если стороны согласились использовать процедуру медиации, а также ей может быть предоставлено право удостоверить медиативное соглашение, заключаемое сторонами. Положение о посредничестве также должно быть упомянуто в Трудовом кодексе РФ среди законных положений трудового договора.

Существует и проблема внесудебного использования медиации в трудовых спорах из-за нечеткого правового статуса медиативных соглашений в Трудовом праве, заключенного в результате этой процедуры. Если спор касается условий найма, установленного сторонами, такое соглашение может рассматриваться как дополнительное соглашение к трудовому договору между ними (особая категория соглашений в трудовом законодательстве, аналогичная трудовому договору – статья 72 Трудового кодекса РФ). Однако в других случаях этот подход не работает. Следовательно, статус такого соглашения должен быть четко определен Трудовым кодексом РФ и упомянут в Законе о медиации.

Чтобы избавить суды от удостоверения договоров предлагается признать исполнительную силу этих договоров как таковых. Недостаток такого решения в том, что его принудительное исполнение не соответствует идее добровольного посредничества в медиации.

Процессуальные сроки требуют внимания в отношении трудовых споров. Трудовой кодекс РФ устанавливает более короткие сроки процессуальных действий при разрешении трудовых споров как в комиссии по трудовым спорам, так и в судах по сравнению с общей судебной процедурой. Таким образом, имеет смысл предоставить обоим учреждениям полномочия официально отложить урегулирование, если стороны прибегают к посредничеству. Время, потраченное на посредничество, должно быть исключено из периода, отведенного для подачи иска в комиссию или суд, как это теперь предусмотрено Гражданским кодексом РФ (статья 202 (3)). Это должно быть четко гарантировано законом в полном соответствии с конституционным правом на доступ к правосудию (статьи 46 и 47 Конституции РФ).

Необходимо внести поправки в статью 9 Трудового кодекса РФ, которая вводит принцип *in favorem laboratorum* в трудовых отношениях. Поправка должна сделать этот принцип применимым также к соглашениям, заключенным в результате посредничества для защиты работника от отказа от его / ее законных прав по таким соглашениям. Однако данная статья Трудового кодекса РФ в целом применима в трудовых отношениях, поэтому она уже применима ко всем отношениям и контрактам, подпадающим под действие Трудового кодекса РФ. Поэтому, если медиация четко регламентируется в Трудовом кодексе РФ, это положение вряд ли потребует такого разъяснения.

Существует проблема с правовым статусом трудовых медиативных соглашений по вопросам занятости. Сейчас такие соглашения по гражданским делам считаются гражданско-правовыми сделками, что означает все гражданско-правовые средства правовой защиты (компенсация, новация, прощение долга, зачет требования, возмещение в статьях 409, 410, 414, 415 и в главе 59 Гражданского кодекса РФ), которые применяются в случае нарушения или ненадлежащего исполнения договора. Защита прав, нарушенных в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения договора, осуществляется в соответствии с гражданским законодательством. Однако медиативные соглашения по вопросам занятости не могут считаться гражданско-правовыми сделками, поскольку они заключаются по вопросам, не регулируемым гражданским законодательством РФ.

Договор о медиации может считаться дополнительным соглашением к трудовому договору, если спор, по которому он был заключен, возник из установленных сторонами условий этого договора. В противном случае это решение невозможно, например, в случае спора о расторжении договора. Поэтому предлагается внесение поправок в Трудовой кодекс РФ, которые бы четко указывали статус медиативного соглашения, заключенного в результате урегулирования трудового спора, и юридических последствий его ненадлежащего исполнения или неисполнения сторонами.

Предлагается три предложения по решению проблемы применения медиации в трудовых спорах:

1. Внесение поправок в Трудовой кодекс РФ и в Закон о медиации для введения положений, которые:
 - разъяснят запрет на использование медиации в определенных случаях (например, в спорах о несчастных случаях на производстве, рассматриваемые специальным государственным органом и основывающиеся на обязательных стандартах);
 - сделают медиацию применимой также на досудебной стадии урегулирования споров;
 - прояснят определение правового статуса и юридической силы соглашений, заключенных в результате медиации;
 - разъяснят правовую природу соглашения о внесудебной медиации (соглашение, заключенное в результате медиации).
2. Внесение поправок в Трудовой кодекс РФ, которые добавят понятие посредничества и признают его законным и предпочтительным способом урегулирования индивидуальных трудовых споров.
3. В положение Трудового кодекса РФ о содержании трудового договора следует внести соответствующие поправки, для упоминания «оговорки о посредничестве».
4. Из вышеуказанных требований следует необходимость внесения поправки о расширении компетенции комиссий по трудовым спорам, в связи с чем комиссиям должно быть предоставлено право отложить рассмотрение

спора, если стороны согласились использовать процедуру медиации, а также комиссия должна удостоверять медиативное соглашение после его заключения.

5. Трудовой кодекс РФ также должен предусматривать более короткие сроки для этапов процедуры медиации при найме на работу в сравнении с нетрудовой медиацией. Время, потраченное на посредничество, должно быть исключено из периода, отведенного для подачи иска в комиссию или суд. Возможность перейти к судебному разбирательству при отсутствии мирового соглашения по окончании медиации четко гарантируется законом в полном соответствии с конституционным правом на доступ к судам.

Бархатова В. А., Нуретдинова А. А.
*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студенты*

Влияние пандемии 2020 года на трансформацию трудового законодательства

Пандемия коронавирусной инфекции потрясла весь мир. Она, так или иначе, затронула большинство сфер жизнедеятельности общества, оказала влияние на трансформацию российского законодательства, в том числе и на отрасль трудового права. Работники и работодатели столкнулись с нетипичными задачами, которые требовали срочных решений. Так, введение «нерабочих дней», вызывавших широкий резонанс, не могло не отразиться на правовом регулировании трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений. Эти события вызвали противоречия в правоприменительной деятельности доказали необходимость реформирования трудового законодательства.

Поскольку требовалось как можно быстрее адаптировать трудовое законодательство под процессы, которые повлекла за собой пандемия коронавируса, государство в срочном порядке было вынуждено принять ряд мер по урегулированию возникающих проблем.

Одной из таких мер явилась так называемая «удаленная работа». В целях предупреждения распространения инфекции большинство работников, способных осуществлять свою трудовую функцию с использованием современных технологий и интернет-сети, были переведены на удаленную работу. Однако перед работодателями возникла проблема грамотного оформления сложившихся отношений с такими работниками. Российское законодательство не было готово к массовому переводу работников на формат удаленной работы. В связи с тем, что законодательство не предусматривало механизм оформления таких действий, эту проблему было трудно решить. Введение режима самоизоляции и перевода работников, деятельность которых ранее не предполагала работу «вне офиса», на удаленный формат работы, в связи с не урегулированными трудовым законодательством условиями труда, выявили противоречия между реальными процессами в сфере труда в период эпидемии и российским трудовым правом.

Возникли проблемы с уведомлением работников о переходе на такой режим, поскольку работодателями использовались разные способы: электронные письма, устные сообщения, приказы руководства компаний, причем рекомендованный юристами способ в виде дополнительного соглашения к трудовому договору, устанавливающий режим удаленной работы, использовался крайне редко¹.

Нельзя не согласиться с мнением С.Ю. Головиной о том, что на тот момент специальные нормы гл. 49.1 ТК РФ об особенностях регулирования труда дистанционных работников не представлялось возможным рассматривать как основу регулирования временной удаленной занятости². Стоит отметить, что глава 49 ТК РФ об особенностях регулирования труда надомников также не могла быть применима в данной ситуации, поскольку надомниками считаются лица, заключившие трудовой договор о выполнении работы на дому из материалов и с использованием инструментов и механизмов, выделяемых работодателем либо приобретаемых надомником за свой счет (ст. 310 ТК РФ).

¹ Андреев П., Локтюхина Н. Пандемия как вызов традиционным формам занятости // URL: <https://www.advgazeta.ru/mneniya/pandemiya-kak-vyzov-traditsionnym-formam-zanyatosti-/> (дата обращения: 23.02.2021).

² Головина С. Ю. Пандемия коронавирусной инфекции (COVID-19) как новый вызов трудовому праву // Трудовое право в России и за рубежом. 2020. № 3. С. 3–8.

Проанализировав все вышеизложенное, можно сделать вывод, что трудовое законодательство не было готово урегулировать вопросы удаленной занятости, что свидетельствовало о целесообразности внесения изменений в Трудовой кодекс РФ.

Таким образом, пандемия сформировала общественный запрос на правовое регулирование временной удаленной занятости, поскольку в законодательстве не оказалось способов и механизмов взаимодействия работника и работодателя в период самоизоляции, когда необходимо осуществлять свою трудовую функцию из дома.

Поскольку в трудовом законодательстве отсутствовало понятие удаленной работы, некоторые юристы предлагали свои пути разрешения данной проблемы. Так, по мнению С.Ю. Головиной, целесообразно сформировать в разделе XII Трудового кодекса РФ специальную главу, которая должна включать в себя: правила о временном переходе на удаленную работу, устанавливать особый правовой режим на время действия форс-мажорных обстоятельств т.п.¹. Идея С.Ю. Головиной представляется вполне обоснованной, поскольку в данной главе содержались бы «особые» правила, которые заменяли бы общие нормы в период различных чрезвычайных ситуаций. На наш взгляд, данные нормы во многом облегчили бы процесс правового регулирования труда работников во время чрезвычайных обстоятельств, поскольку все необходимые правила содержались бы в одной главе, что упростило бы их поиск и использование.

Федеральным законом от 8 декабря 2020 г. № 407-ФЗ были внесены изменения в Трудовой кодекс Российской Федерации в части регулирования дистанционной (удаленной) работы и временного перевода работника на дистанционную работу по инициативе работодателя в исключительных случаях², которые вступили в силу 1 января 2021 года.

Представляется важным отметить, что в новой редакции ТК РФ от 29.12.2020 в ст. 312.1 ТК РФ указано: «Дистанционной (удаленной) работой является...». Термин «удаленная» стоит в скобках, а значит, представляет собой альтернативное название дистанционной работы. Можно сделать вывод, что удаленная и дистанционная работа согласно ТК тождественны и подразумевают выполнение трудовой функции вне места нахождения работодателя с использованием информационно-телекоммуникационных сетей, в том числе сети «Интернет».

Как представляется, одним из главных нововведений в ТК РФ, согласно вышеназванному закону, являются нормы, которые регулируют порядок временного перевода на дистанционную работу по инициативе работодателя в случаях, ставящих под угрозу жизнь и нормальные жизненные условия всего населения или его части. Примечательно то, что согласие работника на перевод на дистанционную работу в данном случае не требуется.

Необходимо отметить, что случаи временного перевода на дистанционную работу аналогичны тем, которые предусмотрены в ст. 72.2 ТК РФ. Однако для дистанционной работы предусмотрено одно существенное дополнение о том, что временный перевод также может быть осуществлен в случае принятия соответствующего решения органом государственной власти и (или) органом местного самоуправления.

Другой новеллой является то, что работодатель должен обеспечить работника необходимым оборудованием. Это норма как представляется, не совсем реализуема на практике, поскольку порядок, сроки, размер компенсации за его использование определяются коллективным договором, локальным нормативным актом, трудовым договором, дополнительным соглашением к трудовому договору. Возникает закономерный вопрос о том, не произойдет ли снижение гарантий для работников за счет злоупотреблений работодателем этим положением ст. 312.6 ТК РФ. Кроме того, существует множество работников воссоздать обычные условия работы, которые в дистанционном формате невозможно или крайне затруднительно. В таком случае это считается временем простоя по причинам, не зависящим от работодателя и работника, с соответствующей оплатой. Оплата времени простоя меньше месячной заработной платы, что может вызвать трудовые споры, которые во время экстренных ситуаций только ухудшат положение, как работников, так и работодателей.

¹ Головина С. Ю. Пандемия коронавирусной инфекции (COVID-19) как новый вызов трудовому праву // Трудовое право в России и за рубежом. 2020. № 3. С. 3–8.

² Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 29.12.2020) // Собрание законодательства РФ. 2020 г. № 50 (ч. III). Ст. 8052.

В целом, можно констатировать, что законодателем была проделана большая работа для того, чтобы ликвидировать пробелы в области регулирования дистанционного труда работников. Данная глава стала более диспозитивной, поскольку у работников появилось больше возможностей в реализации своего права на свободу труда, появились дополнительные гарантии, защищающие труд дистанционных работников. Кроме того, организовать работу в дистанционном формате стало проще: дополнительного соглашения к трудовому договору заключать не нужно – достаточно письменного согласия работника на перевод и приказа руководителя. Появился так называемый комбинированный режим: когда часть дней в неделю или в месяц работник трудится на дому, а часть – на территории работодателя, что позволяет сделать трудовой процесс более комфортным и гибким. Все новеллы в новой редакции ТК РФ являются практичными, поскольку позволяют восполнить пробелы в законодательстве, что, несомненно, пригодится даже после того, как пандемия закончится.

Подводя итог, можно отметить, что практика борьбы с распространением коронавирусной инфекции подтолкнула государство к принятию соответствующих мер в трудовом законодательстве для создания правовых средств реагирования на подобные ситуации. Нельзя не отметить, что в этой области уже проделана огромная работа, намечены дальнейшие тенденции по разработке норм, касающиеся дистанционной работы, законодательство стало более гибким и адаптирующимся под стремительно происходящие изменения современного мира и нацелилось на включение в Кодекс норм, действующих в случае форс-мажорных обстоятельств, что создает правовое поле, в рамках которого нужно действовать в экстренных ситуациях.

Бобровский Г. Ю.

*Томский государственный университет,
студент*

Электронные трудовые книжки: опыт России и зарубежных стран

Согласно Трудовому кодексу РФ¹ трудовой книжкой признается основной документ о трудовой деятельности и трудовом стаже работника. Этот документ впервые появился в Европе в конце XVIII века. Во Франции с 1749 года от работника при приеме на работу требовалось предъявить документ от предыдущего нанимателя. Этот порядок был введен с целью борьбы с бродяжничеством. С 1781 года вместо одноразовых документов были введены «трудовые книжки». В СССР трудовые книжки были введены вместо дореволюционных послужных списков, которые охватывали лишь небольшую часть населения.

В Германии трудовые книжки введены в Германии в 1892 году, которые просуществовали в ГДР вплоть до 1967 года. В Италии трудовые книжки (существовали в 1935–1997 годах, были заменены трудовой информационной системой).

Сегодня практически во всем мире происходит почти полный отказ от трудовых книжек или заменой их электронными аналогами. Так, например, в Испании действует цифровая система *Vida Laboral* (трудовая жизнь)². Она существует для фиксации всех приемов и увольнения сотрудников, а также показывает налоговые отчисления. Вся имеющаяся информация поступает в Министерство труда и Фонд социального страхования. Однако, как правило, в западных странах отсутствуют электронные системы, фиксирующие данные о трудоустройстве. Например, в США вместо трудовых книжек в их различных формах работодатели требуют резюме, диплома об образовании, характеристик с предыдущего места работы. В случае сомнений в достоверности указанной информации, поиском информации о соискателе занимается специальная служба.

Сам трудовой стаж отображается в реестрах налоговых инспекциях на основе сделанных работником отчислений. Для начисления пенсий используются личные банковские счета, в которых также содержится информация о

¹ «Трудовой кодекс Российской Федерации» от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 29.12.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

² Código Laboral y de la Seguridad Social Última modificación: 3 de febrero de 2021.. URL: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=93&modo=2¬a=0&tab=2 (дата обращения: 10.02.2021).

работодателях, получаемой зарплате и объеме отчислений. Работник имеет право каждый год получать от своего фонда отчеты о размерах своих накоплениях.

В России, начиная с 2020 года, в рамках реализации национального проекта «Цифровая экономика»¹ и Указа Президента РФ от 9 мая 2017 года № 203 «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы»² началось массовое внедрение электронных трудовых книжек и отменой их архаичных бумажных аналогов. После переходного периода с 1 января 2021 года тем, работникам, которые устраиваются на работу впервые оформляться только электронные трудовые книжки. Работники уже имеющие бумажные трудовые книжки станут правом, а не обязанностью. Стоит отметить, что сотрудники, подавшие заявление о продолжении ведения трудовой книжки в бумажном формате, могут изменить свое решение и перейти на электронные трудовые книжки. Однако переход с электронных на бумажные трудовые книжки уже не допускается. Бумажную книжки работники должны хранить у себя, поскольку в электронный реестр будут заноситься данные с 2021 года. На работодателя же ложится обязанность по формированию в электронной информации о трудовой деятельности и стаже работников и предоставление ее в пенсионный фонд³.

Стоит отметить, что положительные аспекты введения электронных трудовых книжек значительно превышают негативные как для работника, так и для работодателя. Среди них выделяют:

- 1) Защита от ошибок при заполнении, а также порчи, потери и подделки.
- 2) Высокий уровень сохранности и безопасности персональных данных.
- 3) Возможность интеграции с другими электронными государственными сервисам, а также использование данных электронной трудовой книжки для получения государственных услуг.
- 4) Удобный и быстрый доступ к информации о своей трудовой деятельности.
- 5) Высокий уровень безопасности и сохранности данных.
- 6) Дополнительные возможности дистанционного трудоустройства.

Однако, несмотря на очевидные преимущества замены бумажных трудовых книжек их электронными аналогами, все же имеются, хотя и немногочисленные, но все же отрицательные стороны этого решения. Это в основном технические аспекты, связанные с возможными сбоями в работе серверов и обеспечением бесперебойного доступа к ресурсу. Кроме того, на работодателя одновременно ложатся дополнительные затраты на электронную защиту данных, а также временные затраты на перевод книжек с бумажной формы в электронную.

Подводя итог, стоит отметить, что реформа, направленная на отказ от бумажных трудовых книжек, является, безусловно, прогрессивной и соответствующая требованиям времени. Все её положительные стороны значительные перевешивают негативные издержки. Таким образом, создаются дополнительные возможности для более функционального взаимодействия работника и работодателя.

Воронцова И. Е., Парфенова А. В.
Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студенты

Предоставление персонала в РФ: аутстаффинг или заёмный труд?

Человек, реализуя предоставленное ему право на труд, большую часть своей жизни находится в сфере трудовых правоотношений. В последнее время одной из проблем трудового праве стала тема «заёмного» труда. Обусловлено это

¹ «Паспорт национального проекта «Национальная программа «Цифровая экономика Российской Федерации» (утв. президиумом Совета при Президенте РФ по стратегическому развитию и национальным проектам, протокол от 04.06.2019 № 7) // СПС «КонсультантПлюс».

² Указ Президента РФ от 09.05.2017 № 203 «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017 – 2030 годы» // СПС «КонсультантПлюс».

³ Федеральный закон от 16.12.2019 № 439-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в части формирования сведений о трудовой деятельности в электронном виде» // СПС «КонсультантПлюс».

тем, что зарубежный опыт в сфере предоставления персонала достаточно широк и распространён. К примеру, в Швеции 42,4 % компаний с более чем 100 работниками используют заёмный труд, тогда как этот процент составляет только 18,4 % среди компаний, имеющих 20–99 работников. В Германии заёмный труд используют 1 % всех малых фирм (1–49 работников), 16,5 % фирм с 40–499 работниками и 35,7 % фирм с более чем 500 работниками¹.

Что касается России, то необходимо отметить, что Федеральным законом «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 05.05.2014 № 116-ФЗ (вступил в силу с 1 января 2016 года)² в действующий Трудовой кодекс РФ были внесены существенные изменения:

Во-первых, ТК РФ дополнен статьей 56.1, которая запрещает использовать заёмный труд с 1 января 2016 года. Однако, такой запрет можно назвать условным по той причине, что на законодательном уровне всё-таки закреплено право работодателя пользоваться трудом не заёмных, а «арендованных» работников. Это подтверждается законной возможностью заключения договора о предоставлении труда (персонала). Отсюда и второе изменение, которое внёс в трудовое законодательство названный выше Федеральный закон: была введена глава 53.1 «Особенности регулирования труда работников, направляемых временно работодателем к другим физическим лицам или юридическим лицам по договору о предоставлении труда работников (персонала)».

Также Федеральным законом «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 05.05.2014 № 116-ФЗ была введена новая ст. 18.1 в Закон РФ «О занятости населения в Российской Федерации» от 19.04.1991 № 1032-1³. Кроме того, определены субъекты, которые вправе заниматься такой деятельностью; цели, по которым не допускается направление работников для работы у принимающей стороны по договору о предоставлении труда работников (персонала).

До внесения изменений в России работодателями активно использовался заёмный труд, так как он обладал рядом преимуществ (для работодателя). Например, нет необходимости оформлять работника, рассчитывать его заработную плату, платить ему пособия или оплачивать больничный и отпуск – все эти функции выполняет агентство. Однако, самим работникам такой подход доставлял массу неудобств: для них не предусмотрены доплаты за работу на вредных и опасных видах работ, работники не участвуют в социальном партнёрстве, не могут быть защищены профсоюзами, что ставит их в неблагоприятное правовое положение.

В связи с этим с учетом роста рыночных отношений в нашей стране, появлением новых организаций, заполнением рынка услуг напрашивается закономерный вопрос: что же на самом деле представляет собой договор о предоставлении персонала: одну из форм аутстаффинга или же это заёмный труд?

Чтобы разобраться в данном вопросе, необходимо раскрыть вышеуказанные понятия. Термином «аутстаффинг» Закон «О занятости населения» от 19.04.1991 № 1032-1⁴ и ТК РФ⁵ не оперируют, поэтому приведём доктринальное определение. Так, например, Ламехова А.А. считает, что аутстаффинг следует рассматривать как «услугу, оказываемую специализированными агентствами, которые предоставляют квалифицированный персонал на условиях, определяемых двусторонним договором»⁶. Можно дать и такое определение: аутстаффинг (от англ. out staff) – это процедура привлечения заказчиком работников, которые оформлены у другого лица – исполнителя. Аутстаффинг рассматривается современным менеджментом как услуга, которую оказывают специализированные агентства (staffing agency)⁷. Если же

¹ Заемный труд и неустойчивая занятость: российский и зарубежный опыт.. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/zaemnyy-trud-i-neustoychivaya-zanyatost-rossiyskiy-i-zarubezhnyy-opyt> (дата обращения: 19.02.2021).

² Федеральный закон «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 05.05.2014 № 116-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс».

³ Закон РФ «О занятости населения в Российской Федерации» от 19.04.1991 № 1032-1 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Там же.

⁵ «Трудовой кодекс Российской Федерации» от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 29.12.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Ламехова А. А. Тенденции предоставления труда временного персонала в России // Вестник Челябинского государственного университета. 2016. № 2 (384). С. 173–181.

⁷ Аникин Б. А., Рудая И. Л. Аутсорсинг и аутстаффинг: высокие технологии менеджмента : учеб. Пособие 2-е изд., перераб. и доп. М. : ИНФРА- М, 2009. С. 288.

принимающая сторона нуждается не в работниках (персонале), а в конкретной услуге, то в этом случае целесообразнее говорить об аутсорсинге (в этом случае применяются нормы не трудового, а гражданско-правового законодательства). Что касается заёмного труда, то легальное определение впервые дано в упомянутой ст. 56.1 ТК РФ: «заёмный труд – труд, осуществляемый работником по распоряжению работодателя в интересах, под управлением и контролем физического лица или юридического лица, не являющихся работодателем данного работника»¹. Общий признак названных форм труда проявляется в том, что в обоих случаях работник трудится в интересах другого лица – заказчика. Существенные различия состоят в следующем. Аутстаффинг предполагает выведение за штат работников организации при фактическом продолжении трудовых отношений с прежним работодателем. При аутстаффинге работник, как правило, осуществляет трудовую функцию в другой организации продолжительное время с тем различием, что заработную плату он получает не от организации, в которой фактически работает, а от агентства. Заёмный же труд имеет временный (краткосрочный) характер, т.е. трудовая деятельность осуществляется «взаимы» («взамен») (например, временное замещение отсутствующего работника, или направление к принимающей стороне для осуществления работ временного характера (до 9 месяцев))².

Отношения, возникающие при аутстаффинге можно считать трёхсторонними, так как складываются они между следующими участниками: направляющей стороной, принимающей стороной и работником. Примечательно, что первое упоминание о таких правоотношениях содержалось ещё в Кодексе Законов о Труде РСФСР 1922 года в ст. 32³. В то же время, закрепление данной нормы в КЗОТ 1922 г. не позволяет говорить о существовании заёмного труда в том смысле, в котором мы его понимаем сейчас, так как в тот период отсутствовали частные предприятия, и как следствие, существовали злоупотребления в использовании трёхсторонних правоотношений⁴. Как мы отметили выше, введение в ТК РФ изменений относительно запрета заёмного труда можно назвать условным, так как работодатели вправе пользоваться трудом не заёмных, а арендованных работников с помощью заключения с такими работниками трудового договора о предоставлении персонала. По нашему мнению, такой договор о предоставлении труда работников (персонала) можно считать договором аутстаффинга, так как вышеперечисленные признаки аутстаффинга характерны и для договора о предоставлении труда персонала (организация также может привлекать работников другой организации (которая вправе оказывать такие услуги); работников привлекают для исполнения обязанностей временно отсутствующих работников организации или для выполнения работ, связанных с временным расширением производства и т.д.).

Кроме того, следует сказать о правовых гарантии таких работников, которые являются стороной договора о предоставлении труда работников. Стоит отметить, что Россия хотя и присоединилась ко многим международным соглашениям в сфере трудовых правоотношений, но Конвенция МОТ № 181 «О частных агентствах занятости» от 19.06.1997, предусматривающая ряд гарантий для таких категорий работников, до сих пор не ратифицирована. В данной Конвенции закреплены такие важнейшие гарантии: участие в социальном партнерстве, ведение коллективных переговоров, выплата минимальной заработной платы, пособий и т.д.⁵. Однако, в ТК РФ (ст. 341.1) из числа гарантий прав данной категории работников закрепляется лишь, что условия оплаты труда должны быть не хуже, чем условия оплаты труда работников принимающие стороны, выполняющих такие же трудовые функции и имеющих такую же квалификацию⁶. Никаких условий о социальном партнёрстве, профессиональных союзах и иных гарантиях не сказано. В таком случае глава 53.1 ТК РФ, безусловно, нуждается в конкретизации. Более того, дополнительным соглашением между фактическим работодателем и ЧАЗ (частным агентством занятости) могут быть предусмотрены следующие

¹ «Трудовой кодекс Российской Федерации» от 30.12.2001» 197-ФЗ (ред. от 29.12.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

² Закалюжная Н. В. Заемный труд и неустойчивая занятость: российский и зарубежный опыт // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. С. 117.

³ Постановление ВЦИК от 09.11.1922 «О введении в действие Кодекса Законов о Труде Р. С.Ф.С.Р. изд. 1922 г.» (вместе с «Кодексом Законов о Труде Р. С.Ф.С.Р.») // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Там же.

⁵ Конвенция № 181 Международной организации труда «О частных агентствах занятости» (Заклучена в г. Женеве 19.06.1997) // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ «Трудовой кодекс Российской Федерации» от 30.12.2001» 197-ФЗ (ред. от 29.12.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

условия: об отстранении от работы, обеспечение надлежащей техникой и оборудованием и т.д., но никаких условий о защите прав работников не упоминается, что может повлечь нарушение одной из основных целей трудового законодательства – защиту интересов работников и работодателей. Представляется целесообразным предусмотреть и закрепить более четкий, формализованный и обязательный порядок заключения подобных соглашений, что, в свою очередь, защитит и работников, и частные агентства занятости, и фактических работодателей.

Исходя из вышесказанного, можно сделать вывод, что существование такой формы взаимоотношений как предоставление труда работников (персонала), несмотря на недетализированное регулирование данного типа правоотношений, имеет место быть. Аутстаффинг в настоящее время не совсем надёжен с точки зрения защиты трудовых прав и интересов работников. Если в ближайшем будущем законодатель внесёт поправки в главу 53.1 ТК РФ, вполне возможно, что это будет способствовать развитию отношений по предоставлению труда работников (персонала). Такое развитие может способствовать решению проблем безработицы, стагнации рабочей силы и переполненности бирж труда.

Густова А. Е.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Нерабочие праздничные дни: регламентация на уровне субъектов Российской Федерации

Важно начать с высшего нормативного правового акта – Конституции РФ. Так, в соответствии со ст. 72 трудовое законодательство отнесено к совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов. Тем не менее, мы не можем говорить о некоем едином нормотворчестве в области трудовых и непосредственно связанных с ними отношениях. Фактически и законодательно на каждом из указанных уровней происходит раздельное регулирование предмета трудового права. Указанная ситуация решается благодаря перечислению в ч. 1 ст. 6 ТК РФ исчерпывающей компетенции Российской Федерации, которая сознательно выделяется законодателем по признакам фундаментальности вопроса, который решается исключительно путем принятия законов, действующих на территории всей страны. Можно заметить, что в Трудовом кодексе используется модель разграничения полномочий, при которой субъектам предоставляется право регламентации социально-трудовых отношений по принципу улучшения условий труда в сравнении с федеральным законодательством. Однако это осуществляется со значительной оговоркой, состоящей в финансировании за счет бюджета субъекта РФ тех введений регионального законодателя, которые приводят к необходимости дополнительных денежных затрат.

Отдельного внимания заслуживает институт времени отдыха, а именно нерабочие праздничные дни. Имеют ли право регионы устанавливать свои нерабочие праздничные дни, помимо тех, что перечислены в ст. 112 ТК РФ? В соответствии с п. 8 письма Минтруда России от 10.07.2003 № 1139-21 утверждение субъектами Российской Федерации своих нерабочих праздничных дней не противоречит российскому законодательству¹. Причем в данной норме четко прописано то, что реализация этого права возможна только при условии соответствующего законодательного акта и финансирования за счет бюджета субъекта. Стоит уточнить, что вопрос об организациях, финансируемых из федерального бюджета и расположенных на территории субъекта Российской Федерации, решается федеральным законом. Кроме всего прочего, судьям и иным федеральным государственным гражданским служащим, находящиеся на территории субъекта РФ, предоставляется время отдыха в случае установления регионального нерабочего праздничного дня, несмотря на то, что в соответствии с п. «о» и «т» эта категория работников находится в ведении Российской Федерации. В дополнение вышесказанному необходимо обратить внимание на п. 7 ст. 4 ФЗ «О свободе совести и религиозных объединениях», который предусматривает возможность государственных органов

¹ Письмо Минтруда РФ от 10.07.2003 № 1139-21 «О некоторых вопросах применения Положения об особенностях порядка исчисления средней заработной платы, утвержденного Постановлением Правительства РФ от 11.04.2003 № 213» // СПС «КонсультантПлюс».

по просьбе религиозных организаций объявлять религиозные праздники нерабочими¹. По поводу данной проблемы также существует постановление Президиума Верховного Суда РФ от 21.12.2011 № 20-ПВ11, где подтверждается как раз-таки то, что сообщено мной ранее².

В первую очередь раскрою особенности законодательной базы по соответствующей тематике в Республике Саха (Якутия). Дополнительно в этом субъекте, помимо установленных нерабочих праздничных дней Российской Федерацией, объявлены праздничными днями 27 апреля – День Республики Саха (Якутия), 21 июня – День национального праздника «Ысыах», о чем напрямую говорится в Законе Республики Саха (Якутия) «О дополнительных нерабочих праздничных днях в Республике Саха (Якутия)»³. Что интересно, упомянутые нерабочие дни распространяются лишь на так называемых «региональных бюджетников». Что касается организаций, в которых бюджет формируется за счет федеральных или местных бюджетов, в том числе федеральные органы исполнительной власти и органы местного самоуправления, то для них закон представляет право выбора в решении вопроса об обеспечении работников данными региональными нерабочими днями, то есть им необходимо ввести в свои локальные нормативные акты или коллективные договоры положения об упомянутых праздниках. По моему мнению, законодательство субъекта, учитывая культурную и религиозную самобытность региона, полностью соответствует ТК РФ в области бюджетных расходов и не обременяет федеральное финансовое состояние.

Исключительно интересная ситуация сложилась в республике Башкортостан. Согласно Закону Республики Башкортостан «О праздничных и памятных днях в Республике Башкортостан»⁴ по собственному заявлению работникам, чьи конфессии предполагают отмечание религиозных праздников, работодатели в лице администрации тех или иных предприятий, организаций или учреждений предоставляют день отдыха в счет ежегодного отпуска или на других условиях, которые непосредственно установлены трудовым законодательством Российской Федерации. Например, предоставление отпуска без сохранения заработной платы. В этом положении есть некоторое противоречие ТК РФ, поскольку по общему правилу праздничные дни не влияют на продолжительность ежегодного отпуска. Однако региональный законодатель, в силу разнородного набора вероисповеданий в Башкортостане, учел эту особенность, но по смыслу ст. 125 ТК РФ, в которой говорится о возможности разделения ежегодного оплачиваемого отпуска на части или по идее ст. 128 ТК РФ, посвященной отпуску без сохранения заработной платы. В дополнение к вышесказанному можно отметить, что законодательство Башкортостана имеет усеченный состав гарантий, где говорится только о переносе праздничного дня на рабочий день, если он совпадает с выходным. Кроме того, закон не ссылается на трудовое законодательство Российской Федерации, что, на мой взгляд, является несовершенством, хотя и подразумевается применение основных гарантий, которые указаны в ТК РФ. В рассматриваемом регионе также не обнаруживается законодательного акта, который бы регламентировал вопрос о финансировании организаций, предприятий, учреждений, дислоцирующихся на территории Башкортостана. В письме Минтруда и социальной защиты РФ от 20.12.2006⁵ говорится именно про необходимость принятия такого нормативного правового акта субъектом РФ. Однако если произвести адекватное толкование ст. 6 ТК РФ, то важно заметить, что законодательные нормы субъектов имеют юридическую силу даже когда нормативная база об источниках финансирования отсутствует. Следовательно, все работодатели на территории Башкортостана обязаны соблюдать норму о предоставлении нерабочих праздничных дней и не снижать должностной оклад работникам (ст. 112 ТК РФ), а также должны оплачивать работу в эти дни в соответствии со ст. 153 ТК РФ.

¹ Федеральный закон от 26.09.1997 № 125-ФЗ (ред. от 02.12.2019) «О свободе совести и о религиозных объединениях» // СПС «КонсультантПлюс».

² Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 21.12.2011 № 20-ПВ11 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Закон Республики Саха (Якутия) от 26.04.2018 1993-3 № 1545-V «О дополнительных нерабочих праздничных днях в Республике Саха (Якутия)» // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Закон Республики Башкортостан от 27.02.1992 № ВС-10/21 (ред. от 03.03.2020) «О праздничных и памятных днях в Республике Башкортостан» // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Письмо Министерства труда и социальной защиты РФ от 20 декабря 2016 г. № 14-2/ООГ-11369 «О применении положений трудового законодательства к праздничным дням, установленным законодательством субъектов» // СПС «Гарант».

Упомяну законодательство Республики Калмыкия, касающееся нерабочих праздничных дней. Здесь установлен следующий список таких дней: День принятия Степного Уложения (Конституции) Республики Калмыкия – 5 апреля; «Цаган Сар»; «День рождения Будды Шакьямуни»; «Зул». Этот закон имеет ряд сходств с аналогичным законом в Республике Башкортостан. Например, в Законе Республики Калмыкия «О праздничных и памятных датах в Республике Калмыкия»¹ тоже указан только краткий перечень гарантий, которые повторяют федеральное законодательство. Еще мы можем увидеть, что в рассматриваемом регионе представители той или иной религиозной конфессии могут подать просьбу работодателю о предоставлении выходного дня без сохранения заработной платы либо на других условиях. Тем не менее, есть особенный день нерабочий день – 28 декабря – День памяти жертв депортации калмыцкого народа, который не переносится в случае совпадения с выходным. Примечательно, что в ст. 9 этого закона субъекта расписывается о случаях привлечения работников к работе в нерабочие праздничные и памятные дни, которые есть в ТК РФ и в любом случае выполнялись бы работодателями согласно ст. 11 ТК РФ.

Принимая во внимание все вышесказанное, отмечу, что на сегодняшний день существует немалое количество нормативных правовых актов и судебных решений по поводу объяснения этого дискуссионного вопроса, однако по большей части они сводятся к тому, что трудовое законодательство находится в совместном ведении Российской Федерации и субъектов РФ, а ст. 112 ТК РФ, посвященная нерабочим праздничным дням, не содержит каких-либо указаний, что здесь имеются в виду исключительно федеральные праздники. Поэтому регионы могут принимать законодательные акты, устанавливающие свои национальные или религиозные праздники. Как можно было заметить, каждый такой субъект РФ имеет как сходства, так и самобытные черты в своих нормативных документах. Недостатком значительной части законодательной базы в регионах можно назвать упущение в урегулировании вопроса об источниках финансирования организаций, находящихся на территории того или иного субъекта РФ, так как объявление дополнительных нерабочих праздничных дней приводит к увеличению бюджетных расходов. Несмотря на несовершенство нормативных источников о нерабочих праздничных днях, необходимо подчеркнуть, что региональное законодательство в данном случае подтверждает принцип федерализма при осуществлении правового регулирования в стране, а также подкрепляет положения ст. 5 ТК РФ, где говорится о вхождении законы субъектов РФ, содержащих нормы трудового права, в трудовое законодательство.

Дементьева И. Ю.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Дифференциация и ограничение трудовых прав

Одним из базовых принципов трудового права является принцип единства и дифференциации. Данный принцип позволяет реализовать на практике положение о равенстве прав работников путем уравнивания возможностей разных категорий работников. Учитывая такие объективные и субъективные факторы, как, например, характер выполняемой работы, личные качества работника, климатические условия отдельных местностей и др., законодатель может сделать общую правовую норму более конкретизированной и персонифицированной, что увеличит возможность ее правильного применения и реализации на практике. Различия в характере и условиях труда настолько специфичны, что они закономерно требуют установления специальных норм, которые отражали бы эту специфику². Однако в современном обществе в условиях повышенного интереса к вопросам различного рода деления людей на определенные группы, дифференциацию в качестве естественно положительного и легального явления часто сравнивают и сопоставляют с явлением негативным – дискриминацией.

¹ Закон Республики Калмыкия от 13.10.2004 № 156-III-З «О праздничных и памятных днях в Республике Калмыкия» // СПС «КонсультантПлюс».

² Рогалева Г. А., Рогалева И. Е. Анализ концептуальных положений о дифференциации в правовом регулировании труда // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2017. № 10 (38). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/analiz-kontseptualnyh-polozheniy-o-differentsiatsii-v-pravovom-regulirovanii-truda-1> (дата обращения: 03.02.2021).

Дискриминация, как и дифференциация, в самом общем смысле понимается как установление определенных различий между разными категориями людей. Однако важным нюансом здесь является то, что дифференциация всегда закрепляется на законодательном уровне, а дискриминация бывает исключительно незаконной.

В теории вопросы дискриминации затрагиваются несколькими нормативными правовыми актами. Во-первых, Конвенция № 111 Международной организации труда «Относительно дискриминации в области труда и занятий» (принята в г. Женеве 25.06.1958 на 42-й сессии Генеральной конференции МОТ) дает достаточно широкое толкование рассматриваемому понятию: дискриминация представляет собой нарушение прав, провозглашенных во Всеобщей декларации прав человека, но уточняет, что конкретно термин «дискриминация» включает в себя. Во-вторых, Конституция Российской Федерации также затрагивает данный вопрос, главной и основной статьей здесь будет являться статья № 19. В-третьих, о запрещении дискриминации говорит и Трудовой кодекс РФ.

К сожалению, даже при достаточно широком законодательном регулировании данного вопроса сегодня возникает множество споров и дискуссий, так как на практике нормы обоснованной и рациональной дифференциации могут граничить с «узаконенной» дискриминацией. Более того, необходимо согласиться с Ю.П. Орловским, который отмечает, что нормативная дифференциация условий труда работников отстает от реальной дифференциации¹.

К числу спорных ограничений относится, например, список запрещенных для женщин профессий, который недавно был сокращен по предложению Минтруда РФ. Изначально предлагалось не закреплять список запрещенных профессий для лиц женского пола, а выделить блок вредных производственных факторов, при наличии которых женский труд должен быть ограничен. Такое решение кажется довольно обоснованным и логичным, так как на сегодняшний день научно-технический прогресс сделал несколько значительных шагов вперед и позволил обезопасить большую часть видов работ, которые ранее были упомянуты в списке.

Однако даже по поводу самого факта существования этого списка идут серьезные дискуссии, так как целью его создания представляется учет физиологических особенностей женского организма и предоставление женщинам более безопасных условий труда, но, по мнению экспертов, эта цель не может быть полностью оправданной, потому что безопасность должна быть обеспечена в равном объеме как женщинам, так и мужчинам путем усовершенствования технологий производства, а не установления запретов по признаку пола. Думается, что существование данного правового акта действительно является выражением явления дифференциации, но все же последствия его введения могут порождать дискриминацию. Речь идет о том, имея возможность получения образования по запрещенным профессиям, женщины не могут устроиться на работу по полученной специальности и присвоенной квалификации официально, откуда вытекает то, что уровень безработицы в стране растет, но, с другой стороны, может увеличиваться уровень так называемой теневой или «серой» занятости, когда женщины устраиваются на работу по образованию нелегально – факт наличия трудовых отношений скрывается от властей. Более того, некоторые профессии из списка являются достаточно высокооплачиваемыми, так что данный запрет касается также вопросов финансового состояния женской половины населения. Подтверждается этот факт результатами нескольких исследований, в том числе исследованием аналитического центра НАФИ – эксперты выяснили, что разница в заработной плате мужчин и женщин равна 28 %². Объясняется это тем, что труд последних ограничивается в большей степени в прибыльных сегментах экономики, например, в нефтегазовой и металлургической промышленности.

Достаточно четко выражают свои позиции по отношению к нормативному правовому акту такого характера и международные организации. Так, например, Комитет ООН по ликвидации дискриминации в отношении женщин признал данный список и ограничение на прием на работу женщин прямой дискриминацией по признаку пола. Также, исходя из обширной практики Европейского Суда по правам человека, можно прийти к выводу, что данный орган тоже достаточно критично относится к его существованию. Хочется согласиться с Е.В. Сыченко, которая в своей статье говорит

¹ Орловский Ю. П. Единство и дифференциация трудового законодательства /Право человека на жизнь и гарантии его реализации в сфере труда и социального обеспечения : материалы Международной научно-практической конференции / под ред. К. Н. Гусова. М. 2008. С. 27–30.

² НАФИ. Аналитический центр. Стереотипы в отношении женщин и их социально-экономические последствия.. URL: <https://nafi.ru/analytics/stereotipy-v-otnoshenii-zhenshchin-i-ikh-sotsialno-ekonomicheskie-posledstviya> (дата обращения: 01.02.2021).

о том, что гипотетически ЕСПЧ мог бы посчитать обоснованным и соразмерным ограничение труда только лишь беременных женщин и женщин в послеродовой период¹, так как, оказывая достаточно мощную поддержку институтам материнства и детства через такую государственную политику путем введения ограничений, законодатель не учитывает возможности наличия у женщины карьерных целей.

Промульгируя нормативный правовой акт такого характера, законодатель должен стараться прийти к балансу ограничений прав человека и целей таких ограничений. Объем законодательных ограничений должен быть таким, чтобы все участники правовых отношений могли в полной мере реализовать свои возможности и максимизировать полезность своего труда. Процесс введения в действие норм-запретов должен сопровождаться оптимизацией разрешения конфликта интересов путем выбора тех способов дифференциации, которые были бы наиболее мягкими, но действенными в конкретной ситуации, чтобы дифференциация была четко и полно урегулирована законодателем и не могла быть рассмотрена в качестве дискриминирующей нормы.

Законность и необходимость установления специальных норм измеряется правовыми последствиями, которые наступают или могут наступить в результате воздействия каких-либо негативных факторов на здоровье и жизнь работников², как верно отмечает Н.В. Халдеева. Но все же думается, что одних только правовых последствий недостаточно для определения необходимости и эффективности введения ограничений, так как проявления неправовые, выражающиеся на сегодняшний день, например, в появлении общественных движений и сообществ, митингах и др. тоже имеют огромную и значимую роль. Обусловлено это демократическим характером государства и стремлением властных структур к установлению режимов правопорядка и законности. Учитывая полный спектр последствий введения норм дифференциации законным путем, можно говорить об установлении справедливых правовых гарантий и определении объема компенсаций.

Делая вывод из всего вышесказанного, хочется отметить, что даже при широком нормативном регулировании процессов труда в РФ дифференциация может быть рассмотрена и в негативном свете. Явные проблемы существуют как на практике, так и в теории. Чтобы их искоренить, нужно детализировать материальное и процессуальное законодательство, разрабатывать более действенные механизмы по защите от дискриминации на национальном уровне, формировать правосознание и отрицательное отношение общества абсолютно ко всем явлениям дискриминации, чтобы, преодолевая неравенство и несправедливость в одной сфере жизни общества, не породить и не распространить обратные негативные явления данного порядка. В заключение хочется также согласиться с мнением Н.Л. Лютова по поводу выделения трех конкретных направлений развития законодательства в данной сфере: облегчение возможности доказывания дискриминации в сфере труда, усиления ответственности за дискриминацию и установление прямого запрета дискриминации в связи с подачей работниками жалоб в отношении работодателей, а также установление запрета на репрессивные действия со стороны работодателя, на которого была подана такая жалоба³. Самой главной задачей законодателя является поиск баланса интересов, при котором цели всех сторон общественных, и в особенности, трудовых отношений были бы реализованы в равной мере в предельно допустимом объеме. Он будет определяться согласованием интересов в конкретных областях существования и развития современного общества.

¹ Сыченко Е. В. Вклад Европейского Суда по правам человека в понимание прав человека в сфере труда // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. №55.. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/vklad-evropeyskogo-suda-po-pravam-cheloveka-v-ponimanie-prav-cheloveka-v-sfere-truda> (дата обращения: 01.02.2021).

² Халдеева Наталья Владимировна. Предпосылки и основания объективной дифференциации в трудовом праве // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2017. № 10 (38).. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/predposylki-i-osnov> (дата обращения: 03.02.2021).

³ Лютов Н. Л., Герасимова Е. С. Дискриминация в сфере труда: вопросы эффективности норм и правоприменительной практики // Актуальные проблемы российского права. 2016. № 3 (64).. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/diskriminatsiya-v-sfere-truda-voprosy-effektivnosti-norm-i-pravoprimenitelnoy-praktik> (дата обращения: 03.02.2021).

Дмитракова А. С.
Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент

Охрана труда женщин

Трудовое законодательство знает основные проблемы, с которыми сталкиваются женщины в процессе трудовой деятельности. Здесь стоит упомянуть работу в неблагоприятных условиях труда и непредоставление компенсаций за эту работу, несоблюдение норм предельно допустимых нагрузок при перемещении тяжелых вещей самостоятельным образом, направление в служебных командировки, привлечение к сверхурочным работам, работам в ночное время, выходные и нерабочие праздничные дни беременных женщин, а также женщин, которые имеют детей в возрасте до трех лет, кроме того, находящихся в послеродовом и кормящем положении.

Законодательство Российской Федерации учреждает определенные условия для женщин, чей трудовой ресурс требует защиты и особого подхода в условиях производственной и иной деятельности. Условия труда женщин – совокупность связанных между собой технических, организационных, санитарно-гигиенических, психофизиологических мероприятий, которые направлены на трепетный учет к особенностям женского организма.

Были созданы специальные нормы по охране труда:

1. Нормы, установленные для всех женщин без исключения, которые связаны с их физиологическими особенностями организма, связи с выполнением ими важнейшей функции деторождения;
2. Нормы, связанные с периодом активного материнства – беременность, роды, появление грудных и малолетних детей.

В качестве цели охраны труда женщин выступает предотвращение травматизма, инфекционных заболеваний и заболеваний, связанных с условиями труда. В случае отклонения от достаточного придерживания условий труда, может быть нарушено полноценное существование женщин: их здоровье, психические и физическое развитие. Также это может пагубно сказаться на здоровье будущих детей. Например, в условиях кормления грудью.

В статье 8 Европейской социальной хартии также устанавливается право женщин в трудовой деятельности на охрану материнства. Выделяются специальные нормы труда беременных женщин, а также женщин, находящихся в послеродовом, кормящем состоянии. Отмечаются оплачиваемый отпуск работающим женщинам до и после родов; незаконное уведомление работодателя женщины об увольнении; перерывы в работе; регламентация работы в ночное время; обеспечение занятости. Данным категориям запрещается работать на опасных, вредных и тяжелых работах, вредящих их здоровью.

Безусловно, такое разделение мужчин и женщин может ставить вопрос о дискриминационном характере норм трудового права по половому признаку. Здесь стоит сказать про то, что существует разграничение понятий дискриминации и дифференциации правового регулирования или выделения субъекта. Конвенция Международной организации труда № 111 (1958 г.) разъясняет данный факт, подчеркивая, что дискриминацией не являются «особые меры, направленные на удовлетворение нужд лиц, которые по соображениям пола...нуждаются в особой защите и помощи». В остальном в законодательстве отсутствуют ограничения и требования по созданию специальных условий для женщин, так как закон предполагает равенство сотрудников обоих полов на работе.

Стоит отдельно раскрыть специальные нормы охраны труда данной категории, перечень гарантий и льгот, которыми эта категория обладает, наличие дополнительных отпусков и прочих установленных норм в трудовом законодательстве.

Гл. 41 ТК РФ предусматривает специальные нормы, которые ограничивают труд женщин: в предельности допустимых нагрузок при подъеме и перемещении тяжестей вручную; на тяжелых работах, на работах с вредными или опасными условиями труда.

Постановление Правительства РФ от 25 февраля 2000 г. № 162 и ст. 253 ТК РФ декларируют определенный перечень работ, которые по медицинскому обоснованию запрещены для женщин. В первую очередь, в такой список

входят работы по применению труда женщин в тяжелых, вредных и опасных условиях (в частности, подземные работы). Исключением являются нефизические работы или работы по санитарному и бытовому обслуживанию.

Дополнительно нужно сказать, что женский труд должен соответствовать санитарным нормам, которые декларированы в Постановлении № 32 Санэпиднадзора от 28 октября 1996 года. Работодатель обязуется придерживаться данных норм, установленных СанПиНом. К примеру, к таким нормам-требования относятся: показатели шума, показатели излучения, тепловые нагрузки, производственный микроклимат.

Трудовое законодательство устанавливает определенные гарантии и льготы для беременных женщин, а также женщин, имеющих малолетних детей:

1. В ст. 259 ТК РФ беременным женщинам запрещаются ночные, сверхурочные работы, работы в выходные, нерабочие и праздничные дни. Устанавливаются ограничения на служебные командировки, дающие право женщинам, имеющим детей в возрасте до трех лет, давать или не давать письменное согласие по данному пункту. Отказ женщины в участии в данных работах не может рассматриваться как нарушение трудовой дисциплины.

2. В ст. 254 ТК РФ определяет возможность перевода на другую работу для беременных женщин и женщин, имеющих детей в возрасте до полутора лет. Так, для беременных женщин снижаются нормы выработки, и они могут быть переведены на более легкую работу, однако, с сохранением прежнего среднего дохода.

Нужно учитывать то, что для беременных женщин декларируется также возможность освобождения от работы с сохранением заработка за счет работодателя.

В области растениеводства и животноводства в сельской местности беременные женщины должны быть либо переведены на другую работу, либо освобождены от нее. Также данной категории нормировано должно выдаваться бесплатное питание, которое производится хозяйством в сельской местности.

1. Беременные женщины и женщины, имеющие детей до 12 лет, не должны привлекаться и к дежурствам на производстве после окончания рабочего дня в выходные и праздничные дни. Такие же меры применимы и к женщинам, имеющим детей в возрасте до полутора лет, которые при невозможности выполнения определенной работы могут быть переведены на другую.

2. Рассмотрению подлежит ст. 258 ТК РФ о перерывах для кормления ребенка. Устанавливается, что женщинам, имеющим детей до полутора лет, предполагается кроме предоставления определенных часов для отдыха, также перерывы для кормления продолжительностью не менее 30 минут через каждые три часа.

3. Если у женщины двое детей такого возраста перерыв может быть установлен не менее часа.

4. В сельской местности учитывается также положение женщин. С их письменного заявления им предоставляется один дополнительный выходной в месяц.

5. Для лиц, трудящихся в области педагогики и медицины, рабочая неделя сокращается до 36 часов. Аналогичная льгота предоставляется сотрудницам, работающим в обстановке Крайнего Севера. Зарплата при этом не уменьшается. Данные льготы утверждены в ст. 262 ТК РФ. Выходной оплачиваться не будет.

6. Увольнение по инициативе работодателя женщин, имеющих детей в возрасте до трех лет, работников, имеющих детей-инвалидов или инвалидов с детства до достижения ими возраста 18 лет, одинокой матери, воспитывающей ребенка в возрасте до 14 лет, не допускается.

Трудовое законодательство предусматривает дополнительные отпуска для женщин помимо ежегодно оплачиваемого отпуска.

1. Отпуск по беременности и родам. Ст. 255 ТК РФ устанавливает несколько видов отпусков по продолжительности для женщин, находящихся в таком положении и получивших лист нетрудоспособности: для одноплодной беременности; осложненных родов при одноплодной беременности; если роды наступили в период с 22-й до 30-й недели беременности; если во время беременности установлена многоплодность; если многоплодность установлена в родах; если женщина проживает (работает) в населенном пункте, подвергшемся радиоактивному загрязнению вследствие аварии на Чернобыльской АЭС.

2. Отпуск по уходу за ребенком (до достижения возраста трех лет). Нужно учитывать, что в таком случае за работником сохраняется место работы. Женщина может работать на условиях неполного рабочего времени. Здесь происходит сохранение за женщиной пособия.

Также дополнительные отпуска предусмотрены в связи с уходом за детьми. Однако здесь в качестве лиц, которым предоставляется право на отпуск, могут выступать и мужчины. Отпуск устанавливается коллективным договором для одиноких родителей, имеющих двух и более детей до 14 лет.

Права женщин по физиологическому признаку, беременных и женщин, имеющих детей, защищаются законом. Но все же в юридической практике деятельность работодателей часто может идти вразрез с установленными нормами. Только при подаче заявления в трудовую инспекцию будет проводиться проверка компании, в которой работает женщина, с целью выявления возможных нарушений. Устанавливается ответственность работодателя в виде штрафа или иных мер, что зависит от степени правонарушения.

Карова А. А., Салюкова М. Р.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студенты*

Регулирование трудовых отношений в эпоху пандемии: опыт России и США

На наших глазах мир постепенно погружается в глобальный кризис, который был вызван наступившей пандемией коронавирусной инфекции. Государства еще не сталкивались с необходимостью принятия таких беспрецедентных экономических мер, которых от них требуют сложившиеся обстоятельства. С наступлением пандемии появились первоочередные задачи, такие, как непосредственная борьба с вирусом, помощь пострадавшему населению, разработка вакцины, предотвращение дальнейшего распространения заболевания. Решение этих задач потребовало изменений условий труда, работников массово (и принудительно, хотя, здесь, скорее, вынужденно) перевели на дистанционную (удаленную) работу, который в свою очередь, требует актуального и эффективного правового регулирования.

К сожалению, к дистанционному формату работы были не готовы ни работники и работодатели, ни законодательная база. Стало ясно, что действующий закон остро нуждается в качественных изменениях и дополнениях, которые позволили бы осуществлять правовое регулирование на должном уровне.

Представляется верным проанализировать опыт Российской Федерации и США по вопросу регулирования дистанционной работы.

В Российской Федерации уже 1 января 2021 года вступил в силу закон, вносящий изменения в Трудовой кодекс Российской Федерации (далее – ТК РФ) в части дистанционного характера работы. Еще на этапе принятия закона эксперты отмечали, что часть предлагаемых в проекте норм носит декларативный характер, что негативно скажется в чрезвычайных условиях пандемии. Тем не менее закон был принят, вступившая в силу редакция утратила часть положений, которые были оценены практикующими юристами как наиболее перспективные. Нельзя не отметить, что новый закон закрепил основополагающие понятия, установил особенности удаленного характера работы, а также разрешил ранее спорные вопросы.

В свою очередь, в США существует закон, который с 2010 года регулирует дистанционную работу – Telework Enhancement Act of 2010 (стоит отметить, что вопрос необходимости правового регулирования труда дистанционных работников в США был поднят значительно раньше, чем в нашей стране, о нем заговорили еще в 1970-х гг.). Данный акт предоставляет равный объем прав, гарантий и обязанностей как для дистанционных, так и для обычных (традиционных) работников.

Термин «Телеработа», по закону США, означает такое соглашение о работе, согласно которому работник выполняет свои обязанности и несет соответствующую за них ответственность, а также выполняет другую разрешенную работу, находясь на утвержденном рабочем месте, отличном от изначально установленного¹.

Интересным будет привести здесь понятие из российского права: «Дистанционной (удаленной) работой, согласно ст. 312.1 ТК РФ, является выполнение определенной трудовым договором трудовой функции вне места нахождения

¹ Telework Enhancement Act of 2010.. URL: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-111hr1722enr/pdf/BILLS-111hr1722enr.pdf> (дата обращения: 02.03.2021).

работодателя, его филиала, представительства, иного обособленного структурного подразделения (включая расположенные в другой местности), вне стационарного рабочего места, территории или объекта, прямо или косвенно находящихся под контролем работодателя, при условии использования для выполнения данной трудовой функции и для осуществления взаимодействия между работодателем и работником по вопросам, связанным с ее выполнением, информационно-телекоммуникационных сетей, в том числе сети «Интернет», и сетей связи общего пользования»¹.

Сравнивая представленные понятия «дистанционной работы», хочется отметить лаконичность определения, данного в законе США. Трудовой кодекс РФ очень подробно и скрупулёзно поясняет, что именно понимается под удаленной работой (видимо, законодатель стремился максимально полно раскрыть термин, чтобы на практике возникало меньше непониманий и, следовательно, споров). В любом случае, мы можем вывести общее понимание дистанционной работы: это выполнение трудовых обязанностей на рабочем месте, которое не находится на территории работодателя. Особенно хочется отметить, как четко в нашем законе указывается использование информационно-телекоммуникационных сетей для взаимодействия между работника и работодателя, причем это определено как обязательное условие.

По закону США перевод работника на дистанционную работу требует обязательного его обучения, работодатель наделяется дополнительной обязанностью по проведению такого обучения. С работником не будет заключен трудовой договор пока он успешно не пройдет это обучение (есть исключения, когда прохождение такого обучения не является обязательным). Данная норма представляется позитивным явлением, так как разработчик явно учитывал то, что не все категории населения могут понимать, каким образом происходит такой режим работы. В Российском законодательстве такой нормы нет, однако нельзя исключать, что работодатели самостоятельно в своих локальных нормативных актах могут закреплять что-то сходное, более того подобное регулирование на уровне ЛНА организации является нормальной практикой (например, ПАО «Сибур» содержит в открытом доступе информацию для сотрудников, которая помогает во включении, например, отдельных программ²).

В обоих законах также закрепляется обязанность работодателя по обеспечению работника необходимым оборудованием. Данная норма вызвана пониманием законодателя того факта, что не у каждого работника может быть необходимое техническое оборудование для «работы на дому».

Отдельное внимание в американском законе о телеработе уделено защите информации, информационной безопасности. Это обусловлено переводом всех возможных коммуникаций между сотрудниками в сеть, что, несомненно, может подвергнуть особой опасности конфиденциальность компании (в том числе сохранность сведений клиентов, составляющих коммерческую тайну), в условиях, участившихся в последние десятилетия хакерскими атаками. В законе сказано, что каждый работодатель должен определить порядок доступа дистанционного работника к информационной системе, использованию персональных данных, систематически оценивать угрозы кибербезопасности организации. В ч. 1 ст. 312.6 ТК РФ законодатель упоминает обязанность работодателя обеспечить дистанционного работника средствами защиты информации. На наш взгляд, стоит учитывать также положения Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», где предоставляются дополнительные гарантии защиты данных организации от атак злоумышленников (хакеров).

Вопрос оформления дистанционной работы в законодательстве рассматриваемых стран регулируется в целом сходным образом. В текущей редакции ТК РФ предусмотрено два варианта: трудовой договор и дополнительное соглашение к ТД, предусматривающие выполнение работником трудовой функции дистанционно. В законе США о телеработе предусматривается заключение соглашения между работником и работодателем, определяющего конкретные условия дистанционного труда.

В законе США также закреплены следующие положения: дистанционная работа не должна снижать эффективность труда; сотрудник не должен выполнять удаленную работу, если работа не соответствует условиям письменного соглашения; обязательность дистанционной работы только для тех сотрудников, с которыми заключено соответствующее соглашение (за исключением чрезвычайных ситуаций). Аналогичные нормы можно найти в Трудовом кодексе, в частности ст. 312.9 предусматривает, что в случае катастрофы, аварии или иной экстренной ситуации, которая

¹ «Трудовой кодекс Российской Федерации» от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 29.12.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

² Инструкции для удалённой работы.. URL: <https://www.sibur.ru/sit/pages/remote.php> (дата обращения: 10.02.2021).

ставит под угрозу жизнь или нормальные жизненные условия всего населения или его части работодатель вправе перевести работника на дистанционную работу без его согласия.

В заключение хотелось бы отметить, что в некоторых аспектах закон США кажется более привлекательным, однако нельзя оставлять без внимания тот факт, что действующее законодательство Соединенных штатов прошло проверку временем и неоднократно претерпевало изменения, адаптируясь к изменяющимся условиям рынка. Российский правовой механизм регулирования дистанционных трудовых отношений находится в стадии своего зарождения и его взросление приходится на тяжелый период испытаний, вызванных глобальными кризисными процессами по всему миру.

Внесенные изменения в прошлом году (вступили в силу в январе 2021 года) в Трудовой кодекс РФ, несомненно, можно оценивать положительно с точки зрения развития права. Наш законодатель достаточно быстро среагировал на сложившуюся ситуацию, учитывал практику аналогичного регулирования в других государствах, а также в крупных международных компаниях¹, в короткие сроки были подготовлены необходимые изменения, которые послужат твердой опорой для дальнейшего развития.

Касьянчик Я. Н.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Новеллы регулирования труда дистанционных работников

История становления института удаленной работы берёт своё начало в 1972 г. в США. Джек Ниллес предложил новый способ организации труда – телеработу. Он высказал идею, что не обязательно работникам находится в офисе весь рабочий день, так как они могут выполнять те же трудовые функции из дома. Связь между работниками предлагалось поддерживать при помощи телефона².

Первое появление удаленной работы в России было связано с экономическим кризисом 90х годов XX века, что привело к росту безработицы. Люди не могли найти постоянную работу, поэтому большинство безработных стали находить себе временную работу (сейчас такое явление называется фриланс)³.

Второй период – с 2008 по 2010 год. Мировой экономический кризис затронул все профессии, что отразилось и на труде работников. Российские предприниматели приняли опыт западных компаний 90-х годов по снижению расходов, и применили такие способы, как: снижение заработной платы, сокращение персонала, перевод части сотрудников на работу из офиса в дом.

Экономический кризис миновал, а число удаленных работников продолжало расти. Как итог – в 2013 году в России было предусмотрено регулирование удалённой работы в Трудовом кодексе РФ в главе 49.1. Однако стоит отметить, что законодатель не использовал термин «удалённая работа», а именовал такую работу дистанционной. С этого момента взаимоотношения между организацией и удаленными работниками стали регулироваться на законодательном уровне. Период с 2013 года по настоящее время можно определить как интенсивное развитие не только самой удаленной работы в России, но и ее правового регулирования. Так, с 01.01.2021 вступил в силу Федеральный закон от 8 декабря 2020 г. № 407-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в части регулирования дистанционной (удаленной) работы и временного перевода работника на дистанционную

¹ Чем хороши и чем плохи новые законы об удаленной работе.. URL:

<https://www.vedomosti.ru/management/articles/2020/06/22/833173-zakoni-udalennoi> (дата обращения: 10.02.2021).

² Википедия. Удаленная работа / Википедия. URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/Удалённая_работа, свободный (дата обращения: 25.02.2021).

³ Малышев Артем Алексеевич Эволюция практики удаленной работы в России и за рубежом // Вестник СИБИТа. 2018. № 3 (27).. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/evolyutsiya-praktiki-udalennoy-raboty-v-rossii-i-za-rubezhom> (дата обращения: 25.02.2021).

(удаленную) работу по инициативе работодателя в исключительных случаях», который внес изменения и дополнил статьями главу 49.1 ТК»¹.

Мною было выделено 6 главных изменений в дистанционной работе:

1. Теперь у работодателя нет обязанности по отправлению бумажного варианта трудового договора дистанционному работнику. Исключением составляет случай, при котором работник обратился с таким заявлением, тогда работодатель должен отправить документ в течение 3 рабочих дней. Причем необязательно почтой заказным письмом с уведомлением (как это было в прошлой редакции), сейчас закон не ограничивает работодателя в выборе способа доставки договора, в связи с чем можно воспользоваться и курьерской службой, как пример. Аналогичное положение действует и для заверенных копий своих документов, то есть они могут быть предоставлены любым способом.

2. Трудовую книжку на дистанционного сотрудника сейчас ведут по его желанию, если он принесет ее лично или отправит почтой заказным письмом. Прописывать в договоре условие о том, что трудовая книжка не ведется теперь нельзя.

3. Сотрудник может использовать как усиленную квалифицированную, так и усиленную неквалифицированную электронную подпись (ранее – подпись документов совершалась только квалифицированной электронной подписью). Причем только в определенных документах: трудовом договоре и дополнительных соглашениях; договоре о материальной ответственности; ученическом договоре; документах о внесении изменений и расторжении указанных договоров.

4. Ознакомление работника с локальными документами теперь может происходить в любой форме под подпись. Например, по электронной почте, через мессенджеры (ранее – лично под подпись либо обменивались электронными документами с ЭЦП- электронной цифровой подписью).

5. Заявления, объяснения и другие документы работник может направить любым способом, который принят в организации. То есть по электронной почте, положить в сетевую папку и т.д. (ранее – в форме электронного документа с ЭЦП- электронной цифровой подписи).

6. Копию приказа об увольнении нужно направить сотруднику в течение 3 рабочих дней со дня, когда издали приказ (ранее – в тот же день).

Федеральный закон от 08.12.2020 № 407 не только поменял правила взаимодействия с дистанционными работниками, но и дополнил новыми положениями в ТК РФ:

1. На законодательном уровне установлено, что понятие «дистанционная работа» и «удаленная работа» – это синонимы.

До принятия закона в Письмах Министерства труда² отмечалось, что удаленная и дистанционная работа на дому – различные формы. В этом же нормативном акте отмечается, что при удаленной работе – работодатель издает соответствующий приказ о временном переходе сотрудников на удаленную работу на дому (на период мероприятий, направленных на нераспространение новой коронавирусной инфекции); Для перехода сотрудника на дистанционную работу нужно заключить с ним дополнительное соглашение к трудовому договору в соответствии с Трудовым кодексом.

2. Дополняется понятие «дистанционный работник». При определении понятия «дистанционный работник» новый закон указывает, что это лицо, выполняющее работу и взаимодействующее с работодателем не только посредством информационно-телекоммуникационных сетей (Интернета), но и сетей общего пользования. Таким образом, к дистанционной работе теперь относится и взаимодействие с персоналом по телефону, с помощью SMS и т.д.

3. В трудовом договоре или дополнительном соглашении можно предусмотреть, что работника принимают или переводят на дистанционную работу в трех вариантах: постоянно, временно, периодически.

¹ Федеральный закон от 08.12.2020 № 407-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в части регулирования дистанционной (удаленной) работы и временного перевода работника на дистанционную (удаленную) работу по инициативе работодателя в исключительных случаях» // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.02.2021).

² Письмо Минтруда России от 23.04.2020 № 14-2/10/П-3710 О направлении Рекомендаций по применению гибких форм занятости в условиях предупреждения распространения новой коронавирусной инфекции на территории РФ // СПС «КонсультантПлюс».

Дистанционная работа на постоянной основе. Это такой вид организации работы, когда сотрудник постоянно работает вне офиса, у него отсутствует стационарное рабочее место. В то же время, если работодателю важно, чтобы работник выполнял свои трудовые функции в конкретном месте, например, дома, то данное условие надо прописать в самом трудовом договоре.

Временная дистанционная работа. При такой организации работы сотрудник в течение определенного периода времени работает дистанционно, а после окончания этого периода возвращается на работу в офис. При этом, продолжительность периода временной дистанционной работы – ограничена и не должна превышать шести месяцев.

Периодическая дистанционная работа. В первоначальной редакции законопроекта об удаленной работе использовалось понятие «комбинированной дистанционной работы», но в Трудовой кодекс данный термин не был включен. При такой организации работы сотрудник попеременно работает дистанционно и в офисе. И могут устанавливаться определенные дни присутствия работника на стационарном рабочем месте, а остальное время – дистанционная работа.

4. Согласно Письму Минтруда России от 23.04.2020 № 14-2/10/П-3710 – сотруднику нельзя снизить зарплату в связи с приемом или переводом на дистанционную работу¹. Аналогичное положение теперь установлено и на законодательном уровне в Трудовом кодексе.

5. Теперь работодатель обязан переводить сотрудников на дистанционную работу временно, если существует угроза их жизни и здоровью, а также при принятии соответствующих решений региональными органами власти. Для этого нужно принять Положение о временном переводе работников на дистанционную работу. При этом, согласие работника на перевод на дистанционную работу в указанных ситуациях не требуется и внесение изменений в трудовой договор также не предусматривается.

6. Новелла закона – время взаимодействия дистанционного работника с работодателем включается в рабочее время. Данная норма разрешила вопросы необходимости оплачивать время рабочих совещаний, передачи поручений работникам. Теперь все эти процессы отнесены к рабочим и подлежат оплате.

7. Законодателем установлены дополнительные основания прекращения трудового договора. Так, помимо общих оснований, трудовой договор с дистанционным работником может быть расторгнут, если работник без уважительной причины не взаимодействует с работодателем более двух рабочих дней подряд со дня поступления соответствующего запроса работодателя. А также трудовой договор с работником, выполняющим дистанционную работу, но только на постоянной основе, может быть прекращен в случае изменения работником местности выполнения трудовой функции, если это влечет невозможность исполнения работником обязанностей по трудовому договору на прежних условиях.

Таким образом, пандемия и вынужденный массовый перевод сотрудников на удаленную работу выявили значительные пробелы в трудовом законодательстве. Но благодаря принятию нового закона с начала 2021 года, во-первых, работники стали более защищенными от дискриминации в части оплаты и условий труда; во-вторых, дополнены возможности и работодателей (теперь в установленных законом случаях они могут принудительно отправлять своих сотрудников на дистанционную работу, а также дополнены условия увольнения по собственной инициативе работодателя за нарушение порядка дистанционного взаимодействия); в-третьих, улучшен механизм электронного документооборота.

¹ «Письмо Минтруда России от 23.04.2020 № 14-2/10/П-3710 «О направлении Рекомендаций по применению гибких форм занятости в условиях предупреждения распространения новой коронавирусной инфекции на территории РФ» // СПС «КонсультантПлюс».

Кульпин А. А.

Санкт-Петербургский юридический институт (филиал)

Университета прокуратуры РФ,

студент

О необходимости расширения круга субъектов трудового права, как следствие цифровизации в период пандемии COVID-19

Начиная с 30 марта 2020 года рядом указов президента РФ¹²³ вплоть до 8 мая 2020 года в целях обеспечения санитарно-эпидемиологического благополучия населения на территории Российской Федерации в связи с распространением новой коронавирусной инфекции (COVID-19) были объявлены нерабочие дни и переход на дистанционную работу, в связи с чем наблюдалось непрерывное снижение доходов и, как следствие, сокращение рабочих мест на фоне развития цифровых технологий, все глубже проникающих в различные сферы общества, оказавших непосредственное влияние на дифференциацию регулирования трудовых отношений, и как следствие увеличение числа лиц, вынужденных искать рабочие места на интернет-платформах⁴. Данная тенденция явно демонстрирует неготовность отечественных работников и работодателей к цифровизации рабочего процесса, из чего следует, что утвержденная Указом Президента Российской Федерации от 10.10.2019 № 490 «Национальная стратегия развития искусственного интеллекта на период до 2030 года»⁵ и утвержденная распоряжением Правительства Российской Федерации 28.07.2017 № 1632-р программа «Цифровой экономики Российской Федерации»⁶, включающая в себя ряд федеральных проектов, в сложившейся ситуации оказались малоэффективными и неспособными адаптироваться к происходящим изменениям, принеся пользу лишь тем работникам и работодателям, кто уже ранее использовал удаленную работу.

Между тем, наиболее востребованными в период пандемии на территории Российской Федерации оказались работники, трудящиеся в условиях нетипичной занятости, например, на базе интернет-сервисов доставки еды и медикаментов («ЯндексЛавка», «ДеливериКлуб», «Самокат»), а также интернет-сервисов транспортировки («ЯндксТакси», «Убер»). Доля лиц, работающих в рамках такой формы занятости, по данным Международной организации труда составляет более половины общего количества трудящихся и продолжает увеличиваться⁷. Формально эти лица, например, водители и курьеры которых не являются работниками, ввиду отсутствия заключенных с ними трудовых договоров, в связи с чем они не являются субъектами трудовых правоотношений, и как следствие, на них не распространяются классические методы воздействия на работников, закрепленные в Трудовом Кодексе Российской Федерации. В этой связи электронная математическая модель выстраивания рейтингов становится

¹ Указ Президента РФ от 25 марта 2020 г. № 206 «Об объявлении в Российской Федерации нерабочих дней» // СПС «КонсультантПлюс».

² Указ 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)» // СПС «КонсультантПлюс».

³ Указ Президента РФ от 28.04.2020 № 294 «О продлении действия мер по обеспечению санитарно-эпидемиологического благополучия населения на территории Российской Федерации в связи с распространением новой коронавирусной инфекции (COVID-19)» // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Hernández M. El futuro de la seguridad y salud en el trabajo: perspectiva política y normativa. Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, 2020, no 1, P. 150

⁵ Указ Президента РФ от 10 октября 2019 г. № 490 «О развитии искусственного интеллекта в Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Распоряжение Правительства Российской Федерации 28.07.2017 № 1632-р «Об утверждении программы «Цифровая экономика Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

⁷ Нестандартные формы занятости. Анализ проблем и перспективы решения в разных странах. Обзорная версия. Женева, 2017. : URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_554952.pdf (дата обращения: 25.01.2021)

единственным методом воздействия¹, тем самым из сферы трудового права выпадает значительное количество работников, лишенных социальных гарантий, путем автоматического прекращения допуска лица к платформе при снижении рейтинга ниже допустимого.

При этом повсеместное распространение интернет-платформ при отсутствии законодательного закрепления социальных гарантий лиц, выполняющих работу на их основе, а также законного закрепления понятия и деятельности интернет-платформ, свидетельствующие о пробеле в праве², способствовали формированию судебной практики, в которой истцы и их представители стремятся доказать наличие трудовых отношений.

В этой связи мы полагаем, что для разрешения данной проблемы на фоне интенсивного роста уровня технологического развития общества и распространения прекаризации³ новыми правовыми нормами, в первую очередь необходимо обратиться к зарубежному опыту. Так, еще в 2019 году экспертной группой Европейской комиссии был опубликован доклад изучения влияния цифровой трансформации на рынки труда⁴, суть которого сводится к необходимости адаптации трудовых отношений к новым реалиям в целях предотвращения рисков для безопасности и гигиены труда. При этом в различных правовых системах процесс включения норм о занятости на основе интернет-платформ в трудовое законодательство уже осуществляется, хотя и по-разному. Если в европейских странах (Германия, Швеция) только лишь разрабатываются и принимаются поправки в законы о труде, распространяющие действие трудовых отношений и на наемных работников, и на зависимых самозанятых, осуществляющих свою деятельность посредством интернет-платформ⁵, то в США уже формируются судебные прецеденты, позволяющие квалифицировать описываемые нами отношения как трудовые. Более того, ярким примером проведения в США описанных ранее реформ является внесенный в 2019 году в Конгресс США законопроект об разумном использовании искусственного интеллекта в сфере труда – «AI Jobs Act»⁶, суть которого заключается во включении изменений возможностей работников и работодателей вследствие распространения систем искусственного интеллекта на производстве.

Исходя из зарубежного опыта, полагаем, что для разрешения данной проблемы наиболее целесообразным будет внесение поправок в ранее упомянутую программу «Цифровой экономики Российской Федерации», утвержденную распоряжением Правительства Российской Федерации 28.07.2017 № 1632-р, цель которой направлена на трансформацию рынка труда, опирающегося на требования цифровой экономики, и создание системы мотивации по освоению необходимых цифровых компетенций. При этом, также неразрешенной проблемой остается функционирование электронной математической модели выстраивания рейтингов водителей и курьеров, на базе которой возможно выставление низких рейтингов в связи с абсурдными, необоснованными и nepозволительными в гражданском обществе причинами – внешний вид водителя или транспорта, некачественная работа интернет-платформ, расовая принадлежность водителя или курьера, и др.

Принимая во внимание все изложенное выше, можно прийти к выводу, что качество рассмотренных выше вопросов свидетельствует о том, что законодатель либо использует юридические средства с открытым содержанием, конкретизация которых переносится на уровень правоприменения, либо не стремится предавать правовое значение

¹ Kennedy E. Employed by an algorithm: labor rights in the on-demand economy. *Seattle UL Review*, 2016, vol. 40, P. 998.

² Пробел в праве – это полное или частичное отсутствие правовых установлений (норм), необходимость которых обусловлена развитием социальной жизни и потребностями практического решения дел, основными принципами, политикой, смыслом и содержанием действующего законодательства, отвечающего правовым требованиям, а также иными проявлениями прав, вытекающими из природы вещей и отношений.

³ Прекаризация труда (от лат. *precarium* – сомнительный, опасный, нестабильный) – это переход от длительных трудовых отношений к неустойчивым формам занятости, ведущий к потере трудящимся значительной части социально-трудовых прав.

⁴ Final report of the High-Level Expert Group on the Impact of the Digital Transformation on EU Labour Markets : URL: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/policy-and-investment-recommendations-trustworthy-artificial-intelligence> (дата обращения: 25.01.2021).

⁵ Филипова И. А. Трудовое право: вызовы информационного общества // *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2020. № 2. С. 162–182.

⁶ AI Jobs Act. Available : URL: <https://www.congress.gov/116/bills/hr827/BILLS-116hr827ih.pdf> (дата обращения: 25.01.2020).

этим вопросам, в связи с чем изменения в сфере труда как следствие процессов цифровизации вызывают потребность в изменении правового регулирования, делая необходимым пересмотр ряда положений трудового законодательства.

Логинова К. Ю.

*Мордовский государственный университет имени Н. П. Огарёва,
магистрант*

Особенности установления внутреннего трудового распорядка у дистанционных работников

Современный этап экономики сопровождается преобразованиями социальной структуры российского общества. Мировая финансовая экономическая ситуация влияет на развитие не только экономики, но и на развитие социально-трудовых отношений, повышение эффективности производства, устойчивый экономический рост. В современном обществе интенсивнее растет количество дистанционных работников. Объясняется такой рост тем, что современные технологии дают возможность работникам осуществлять рабочую деятельность вне места нахождения работодателя. Но у работодателей возникает логичный вопрос, как регулировать и держать под контролем рабочий процесс этой особой категории работников.

Действующее законодательство о труде создает необходимые условия для регулирования классических трудовых отношений на уровне организации. Инструментом такого регулирования является внутренний трудовой распорядок организации (далее – ВТР), понимаемый как установленный нормами трудового права, в том числе в локальных нормативных актах, порядок поведения участников трудового правоотношения в процессе трудовой деятельности в каждой конкретной организации, учитывающий цели и задачи ее деятельности, а также особенности условий применения труда в ней¹.

Внутренний трудовой распорядок составляет важнейшую часть правопорядка современного общества, неотъемлемую конститутивную черту и свойство коллективного труда. Еще Л. С. Таль в работе «Трудовой договор»² в качестве особенности трудового договора называл наличие у предприятия этого особого порядка, не создаваемого трудовым договором, а присущего предприятию как особому социальному образованию. Учение о ВТР получило завершенные черты в советский период развития трудового права, когда окончательно утвердился нормативистский подход к его определению, очерчена сфера его действия и установлена связь с дисциплиной труда.

Применим ли этот традиционный инструмент для дистанционных работников и как он должен определяться для них?

Труд дистанционных работников регулируется главой 49.1 Трудового кодекса Российской Федерации (далее – ТК РФ)³, устанавливающей особенности применения общих норм трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права, к дистанционным работникам. Изучив нормы гл. 49.1 ТК РФ, мы пришли к выводу, что ВТР дистанционных работников безусловно существует, но он должен устанавливаться несколько иными актами, чем у стационарных работников. Кроме того, здесь смещены акценты: он устанавливает, в первую очередь, правила взаимоотношений самого работника и работодателя, будучи безусловной основой трудовых отношений между ними, а, во вторую очередь, правила взаимоотношений иных работников между собой в процессе осуществления трудовой деятельности. Однако даже сами взаимоотношения дистанционного работника с работодателем строятся с большей долей усмотрения работника. Статья 312.4 ТК РФ гласит, что «если иное не предусмотрено коллективным договором, локальным нормативным актом, трудовым договором, дополнительным соглашением к трудовому договору, режим рабочего времени дистанционного работника устанавливается таким работником по своему усмотрению». Получается, работодатель по умолчанию не вправе контролировать поведение работника в процессе трудовой деятельности, имея

¹ Фахрутдинова Т. М. Внутренний трудовой распорядок организации (правовые вопросы). Томск, 2006. С. 3. . ЭБ Российская государственная библиотека [сайт]. URL: <https://dlib.rsl.ru/01003042686> (дата обращения: 22.12.2020).

² Таль Л. С. Трудовой договор. Цивилистическое исследование : в 2 т. М. : Статут, 2006. Т. 2: Внутренний правопорядок хозяйственных предприятий. С. 154.

³ «Трудовой кодекс Российской Федерации» от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 29.12.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

только безусловную возможность прекратить трудовые отношения в случае невыхода дистанционного работника на связь в течение двух дней подряд. Если у работодателя стоит задача четко регламентировать аспекты трудовой деятельности своего дистанционного работника он вынужден максимально задействовать договорное или локальное регулирование.

Подчеркнем, что такие правила – результат значительной проработки нормативной и законодательной базы в области регулирования дистанционной работы в связи с вызовами пандемии COVID-19 2020 года. Новые правила главы 49.1 ТК РФ вступили в силу с 1 января 2021 года¹. Нововведения коснулись многих сфер, но безусловно, они затронули вопросы регулирования внутреннего трудового распорядка организации, в том числе перечень локальных нормативных актов, их фиксирующий. Если первоначальная редакция гл. 49.1 ТК РФ требовала описания всех условий дистанционного труда исключительно в трудовом договоре, в действующей редакции появилась возможность регламентации условий дистанционной работы единообразно для многих работников в коллективном договоре либо локальном акте. В частности, предусмотрена разработка положения о дистанционной (удаленной) работе, что облегчает работодателю процесс корректировки условий дистанционной занятости, так как намного легче внести изменения в единый локальный нормативный акт, чем перезаключать трудовые договоры (далее – ТД) с несколькими работниками. В этом документе работодателю важно регламентировать вопросы взаимодействия работника и работодателя, в том числе правила обмена данными и документацией между дистанционным работником и работодателем; определить вид используемой работником подписи для документов разного вида; установить способ фиксации доставки информации до другой стороны трудового отношения.

В качестве метода обеспечения дисциплины труда дистанционных работников, фиксация которого тоже целесообразна в положении о дистанционной работе, следует рассматривать специфические основания прекращения трудовых отношений с ними. Их обзор произведен И. П. Чирановой. Автор отмечает, что на смену ст. 312.5 ТК РФ, позволяющей работодателю согласовывать с дистанционным работником дополнительные основания для прекращения трудовых отношений пришла ст. 312.8 (невыход на связь в течение двух дней с момента поступления запроса либо изменение места выполнения трудовой функции, влекущее невозможность исполнения обязанностей на прежних условиях), закрепившая два дополнительных основания увольнения, процедура увольнения по которым должна устанавливаться работодателем самостоятельно с соблюдением требований законности и обоснованности².

Если работодателем планируется временный перевод работников на дистанционный (удаленный) режим работы, требуется разработка локального нормативного акта, где необходимо обозначить: исключительное обстоятельство, которое стало основанием для перевода работников на дистанционную работу; список временно переводимых работников поименно с указанием должности; срок перевода, который не должен превышать периода действия обстоятельства, ставшего причиной перевода; порядок обеспечения работников техническими и иным средствами для работы; порядок возмещения работникам затрат в случае использования для работы своего имущества, а также компенсации иных расходов, связанных с выполнением дистанционной работы; режим рабочего времени, в том числе рабочее время, в течение которого работники должны быть доступны для связи с работодателем; порядок и способ взаимодействия, которые позволяли бы достоверно определить отправителя сообщения; порядок и сроки, в которые работники должны представлять отчет о работе; иные вопросы организации временной дистанционной работы³.

В связи с вступившими изменениями в ТК РФ потребуется и внесение изменений в уже действующие локальные нормативные акты, в частности, в правила внутреннего трудового распорядка. Так, в таблице 1 отметим локальные нормативные акты, которые требуют корректировки на основе изменений относительно дистанционной работы.

Итак, главной особенностью установления внутреннего трудового распорядка для дистанционных работников следует считать необходимость поиска баланса между договорным и локальным регулированием их труда, а также его

¹ Иванова А. Долгожданные поправки в ТК по удаленке. Как 10 главных изменений в вашей работе. // Трудовые споры. 2020. № 12.. URL: <https://e.tspor.ru/857368> (дата обращения: 19.01.2021).

² Чиранова И. П. Дистанционная работа новые подходы к регулированию // Проблемы экономики и юридической практики. 2020. № 6. С. 215. [] URL: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=44515087> (дата обращения: 31.01.2021).

³ Иванова А. Долгожданные поправки в ТК по удаленке. Как 10 главных изменений в вашей работе // Трудовые споры. 2020. № 12.. URL: <https://e.tspor.ru/857368> (дата обращения: 19.01.2021).

надлежащее и своевременное отражение в текстах коллективного и трудового договоров и требуемых локальных нормативных актах.

Таблица 1 – Коррективы локальных нормативных актов работодателя

локальный акт	необходимые корректировки
правила внутреннего трудового распорядка	регламентация видов дистанционной работы, которые будут применяться у работодателя, правила приёма и увольнения, режим работы
положение об оплате труда	указание размеров и сроков выплаты компенсации за использование своего компьютера или другого оборудования для работы
положение об аттестации	определение порядка проведения аттестации и правил оценки дистанционных работников
положение о работе с персональными данными	регламентация порядка и способов передачи работником документов, содержащих их персональные данные, и правил их хранения в организации
регламенты работы отделов	регламентация правил получения работниками заданий и представления отчетов об их исполнении

Магомедов Х. А.

*Северо-Кавказский филиал Всероссийского государственного университета юстиции (РПА Минюста России),
студент*

Актуальные проблемы социальной защиты инвалидов на территории Дагестана

Гарантию соблюдения прав человека и свободы граждан Российской Федерации обеспечивает основной закон – Конституция, а на региональном уровне – это Конституция субъекта Федерации.

Именно на конституционно-правовых нормах по правам и свободам человека базируется социальная защита населения, включая и такую категорию граждан как инвалиды. Государство должно создавать для них комфортные условия во всех жизненных ситуациях, что является его прямой обязанностью. «К инвалидам относятся лица с нарушениями здоровья, которое включает стойкие расстройства функций организма, которые обусловлены заболеваниями, вызваны последствием травм или дефектов, и которые привели в итоге к ограничениям жизнедеятельности, вызывая необходимость социальной защиты такого лица»¹.

Инвалиды разделяются на две категории: дети и взрослые. Закон от 24 ноября 1995 г. № 181-ФЗ «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации» (ред. от 23.11.2020) является в этой области первым нормативно-законодательным актом. Данный Закон определяет общее понятие «инвалидность», отдельно для детей и взрослых. Ранее инвалидность у взрослых признавалась лишь при снижении или утрате трудоспособности, что являлось результатом травмы или болезни, а инвалидность детей определялась только по перечню медицинских показаний. В соответствии со статистическими данными по Республике около 70 % инвалидов относятся к группе малообеспеченных слоев населения. Кроме этого, бедность часто является не только следствием, но и причиной инвалидности. Обзор статистических данных здравоохранения Республики показал, что инвалидность распространена в муниципалитетах и населенных пунктах с наиболее низким уровнем дохода.

Таким образом, одной из мер профилактики инвалидности является повышение уровня доходов населения. Необходимо отметить, что крайне актуальной проблемой в Республике Дагестан выступает практическое отсутствие инфраструктуры в большинстве населенных пунктов. Данная проблема для детей-инвалидов особенно обострена.

¹ Федеральный закон от 24.11.1995 № 181-ФЗ (ред. от 23.11.2020) «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

В Республике Дагестан практически нет общественного транспорта для детей с ограниченными возможностями, который бы был специально адаптирован для целей, например, перевозки их в школу или больницу.

Проблемы с транспортным обслуживанием тесно связаны с вопросом доступности транспорта для инвалидов, относящейся к общей доступной для инвалидов среде жизнедеятельности. Кроме этого, технические возможности большинства инвалидных колясок делают просто невозможным подъем в жилых домах и учреждениях. И даже с учетом того, что многие учреждения обязаны создавать условия для перемещения инвалидов, а новые дома строятся уже с учетом новых стандартов, на деле же данные требования выполняются больше фиктивно.

Пандусы вроде бы и есть – но их размер и расположение не облегчают, а, зачастую наоборот, затрудняют передвижение инвалидов.

В настоящее время Республика Дагестан относится к регионам, где значительному количеству людей с ограниченными возможностями не предоставляется необходимая помощь в целях возвращения к нормальной общественной, трудовой и даже семейной жизни, которая им крайне необходима. Причина чаще всего связана с тем, что правовые регулирующие нормы, которые обеспечивают реализацию требований в трудоустройстве инвалидов (в частности, полное приспособление рабочих мест, разработка инструментов, станков и оборудования специально для инвалидов), являются малоэффективными.

В основном ведомственный характер носят действующие в этой области нормативные акты, они не имеют определенной систематизации. Кроме этого, как на федеральном, так и на региональном уровнях нет единого типового документа, который мог бы объединить все вопросы по проектированию и оснащению рабочих мест для инвалидов¹.

Серьезный недостаток в реабилитации инвалидов – неразвитая правовая база на уровне Республики Дагестан. Ее реализация и развитие сдерживается, так как отсутствует должное финансирование мероприятий по реабилитации инвалидов. В данном регионе предстоит сложная работа (информационная, финансовая, организационная и правовая) по обеспечению конкретных действий в сфере социальной поддержки граждан с ограниченными возможностями здоровья, а также их доступности ко всем возможным услугам общественной жизни.

Основными направлениями этой работы является процесс приведения в соответствие с запросами инвалидов сферы медицины, труда, образования, различных услуг (в том числе и социальных).

Таким образом, подводя итог можно сказать, что на уровне Республики Дагестан, в первую очередь, необходим закон, который законодательно мог бы закрепить реабилитационные права инвалидов, охарактеризовать комплекс действенных мер, предусматривающих реализацию медицинской и профессиональной реабилитации, урегулировать порядок финансирования сферы реабилитации в целях повышения ее эффективности.

Главной целью социальной защиты является то, чтобы у инвалидов не просто «были права», но и существовала возможность в полной мере их реализовать. Именно к выполнению такой задачи обязано стремиться общество и государство.

¹ Белясов С. Н. Социальная защита инвалидов, как обязанность государства // Государство и право: теория и практика : материалы Междунар. науч. конф. Два комсомольца. 2018. С. 76–80.

Нилова П. Е.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Нормы-льготы и нормы, стимулирующие занятость пенсионеров и предпенсионеров: *de lege lata* и *de lege ferenda*

Пенсионеры по возрасту – это «лица, достигшие пенсионного возраста, которым в соответствии с пенсионным законодательством назначена пенсия по возрасту (по старости)»¹. Согласно Закону «О занятости населения в РФ»² предпенсионерами считаются лица, достигшие предпенсионного возраста, то есть за пять лет до наступления возраста, дающего право на страховую пенсию по старости. В связи с пенсионной реформой 2018 года сейчас нет единого пенсионного и предпенсионного возраста, он зависит полностью от года рождения самого лица, в отношении которого ведется правовой спор.

Очевидно, что люди, которые через какое-то время, возможно, уволятся, чья трудоспособность снижается, являются нежеланными работниками: проще уволить такого человека и найти замену в лице более молодого специалиста. В связи с этим законодатели предусмотрели определённые преимущества для лиц пенсионного и предпенсионного возраста в трудовой сфере, а именно: запрет дискриминация работников по возрасту (ст. 3 ТК); возможность заключения срочного трудового договора по соглашению сторон с пенсионерами (ст. 59 ТК); уголовная ответственность за необоснованный отказ в приеме на работу или необоснованное увольнение с работы лица по мотивам достижения им предпенсионного возраста (ст. 144.1 УК); и другие.

Данные нормы можно назвать дифференцирующими. Однако, случается, что такие нормы могут причинить больше вреда, чем пользы.

Я считаю, таким примером является право работодателя заключить срочный трудовой договор с пенсионером. В ПП ВС РФ от 17.03.2004 № 2 «О применении судами РФ Трудового кодекса РФ» и Определении КС РФ от 15 мая 2007 г. № 378-О-П «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Амурского городского суда Хабаровского края о проверке конституционности положения статьи 59 ТК РФ» (далее – Определение КС № 378) приведена аргументация пользы данной нормы. Однако Определение КС № 378 сопровождается особым мнением судьи Конституционного Суда РФ О.С. Хохряковой, которая подчеркивала, что данная норма лишь ухудшает положение пенсионеров, т. к. заключение срочных трудовых договоров ставит работников в жесткую зависимость от работодателя, а нынешняя ситуация на рынке вынуждает пенсионера соглашаться на работу на невыгодных для него условиях. Стоит также отметить то, что заключение с пенсионерами по возрасту срочного трудового договора ограничивает равные возможности реализации способностей к труду, т. к. объективные причины заключения именно срочного трудового договора отсутствуют, и при прочих равных условиях с другим лицом будет заключен бессрочный трудовой договор. Таким образом очевидно, что положение ст. 59 ТК РФ о праве заключения с пенсионерами срочного трудового договора однозначно не несёт положительный эффект, т. к. ставит пенсионеров в достаточно жесткие рамки и приводит к зависимости от работодателя.

Положение ст. 144.1 УК РФ также неоднозначно. Работодатель будет нести ответственность за данное деяние только в случае, когда доказан его дискриминационный мотив³. Доказать этот мотив возможно двумя способами: 1. наличие в трудовой книжке записи о том, что работник уволен по такому мотиву 2. наличие доказательств того, что трудовой договор был расторгнут по инициативе работника по принуждению работодателя (ПП ВС РФ № 46). Очевидно, что поиск таких доказательств очень затруднен. Также стоит отметить, что результате исследования было найдено всего

¹ Определение КС РФ от 15 мая 2007 г. № 378-О-П «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Амурского городского суда Хабаровского края о проверке конституционности положения статьи 59 Трудового Кодекса Российской Федерации» // «Вестник КС РФ», № 6, 2007 г.

² Абзац 5 п. 2 ст. 5 Закона РФ от 19.04.1991 «О занятости населения в Российской Федерации» № 1032-1 // С РФ, № 17, 22.04.1996, ст. 1915.

³ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 46 «О некоторых вопросах судебной практики по делам о преступлениях против конституционных прав и свобод человека и гражданина (статьи 137, 138, 138.1, 139, 144.1, 145, 145.1 Уголовного кодекса Российской Федерации)» // РГ, № 1, 09.01.2019 (далее – ПП ВС РФ № 46).

6 судебных дел по данной статье. И в каждом суд отказывал в удовлетворении требований. В итоге, считается, что данная статья играет превентивную роль. При этом данное положение стимулирует работодателя увольнять работников, во-первых, до достижения такого возраста, а во-вторых, указывая другую причину (что более действенно). По моему мнению, в итоге предпенсионеры будут уволены ещё раньше. А значит, ст. 144.1 УК не имеет какой-то реальной значимости в превенции и играет более негативную роль, чем положительную.

Естественно, специальные, дифференцированные нормы необходимы для всесторонней реализации социальной политики любого государства. Но необходимы действенные нормы и положения, которые не ставили бы лиц, нуждающихся в дополнительной защите, в более незащищённое положение или зависимое.

Стоит также обратить внимание на положения и нормы, которые существуют для других социальных групп, нуждающихся в дополнительной защите, но при этом они не введены для пенсионеров и предпенсионеров на федеральном уровне, и которые, по моему мнению, должны быть введены.

Первым таким примером является квотирование. Региональный законодатель закрепляет группы для квотирования рабочих мест: по требованию федерального законодателя обязательное квотирование введено для инвалидов¹, несовершеннолетних²; другие же социальные группы законодательный орган субъекта РФ определяет сам. Некоторые субъекты устанавливают квотирование рабочих мест и для предпенсионеров (например, Республика Дагестан³, Приморский край⁴, Липецкая область⁵ и др.). В ходе исследования я не смогла найти нормативного акта субъекта РФ, где квотирование мест предполагалось для пенсионеров. Стоит отметить, что в 2015 году в Государственную Думу РФ был внесён законопроект № 736673-6 «О квотировании рабочих мест»⁶, в котором предлагалось введение квотирования рабочих мест для лиц, достигших пенсионного возраста.

Следующим пунктом является индексация пенсий. В соответствии со ст. 15 ФЗ от 28.12.2013 № 400-ФЗ «О страховых пенсиях»⁷ (далее – ФЗ № 400) размер страховой пенсии по старости равен сумме произведения индивидуального пенсионного коэффициента и стоимости одного пенсионного коэффициента по состоянию на день, с которого назначается страховая пенсия по старости и фиксированной выплате к страховой пенсии. Согласно п. 6 ст. 16 ФЗ № 400 «размер фиксированной выплаты к страховой пенсии подлежит ежегодной индексации с 1 февраля на индекс роста потребительских цен за прошедший год». Однако данная индексация предполагается только для неработающих (по трудовому договору) пенсионеров в соответствии с п. 1 ст. 26.1 ФЗ № 400. КС отстаивает право законодателя вводить подобные положения, не видит противоречий с существующими законами и декларирует объективную обоснованность данных положений⁸. Я считаю, что КС не прав, т. к. не оценил полностью существующую

¹ Статья 21 Федерального закона от 24.11.1995 № 181-ФЗ «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации» // СЗ РФ, 27.11.1995, № 48, ст. 4563.

² Пункт 2 ст. 11 Федерального закона «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации».

³ Закон Республики Дагестан от 15.11.2019 № 99 «О квотировании рабочих мест в Республике Дагестан» // Дагестанская правда, № 313-315, 21.11.2019

⁴ Закон Приморского края от 06.03.2019 № 460-КЗ «О квотировании рабочих мест для граждан, особо нуждающихся в социальной защите, в Приморском крае» // Приморская газета, спецвыпуск, № 19 (1649), 13.03.2019

⁵ Закон Липецкой области от 14.09.2000 № 104-ОЗ (ред. от 19.08.2019) «О квотировании рабочих мест для лиц, особо нуждающихся в социальной защите» // Липецкая газета, № 189, 22.09.2000 Стоит отметить, что данная категория граждан квотируется в Липецкой области с 2006 года.

⁶ Законопроект № 736673-6 «О квотировании рабочих мест».. URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=736673-6> (дата обращения: 26.01.2021).

⁷ Федеральный закон «О страховых пенсиях» от 28.12.2013 № 400-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс».

⁸ Определение КС РФ от 25 апреля 2019 г. № 1088-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Егера Александра Ивановича на нарушение его конституционных прав положениями федерального закона «О приостановлении действия отдельных положений законодательных актов, внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ и особенностях увеличения страховой пенсии, фиксированной выплаты к страховой пенсии и социальных пенсий» и статья 25 Федерального Закона «О страховых пенсиях» и др.

ситуацию на рынке. Во-первых, такое положение ведет к неформальной занятости¹. Во-вторых, лишение индексации фиксированной выплаты лишает пенсионеров бóльшего размера пенсии на нынешний год и соответственно на все последующие.

Последнее предложение, которое я хотела бы отразить в данной работе – это налоговые льготы для работодателей. Сейчас сохранилось совсем немного льгот. Например, в 25 главе Налогового Кодекса РФ² организации, использующие труд инвалидов (от общего числа работников они должны составлять не менее 50 процентов, а доля оплаты их труда составляет не менее 25 % от всех расходов на выплату заработных плат), направившие средства на цели, обеспечивающие социальную защиту инвалидов (п. 38 ч. 1 ст. 264 НК РФ), могут уменьшить полученные доходы на величину этих расходов (п. 1 ст. 247 НК РФ). Таким образом, такие организации платят меньше налог на прибыль, и работодатели заинтересованы в найме данной категории лиц. Похожим образом можно повысить заинтересованность работодателя в найме пенсионеров, предпенсионеров на работу. Например, при затратах на обеспечение социальной защиты пенсионеров не облагать данные расходы налогами.

В заключение хочу сказать, что в настоящее время законодательство РФ не полностью защищает труд пенсионеров и предпенсионеров, не полностью стимулирует работодателей привлекать данную категорию граждан к работе. Таким образом, необходимо провести дополнительные реформы по защите таких лиц, пересмотреть дифференцирующие нормы, добавить нормы, стимулирующие работодателей привлекать пожилых лиц к труду официально, а самих лиц работать по трудовому договору. Например, отменить положение абз. 2 п. 2 ст. 59 ТК РФ, ввести индексацию фиксированной выплаты для работающих пенсионеров (либо с полной выплатой этой индексации, либо без такой выплаты, но при уходе с работы у пенсионера должна быть платёжеспособная пенсия), ввести квотирование рабочих мест для предпенсионеров и пенсионеров, ввести налоговые льготы для работодателей, принимающих на работу пенсионеров и предпенсионеров. Также необходимо изучить опыт зарубежных стран и перенять подходящий для нашего государства опыт. Например, изменить значение термина «предпенсионный возраст», ввести специальные системы поощрения и наказания («бонус-малус»³) для работодателей принявших и уволивших лиц пожилого возраста.

Новикова А. В.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Соотношение дискриминации и моббинга в трудовом праве

Принцип равенства и равноправия, которому уделяется огромное значение государствами современности, предполагает запрет дискриминации системами национального и международного права. Так, Конституция России устанавливает равенство прав и свобод человека и гражданина, обращая внимание на охранительную функцию государства⁴. Ст. 7 Всеобщей декларации прав человека провозглашает право каждого на равную защиту от

¹ Колобова С. В., Сергеев Ю. С. Граждане старшего поколения как субъекты трудового права // Современное право. 2019. № 6. С. 78–82

² Налоговый кодекс Российской Федерации от 5 августа 2000 года № 117-ФЗ // СЗ РФ, 07.08.2000, № 32, ст. 3340.

³ Система «бонус-малус» была предложена в Австрии и заключалась в следующем: при найме работника старше 50 лет, компания приобретает право на получение «бонуса»; «малус» является противоположностью «бонуса» и выражается в обязанности представителей крупного и среднего бизнеса выплачивать в пользу государства определенный размер денежных средств, в случаях если работников в возрасте от 55 лет в этой компании будет недостаточно или если эти работники будут уволены. URL: <https://www.mondaq.com/Austria/Employment-and-HR/286242/Comeback-Of-The-Bonus-Malus-System-In-Austrian-Labour-Law> (дата обращения: 27.01.2021).

⁴ «Конституция Российской Федерации» (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

дискриминации¹, Международный пакт о гражданских и политических правах прописывает обязанность приобщённых к Пакту государств обеспечивать реализацию принципа равноправия², а Конвенция о защите прав человека и основных свобод прямо запрещает дискриминацию³. Можно уверенно утверждать, что основные правовые акты, распространяя своё действие на соответствующие правовые пространства, запрещают дискриминацию, воздействуя на отдельные отрасли права, которые должны следовать установленным принципам.

Особым образом запрет дискриминации установлен источниками трудового права, как отрасли с большим риском нарушения запрета дискриминации. Трудовой кодекс РФ определяет дискриминацию как ограничение в трудовых правах и свободах или получение какого-либо преимущества в зависимости от пола, расы, цвета кожи, национальности, языка, происхождения, имущественного, семейного, социального и должностного положения, возраста, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности или непринадлежности к общественным объединениям или каким-либо социальным группам, а также от других обстоятельств, не связанных с деловыми качествами работника⁴. Законодатель обозначает основные причины (причём, представлен открытый перечень, что влечёт обязанность суда определять наличие или отсутствие дискриминации исходя из обстоятельств конкретного дела), следствием которых является дискриминация, в то же время уточняя, что существенным признаком дискриминации предстаёт отхождение от понятия «деловые качества работника». Аналогичное разграничение определяет Конвенция МОТ № 111, подчёркивая, что различие, исключение или предпочтение, основанные на специфических требованиях, связанных с определенной работой, не считаются дискриминацией⁵. В национальном законодательстве присутствует пояснение, раскрывающее термин «деловые качества работника». Так, дискриминацией не считается рассмотрение способностей лица при приёме на работу, связанных с возможностью выполнения определенной трудовой функции, таких как профессионально-квалификационные качества (например, наличие определенной профессии, специальности, квалификации), личностные качества (например, состояние здоровья, наличие определенного уровня образования, опыт работы по данной специальности, в данной отрасли)⁶. Итак, выделяются обстоятельства дискриминации различного характера и на данный момент не существует их полного перечня в национальном законодательстве, в связи с чем пробел в праве отводится на разрешение судам.

В то же время, всё больше внимания в национальном трудовом праве привлекает термин «моббинг», который впервые был использован в 1958 году биологом К.Лоренцом для описания феномена группового нападения мелких животных на более сильного противника⁷. Моббинг (от англ. to mob-грубить, нападать толпой, травить)-способ психологического насилия в виде травли работника в коллективе, обычно имеющий целью провоцирование работника на увольнение по собственному желанию. Выразительную характеристику дал моббингу шведский исследователь Х. Лейман, назвав его «психологическим терроризмом»⁸. Также, учёный определил 45 вариаций поведения, наиболее типичных для моббинга, среди которых социальная изоляция, распространение необоснованных слухов, утаивание необходимой информации, высмеивание. Причины моббинга достаточно примитивны и даже инстинктивны: конкуренция с уже существующим авторитетом, непринятие навязываемого стиля поведения, – со стороны жертвы; зависть, желание унижить, подчинить, – со стороны противников. Зачастую предпосылками выступают устоявшиеся на рабочем месте черты системы: неприятие инакомыслящих, отсутствие возможностей кадрового продвижения и

¹ «Всеобщая декларация прав человека» (принята Генеральной Ассамблеей ООН 10.12.1948) // СПС «КонсультантПлюс».

² «Международный пакт о гражданских и политических правах» (Принят 16.12.1966 Резолюцией 2200 (XXI) на 1496-м пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН) // СПС «КонсультантПлюс».

³ «Конвенция о защите прав человека и основных свобод» (Заключена в г. Риме 04.11.1950) // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ «Трудовой кодекс Российской Федерации» от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 29.12.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Конвенция № 111 Международной организации труда «Относительно дискриминации в области труда и занятий» (принята в г. Женеве 25.06.1958 на 42-й сессии Генеральной конференции МОТ) // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17.03.2004 № 2 (ред. от 24.11.2015) «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

⁷ П. И. Сидоров. «Синдром моббинга: ментальная экология деструктивного профессиогенеза» // Экология человека. 2013. № 6. С. 33.

⁸ Leymann H. The content and development of mobbing at work // European Journal of Work and Organizational Psychology. 1996. № 5 (2). P. 165–184.

карьерного роста, игнорирование работодателем проблем в коллективе и др. Моббинг подрывает здоровье работника, представляющее совокупность физического, социального и душевного благополучия, снижает его работоспособность, отрывает от коллектива. Из-за большой опасности такого психосоциального риска как моббинг необходимо определиться с его положением в российском законодательстве и реализацией защитных мер на практике.

По своей сути моббинг является разновидностью дискриминации, так как ограничивает в трудовых правах и свободах работника по обстоятельствам, не связанным непосредственно с выполнением им трудовой функции. Например, в одной статье описывается, как работница, получившая под руководство серьёзный проект, столкнулась с распространением коллегами слухов о её нетрадиционной ориентации, что привело к психологической травле на работе и нервному срыву¹. В этом случае информация о личной жизни работника в совокупности с непринятием его карьерной победы другими коллегами стали отправной силой для десоциализации работника в рабочем коллективе. Подобные ситуации не редки в национальной практике, но при этом Трудовой кодекс Российской Федерации не содержит прямых норм, направленных на защиту работника от моббинга. Такое упоминание есть лишь в ГОСТе Р 55914-2013 «Национальный стандарт Российской Федерации. Менеджмент риска. Руководство по менеджменту психосоциального риска на рабочем месте»², который включает в себя определение моббинга и указания на создание системы оценки психологических рисков на рабочем месте (превентивная мера). Но ГОСТ носит рекомендательный характер, его положения на практике почти не реализуются. Судебная практика о рассмотрении дел с определением моббинга ничтожно мала, из-за смешения понятий моббинга и дискриминации в соответствии с действующим законодательством. В сравнении с Францией, где защита от преследования на рабочем месте осуществляется на основании прямых указаний закона, а определение моббинга официально закреплено как в трудовом, так и в уголовном законодательстве, национальный законодатель упускает из сферы федерального регулирования вопрос защиты психологического здоровья работника, что, несомненно, видится недопустимым.

Примечательно, что выделяется два направления моббинга: вертикальный (боссинг), когда «психологический терроризм» в отношении работника исходит от руководителя, и горизонтальный (буллинг), когда агрессорами выступают коллеги. Эти виды моббинга позволяют понять, насколько разносторонним и опасным для работника может быть психосоциальный риск. В этом аспекте стоит отметить, что понятие дискриминация чаще всего используется в вертикальном направлении, так как понимается фактически реальной, юридической возможностью вышестоящего лица повлиять на осуществление законных трудовых прав работником. В частности, поэтому моббинг является особой разновидностью дискриминации и предстаёт самостоятельным термином.

В результате анализа действующего законодательства и судебной практики, а также исходя из того, что моббинг является особой разновидностью дискриминации, предлагается возможным введение следующего определения в Трудовом кодексе Российской Федерации: «Моббинг-повторяющееся целенаправленное преследование, оскорбление, десоциализация работника, негативно влияющие на его здоровье и выполнение им трудовой функции».

Кроме того, статья 22 Трудового кодекса РФ³ устанавливает обязанность работодателя обеспечивать безопасность и условия труда, соответствующие государственным нормативным требованиям охраны труда. Видится значимым добавить к статье 212, раскрывающей упомянутое положение, обязанность работодателя по созданию безопасной психосоциальной атмосферы на рабочем месте. Такое требование может реализовываться, в частности в создании и регулярной проверке работодателем системы оценки психологических рисков на рабочем месте.

Таким образом, автор полагает, что понятие моббинг в национальном законодательстве должно найти закрепление в федеральном законе и рассматриваться как особый вид дискриминации. Значимо обезопасить наше общество от моббинга и иметь реальные инструменты защиты жертв моббинга на практике.

¹ «Боссинг, аутизм и дискриминация. Что делать, если травят на работе?» URL: <https://zvzda.ru/articles/c3f8e4c0262f> (дата обращения: 10.02.2021).

² ГОСТ Р 55914-2013 «Национальный стандарт Российской Федерации. Менеджмент риска. Руководство по менеджменту психосоциального риска на рабочем месте» (утв. Приказом Росстандарта от 17 декабря 2013 года № 2327-ст) // СПС «КонсультантПлюс».

³ «Трудовой кодекс Российской Федерации» от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 29.12.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

Павлова А. С.

*Московский городской педагогический университет,
студент*

Проблемы реализации права на труд в период пандемии COVID-19

В начале 2020 года мир столкнулся с угрозой распространения опасного вируса COVID-19. Пандемия повлияла на все сферы жизни людей, в частности на экономическую и социальную. В целях защиты населения от распространения коронавируса были введены различные ограничения (например, введение пропусков, ограничение посещения мест и мероприятий с массовыми скоплениями людей), меры безопасности (социальная дистанция, ношение масок, перчаток). Собственно, эти факторы и обусловили необходимость срочного перевода работников на удаленную работу. Остановимся лишь на некоторых проблемах, которые возникли в этот период.

Переход на удаленную работу. Конец марта, апрель и начало мая 2020 г. были объявлены «нерабочими днями», или «режимом самоизоляции». Это понятие отсутствует в трудовом законодательстве, а поэтому издержки по сохранению рабочих мест и доходов работников были возложены на работодателей. Многие предприятия перешли на удаленную работу, однако, жизненно важные и необходимые для функционирования городов и государства в целом (например, службы ЖКХ, больницы), которые невозможно перевести на «удаленку», продолжили работу в обычном режиме. У работодателей, которые не перевели своих работников на удаленный формат работы, появились новые обязанности, направленные на безопасность и благополучие работников, например, такие как:

- измерение температуры тела сотрудников на рабочих местах;
- отстранение от работы сотрудников с повышенной температурой;
- обеспечение средствами индивидуальной защиты работников на рабочем месте;
- оказание содействия в обеспечении соблюдения режима самоизоляции сотрудникам на дому;
- проведение дезинфекции помещений.

При обычном формате работы у сотрудников возникали определенные сложности, связанные, например, с реализацией права на передвижение (на предприятиях выдавались «рабочие пропуска», также нужно было оформлять пропуск на транспортное средство, заносить в пропуск транспортную карту (Тройка, Стрелка), т. к. без регистрации они не работали и др.).

Но и осуществить переход на удаленную работу было непросто. Необходимо принимать во внимание жилищные условия работников, обеспечить наличие компьютера и иной офисной техники (сканер, факс и др.) для осуществления работы из дома. Со стороны работодателя возникла сложность контроля за выполнением работы и дисциплиной труда, проблема охраны труда, соблюдения рабочего времени работником и др.

Снижение заработной платы. Можно рассмотреть и проблему, связанную с заработной платой. Президент России В.В. Путин в своем Обращении от 2 апреля 2020 г. подчеркнул, что за работниками сохранится заработная плата на период нерабочих дней¹. Действительно, работодатели, не отнесенные к числу непрерывно действующих и жизненно важных, не имеющие возможности осуществлять свою деятельность в удаленном режиме, были обязаны сохранять среднюю заработную плату для своих работников в полном объеме на период ограничений. Однако, как показывает практика, граждане обращались с жалобами к уполномоченному по правам человека Т. Н. Москальковой в основном по вопросам невыплаты заработной платы, принуждения работников к увольнению². Также жалобы россиян были связаны преимущественно с лишением заработка по причине остановки деятельности работодателей либо прекращением работы самих граждан, выступающих в качестве индивидуальных предпринимателей. Работодатели, которые перевели работу на «удаленку», иногда недооценивали работу своих подчиненных, считая, что раз люди работают дома, то и

¹ Обращение Президента России от 2 апреля 2020 г. «Обращение к гражданам России». URL: <http://study.garant.ru/document/redirect/73834996/0> (дата обращения: 10.02.2021).

² Динамика обращений к Уполномоченному по правам человека в Российской Федерации в период введения ограничительных мер в связи с пандемией COVID-19. URL: <https://ombudsmanrf.org/> (дата обращения: 10.02.2021).

заработная плата может быть меньше (работники не тратят деньги на проезд, их рабочий процесс нельзя проконтролировать, не всегда можно полно оценить результаты работы, эффективность работы стала ниже и др.).

Безработица. Пандемия коронавируса повлекла, как говорилось выше, введение мер безопасности, ограничение свободы передвижения, закрытие границ, вследствие чего были затруднены поставки продукции и сырья, импорт и экспорт. Сократилась посещаемость культурно-досуговых мест и мероприятий: были свернуты выставки и экспозиции (нередко переведены в онлайн-формат), закрыты кинотеатры и театры, кафе и рестораны стали работать только на выдачу (на вынос) и доставку и т. п. – это все пошатнуло малый бизнес. Из-за падения спроса индивидуальным предпринимателям и небольшим организациям нечем стало платить налоги и заработную плату работникам, оплачивать аренду, платежи по электроэнергии и т. п. Поэтому не все предприятия малого бизнеса остались «на плаву». Ликвидация (закрытие) многих предприятий оставила тысячи людей без рабочих мест. Естественно, безработица стала еще одним последствием коронавируса. Действительно, уровень безработицы в этот период увеличился, однако выплаты по безработице и другие соответствующие пособия помогают смягчить негативный эффект от потери доходов. Существенным способом поддержания доходов населения стало повышение максимального размера пособия по безработице с 8 000 руб. до МРОТ (12 130 руб.) и минимального размера – до 4 500 руб.¹ Однако, естественно, этого недостаточно для комфортной жизни, поэтому в реальности сложно провести параллель с заработной платой и считать такие выплаты альтернативой. Указанные и иные проблемы вызвали необходимость внести существенные изменения в сферу труда.

Определенные изменения произошли и в части регулирования трудовых отношений, в том числе в отношении дистанционной работы. Так, дистанционная работа приравнена к удаленной, введена комбинированная разновидность дистанционной работы, также теперь допускается перевод на дистанционную работу без согласия работника, упрощен порядок взаимодействия сторон в части электронной подписи: снижены требования к ее использованию (как при заключении трудового договора, так и при обмене документами уже во время работы) и т. д.²

Таким образом, за время пандемии наблюдались массовые нарушения трудовых прав работников (в том числе и массовые сокращения), и неудивительно, что люди активно стали обращаться за защитой своих прав в профсоюзы, суды, комиссии по трудовым спорам и даже к уполномоченному по правам человека. Конечно, нужно иметь в виду, что противодействие последствиям пандемии не должно приводить к нарушениям прав работников, хотя в сложившейся ситуации в силу ее внезапности и неинформированности о том, какие меры будут наиболее эффективны в отдаленной перспективе, понятно, что нарушения и ограничения прав были, однако на данном этапе трудовое законодательство отчасти стабилизировало обстановку и было приспособлено к изменяющимся условиям.

Патракеева К. В.

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», магистрант

Актуальные проблемы правового регулирования удалённой работы

2020 год бросил новые вызовы всему миру. Пандемия заставила изменить взгляды на многие вещи и показала «слабые» стороны всех сфер общественной жизни, в особенности – социальной сферы. В данной работе будут рассмотрены, в частности, вопросы влияния пандемии на трудовые правоотношения.

Работники и работодатели были вынуждены внезапно перейти в режим удаленной работы, время на тщательную организацию которого ни у кого не было. На фоне этого «всплыли на поверхность» пробелы в законодательном регулировании данного режима работы. При этом, стоит отметить, что в условиях стремительной цифровизации и диджитализации современного мира дистанционные работники – не такое уж редкое явление.

¹ Лютов Н. Л. Защита населения, работодателей и рынка труда в условиях пандемии: Россия в глобальном контексте // Актуальные проблемы российского права. 2020. Т. 15. № 8. С. 113.

² Проект № 973264-7 Федерального закона «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в части регулирования дистанционной и удаленной работы».. URL: <https://rg.ru/2020/06/16/proekt-udalenka-site-dok.html> (дата обращения: 10.02.2021).

В связи с этим, международная организация труда оперативно разработала рекомендации для работодателей и работников по вопросам регулирования трудовых правоотношений. Данные акты рассматривают функции и обязанности обеих сторон в результате перехода на удаленный режим работы, разрешают различные вопросы и определяют пути и способы разрешения возникающих впоследствии проблем. К примеру, можно выделить такие моменты как:

1) Необходимость оценки целесообразности и возможности перехода работника на дистанционную работу (к вопросу критериев наличия стабильного доступа в Интернет, а также в целом соответствия жилья работника требованиям безопасности и пр.);

2) Обязанность работодателя обеспечить работника всеми техническими средствами, которые необходимы ему для осуществления своих трудовых функций;

3) Рекомендации возмещать работнику расходы, понесенные при выполнении работы на дому (оплата интернет-соединения, электричества и пр.).

Также МОТ отмечает, что помимо решения технических вопросов, важно также проработать моменты измерения производительности труда и режима работы при удаленном формате. Ввиду того что присутствие на рабочем месте фактически никак не контролируется со стороны работодателя, рамки режима рабочего времени «растекаются». Тут имеет место быть злоупотребление и дискриминация со стороны работодателя, который ориентируется не на количество часов, проведенных за компьютером, а на объемы выполненной работы. И чем больше работы выполняет сотрудник – тем больше задач ему отправляют. В данном вопросе МОТ отмечает необходимость для работодателем определять цели и сроки их достижения, ознакомить с ними работника, разработать план прозрачной подотчетности, проводить анализ заданий и контролировать сроки их выполнения. И, как основное, – оценивать и контролировать качество и количество выполненных задач и достижение результатов, а не отработанное время.

Помимо международного регулирования, все страны начали также вводить национальные меры по усовершенствованию регулирования трудовых правоотношений. К примеру:

1) Венгрия начали вводить гибкие меры по регулированию «домашнего офиса» (это, к примеру, получение компенсации за оплату газа, воды; обязательное обеспечение работника компьютером, телефоном и пр.);

2) В некоторых штатах Америки работники освобождены от налогообложения средств, выделенных им ввиду введения режима удаленной работы;

3) Великобритания выработала особое национальное руководство по концепции «telework» (на основании общих рекомендаций МОТ в данном направлении).

В итоге можно сказать, что европейские страны активно вводят в практику новые нормы регулирования дистанционной работы.

Что касается России в данном вопросе – с этого года у нас появилось новое правовое регулирование удаленной работы. Законодательство совсем «свежее», на практике только начинает получать свое распространение. Однако уже можно отметить ряд недостатков текущего регулирования.

1) Неопределенность места работы удаленного работника.

Как правило, решение о выборе места работы остается за работником (по своему усмотрению, если в трудовом договоре, дополнительном соглашении, коллективном договоре или локальном нормативном акте не установлено иное), но вот изменение условий трудового договора о месте работы дистанционного работника имеет право только работодатель (что подтверждается судебной практикой)¹. Сам работник в одностороннем порядке не может изменить местность, если она указана в трудовом договоре, и где он должен выполнять дистанционную работу². Мы считаем, что порядок определения места работы в трудовом договоре или дополнительном соглашении стоит уточнить. Ведь высокая

¹ Апелляционное определение Судебной коллегии по гражданским делам Кемеровского областного суда от 18.05.2017 по делу № 33-4529/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

² Определении Мурманского областного суда от 23.05.2019 по делу № 33-1584/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

степень неопределенности в данном вопросе может послужить препятствием для реализации сторонами трудового правоотношения своих обязанностей¹.

2) Электронная цифровая подпись

Обязанность использования ЭЦП накладывается на стороны в соответствии с ч. 1, 2, 4 ст. 312.3 ТК РФ, но дискуссии по данному вопросу не потеряла своей актуальности. Сейчас появилась возможность работникам использовать неквалифицированную ЭЦП, так как процесс получения сертификата УКЭП весьма непростой, также ее необходимо возобновлять через определенное время, и все это стоит немалых денег. Если для работодателя это и не существенная проблема, то вот для стандартного работника может быть весьма ощутимо. В подобных случаях работнику проще трудоустроиться традиционным «бумажным» способом. Но иногда даже этого не происходит. Есть интересная судебная практика, когда суды принимали переписку на электронной почте как доказательство наличия трудовых отношений². Об этом также говорил и Верховный Суд, но в отношении только микропредприятий³. Мы полагаем, что эту практику можно также распространить, как на средний так и на крупный бизнес.

3) Трудовой договор с дистанционным работником

Зачастую работодатели не хотят брать дистанционного работника в штат, или же склоняются к оформлению его на срочный трудовой договор. Но согласно ст. 58 ТК РФ срочный трудовой договор может заключаться только если трудовые отношения не могут устанавливаться на неопределенный срок, учитывая характер предстоящей работы или условий ее выполнения (ч. 1 ст. 59 ТК РФ). Также есть возможность заключения срочного трудового договора по соглашению сторон, не учитывая характер работы и условия выполнения (ч. 2 ст. 59 ТК РФ). Согласно этой части, на сегодняшний день нельзя заключить трудовой договор по соглашению сторон, если в основе находится только дистанционный характер работы. Соответственно, по общей практике, договор с удаленным работником заключается на неопределенный срок, если нет причин для ограничения срока. Если в теории законодатель ограничивает возможности сторон достичь соглашения по данному вопросу, то, на практике, это приводит к сокращению реального количества оформляемых трудовых договоров о дистанционной работе.

4) Выплаты компенсаций дистанционным работникам

Относительно дистанционного формата работы за работодателем сохраняется его обязанность обеспечивать работника рабочим местом, оборудованием и иными необходимыми ему для выполнения трудовых функций средствами. Предложение работника и его готовность использовать индивидуальные средства не должно служить основанием для злоупотребления и экономии со стороны работодателя. Или он сам предоставляет все оборудование, или же выплачивает компенсацию (за амортизацию). При этом важно согласовать этот вопрос с работодателем и поставить его в известность, чтобы также не нарушать его права и интересы.

5) Режим рабочего времени и времени отдыха дистанционного работника (от норм рабочего времени к нормам производительности)

В контексте рабочего времени также можно отметить трудности в вопросах подсчета и ведения учета рабочего времени, фактически отработанного дистанционным работником. Здесь мы снова возвращаемся к вопросам о концепции норм выработки и производительности, нежели традиционный подход учета количества труда. Как правило, основным инструментом тут является табель рабочего времени. По нашему мнению, правильнее было бы измерять результат работы, а не количество часов. Если все-таки работодатель придерживается традиционного подхода, то в настоящее время имеются различные программно-технические средства контроля учета рабочего времени отработанного. Но тут нужно быть очень аккуратным, чтобы не нарушать права на частную жизнь работника. Особенно если он использует свое личное оборудование для выполнения трудовых функций, то программы контроля его действий

¹ Gerasimova E., Chernyaeva D., Korshunova T. New Russian Legislation on Employment of Teleworkers: Comparative Assessment and Implications for Future Development // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. Р. 116–129.

² Решение Кировского районного суда г. Екатеринбурга Свердловской области от 06.07.2016 по делу № 2-4775/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29.05.2018 № 15 «О применении судами законодательства, регулирующего труд работников, работающих у работодателей – физических лиц и у работодателей – субъектов малого предпринимательства, которые отнесены к микропредприятиям» // СПС «КонсультантПлюс».

за компьютером могут быть незаконными. Если же программы не позволяют точно вести учет отработанного времени, можно отталкиваться только от регистрации отклонений, это отпуска, больничные и прочее. В данной ситуации в основу взаимодействия будет положен принцип добросовестного соблюдения дистанционным работником режима рабочего времени.

Это только часть проблем, которые не охвачены на данный момент нашим законодательным регулированием. Отдельно можно говорить про трудности трудоустройства иностранных граждан на удаленную работу, о проблемах развития транснационального труда ввиду отсутствия механизмов на национальном уровне и многих других недостатках. Удалённая работа только набирает обороты и стоит уделить внимание тщательному регулированию данного института ввиду множества потенциальных коллизий и проблем в теории и на практике.

Подщеколдина В. В.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Цифровизация трудовых отношений: электронные трудовые книжки

Развитие общества – одна из самых актуальных тем, которая исследуется учёными, профессорами на протяжении десятков, сотен, тысяч лет. Это объясняется тем, что человечество не стоит на месте, постоянно происходят изменения: разрабатываются новые технологии, модернизируются процессы производства, усложняется структура общества, происходит его дифференциация. Современный этап нашей жизни также характеризуется различными преобразованиями. Нынешнему обществу присущи следующие тенденции развития: окончательное вхождение в стадию постиндустриального общества, глобализация, формирование единого общемирового информационного и экономического пространства, гуманизация и демократизация образования. Наряду с этим выделяют цифровизацию. Что это такое?

Понятие «цифровизация» – производное от существительного «цифра» или прилагательного «цифровой» (digital). Таким образом, этот термин обусловлен внедрением во все сферы жизни общества и в экономику цифровых технологий, потоков передачи данных, а также цифровых передающих устройств (компьютеров, смартфоном, планшетов, телевизоров, умных часов и др.)¹. Данный процесс связан с возможностью создания, хранения, передачи, распространения информации в цифровой форме. Такая тенденция затрагивает на сегодняшний день абсолютно все сферы общества, касается и трудовых отношений. Предлагаю подробнее рассмотреть, каким образом это проявляется.

Возникновение трудовых отношений порождается определенными юридическими фактами, как простыми (на основании трудового договора), так и сложными (на основании трудового договора в результате избрания по конкурсу на замещение соответствующей должности)². Независимо от этих обстоятельств, при приёме на работу лицо предъявляет определённые документы, перечисленные в статье 65 Трудового кодекса Российской Федерации. Среди них важное место занимает трудовая книжка. «Трудовая книжка установленного образца является основным документом о трудовой деятельности и трудовом стаже работника»³. Однако процессы цифровизации приводят к изменению формы данного документа: вместо привычных для общества бумажных трудовых книжек постепенно вводятся электронные. Такое новшество было законодательно закреплено в Федеральном законе от 16.12.2019 № 439-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в части формирования сведений о трудовой деятельности в электронном виде». Согласно данному нормативному правовому акту, «работодатель формирует в электронном виде основную информацию о трудовой деятельности и трудовом стаже каждого работника (далее –

¹ Томашевский, Кирилл Л. 2020. «Цифровизация и ее влияние на рынок труда и трудовые отношения (теоретический и сравнительно-правовой аспекты)». Вестник Санкт-Петербургского университета. Право 2: 398–413.. URL: <https://doi.org/10.21638/spbu14.2020.210> // СПС «КонсультантПлюс».

² Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 29.12.2020). // СЗ РФ. 2002. № 1. Ст. 3 (ч. 1), СЗ РФ. 2020. № 46. Ст. 7206.

³ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 29.12.2020). // СЗ РФ. 2002. № 1. Ст. 3 (ч. 1), СЗ РФ. 2020. № 46. Ст. 7206.

сведения о трудовой деятельности) и представляет ее в порядке, установленном законодательством Российской Федерации об индивидуальном (персонифицированном) учете в системе обязательного пенсионного страхования, для хранения в информационных ресурсах Пенсионного фонда Российской Федерации»¹. В такую электронную трудовую книжку вносятся сведения о самом работнике, выполняемой им трудовой функции, месте работы, переводах на другую постоянную работу, об увольнении с указанием причин и оснований прекращения трудового договора и иная информация, предусмотренная законом. Кроме того, сведения о трудовой деятельности могут использоваться для исчисления трудового стажа работника. Итак, анализируя данную информацию, мы задаёмся вопросом: каким образом такие изменения будут претворяться в жизнь? Для ответа на него предлагаю обратиться к вышеупомянутому Федеральному закону (ФЗ № 439). Вступив в силу с 1 января 2020 года, данный нормативный правовой акт обязал всех работодателей письменно уведомить работников до 30 июня 2020 года включительно об изменениях в трудовом законодательстве относительно фиксации сведений о трудовой деятельности, а также провести иные мероприятия для реализации новелл Трудового кодекса: принять или изменить локальные нормативные акты, коллективные договоры, соглашения, создать необходимые условия и техническое обеспечение для передачи сведений о трудовой деятельности в соответствующие информационные ресурсы Пенсионного фонда Российской Федерации. В свою очередь работники до 31 декабря 2020 года включительно подают письменное заявление работодателю, в котором указывают вариант закрепления данных о трудовой деятельности: либо бумажный (в соответствии со ст. 66 ТК РФ), либо электронный (в соответствии со ст. 66¹ ТК РФ). При этом во втором случае, «работодатель выдает трудовую книжку на руки и освобождается от ответственности за ее ведение и хранение», а в саму трудовую книжку «вносится запись о подаче работником заявления о предоставлении ему работодателем сведений о трудовой деятельности в соответствии со статьей 66¹ Трудового кодекса Российской Федерации»². Закон предусматривает случаи, когда заявление не подавалось, тогда работодатель продолжает вести бумажный вариант трудовой книжки, а если лицо не имело такой возможности, то за ним сохраняется право подать заявление в любое время. Такое же право остаётся за теми работниками, которые в заявлении указали на продолжение ведения трудовой книжки в соответствии со ст. 66 ТК РФ. Относительно лиц, поступающих впервые на работу с 1 января 2021 года, закон предусмотрел формирование сведений о трудовой деятельности только в электронном формате в соответствии со ст. 66¹ ТК РФ. Это своего рода исключение позволяет сделать вывод о том, что будет строиться новое поколение трудовых ресурсов, которое отразит все изменения времени.

Подводя итоги моим рассуждениям, хочу сказать, что такая новелла в трудовом законодательстве, на мой взгляд, является неким последствием развития информационного общества, позволяет хранить информацию в едином цифровом пространстве, уменьшает объём обязанностей работодателя, поскольку с него снимается ответственность за хранение традиционных трудовых книжек. Помимо этого, электронные трудовые книжки позволяют отследить реальную трудовую деятельность лица. Работодателю предоставляются большие возможности выявить у работника дисциплинарные взыскания, о которых можно утаить, «потеряв» бумажный вариант документа. Однако, безусловно, можно выделить и минусы. Как и любая другая информация на электронном ресурсе, сведения о трудовой деятельности, хранящиеся в цифровом формате, могут просто исчезнуть, измениться. Это может быть обусловлено сбоями в системе, различными обновлениями, не стоит забывать о хакерских взломах или недобросовестной работе сотрудников, обслуживающих данную систему. Для работника отрицательные последствия могут проявиться в том, что взыскания, полученные из «вредности» руководителя, его придирчивости, станут доступными для всех будущих работодателей, возможно, создадут трудности в приёме на работу, не позволят объективно оценить трудовые качества работника. На данный момент времени, мы не можем дать конкретную оценку электронным трудовым книжкам, поскольку они были введены совсем недавно, и их применение не достигло достаточно обширного масштаба.

¹ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 29.12.2020). // СЗ РФ. 2002. № 1. Ст. 3 (ч. 1), СЗ РФ. 2020. № 46. Ст. 7206.

² Федеральный закон от 16.12.2019 № 439-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в части формирования сведений о трудовой деятельности в электронном виде». // СЗ РФ. 2019. № 51. Ст. 7491 (ч. 1).

Проценко В. В.

Российский технологический университет МИРЭА,

студент

Трудовые отношения в условиях модернизации и цифровизации экономики

Термин цифровизация прочно вошел в нашу жизнь довольно давно. Под цифровизацией понимается объективный процесс, формирующий новую общественную реальность, именуемую цифровой с характерным стремительным проникновением цифровых технологий во все сферы жизни общества, прежде всего в экономическую¹.

Новые технологии оказывают свое колоссальное влияние на трудовые отношения. Такое явление наблюдалось и ранее, когда спрос на рынке труда менялся вследствие замены ручного труда на механический, а потом на частично автоматизированный².

Для нормального функционирования трудовых отношений, на которые оказало свое влияние цифровизация, трудовое законодательство должно подстраиваться, что и происходит на сегодняшний день. Однако регулирование труда работников, как в ранее действующей редакции Трудового кодекса РФ, так и в обновленной, содержит ряд пробелов. В первую очередь, это касается правового регулирования труда работников на дистанционной (удаленной) работе. Данный вид работы стал крайне актуальным в 2020 году не только в Российской Федерации, но и во всем мире. В конце марта 2020 года, когда дистанционная (удаленная) работа стала общеобязательной для большего процента населения нашей страны в новых реалиях, многие работники и работодатели столкнулись с проблемами.

Глава 49.1 ТК РФ, посвященная особенностям регулирования труда дистанционных работников, была введена в Трудовой кодекс Федеральным законом от 05.04.2013 № 60-ФЗ. Однако в 2020 году она была подвергнута изменениям. В новой редакции происходит обновление ранее изложенной дефиниции «дистанционной работы». Сегодня она именуется дистанционной (удаленной) работой. Вдобавок к этому, новая редакция раскрывает три вида дистанционной (удаленной) работы: постоянная, временная и комбинированная, а также регламентирует вопросы режима рабочего времени и времени отдыха, организации и охраны труда, дополнительные основания прекращения трудового договора и порядок временного перевода работника на дистанционную работу по инициативе работодателя в исключительных случаях.

Работник и работодатель должны определить порядок своего взаимодействия, который должен предусматривать конкретное время выполнения дистанционным работником трудовой функции в пределах рабочего времени, установленного трудовым договором о дистанционной работе. Такой порядок устанавливается не только трудовым договором о дистанционной работе, но и локальным нормативным актом, принятым с учетом мнения выборного органа первичной профсоюзной организации. При этом фиксируется право работника не отвечать на запросы работодателя, сделанные в любой форме, вне времени, установленного порядком взаимодействия.

Еще одной новеллой стал переход на электронные трудовые книжки. Идея перехода с бумажного носителя к электронному давно повисла над участниками трудовых отношений, однако активная фаза ее реализации началась в начале 2020 года. При этом у тех работников, которые состояли в трудовых отношениях в период до конца 2020 года, сохраняется право помимо электронной трудовой книжки иметь также бумажный носитель, когда при трудоустройстве к новому работодателю после 31.12.2020 работники, не подавшие заявление о выборе формы трудовой книжки, не смогут рассчитывать на сохранение бумажной трудовой книжки. Их сведения о трудовой деятельности будут вестись в электронной форме новым работодателем.

¹ Залоило М. В., Пашенцев Д. А. Национальный правопорядок России в условиях цифровизации // Вестник СПб.ГУ. Право. 2019. Т. 10. Вып. 2. С. 197.

² Филиппов И. А. Трансформация правового регулирования труда в цифровом обществе. Искусственный интеллект и трудовое право: научное издание. Н. Новгород : Нижегородский госуниверситет им. Н. И. Лобачевского, 2019. С. 89.

Во многих иностранных государствах бумажные трудовые книжки давно прекратили свое существование по причине того, что такая форма документа считается устаревшей и ее полностью заменили электронные базы данных¹.

В последние годы невероятную актуальность приобрели вопросы правового регулирования гражданско-правовых отношений, связанных с информационными технологиями. Примером таких отношений является одно из новых в наших российских реалиях понятие «смарт-контракт» или «умный контракт». На данный момент такой вид контрактов наиболее популярен в гражданско-правовых отношениях, однако крупные фирмы на сегодняшний день внедряют технологии «смарт» (самоисполняющиеся договоры) и в трудовые отношения. И.А. Филипова в своей работе «Трансформация правового регулирования труда в цифровом обществе. Искусственный интеллект и трудовое право» указывает на то, что данная технология исключает фальсификацию, тем самым трудовой договор, заключенный в форме смарт-контракта, гарантирует выполнение сторонами всех его условий. Такой трудовой договор мог бы заключаться с помощью использования цифровых подписей сторон². Конечно, сегодня это не так популярно, но, однако за ними есть будущее, как и за многими явлениями, связанными с автоматизацией.

Еще одним фактором, указывающим на то, что сфера труда подверглась серьезным изменениям под влиянием цифровизации, является возникновение новых профессий. Специалисты в области кибербезопасности, дизайнеры интерфейсов, IT-медики, SEO-специалисты, операторы дрона (БПЛА) и многие другие профессии, которые возникли силу активного развития технологий совсем недавно.

Однако развитие технологий не совсем положительно складывается для работников, которые в дальнейшем могут быть заменены на достижения науки в области искусственного интеллекта. В марте 2018 года Комиссариатом по стратегии при правительстве Франции (France Stratégie) был подготовлен доклад «Искусственный интеллект и труд»³. В нем говорится о том, что развитие систем искусственного интеллекта в ближайшие годы вызовет технологические изменения, оказывающие серьезное влияние на занятость и само содержание труда⁴. В Китае в 2015 году компания Changying Precision Technology Company открыла первый полностью роботизированный завод. Это означает, что в будущем мы можем столкнуться с огромным ростом безработицы вследствие замены человеческого труда на роботизированный.

Сегодня новые формы труда и занятости, появившиеся вследствие развития цифровых технологий, находятся на стадии интенсивной разработки нормативной основы их осуществления и научного осмысления их правовой природы.

Говоря о юридической практике по трудовым спорам, можно сказать, что и сюда проникла цифровизация. Сегодня предоставлена возможность использования алгоритмов, которые на основе огромного количества судебных решений обрабатывают данные всех доступных дел по трудовым спорам, а также нормативных правовых актов и документальных наработок практикующих юристов. Данное явление не только облегчает работу действующих юристов, но также и ставит под сомнение их надобность – на основе таких данных создаются различные чат-боты, которые предоставляют юридические консультации онлайн.

Геймификация – это разработка и внедрение игровых элементов в рабочие процессы. Это явление у нас также не распространено в такой степени, как на Западе, однако имеет место быть. Как метод стимулирования активной трудовой вовлеченности сотрудников геймификация активно развивается в последнее десятилетие. Этому способствует масштабное развитие индустрии компьютерных игр. Использование геймификации позволило увеличить вовлеченность

¹ Куничкин А. М., Хайрулина Л. Р. Регулирование трудовых отношений в условиях цифровизации общества // Потенциал российской экономики и инновационные пути его реализации. 2020. С. 49–52.

² Трансформация правового регулирования труда в цифровом обществе. Искусственный интеллект и трудовое право: научное издание / И. А. Филипова. – Н. Новгород : Нижегородский госуниверситет им. Н. И. Лобачевского, 2019. С. 89.

³ Benhamou S., Janin L. Intelligence artificielle et travail. Rapport à la ministre du travail et au secrétaire d'État auprès du Premier ministre, chargé du numérique. 2018.. URL: <https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/fs-rapport-intelligence-artificielle-28-mars-2018.pdf> (дата обращения: 28.02.2021).

⁴ Филиппов И. А. Трансформация правового регулирования труда в цифровом обществе. Искусственный интеллект и трудовое право: научное издание. Н. Новгород : Нижегородский госуниверситет им. Н. И. Лобачевского, 2019. С. 89.

молодого поколения в трудовой процесс. Однако некоторые исследователи считают, что геймификация как внешний вид мотивации уничтожает внутреннюю человеческую мотивацию¹.

Таким образом, изучив влияние цифровизации на трудовые правоотношения, мы можем сделать вывод о том, что данный процесс уже необратим, и с каждым годом цифровизация поглощает многие сферы общества. М. Форд в своем прогнозе, который, на наш взгляд, можно считать крайне пессимистичным, указывает о том, что средний по миру уровень безработицы к 2100 году достигнет 75 %². Конечно же, как и у любого явления, она имеет свои плюсы и минусы. Однако прогнозы некоторых ученых все-таки заставляют отнестись к этому процессу с большой осторожностью.

Рагачурина К. Р.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Нововведения в перечне работ, на которые ограничивается применение труда женщин

В первую очередь, рассмотрим понятие труда. Труд – целенаправленная деятельность человека, реализующая его физические и умственные способности для получения определенных материальных или духовных благ, именуемых на производстве продуктом труда, продуктом производства³. А теперь более подробно рассмотрим специфику правового регулирования труда работников в связи с их психофизиологическими способностями. Важно отметить, что мужчины и женщины в России имеют равные права и возможности для реализации. Любая дискриминация по гендерному признаку является нарушением основных прав и свобод личности. Конституционные принципы и трудовое законодательство закрепляют равенство прав и возможностей работников. Кроме того, женщины, которые реализуют свое право на труд, имеют право на специальную защиту со стороны государства. Так, трудовое законодательство предусматривает некоторые ограничения труда женщин на тех работах, которые представляют опасность и угрозу для их здоровья. Для этого законодатель использует следующие способы: с указанием работ, где труд женщин ограничен и тех профессий, где их труд запрещен. Данный перечень утверждается Правительством Российской Федерации с учетом мнения Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений⁴.

Также стоит упомянуть про особенности регулирования труда женщин в связи с их беременностью и материнством: как правило, такие нормы затрагивают институт трудового договора. Так, например, в соответствии с 64 статьей ТК РФ запрещено отказывать женщинам в заключении трудового договора по мотивам, связанным с беременностью или наличием детей (в подобном случае отказ может быть обжалован в суде; также не может быть установлен испытательный срок для беременных женщин и женщин, имеющих детей в возрасте до полутора лет (ст. 70 ТК РФ).

Теперь более подробно рассмотрим статью 253 ТК РФ. Там сказано следующее: ограничивается применение труда женщин на работах с вредными и (или) опасными условиями труда, а также на подземных работах, за исключением нефизических работ или работ по санитарному и бытовому обслуживанию. Статья 209 ТК РФ разграничивает вредный и опасный труд: Вредный производственный фактор – производственный фактор, воздействие которого на работника может привести к его заболеванию, а опасный производственный фактор – производственный фактор, воздействие которого на работника может привести к его травме. Кроме того, важно заметить в статье указание не на запрет, а на некоторое ограничение труда женщин в данных условиях. Статья 251 ТК РФ дает пояснение о том, что нормы, частично ограничивающие применение общих правил для отдельных категорий работников, и являются особенностями регулирования труда, а в рассматриваемом нами вопросе они связаны с

¹ Ребров А. В., Черкасов А. Ю. Геймификация и автоматизация KPI: очередная управленческая мода или новые методы стимулирования? // Российский журнал менеджмента. 2017 Т. 15 № 3. С. 309.

² Atkinson R. D. In defense of robots. National review. April 2017.. URL: <https://www.nationalreview.com/magazine/2017/04/17/robots-taking-jobs-technology-workers/> (дата обращения: 5.03.2021).

³ К. Н. Гусов., Н. Л. Лютов. Трудовое право России. М. Проспект. 2018. С. 592.

⁴ «Трудовой кодекс Российской Федерации» от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 29.12.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

психофизиологическими особенностями организма, характером и условиями труда (ст. 252 ТК РФ). Еще несколько важных ограничений, о которых стоит упомянуть: запрещено присутствие на рабочем месте вредных и опасных химических веществ 1-го и 2-го класса опасности, патогенных микроорганизмов, а также веществ, обладающих аллергенным, гонадотропным, эмбрионотропным, канцерогенным, мутагенным и тератогенным действием¹. Также введен запрет на применение труда женщин на работах, связанных с подъемом и перемещением вручную тяжестей, превышающих установленные нормы².

А теперь подробнее рассмотрим изменения, вступившие в силу с 1 января 2021 года. Приказ Минтруда России № 512н от 18 июля 2019 года утверждает новый перечень производств, работ и должностей с вредными и (или) опасными условиями труда, на которых ограничивается применение труда женщин. В приказе приведены несколько групп работ, производств и перечень конкретных профессий, на которых ограничивается или запрещается труд женщин. В первую очередь, это химические производства: основные группы профессий связаны с производством и применением некоторых органических и неорганических продуктов (например, производство и применение карбида кальция). Далее – подземные работы, которые связаны со строительством подземных сооружений и добычи нефти вне зависимости от класса условий труда. Третьей группой являются горные работы: работы на поверхности действующих и строящихся шахт, разрезов, рудников и т.д. Следующие группы связаны с металлообработкой, бурением скважин, добычей нефти и газа, черной металлургией, цветной металлургией, радиотехническим и электронными производствами и т.д. Также хотелось бы обратить внимание на ограничения в перечне профессий, связанных с пищевой промышленностью (такие, например, как работы, выполняемые при производстве пищевой продукции: заготовщик льда, занятый на заготовке льда в водоемах и укладке его в бунты, изготовитель костяного угля).

Приведенный выше перечень не исчерпывающий. Всего таких групп работ (производств) в соответствии с поправками – 21, а суммарное количество профессий – 100. Ранее количество запрещенных для женщин профессий составляло более 400. Однако некоторые события, которые в том числе были связаны с необоснованным запретом на некоторые профессии, заставили законодателя пересмотреть данный перечень. Так, в 2012 году уроженка Самары Светлана Медведева попыталась устроиться мотористом-рулевым на маломерное судно, но получила отказ: профессия входила список из 456 работ и должностей, запрещенных для женщин. Позже она решила решать вопрос через Комитет ООН по ликвидации дискриминации в отношении женщин. Российская Федерация не смогла предоставить научные обоснования о том, почему в ряде профессий ограничивается труд женщин. В своем постановлении Комитет выразил мнение, что само существование списка запрещенных для женщин профессий «отражает стойкие стереотипы, касающиеся роли и обязанностей женщин и мужчин в семье и обществе, которые консервируют традиционные представления о женщине как жене и матери и подрывают ее социальный статус и перспективы образовательного и карьерного роста», и рекомендовал России пересмотреть законы, регулирующие доступ женщин к различным профессиям³. И через некоторое время стала поступать информация о подготовке нового проекта с новым перечнем работ, запрещенных для женщин, который был значительно меньше.

Таким образом, на законодательном уровне теперь закреплена более обоснованный перечень запретов, однако и в жизни было много прецедентов с неформальными запретами. Так, например, они действовали и в сфере высшего образования: женщин почти не принимали на факультеты международной журналистики в МГУ и МГИМО (однако по статистике МГУ подавляющее большинство журналистов – женщины, около 81 %). Поэтому и на сегодняшний вопрос связан не только с нововведениями в этой сфере, но и с борьбой в области неформальных и необоснованных отказов.

¹ СанПиН 2.2.0.555-96. 2.2. Гигиена труда. Гигиенические требования к условиям труда женщин. Санитарные правила и нормы, утвержденные постановлением Госкомсанэпиднадзора России от 28 октября 1996 г. № 32 // СПС «КонсультантПлюс».

² Постановление Совета Министров – Правительства РФ от 6 февраля 1993 г. № 105 «О новых нормах предельно допустимых нагрузок для женщин при подъеме и перемещении тяжестей вручную» // СПС «КонсультантПлюс».

³ Мнения Комитета по ликвидации дискриминации в отношении женщин в соответствии с пунктом 3 статьи 7 Факультативного протокола к Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (шестьдесят третья сессия).

Саратова В. В.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Особенности правового регулирования труда дистанционных работников

В настоящее время все больше работников работают дистанционно. Объясняется это различными факторами. Во-первых, введенные в нашей стране ограничения, которые связаны с распространением коронавирусной инфекции, лишили значительную часть работников возможности выполнять свои трудовые обязанности в помещениях работодателя. Сложившаяся ситуация вызвала необходимость поиска иных вариантов взаимодействия работодателя и работника. Одним из таких вариантов стал временный перевод части или всего персонала организации на дистанционную работу. Во-вторых, постоянно модернизирующиеся, развивающиеся информационные технологии позволяют выполнять свои трудовые обязанности, не находясь в офисе, поэтому все чаще работники выбирают именно дистанционный формат выполнения своих трудовых обязанностей. В век информационных технологий удаленный труд становится нормальным, часто встречающимся явлением. Именно эти факторы сделали дистанционный труд довольно популярной тенденцией. В своей работе я бы хотела рассмотреть юридические особенности организации именно такого режима труда.

В настоящее время урегулирование труда дистанционных работников закреплено главой 49.1 Трудового Кодекса РФ. Конкретно в статье 312.1 ТК РФ дается определение дистанционной работы. Под такой работой понимается выполнение определенной трудовой функцией в трудовом договоре трудовой функции вне места нахождения работодателя, его филиала, представительства, иного обособленного структурного подразделения (включая расположенные в другой местности), вне стационарного рабочего места, территории или объекта, прямо или косвенно находящихся под контролем работодателя, при условии использования для выполнения данной трудовой функции и для осуществления взаимодействия между работодателем и работником по вопросам, связанным с ее выполнением, информационно-телекоммуникационных сетей, в том числе сети «Интернет», и сетей связи общего пользования¹. То есть основной признак дистанционного труда – выполнение работы вне места ее нахождения.

Рассматривая данную тему, очень важно отметить, что регулирование труда домашних работников, которое закреплено в ст. 49 ТК РФ, значительно отличается от регулирования труда дистанционных работников. Именно это вызвало необходимость появления отдельной главы, упомянутой выше, которая посвящена регулированию труда тех, кто работает дистанционно. Проанализируем основные различия между регулированием труда домашних и дистанционных работников. Прежде всего, следует обратить внимание на то, что домашний работник выполняет свою трудовую функцию дома, в то время как работник, который осуществляет труд дистанционно, может делать это и в другом удобном для него месте, не ограничивая себя собственной квартирой, это может быть парк, ресторан и т.д. Помимо этого, причина, по которой человек делает выбор в пользу работы из дома, чаще всего заключается в том, что ввиду семейных обстоятельств (наличие маленького ребенка, недееспособных родителей) они не имеют возможности выполнять свою трудовую функцию в месте работы и вынуждены осуществлять уход за своими членами семьи, находясь с ними дома. Работа в дистанционном режиме является удобной для людей, которые, в свою очередь, выбирают подобный режим труда из-за того, что находятся в частых разъездах, командировках и им просто удобно работать из разных точек мира. Также важным отличием является тот факт, что в большинстве случаев работа домашних работников является сдельной, а работа дистанционных работников – повременной².

Рассмотрим подробнее правовое регулирование труда дистанционных работников. В соответствии со ст. 312.4 ТК РФ режим рабочего времени и времени отдыха дистанционного работника устанавливается им по своему

¹ «Трудовой кодекс Российской Федерации» от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 29.12.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

² Воробьева О. А., Лазарева И. В. Особенности правового регулирования труда дистанционных работников // БГЖ. 2018. № 2 (23). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/osobennosti-pravovogo-regulirovaniya-truda-distantsionnyh-rabotnikov> (дата обращения: 23.02.2021).

усмотрению, если иное не предусмотрено трудовым договором о дистанционной работе¹. Необходимо также заострить внимание на том факте, что в самом трудовом договоре может быть определено то время, когда работник должен находиться на связи, то есть быть онлайн.

Следует отметить, что работник, который осуществляет трудовую функцию дистанционно, подчиняется правилам внутреннего трудового распорядка, но только в той части, которая не противоречит сути заключенного с ним трудового договора, ведь, как уже было написано выше, он имеет право самостоятельно распределять свое рабочее время и время отдыха. Вот тут возникает некоторое противоречие. Целесообразно было бы создавать отдельные правила внутреннего трудового распорядка для дистанционных работников, которым они должны были бы всецело подчиняться, дабы избежать недопониманий, путаницы и иных негативных последствий, порождающих споры.

Снова обратимся к Трудовому кодексу, а именно к ч. 4 ст. 91, в которой сказано, что работодатель обязан вести учет времени, фактически отработанного каждым работником. Но если использовать данную норму в рамках труда дистанционного работника, возникают определенные проблемы. Приведу пример из судебной практики. В суд обратился работник с требованием о признании увольнения за прогул незаконным, так как факт его отсутствия по месту нахождения работодателя в рабочее время был обусловлен дистанционным характером работы². Суд первой инстанции в удовлетворении требований работника отказал. Он посчитал довод работника о дистанционной работе несостоятельным, так как в трудовом договоре соответствующее условие отсутствовало. По мнению судей, работник не представил документов, которые бы подтверждали выполнение им трудовой функции в удаленном режиме, и доказательств, которые бы свидетельствовали о наличии каких-либо договоренностей с работодателем в отношении осуществления работником работы вне места нахождения работодателя. Суд апелляционной инстанции с этими выводами согласился. Однако Верховный Суд Российской Федерации высказал иную позицию и указал, что суды при разрешении спора не проверили и, более того, не дали оценки доводам истца об исполнении им трудовых обязанностей дистанционно, тогда как из представленной в суд служебной записки и показаний свидетеля следует, что кандидатура работника была согласована для перевода на удаленную работу. Отсутствие надлежащего оформления дистанционной работы не меняет ее характера, ведь трудовой договор, который не оформлен в письменной форме, считается заключенным в случае, если работник фактически допущен к работе с ведома работодателя или по его поручению. Соответственно, следует считать заключенным и неоформленное в письменной форме соглашение сторон об изменении определенных сторонами условий трудового договора в том случае, если работник приступил к работе в таких измененных условиях с ведома или по поручению работодателя. Между тем судебными инстанциями вопрос о ненадлежащем оформлении работодателем изменения условий работы не выяснялся, в то время как работник ссылался на допущение его работодателем к выполнению дистанционной работы. Также важен тот факт, что суды не учли, что работнику был предоставлен адрес корпоративной электронной почты и удаленный доступ к рабочей системе, в которой он получал и выполнял рабочие задания. Кроме того, все вопросы, которые были связаны с работой, решались через электронную переписку, что также указывает на исполнение трудовых обязанностей работником в дистанционном формате. В результате ВС РФ признал вынесенные по делу судебные постановления незаконными и отправил дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции³.

Исходя из данного примера, можно сделать вывод о том, что регулирование труда дистанционных работников далеко не совершенно и нуждается в детальной доработке.

Делая вывод из всего вышенаписанного, я предлагаю принять специальные нормативные правовые акты, которые бы регулировали данный вопрос, ведь одной главы в Трудовом кодексе недостаточно. Неполное регулирование вызывает множество проблем, и приведенный выше случай – лишь один из примеров. Необходимо более детально оформить на законодательном уровне процесс допущения работника к дистанционной работе, учет

¹ Демидов Г. И. Оформляем отношения с дистанционным работником // Оплата труда: бухгалтерский учет и налогообложение. 2017. № 4 С. 59–69.

² Определение СК по гражданским делам Верховного Суда РФ от 16 сентября 2019 г. № 5-КГ19-106 // СПС «КонсультантПлюс».

³ ВС РФ: отсутствие надлежащего оформления дистанционной работы не меняет ее характера.. URL: <https://www.garant.ru/news/1301636/> (дата обращения: 23.02.2021).

рабочего времени, порядок и время взаимодействия работника и работодателя в процессе дистанционного труда, порядок обмена информацией между ними, а также подчинение дистанционного работника правилам внутреннего трудового распорядка.

Саруханян М. А.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Понятие дистанционной работы и особенности правового регулирования труда дистанционных работников

Дистанционная (удаленная) работа, которая представляет собой особую форму организации трудового процесса, при которой штатные сотрудники компании исполняют свои обязанности за пределами рабочего пространства, а основные коммуникации в процессе работы осуществляются с помощью цифровых технологий, еще до недавнего времени была не слишком распространена на российском рынке. Такой формат работы возможен далеко не во всех видах трудовой деятельности. Конечно, в первую очередь, ее разумно использовать в тех отраслях, которые связаны с информацией, коммуникацией, посредничеством и предоставлением некоторых видов услуг – например, для сфер продаж, IT, финансов и прочих. Но даже в таких отраслях возникало множество вопросов по организации данного формата труда¹. По данным Росстата, в 2019 г. из 67,1 млн занятых лишь 30 тыс. работали на основе трудового договора о выполнении работы на дому с использованием сети Интернет (дистанционная работа)². Развитие дистанционной занятости происходило достаточно медленно в связи с удобством использования традиционных и привычных для нас методов и приемов организации рабочего процесса, но распространившаяся пандемия внесла свои коррективы в ситуацию на рынке труда.

Понятие дистанционной работы и особенности правового регулирования труда дистанционных работников получили закрепление в главе 49.1 ТК РФ. В связи с разразившейся коронавирусной инфекцией (COVID-19) законодателем был внесен ряд изменений в трудовое законодательство. Так, Федеральным законом от 08.12.2020 № 407-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации...» были внесены поправки в понятие «дистанционная работа», которая теперь законодателем подразделяется на постоянную (выполнение в течение всего срока действия трудового договора) и временную. Последняя в свою очередь делится на непрерывную в течение определенного срока (но не более 6 месяцев) и периодическую (при условии чередования удаленной работы и работы в офисе)³. В теории можно выделить следующие основные особенности дистанционной работы:

- ее выполнение вне рамок помещений, контролируемых работодателем;
- использование в процессе работы информационно телекоммуникационных сетей общего пользования;
- выбор места работы самим работником или по согласованию с ним⁴.

Представляется, что условие о временной или постоянной дистанционной работе должно содержаться в трудовом договоре или дополнительном соглашении к нему. Конкретные периоды дистанционной работы могут заранее не определяться в трудовом договоре, достаточным будет общее указание в нем на периодический характер как на возможный способ осуществления трудовой функции.

¹ Гурова И. М. Дистанционная работа как тренд времени: результаты массового опыта // МИР (Модернизация. Инновации. Развитие). 2020. Т. 11. № 2. С. 128–147

² Новости в России и мире – ТАСС: [сайт]. URL: <https://tass.ru/ekonomika/9972081> (дата обращения: 10.02.2021).

³ Федеральный закон от 08.12.2020 № 407-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в части регулирования дистанционной (удаленной) работы и временного перевода работника на дистанционную (удаленную) работу по инициативе работодателя в исключительных случаях» // принят ГД ФС РФ 26.11.2020

⁴ Закалюжная Н. В. «Дистанционная работа и сходные правоотношения» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 2. С. 77.

Работодатель может устанавливать специальные условия работы, предусматривающие выполнение работником трудовой функции дистанционно, в трудовом договоре, дополнительном соглашении, коллективном договоре или локальном нормативном акте, принятом с учетом мнения первичного профсоюза. Среди таких условий:

- режим рабочего времени (ч. 1 ст. 312.4 ТК РФ);
- порядок передачи сотрудником результатов работы и отчет о ней по запросу организации;
- условия и порядок вызова временного удаленного работника в офис (ч. 3 ст. 312.4 ТК РФ);
- порядок предоставления отпуска постоянному дистанционному работнику (временный удаленный работник отдыхает по общим правилам);
- условия об использовании усиленной квалифицированной электронной подписи (ЭЦП) дистанционного работника (ч. 1 ст. 312.3 ТК РФ);
- условия об обменах электронными документами с использованием других видов электронной подписи (ч. 2 ст. 312.3 ТК РФ);
- условия о сроке для направления подтверждения о получении электронного документа от другой стороны договора (ч. 3 ст. 312.3 ТК РФ);
- дополнительные условия для расторжения трудового договора с дистанционным работником (ст. 312.8 ТК РФ)¹.

Адвокат и управляющий партнер Адвокатского бюро Ольга Башкова отметила, что в условиях сложившейся реальности, внесенные в законодательство поправки будут способствовать снятию многих организационных вопросов, но также заметила, что поскольку дистанционный способ работы является новым, то трудностей не избежать, а «главным камнем преткновения на пути станет контроль реальности выполнения трудовой функции работником в рабочее время»². Действительно, как работодатель должен понять, выполнял ли работник свои трудовые функции на протяжении всего рабочего времени? По мнению Ольги Башковой, необходимы дополнительные разъяснения о том, как в данном случае должен действовать работодатель. Следует отметить, что период взаимодействия удаленного работника с работодателем включен законодателем в рабочее время (ч. 6 ст. 312.4 ТК РФ).

Для внедрения дистанционной работы требуется определенное техническое оснащение, в связи с чем, не каждый руководитель готов внедрить такую форму занятости³, так как именно на работодателя возлагается обязанность по обеспечению работника оборудованием, средствами защиты и т.п. Дистанционный работник также вправе использовать собственные или арендованные средства с согласия или ведома работодателя. В этом случае работодатель возмещает понесенные работником расходы. В силу положений ст. 312.7 ТК РФ работодатель обязан ознакомить работника с требованиями охраны труда при работе с данным оборудованием и средствами. При этом нельзя не учитывать ту выгоду, которую, скорее всего, получит предприятие, примером может стать экономия на офисной инфраструктуре. В данном ключе выгода присутствует и у работника, ведь он экономит деньги и время на транспорт, также у сотрудника появляется возможность организации комфортного рабочего места, гибкого графика. Все эти факторы дают ощутимый результат для работодателя, поскольку повышается трудоспособность сотрудников⁴. Согласно опросу Boston Consulting Group (BCG) среди 12 000 сотрудников из компаний по всему миру, 3/4 опрошенных заявили о повышении своей эффективности во время удаленной занятости⁵.

¹ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001. № 197-ФЗ // принят ГД ФС РФ 21.12.2001 (ред. от 29.12.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

² Сетевое издание «Адвокатская газета»: [сайт]. URL: <https://www.advgazeta.ru/novosti/sovet-federatsii-odobril-popravki-v-tk-rf-o-distantsionnoy-rabote/> (дата обращения: 10.02.2021).

³ Седых Ю. А., Собащук Е.Ю., Панькова А. И. Удаленная работа как перспективная форма организации труда // Научные междисциплинарные исследования. 2020. № 6.. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/udalennaya-rabota-kak-perspektivnaya-forma-organizatsii-truda> (дата обращения: 10.02.2021).

⁴ Кручинин С. В. Удаленная работа как новая форма экономической активности населения // Научные дискуссии: Тенденции и перспективы развития современного общества. 2015 г. № 3. С. 62–64.

⁵ Полякова В. Парфентьева И. Работники увидели рост своей эффективности на удаленке // Новостной портал РБК.. URL: <https://www.rbc.ru/society/25/08/2020/5f440e2d9a7947ff84970495> (дата обращения: 19.02.2021).

Предусматриваются также особенности увольнения дистанционного работника, так последний может быть уволен, если не выходит на связь более двух рабочих дней, работодатель может предусмотреть более длительный срок. Фактически работодатель не по своему желанию отказывается от применения мер дисциплинарной ответственности в отношении дистанционных работников. Это связано с тем, что территориальная разобщенность между работником и работодателем приводит к тому, что зачастую работодателю сложно осуществлять обычными способами контроль над выполнением работником его трудовых обязанностей, что приводит к тому, что «проступки» работника, за которые раньше его привлекли бы к дисциплинарной ответственности в виде замечания или выговора, в отношении дистанционного работника, скорее всего, приведут к увольнению. Данные обстоятельства отражают невозможность адекватно оценивать такие основания увольнения как пп. «а» и «б» п. 6 ч. 1 ст. 81 ТК РФ. Интересно указание в законе следующего основания увольнения – при переезде дистанционного работника, с которым заключен трудовой договор на неопределенный период, работодатель вправе расторгнуть с ним договор.

Работодатель вправе произвести перевод сотрудников на удаленный режим в двух случаях:

- если орган государственной или муниципальной власти принял соответствующее решение;
- если жизнь либо нормальные жизненные условия населения или его части находятся под угрозой, например, при эпидемии.

При экстренном переводе стороны не вносят изменения в трудовой договор, согласие работников на удаленную работу не требуется. Если специфика работы не позволяет перейти на дистанционную форму труда, то время, пока сотрудник не выполняет свои обязанности, придется оплачивать как простой по независящим от сторон причинам.

Таким образом, появление коронавирусной инфекции внесло коррективы в трудовое законодательство. Конечно, данная форма занятости имеет свои преимущества и недостатки. Безусловным плюсом нововведений является отмена обязательной ЭЦП и формат временной дистанционной работы, теперь не нужно искать основания для изменения трудовых договоров, чтобы перевести сотрудников на удаленную работу временно. Плюсом является и то, что сотрудникам нельзя снизить заработную плату из-за перехода на дистанционный режим, если работа не изменилась. Что касается недостатков, то в поправках есть упоминание о сверхурочных работах, но нет четких указаний, как должно оплачиваться взаимодействие с работодателем в нерабочее время. Также в законопроекте не говорится, что делать, если работник не согласен трудиться удаленно. Внезапно сложившаяся ситуация в мире дает понять, что данное направление дистанционного характера работы необходимо развивать и совершенствовать, ведь такая занятость определенно является перспективной формой организации труда.

Сечина Е. Ю.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Вакцинация от COVID-19 – право или обязанность работника?

Проблема распространения коронавирусной инфекции вот уже год является самой актуальной и заставляет ученых всего мира как можно быстрее разрабатывать механизмы противодействия COVID-19.

В августе 2020 года в России была зарегистрирована первая в мире вакцина против коронавирусной инфекции – «Спутник V». По ходу борьбы с коронавирусной инфекцией возникла необходимость обезопасить наиболее уязвимые категории населения. Поэтому в конце 2020 года Минздрав России утвердил¹ перечень приоритетных групп населения в очереди на вакцинацию от коронавирусной инфекции в национальном календаре профилактических прививок по

¹ Приказ Минздрава России от 09.12.2020 № 1307н «О внесении изменений в календарь профилактических прививок по эпидемическим показаниям, утвержденный приказом Министерства здравоохранения РФ от 21 марта 2014 г. № 125н // Официальный интернет-портал правовой информации <http://pravo.gov.ru>.

эпидемическим показанием¹, в котором перечислены наименования профилактических прививок и категории граждан, подлежащих обязательной вакцинации по каждой из них.

Граждане были распределены по приоритетности на три группы в зависимости от социального, возрастного, профессионального критериев. Так, к первой группе отнесли лиц от 60 лет и старше, медицинских, социальных работников, граждан, проживающих в городах-миллионниках; ко второй – работников государственных органов, волонтеров, работников сферы услуг; к третьей группе относятся государственные и муниципальные служащие, обучающиеся ВУЗов старше 18 лет, призывники. Следует учесть, что данная приоритетность может быть изменена на уровне субъектов в зависимости от эпидемиологической ситуации в каждом конкретном регионе².

Изучив данное положение, у многих работников и работодателей может сложиться такое мнение: если они относятся к одной из вышеперечисленных групп, значит, для работников вакцинация является обязательной, а работодатели имеют право потребовать ее сделать? На наш взгляд, данная трактовка является ошибочной.

Во-первых, необходимо определить, что подразумевается под приоритетностью. Поскольку законодатель ответа на данный вопрос не дает, обратимся к толкованию слова «приоритет» с позиции его лексического значения. Словарь иностранных слов русского языка³ дает следующее определение: приоритет [нем. Priorität < лат. prior – первый] – 1) первенство, первое место по времени в открытии, изобретении, формулировке какой-либо идеи; 2) преимущественное право на что-либо. Таким образом, вышеупомянутое разделение граждан на группы не обязывает их, а наделяет преимущественным правом вакцинироваться самые незащищенные группы населения.

Во-вторых, обратимся к Перечню работ, выполнение которых связано с высоким риском заболевания инфекционными болезнями и требует обязательного проведения профилактических прививок⁴. К ним относят работников, деятельность которых связана с взаимодействием с животными, растениями, работой на инфицированных территориях. Кроме того, в Перечне находятся работы с кровью, инфекционными заболеваниями, биологическими жидкостями человека (кем преимущественно является медицинский персонал), в 2014 году отдельным пунктом вынесены работники образования. Как отмечается в научной литературе⁵, вакцинация педагогических работников является обязательной хотя бы потому, что работодатель заинтересован в нормальном функционировании организации. Именно лицам, занятым на работах из указанного выше Перечня, вакцинацию следует считать обязательной. Однако большинству работников не стоит опасаться, что их могут принудительно заставить сделать прививку. Классификация населения на три группы имеет первостепенное значение скорее для медицинских работников и учреждений, проводящих вакцинацию, при определении порядка ее очередности. Но возникает закономерный вопрос: могут отказаться от прививки те, для кого она является обязательной в соответствии с указанием Минздрава?

Обратимся к ч. 2 ст. 20 Федерального Закона «Об основах охраны здоровья граждан в РФ»⁶: гражданин, один из родителей или иной законный представитель лица имеют право отказаться от медицинского вмешательства, чем вакцинация и является. Данную норму дополняет ст. 5 Федерального закона «Об иммунопрофилактике инфекционных

¹ Приказ Минздрава России от 21.03.2014 № 125н «Об утверждении национального календаря профилактических прививок и календаря профилактических прививок по эпидемическим показаниям» // Российская газета, № 109, 16.05.2014.

² П.8 Приложения № 2 Приказа Минздрава России от 21.03.2014 № 125н «Об утверждении национального календаря профилактических прививок и календаря профилактических прививок по эпидемическим показаниям» // Российская газета, № 109, 16.05.2014.

³ Словарь иностранных слов русского языка. URL: https://dic.academic.ru/dic.nsf/dic_fwords/29155/%D0%9F%D0%A0%D0%98%D0%9E%D0%A0%D0%98%D0%A2%D0%95%D0%A2 (дата обращения: 24.02.2021).

⁴ Постановление Правительства РФ от 15 июля 1999 г. № 825 «Об утверждении перечня работ, выполнение которых связано с высоким риском заболевания инфекционными болезнями и требует обязательного проведения профилактических прививок» // Собрание законодательства Российской Федерации от 19 июля 1999 г., № 29, ст. 3766.

⁵ Дорошева А. А. Обязанность вакцинации педагогических работников // Актуальные проблемы трудового права и права социального обеспечения. 2017. С. 35–41.

⁶ Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // Российская газета, № 263, 23.11.2011.

болезней»¹. В ч. 1 данной нормы закреплено право граждан на отказ от профилактических прививок. Увидев данные положения, довольный работник может скорее начать разьяснять работодателю свое закрепленное законом право отказаться от вакцинации. Однако работодателю, прочитавшему нормативный акт немного дальше – до ч. 2 той же статьи, удастся удивить работника, ведь одним из последствий отсутствия профилактических прививок является отказ в приеме граждан на работы или отстранение граждан от работ, выполнение которых связано с высоким риском заболевания инфекционными болезнями. И, действительно, ст. 76 ТК РФ² не содержит исчерпывающего перечня оснований для отстранения работника и отсылает к российскому законодательству, в данном случае к ФЗ № 157.

Таким образом, нормы одной статьи находятся в отношении конкуренции друг с другом. Поскольку законодательно данное противоречие не разрешено, обратимся к судебной практике. Обращаем внимание, что споры о вакцинации от COVID-19 только начинают возникать, разрешенные дела данной категории отсутствуют, поэтому нами были рассмотрены решения судов о прививках в целом. Так, Конституционный Суд РФ³, определяя, какая норма имеет первостепенное значение, указал, что отстранение граждан от работ, выполнение которых связано с высоким риском заболевания инфекционными болезнями, обусловлено необходимостью сохранения здоровья таких категорий работников в процессе трудовой деятельности, а также обеспечения здоровья и безопасности других лиц и, следовательно, отвечает конституционно закрепленным целям возможных ограничений прав и свобод человека и гражданина и не может рассматриваться как нарушение конституционных прав. Следовательно, суд встал на сторону работодателя.

Но законно ли отстранять от работы тех граждан, которые давали отказ не в силу своего желания или взглядов, а по медицинским показаниям, имея медицинский отвод? Судебная практика и в этом случае не становится на сторону работника: «требования закона об обязательной вакцинации не содержат никаких исключений для лиц, у которых имеется медицинский отвод. Наличие медицинского отвода означает, что у гражданина не имеется возможности выполнить требования закона для допуска к работе..., что исключает его допуск к работе в таковом заведении»⁴.

Следует учитывать, что в случае отказа работника от вакцинации работодатель имеет право только его отстранить. Дисциплинарные взыскания, а тем более увольнения в таких ситуациях незаконны. Отказываясь от прививки, работник не совершает дисциплинарный проступок, а реализует свое законное право на отказ. Вакцинация – не его трудовая обязанность, а условие осуществления трудовой деятельности, невыполнение которого может повлечь исключительно отстранение. Иные действия работодателя будут признаны судом незаконными: «для разрешения вопроса о законности привлечения истца к дисциплинарной ответственности в виде выговора и последующего увольнения юридически значимым обстоятельством в рамках рассматриваемого дела являлось, установление факта нарушения истцом дисциплины труда, т.е. совершения дисциплинарного проступка. У работодателя таких оснований не имелось»⁵.

Подводя итог вышеизложенному, следует отметить, что для некоторых категорий граждан вопрос вакцинации может оказаться действительно проблемным. Поскольку отстранение происходит до момента устранения его причины, интересным становится вопрос будущих работников, которые ввиду противопоказаний не смогут вакцинироваться или в течение длительного времени, или в течение всей жизни. Скорее всего, им придется менять место работы, а, возможно, и сферу деятельности, ведь отсутствие прививки является еще и основанием для отказа в приеме на работу. Кроме того,

¹ Федеральный закон от 17 сентября 1998 г. № 157-ФЗ «Об иммунопрофилактике инфекционных болезней» // Собрание законодательства Российской Федерации. Юридическая литература, 21 сентября 1998, № 38, ст. 4736.

² «Трудовой кодекс Российской Федерации» от 30.12.2001 № 197-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 7 января 2002, № 1, ст. 3.

³ Определение Конституционного Суда РФ от 21.11.2013 № 1867-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Гунтаишвили Валентины Захаровны на нарушение ее конституционных прав Федеральным законом «Об иммунопрофилактике инфекционных болезней» // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 09.07.2020 № 33-5041/2020 по делу № 2-4903/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Апелляционное определение Московского городского суда от 22 мая 2018 г. по делу № 33-18410/2018 // СПС «КонсультантПлюс».

ввиду опасной эпидемиологической ситуации вполне возможно расширение списка работ с обязательной вакцинацией, а значит, подобные проблемы потенциально могут возникнуть у большего числа людей. Надеемся, что законодательство и судебная практика, которые появятся в скором времени по данным категориям дел, внесут ясность в разрешение данных вопросов, а не породят еще большей неопределенности.

Слепых Н. В.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Взаимодействие работодателя и работника в процессе дистанционной работы: проблемные аспекты

Вопрос о возможности работы в дистанционном формате для российских работодателей уже не нов, но до недавнего времени данный формат работы широкого распространения не получал¹. Как отмечают многие юристы-практики² причина этому – недостаточная регламентация в трудовом законодательстве, которое до внесения в 2020 году существенных изменений в особенности регулирования труда дистанционных работников представляло собой лишь рамочное регулирование, оставляя решение большинства материальных и процедурных вопросов организации рабочего процесса на усмотрение работодателя и работника. От дистанционной занятости выигрывают все. Работники состоят в трудовых отношениях, имеют гарантии, предоставляемые ТК РФ, трудятся на условиях индивидуального графика работы там, где им удобно, имеют возможность уделять внимание семье и детям или другим приоритетным для них направлениям деятельности, не тратя при этом время на дорогу в офис и обратно. Работодатели экономят на аренде офисного пространства, организации рабочих мест, могут нанимать лучших специалистов из других городов. Государство пополняет свой бюджет за счет установленных для работодателей налогов и взносов в фонды³. Учитывая непростую обстановку прошедшего года и перевод миллионов работников на дистанционную работу рассматриваемый вопрос стал первостепенным, в связи с чем с 1 января 2021 года вступили в силу поправки в Трудовой кодекс Российской Федерации (далее – ТК РФ)⁴.

Внесенными изменениями законодатель дал ответ на многие вопросы, ранее остававшиеся без внимания, тем не менее, толкование и применение некоторых нововведенных положений вызывает неопределенность.

В первую очередь следует обратить внимание на установленный порядок обмена документами между работником и работодателем. Статья 312.3 ТК РФ разграничивает случаи, когда при обмене электронными документами стороны могут использовать различные виды электронных подписей. Так, для заключения трудового договора или внесения в него изменений работодатель обязан использовать усиленную квалифицированную электронную подпись (далее – КЭП), а работник вправе выбирать между КЭП и усиленной неквалифицированной подписью (НЭП), в иных случаях, например, при ознакомлении работника с локальными нормативными актами стороны могут использовать и иные виды электронных подписей или же вовсе иную форму взаимодействия, позволяющую зафиксировать факт получения стороной электронного документа. В данном случае ситуация довольно неоднозначная, поскольку

¹ По данным Минтруда в 2019 году официально дистанционно работали только 30тыс. человек.. URL: <https://tass.ru/ekonomika/9972081> (дата обращения: 02.03.2021).

² Например Ю. Халимовский и Е. Серякова По каким правилам можно будет работать удаленно? // Обзор проекта поправок к Трудовому кодексу Российской Федерации. URL: https://zakon.ru/discussion/2020/8/17/po_kakim_pravilam_mozhno_budet_rabotat_udalennno_obzor_proekta_popravok_k_trudovomu_kodeksu_rossijsk 07.08.2020) дата обращения: 02.03.2021).

³ Миронов В. И., Новикова М. В. Дистанционная работа как явление на российском рынке труда: дифференциация и дискриминация // Трудовое право в России и за рубежом. 2019. № 1. С. 38–42 ; Трудовое право в России и за рубежом. 2019. № 2. С. 35–38.

⁴ Федеральный закон от 08.12.2020 № 407-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в части регулирования дистанционной (удаленной) работы и временного перевода работника на дистанционную (удаленную) работу по инициативе работодателя в исключительных случаях» // СПС «КонсультантПлюс». 2020.

пользование электронной подписью слабо распространено среди населения, к тому же КЭП и НЭП можно получить только в аккредитованном центре и за определенную плату, что создает препятствия для работника, который может не иметь на эти действия ресурсов в силу материального положения, неграмотности или же сильной удаленности от ближайшего удостоверяющего центра. В то же время, понимая особую важность заключения трудового договора и подписания связанных с ним документов, законодатель не предоставляет возможности сторонам использовать простую электронную подпись, так как она не позволяет с достоверностью установить личность лица, подписавшего документ. Помочь потенциальному работнику работодатель в таком случае вряд ли сможет, положения Федерального закона № 63-ФЗ «Об электронной подписи»¹ предусматривают необходимость личного присутствия заявителя при выдаче квалифицированного сертификата и устанавливают трудновыполнимые требования для большинства работодателей к организациям, желающим получить возможность самостоятельно выдавать КЭП и НЭП.

Что касается обмена иными документами, для подписания которых сторонам по законодательству не требуется КЭП и НЭП, то этот вопрос пока тоже остается открытым, поскольку п. 2, 4 ст. 312.3 ТК РФ отсылают в этом случае к локальным нормативным актам работодателя, самому трудовому договору или дополнительным соглашениям к нему. Именно эти документы должны давать ответы на вопросы о четкой форме взаимодействия, порядке подтверждения действий дистанционного работника и работодателя, а также проверке их личности. Урегулировать данный вопрос, не имея при этом законодательной опоры, разъяснений и практики работодателю будет нелегко, потребуется помощь специалистов в сфере информационных технологий. Важно понимать, что оставление данных положений без должного внимания несет за собой серьезные риски в дальнейшем, ведь в случае возникновения спора вопрос доказывания личности подписавшего/отправившего соответствующий документ, факта получения его стороной и ознакомления с ним «станет ребром».

Еще одним проблемным аспектом в дистанционной работе, как представляется, является установление момента, когда работник приступил к выполнению своих трудовых обязанностей. Ведь из п. 2 ст. 67 ТК РФ следует, что, как только работник начал работу с ведома или по поручению работодателя, не оформленный в письменной форме трудовой договор считается заключенным. В этой связи возникают вопросы, как работнику добиться защиты своих прав в случае, если он дистанционно приступил к выполнению трудовой функции, а потом работодатель отказывается заключать договор², и как в такой ситуации доказывать, что выполненная работа осуществлялась именно во исполнение трудового договора, заключение которого обещали, а не была выполненным заданием в рамках гражданско-правового договора? При «традиционном» режиме работе такой вопрос вряд ли возникнет, поскольку на трудовые отношения укажут факты нахождения работника на территории работодателя, использование его ресурсов для работы, пропуск, камеры видео – наблюдения и т.п. В случае же с дистанционной работой, когда деятельность работника не поддается прямому или косвенному контролю работодателя, все обстоит гораздо сложнее. В связи с чем представляется целесообразным разъяснить данную ситуацию на уровне Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации.

Специфика трудовых правоотношений заключается в том, что выполнение трудовой функции работником носит исключительно личный характер. Выполнение работы по трудовому договору не может быть перепоручено третьему лицу, на это указывают определения трудового отношения, трудового договора, данные в статьях 15, 56 ТК РФ соответственно, как раз это является отличительной чертой трудовых отношений от гражданско-правовых. При удаленной работе работодатель фактически не имеет возможности контролировать это условие трудового договора, что порождает для него определенные сложности и может вызвать опасения в отношении личности дистанционного работника. Конечно, на практике работодатели пытаются применять современные IT-технологии для «проверки» работника на добросовестность и ответственное отношение к работе. Предложение отвечает спросу, на рынке за прошедший год появились десятки предложений воспользоваться программами с различными механизмами контроля продуктивности дистанционной работы: от тех, что просто фиксируют время начала, перерывов и окончания работы до

¹ Федеральный закон от 06.04.2011 № 63-ФЗ (ред. от 08.06.2020) «Об электронной подписи» // СПС «КонсультантПлюс». 2020.

² См.: Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 16.09.2019 № 75-КГ19-5; Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 07.07.2020 № 33-13083/2020 по делу № 2-372/2020 // СПС «КонсультантПлюс». 2020.

тех, которые ведут запись экрана работника в течение рабочего дня, записывают все нажатия клавиш, делают периодические фото через веб-камеру, активируют микрофоны на устройствах¹. Удивляет, что обо всем этом работник может быть даже не проинформирован, например, когда оборудование для работы предоставляет сам работодатель, или же они могут быть установлены на личный компьютер работника без его ведома, что предлагают некоторые разработчики².

С одной стороны, это закрывает «окно безопасности» для работодателя, ведь в такой ситуации у работника гораздо меньше шансов провести какую-либо махинацию или пренебрегать своими трудовыми обязанностями, с помощью подобного контроля можно анализировать производительность труда, квалификацию работника. Но, с другой стороны, как оценивать такие действия работодателя с точки зрения закона? Ведь в некоторых случаях это действительно напоминает хакерский взлом. Возникают закономерные вопросы о приватности, личных границах работника и соблюдении этических норм? В процессе такого контроля работодатель фактически получает доступ к личным данным дистанционного работника, его фотографиям, перепискам и паролям. Как гарантировать дистанционному работнику, мнение которого в этом вопросе вряд ли будет учтено, что работодатель не будет злоупотреблять своими возможностями и необходимый контроль не превратится в абьюзивный надзор?

Таким образом, можно сделать вывод о том, что внесение изменений в Трудовой кодекс было необходимо, так как благодаря им стороны трудового договора получили ответы на многие насущные вопросы. Некоторые из них остаются открытыми, и в этой части, думается, нельзя упрекнуть законодателя, поскольку урегулировать все аспекты такого сложного вопроса как организация дистанционной работы невозможно. Этот процесс должен идти постепенно, вслед за практикой, учитывая неоднозначные ситуации, отдельные из которых были названы выше.

Смирнова Д. А.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Влияние Конвенций Международной организации труда на регулирование труда женщин в Российской Федерации

Ни для кого не секрет, что право международное и национальное всегда находятся в тесной взаимосвязи и оказывают друг на друга активное влияние. С годами процесс глобализации все больше усиливается, и международное право все больше проникает в национальное российское.

Трудовое право в этой связи не исключение – это обусловлено тем, что такие проблемы как расширение прав трудящихся и улучшение положения работника давно стоят на повестке дня законодателя – ещё начиная с 20-го века, и требуют повышенного внимания не только со стороны одного конкретного государства, но и наднациональных организаций в том числе, самой известной из которых является Международная организация труда.

В своей работе я планирую затронуть наиболее интересный, на мой взгляд, и обсуждаемый в мировом сообществе в связи с ростом феминистских движений аспект влияния – влияние международных актов, в частности Конвенций МОТ, на регулирование правового положения женщин-трудящихся в нашем государстве.

Но для начала немного познакомимся с самой МОТ и правовыми механизмами, с помощью которых она обеспечивает свою работу. Это необходимо для понимания того, как именно эта международная организация воздействует на стран-участниц.

Международная организация труда – это профильное агентство сети Организации Объединенных Наций, которое специально было создано в 1919-м году еще в рамках Лиги Наций для продвижения прав трудящихся на мировом уровне и улучшения положения наиболее уязвимых слоев населения путем социального обеспечения.

¹ «Цифровой кнут: как компании следят за сотрудниками на удаленке».. URL: <https://trends.rbc.ru/trends/industry/5fa558f69a79470f852d4037> (дата обращения: 02.03.2021).

² InterGuard: Employee Monitoring Software.. URL: <https://www.interguardsoftware.com/employee-monitoring-software/> (дата обращения: 02.03.2021).

Свои цели, описанные в уставе организации, МОТ претворяет в жизнь различными методами – с помощью запуска международных программ, технического сотрудничества и поддержки стран-участниц. Однако самым эффективным средством является разработка нормативных правовых актов, норм труда в форме конвенций и рекомендаций. Эти нормы подкреплены особым институтом контроля за их соблюдением.

Сущность правоохранительной и регулятивной деятельности МОТ заключается в том, что она издаёт Конвенции, которые государство-член может ратифицировать или нет. Ратифицированный документ становится обязательным для государства – оно приводит в соответствие национальное законодательство в сфере трудовых отношений и принимает необходимые меры для эффективного правоприменения. Страна в данном случае берет на себя определённую ответственность, скорее моральную нежели юридическую. Это объясняется тем, что как таковых правовых последствий за несоблюдение нет.

За всю историю своего нахождения в организации СССР и РФ ратифицировали 74 Конвенции, некоторые из которых посвящены регулированию труда женщин. Рассмотрим конкретные нормы и постараемся провести аналогию между международными актами и национальным законодательством РФ в сфере трудовых отношений с участием женщин. Ключевым вопросом, который требует законодательного регулирования на международном и национальном уровне является дискриминация, точнее ее запрет. Он получил свое отражение в Конвенции № 100 «О равном вознаграждении мужчин и женщин за труд равной ценности» (1951 г.) и № 111 «О дискриминации в области труда и занятий» (1958 г.).

Непосредственное влияние эти общепризнанные в мировой практике положения оказали на статью 2 Трудового кодекса Российской Федерации, которая закрепляет запрет дискриминации как основополагающий принцип трудового права, обеспечивающий свободу труда, и статью 3 «Запрещение дискриминации в сфере труда», в которой указывается, что «каждый имеет равные возможности для реализации своих трудовых прав» и «никто не может быть ограничен в трудовых правах и свободах и получать какие-либо преимущества»¹ на дискриминационных основах. Статья 3 вторит статье 1 Конвенции № 111, в которой дается определение дискриминации: «всякое различие, недопущение или предпочтение, проводимое по признаку расы, цвета кожи, пола, религии, политических убеждений, национального происхождения или социальной принадлежности, приводящее к уничтожению или нарушению равенства возможностей или обращения в области труда и занятий»².

В соответствие со своими обязательствами, перечисленными в статье 3 Конвенции № 111 РФ проводит установленную политику: стремится устранить акты дискриминации и улучшить правоприменение, устанавливая в статье 3 ТК возможность обратиться в суд для лица, которое считает, что подверглось дискриминации.

По сей день спорной является проблема запрета определенных профессий для женщин в России, который обусловлен «особой заботой государства о лицах, нуждающихся в повышенной социальной и правовой защите»³. Данные нормы установлены на международном уровне в некоторых Конвенциях, например, № 45 и № 89 – «О применении труда женщин на подземных работах в шахтах» (1935 г.) и «О ночном труде женщин в промышленности» (1948 год). В российском законодательстве об этом упоминается в уже названной 3-й статье ТК РФ, более полное регулирование устанавливается статьей 253 «Работы, на которых ограничивается применение труда женщин» и непосредственно Перечнем производств и работ, на которых ограничивается применение труда женщин, утверждаемый Приказом Министерства труда и социальной защиты РФ.

Мировая практика показывает, что подобные перечни, перечисляющие ограничения и запреты для женщин, действительно являются дискриминационными – мировое сообщество отходит от таких классификаций, и российский законодатель не исключение. Формулировка «запрещается» постепенно была заменена на «ограничивается», перечень профессий, на которых ограничивается труд женщин с каждым годом все уменьшается. С 1 января 2021 года, например,

¹ «Трудовой кодекс Российской Федерации» от 30.12.2001» 197-ФЗ (ред. от 29.12.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

² Конвенция МОТ № 111 «О дискриминации в области труда и занятий» от 1958 г. // СПС «КонсультантПлюс».

³ «Трудовой кодекс Российской Федерации» от 30.12.2001» 197-ФЗ (ред. от 29.12.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

начал действовать новый документ, в который включили лишь 100 профессий¹, что весьма значительно по сравнению с 456-ю, которые были перечислены в прежнем акте.

Можно оценить данные тенденции положительно: законодатель идет в ногу со временем и устраняет дискриминацию в правоприменительной практике вслед за мировым сообществом и МОТ, которая эти тенденции и задает.

И, наконец, третья сфера, регулирование которой охватывается и Конвенциями, и российским законодательством очень широко и которая, собственно, определяет особое положение женщины – материнство и семейные обязанности. Этой теме посвящена практически вся Глава 41 ТК РФ «Особенности регулирования труда женщин, лиц с семейными обязанностями» и Конвенции МОТ № 183 «Об охране материнства» и № 156 «О работниках с семейными обязанностями» 2000-го и 1981-го годов соответственно.

Законодатель устанавливая подобные нормы и уделяя им большое внимание на международном и национальном уровне защищает не только здоровье матери и ребенка, хотя это безусловно важно: «каждое государство-член принимает надлежащие меры для обеспечения того, чтобы беременные женщины или кормящие матери не должны были выполнять работу, которая, по определению компетентных властей, является вредной для здоровья матери или ребенка, либо, по имеющимся оценкам, представляет существенный риск для здоровья матери или ее ребенка»², но и финансово-экономическое и социальное положение женщины, законодательно закрепляя возможность уйти в отпуск по беременности и родам (ст. 4 Конвенции и ст. 255 ТК), получение пособий и иных гарантий (ст. 6 – 7 Конвенции и ст. 259 – 261 ТК), сохранение места работы и недопущение дискриминации (ст. 8 – 9 Конвенции и ст. 145 УК), а также многие другие привилегии, предоставляемые матерям и лицам, выполняющим семейные обязанности. Как мы видим на этих примерах, многие положения российского законодательства фактически повторяют положения международных актов – российский законодатель, ратифицировавший Конвенцию, выполняет свои обязательства по проведению прогрессивной политики и обеспечению защиты материнства.

Таким образом, проанализировав нормы Конвенций Международной организации труда и положения Трудового кодекса, мы можем сделать вывод о том, что они находятся в тесной взаимосвязи. Влияние международных актов в сфере трудовых отношений на национальные законы невозможно отрицать. Наиболее значительным выводом, к которому я пришла в процессе написания данной работы является то, что процесс влияния и взаимопроникновения продолжается и по сей день и будет продолжаться в дальнейшем, положительно влияя на правовое положение трудящихся женщин в РФ и обеспечивая их полное и эффективное участие в сфере труда. Это не может не радовать.

Соловьева О. Ю.

*Волгоградский филиал Российской академии
народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации,
студент*

Электронная трудовая книжка: основные правовые аспекты. Достоинства и недостатки

Современный мир – мир прогресса и технологий. Каждый день происходит постепенное развитие и прогрессирующее всех сфер общественной жизни. Течение новшеств не обошло и сферу труда, в частности, изменение формы трудовой книжки. В рамках национального проекта «Цифровая экономика» был осуществлен переход с бумажной трудовой книжки на электронную. Старт активной работе в этом направлении дал Указ Президента от

¹ Приказ Минтруда России от 18.07.2019 № 512н «Об утверждении перечня производств, работ и должностей с вредными и (или) опасными условиями труда, на которых ограничивается применение труда женщин» // СПС «КонсультантПлюс».

² Конвенция МОТ № 183 «Об охране материнства» (2000 год) // СПС «КонсультантПлюс».

09.05.2017 № 203 «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017 – 2030 годы»¹. В нашей стране постепенный переход на электронные трудовые книжки осуществляется с 2020 года.

Стоит отметить, что трудовая книжка является основным документом о трудовой деятельности и трудовом стаже работника. Отныне такая информация будет фиксироваться работодателем в электронном формате. Это породило ряд изменений в нормах Трудового кодекса Российской Федерации² (далее – ТК РФ). Текст ТК РФ дополнен новой ст. 66.1 (введена от 16.02.2019 ФЗ № 439-ФЗ), в которой указано: «работодатель формирует в электронном виде основную информацию о трудовой деятельности и трудовом стаже каждого работника и представляет ее в порядке, установленном законодательством Российской Федерации об индивидуальном учете в системе обязательного пенсионного страхования, для хранения в информационных ресурсах Пенсионного фонда Российской Федерации». В данном случае речь идет именно о том, что теперь информация о работнике будет фиксироваться в электронном виде и храниться в информационных ресурсах. Также изменено содержание ст. 62 ТК РФ, в которой теперь зафиксировано: «по письменному заявлению работника работодатель обязан не позднее трех рабочих дней со дня подачи этого заявления выдать работнику трудовую книжку, копии документов, связанных с работой, справки о заработной плате, о начисленных и фактически уплаченных страховых взносах на обязательное пенсионное страхование, о периоде работы у данного работодателя и другое». Стоит также привести в пример подп. 4 п. 1 ст. 2 ФЗ от № 439-ФЗ «О внесении изменений в ТК РФ в части формирования сведений о трудовой деятельности в электронном виде»³: «работодатель должен уведомить до 30 июня 2020 года включительно каждого работника в письменной форме об изменениях в трудовом законодательстве, связанных с формированием сведений о трудовой деятельности в электронном виде, а также о праве работника путем подачи работодателю соответствующего письменного заявления, сделать выбор между продолжением ведения работодателем трудовой книжки или предоставлением ему работодателем сведений о трудовой деятельности». То есть речь идет об изменениях в трудовом законодательстве, связанных с формированием сведений о трудовой деятельности в электронном виде.

Электронная трудовая книжка представляет собой специфический информационный ресурс, содержащий информацию, аналогичную той, что содержится в бумажной трудовой книжке: информация о работнике; даты приема, увольнения, перевода на другую работу; место работы; вид мероприятия (прием, перевод, увольнение); должность, профессия, специальность, квалификация, структурное подразделение; вид поручаемой работы; основание кадрового мероприятия (дата, номер и вид документа); причины прекращения трудового договора⁴.

Необходимо отметить, что электронная трудовая книжка существует исключительно в цифровом формате и не предусматривает физического носителя. Получить данные из нее можно обратившись на сайт Пенсионного Фонда Российской Федерации (Далее – ПФР) (pfrf.ru) или портал Государственных услуг Российской Федерации (gosuslugi.ru)⁵. Так как предполагается, что физического носителя не будет существовать с 2021 года, то всю информацию о своей трудовой деятельности работники могут получить: обратившись к работодателю; обратившись в соответствующее отделение ПФР; обратившись в МФЦ, причем экстерриториально (т.е. без точной привязки к месту).

Важно понимать, что переход на такое новшество является добровольным, кроме тех, кто впервые устроится на работу в 2021 году – у таких граждан трудовая книжка будет вестись сразу в электронном формате без оформления бумажной. Всем остальным гражданам до конца 2020 года необходимо подать работодателю письменное заявление о своем выборе. Итак, если гражданин напишет письменное заявление работодателю о том, что он согласен с ведением трудовой книжки в электронном формате, то работодатель отдает бумажную ему «на руки» под ответственность работника. А если работник напишет заявление о том, что он желает продолжить ведение трудовой книжки в бумажном

¹ Указ Президента Российской Федерации «Указ Президента РФ «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017 – 2030 годы» от 09.05.2017 № № 203 // Собрание законодательства Российской Федерации. 2017 г. № 20. Ст. 2901

² «Трудовой кодекс Российской Федерации» от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 29.12.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

³ Федеральный закон от 16.12.2019 № 439-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в части формирования сведений о трудовой деятельности в электронном виде» // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Пенсионный фонд РФ. URL: // www.pfrf.ru/ (дата обращения: 10.02.2021).

⁵ Госуслуги // URL: <https://www.gosuslugi.ru/> (дата обращения: 10.02.2021).

формате, то работодатель будет вести бумажную и электронную трудовые книжки одновременно. В первом случае бумажную трудовую книжку необходимо сохранить, так как в ней содержатся сведения о трудовой деятельности до 2020 года, такая информация в электронный формат дублироваться не будет.

В случае, если работник не написал заявление работодателю о своем выборе, то работодатель продолжает вести бумажную трудовую книжку одновременно с электронной. При ситуации, когда работник не написал такое заявление по уважительным причинам (временная нетрудоспособность, отпуск и т.д.), то он вправе сделать это в любое время после выхода на работу, подав письменное заявление работодателю.

В случае, если работник выбрал продолжение ведения бумажной трудовой книжки, то при последующем трудоустройстве у другого работодателя, он сохраняет право на ведение трудовой книжки в бумажном виде, а также он может позже в любое время написать заявление о переходе на электронный вариант.

Стоит отметить, что если работник обнаружил какие-либо недостоверные сведения в своей электронной трудовой книжке, то по его заявлению работодатель обязан их исправить.

На наш взгляд, важным аспектом является и тот факт, что если работник написал заявление в пользу электронной трудовой книжки, то возобновление бумажного формата законодательством не предусмотрено.

Проанализировав вышеуказанную информацию, стоит выделить достоинства и недостатки рассматриваемого новшества:

1. Достоинства:

- удобный и быстрый доступ работников к информации о своей трудовой деятельности;
- снижение издержек работодателей на приобретение, ведение и хранение трудовых книжек;
- по утверждения ПФР высокий уровень безопасности и сохранности данных;
- электронное (дистанционное) трудоустройство;
- отсутствие штрафов от трудовой инспекции за неправильное ведение трудовой книжки;
- отсутствие риска утери трудовой книжки, т.к. они не горят в пожарах, не тонут в воде и т.д.

2. Недостатки:

- наличие риска утечки информации в результате сбоя или взлома злоумышленников;
- отсутствие у некоторых граждан доступа к сети «Интернет»;
- траты на подключение сети «Интернет»;
- трудность освоения сети «Интернет» (для старшего поколения или тех, кто ранее не пользовался им);
- боязнь подобных новшеств, недоверие электронным носителям;
- недостоверность перенесенных данных от работодателя в ПФР.

Таким образом, подводя итоги исследования, можем сделать краткий вывод о том, что в первой половине 2020 года работодатель обязан уведомить работников о предоставленной возможности выбора формы ведения трудовой книжки, а непосредственно сами работники до конца 2020 года должны сообщить о своем выборе работодателем путем направления ему письменного заявления.

Отметим, что несмотря на спорные прогнозы относительно надежности и успешности электронной трудовой книжки, данный «эксперимент» позволит приблизить Российскую Федерацию к цифровому обществу.

Соляник И. В.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Правовой статус безработного в период борьбы с COVID-19

Мировой рынок труда значительно пострадал от COVID-19 и введенных из-за него ограничений. По данным компании Boston Consulting Group (BCG), до трети населения планеты оказались без работы, а это почти два миллиарда человек. Не обошла стороной данная проблема и Россию. Безработица – перманентное явление в любом государстве,

но во время пандемии оно вышло на новый уровень. За время пандемии по данным Росстата численность безработных составила около 4, 321 млн человек. Данный показатель превышает прошлогодний на 24,7 %.

Исследовать место и роль субъектов правоотношений, возникающих в связи с безработицей, невозможно, не определив, в первую очередь, понятие «правовой статус». Правовой статус личности является одной из важнейших политико-юридических категорий, имеющей достаточно плотную связь с социальной структурой общества, уровнем демократии, а также состоянием законности в государстве¹. Это можно объяснить тем, что посредством правового статуса личности возможно установить и проследить взаимосвязь между государством, обществом и отдельно взятым гражданином.

В научной литературе существует достаточно много подходов к пониманию «правового статуса». Несмотря на множество определений, исследователи сходятся во мнении, что правовым статусом личности выступает юридическое закрепление его положения в обществе. Данное определение является наиболее общим. В некоторых случаях правовой статус личности необходимо рассматривать как установленные на законодательном уровне права, свободы и обязанности личности². А если говорить про правовой статус гражданина – это совокупность его прав, обязанностей и ответственности, реализуемая в сфере государственного управления и урегулированная административно-правовыми нормами. Однако в данной статье речь пойдет о правовом статусе определенной категории граждан – безработных: их правовом положении, правах, обязанностях, гарантиях, ответственности, в том числе в период COVID-19.

Закон о занятости³ закрепляет официальное понятие «безработный», которое включает в себя несколько критериев, при наличии которых гражданина можно будет признать безработным. В соответствии со ст. 3 Закона о занятости безработными являются граждане, которые: трудоспособны; не имеют работы и заработка; зарегистрированы в органах службы занятости в целях поиска подходящей работы; ищут работу; готовы приступить к ней. Наличие данных пяти признаков юридически формируют понятие «безработный»⁴.

Трудоспособными считаются лица, достигшие определенного возраста и при этом не имеющие противопоказаний к работе по состоянию здоровья. Важно отметить, что инвалиды также могут рассчитывать на получение статуса безработного, в случае не полной утраты трудоспособности.

Не имеющие работы и заработка – гражданин не должен относиться ни к одной из категорий занятых граждан, закрепленных в ст. 2 Закона о занятости. К примеру, гражданин, не работающий, но проходящий военную службу, не будет признан безработным, поскольку по закону он считается занятым.

Регистрация в целях поиска подходящей работы – это один из видов регистрации, которая проводится органами службы занятости в соответствии с правилами, утвержденными постановлением Правительства⁵. Однако до 31 марта 2021 г. в связи с угрозой распространения COVID-19 действуют Временные правила регистрации граждан в целях поиска подходящей работы и в качестве безработных, утвержденные постановлением Правительства. Данные правила позволяют гражданам обращаться в службу занятости населения в дистанционной форме, отправлять заявления в электронной форме с применением информационно-аналитических систем: «Работа в России» и «Единый портал государственных и муниципальных услуг». Подобные меры были введены с целью предотвращения распространения коронавирусной инфекции. Например, для постановки на учет соискателю из Москвы необходимо: зайти на сайт центра занятости населения города Москвы; оформить онлайн-заявку, приложив к ней сканы паспорта, трудовой книжки и

¹ Бялт В. С., Демидов А. В. Разделение властей в историко-правовой мысли России // Ленингр. юрид. журн. – 2017. № 1 (47). С. 38

² Марченко М. Н. Общая теория государства и права. Академический курс. М. : Наука, 1998. С. 43

³ Закон РФ от 19.04.1991 № 1032-1 (ред. от 08.12.2020) «О занятости населения в Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Трудовое право России : учебник для студентов образовательных организаций, обучающихся по направлению подготовки «Юриспруденция», квалификация (степень) «бакалавр» / [Бондаренко К. А. [и др.]] ; под ред. А. М. Куренного; Московский гос. ун-т имени М. В. Ломоносова, Юридический фак. М. : Проспект, 2016. С. 220.

⁵ Постановление Правительства РФ от 07.09.2012 № 891 (ред. от 26.03.2019) «О порядке регистрации граждан в целях поиска подходящей работы, регистрации безработных граждан и требованиях к подбору подходящей работы // СПС «КонсультантПлюс».

внести информацию о несовершеннолетних детях; отправить и ожидать обратной связи от специалиста центра занятости для верификации предоставленных данных и их возможного дополнения.

Подтверждением того, что гражданин ищет работу и готов к ней приступить, является факт прохождения перерегистрации, отклик на предложения подходящей работы и т.д.

Правовой статус безработного характеризуется наличием у него определенных прав, обязанностей и гарантий до момента трудоустройства. В области обеспечения занятости государством установлен комплекс прав для граждан. Во-первых, Закон о занятости конкретизирует конституционную гарантию свободно распоряжаться своими способностями к труду указанием на право граждан выбирать место работы самостоятельно, т.е. либо напрямую обратиться к работодателю, либо при помощи организаций, способствующих трудоустройству: со стороны государственной службы занятости – на бесплатной основе, со стороны других организаций – на договорной основе. У граждан есть право поиска работы за пределами территории РФ, но уже самостоятельно. Во-вторых, органы службы занятости оказывают гражданам бесплатные консультации, предоставляют информацию и услуги по вопросам выбора профессии, трудоустройства и получения дополнительного профессионального образования. В-третьих, психологическая поддержка; социальная адаптация на рынке труда; содействие в переезде и в переселении в другую местность для трудоустройства по направлению органов службы занятости; профессиональное обучение и дополнительное профессиональное образование по направлению органов службы занятости; бесплатное медицинское освидетельствование при направлении органами службы занятости для прохождения профессионального обучения или получения дополнительного профессионального образования.

Для безработных граждан предусмотрены следующие федеральные выплаты: пособие по безработице, в том числе в период временной нетрудоспособности безработного; плата за участие в общественных работах; стипендия в период прохождения профессионального обучения и получения дополнительного профессионального образования по направлению органов службы занятости. Региональное законодательство¹ также может предусматривать выплаты безработным в виде компенсации расходов за пользование услугами городского общественного транспорта; доплаты к пособию по безработице и стипендии в период профессиональной подготовки, переподготовки и повышения квалификации и др.

Однако, в некоторых случаях размер пособия по безработице или стипендии может быть сокращен или их выплата прекратится вовсе. Например, гражданин не явился в органы службы занятости для получения направления на работу – размер пособия может быть сокращен на срок до одного месяца на 25 %.

Особенно актуальным вопрос по поводу пособий и разного рода выплатам стал в 2020 году ввиду распространения коронавирусной инфекции. По этой причине в Москве безработным гражданам в период с 01.04.2020 по 30.09.2020 выплачивалась региональная компенсация² в таком размере, чтобы общая сумма выплат составляла 19 500 руб. (с учетом пособия по безработице/ стипендии, не включающего увеличение его размера на ребенка, выплат в рамках дополнительной материальной поддержки безработных граждан и региональной компенсации). Тем самым, была оказана дополнительная поддержка безработным гражданам. Подобная региональная выплата безработным гражданам предусматривалась безработным в Московской области, но в размере 15 000 руб.

При этом у безработных есть обязанности: являться в органы службы занятости для перерегистрации не реже одного раза в месяц; участвовать по истечении трехмесячного периода безработицы в оплачиваемых работах; являться на переговоры о трудоустройстве с работодателем в течение трех дней со дня направления органами службы занятости; сообщать в орган занятости о самостоятельном трудоустройстве, поступлении на обучение по очной форме, призыв на военную службу.

Подводя итог, можно сказать, что безработица является одной из острейших проблем современного общества и неоспоримым показателем нестабильности экономики. Добиться ее эффективного функционирования возможно только путем решения проблемы безработицы. Поскольку в стране высокий уровень безработицы, то было бы целесообразно

¹ Закон г. Москвы от 01.10.2008 № 46 (ред. от 20.02.2019) «О занятости населения в городе Москве» // СПС «КонсультантПлюс».

² Указ Мэра Москвы от 05.03.2020 № 12-УМ (ред. от 06.10.2020) «О введении режима повышенной готовности» // СПС «КонсультантПлюс».

обучать, переобучать и повышать квалификацию безработных граждан, а затем распределять их по сферам деятельности, в которых не хватает рабочей силы. За счет переподготовки и повышения квалификации экономика будет развиваться высокими темпами, а безработные в свою очередь обретут работу и доход. И данный вариант является оптимальным для решения данной проблемы, особенно в период COVID-19, который оставил миллионы людей по всему миру без работы. Государство, в свою очередь, будет способствовать не только поддержанию, но и развитию положительной динамики на рынке труда.

Сырцова П. С.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Определение рабочего времени и времени отдыха дистанционного работника

Пандемия коронавируса (COVID19) внесла определенные корректировки в рабочий процесс всего населения. Работодатели столкнулись с массовым переводом работников на удаленный режим, к чему были абсолютно не готовы в виду незнания как обустроить взаимодействие между персоналом, как контролировать рабочий процесс, как обеспечить всем свободный выход в сеть интернет и многое другое. С появлением нового Федерального закона от 8 декабря 2020 г. № 407-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в части регулирования дистанционной (удаленной) работы и временного перевода работника на дистанционную (удаленную) работу по инициативе работодателя в исключительных случаях» многие проблемы были решены, но желаемого результата при применении законодательства на практике еще предстоит достичь.

В условиях пандемии COVID-19 большое значение в процессе работы удаленного режима носит проблема дистанционного определения рабочего времени и отдыха персонала. Недавно появившаяся статья в ТК РФ 312.4. «Особенности режима рабочего времени и времени отдыха дистанционного работника» регулирует вопрос о режиме рабочего времени дистанционного работника «Коллективным договором, локальным нормативным актом, принятым с учетом мнения выборного органа первичной профсоюзной организации, трудовым договором, дополнительным соглашением к трудовому договору может определяться режим рабочего времени дистанционного работника, а при временной дистанционной работе также могут определяться продолжительность и (или) периодичность выполнения работником трудовой функции дистанционно». Если иное не предусмотрено, то режим рабочего времени дистанционного работника устанавливается таким работником по своему усмотрению¹. При этом статья ТК РФ 91 говорит о том, что работодатель обязан вести учет времени, а как известно, нормальная продолжительность рабочего времени не может превышать 40 часов в неделю². Безусловно в период пандемии продолжительность рабочего времени не должна уменьшаться. Именно поэтому в соглашениях о переводе работника на дистанционную работу необходимо прописывать полный распорядок дня работника, включая время на отдых.

Прежде всего необходимо сказать об определенных часах, в течение которых работник будет находиться онлайн – это решит вопрос контроля работодателем своего персонала. Данную проблему можно решить, обязав работника использовать на компьютере специальное программное обеспечение, для мониторинга пользовательской активности, а соответственно эффективности данного работника. Так будет вестись отчет о входе работников в онлайн систему организации и выхода (это необходимо для контроля продолжительности рабочего времени в неделю).

Учитывая специфику нынешней ситуации, необходимо искать баланс между возросшими бытовыми обязанностями работников, обязанностями по уходу за членами семьи и приоритетами работодателей в обеспечении непрерывности трудовой деятельности. Более того, необходимо ввести «График взаимодействия», вне которого

¹ Федеральный закон от 08.12.2020 № 407-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в части регулирования дистанционной (удаленной) работы и временного перевода работника на дистанционную (удаленную) работу по инициативе работодателя в исключительных случаях» // Собрание Законодательства, ст. 8050, Вып. № 50. 2020 г.

² Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 01.04.2019) // Собрание законодательства РФ. – 07.01.2002. – № 1 (ч. 1). Ст. 3.

работодатель не сможет ставить сотруднику задачи и требовать его оставаться онлайн. Здесь опять же необходимо внедрение системы, которая будет устанавливать время отдыха и автоматически отмечать в отчетах, что у работника перерыв. А значит, любое взаимодействие с работником во время его отдыха, просьба об отсылке документов по электронной почте, работодатель должен будет оплатить как сверхурочную работу. В Федеральный закон № 407 уже добавлен пункт, в соответствии с которым: «Время взаимодействия дистанционного работника с работодателем включается в рабочее время»¹.

Таким образом, как уже было сказано выше, многие аспекты проблемы определения рабочего времени можно назвать оптимально урегулированными законодательством. Но в локальных актах, правилах внутреннего трудового распорядка необходимо вводить определенные возможности более удобного и четкого регулирования рабочего времени, примеры которых, приведены выше, в период вынужденного перехода на удаленный режим. Такие решения для данной проблемы, а переход на удаленный режим для многих организаций явился действительно проблемой, ввиду множества причин, не повлекут за собой упадка дисциплины организации, не нарушат права работников.

Тюлюпа Е. А.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Локальные акты как источник трудового права

В условиях, происходящих в мире событий, а именно пандемии, начавшейся в 2020 году, были выявлены проблемы, требующие незамедлительного совершенствования правового регулирования. В частности, это коснулось и отрасли трудового права. Одним из преобладающих способов правового регулирования является локальный, благодаря которому в организации возможно оперативное восполнение правовых пробелов. Именно такой способ правового регулирования на наш взгляд является более эффективным, так как позволяет за короткий промежуток времени закрепить в документальной форме, а именно, в локальных актах (предписаниях, регулирующих внутреннюю жизнь организации), нормы, регулирующие те или иные вопросы, возникающие в процессе трудовой деятельности.

Легальное определение локальных нормативных актов было закреплено в 8 статье Трудового кодекса Российской Федерации, в соответствии с которой локальные нормативные акты – это акты, содержащие нормы трудового права².

До введения в действие Трудового кодекса Российской Федерации локальное регулирование труда также имело важное место в правовом регулировании труда. История становления и развития локального правового регулирования характеризуется несколькими этапами, которые неразрывно связаны с историей развития трудового права в России в целом.

Первый этап изучения данной темы приходится на первую половину XIX века. Этому есть свое объяснение, ведь фактически именно в этот период начинается становление отечественного трудового права. Фундаментом для появления нынешних локальных актов стали особые положения, принимаемые для посессионных (казенных) фабрик и содержащие, в большей степени, нормы внутреннего трудового распорядка. Ненадлежащее исполнение этих правил требовалось фиксировать в локальных табелях взысканий. В соответствии с Уставом о промышленном труде 1913 года на локальном уровне регулировался такой институт трудового права как оплата труда. В частности, заработная плата фиксировалась в виде «общих расценочных табелей и ведомостей, урочных правил и тарифов, выставляемых в мастерских за подписью заведующего предприятием». Благодаря подобным документам Российское фабричное законодательство регулировало не только отношения, вытекающие из договоров о личном найме, но и давало

¹ Федеральный закон от 08.12.2020 № 407-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в части регулирования дистанционной (удаленной) работы и временного перевода работника на дистанционную (удаленную) работу по инициативе работодателя в исключительных случаях» // Собрание Законодательства, ст. 8050, Вып. № 50. 2020 г.

² Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 01.04.2019) // Собрание законодательства РФ. 07.01.2002. № 1 (ч. 1). Ст. 3.

возможность владельцам предприятий при минимальном уровне запретов со стороны государства регламентировать поведение рабочих в процессе применения их труда.

Второй этап развития локального регулирования труда связан с проведением новой экономической политики в государстве. Так, в Кодексах законов о труде 1918 и 1922 года содержались нормы, которые содержали правила внутреннего трудового распорядка. Свойственной политике государства социалистическое соревнование фабрик и заводов дало толчок для создания локальных актов о поощрении передовиков и новаторов производства. Основным вопросом, которому были посвящены локальные акты того времени, был вопрос об охране труда. Однако этот период не дал должного развития локальному регулированию, так как в государстве преобладали строгие директивные методы хозяйствования.

Третий этап развития связан с проведением экономической реформы 1965 года, благодаря которой локальное регулирование труда вышло на новый уровень. Государство стало регламентировать порядок разработки и принятия, структуру и содержание правил поведения администрации и работников в трудовом процессе. Данная политика нашла отражение в трудах многих правоведов, которые отмечали взаимосвязь локальных норм и государства, сочетание локального и централизованного регулирования.

Основным элементом развития локального регулирования труда на четвертом этапе стали трудовые коллективы. Благодаря им расширилась сфера действия локальных норм, и увеличились полномочия предприятий.

И наконец, пятый этап развития локального регулирования труда связан с принятием действующего в настоящее время Трудового кодекса Российской Федерации. Как отмечалось выше, именно в нем впервые содержится понятие локальных нормативных актов. С переходом экономики на рыночные отношения государство утратило прежнее влияние на регулирование трудовых отношений, поэтому все большее внимание законодатель стал уделять локальным актам.

Определение, данное в Трудовом кодексе Российской Федерации, не дает полного представления о сущности локальных нормативных актов, поэтому полагаем, что наиболее всестороннего исследования указанного вопроса необходимо обратиться и к их признакам.

По мнению Лушников А.М. и Лушниковой М.В. выделяются следующие признаки локальных нормативных актов:

1. Локальный нормативный акт – это подзаконный нормативный акт.
2. Принятие локальных нормативных актов работодателем единолично или с учетом мнения представительного органа работников.
3. Действие в пределах одной организации, в отношении работников независимо от места выполнения ими работы.

Разберем подробнее эти признаки. «Локальные нормативные акты, издаваемые работодателем, – это, прежде всего, разновидность подзаконных нормативных актов о труде, которые содержат локальные нормы права»¹. Характерный принцип иерархии подзаконных актов должен быть присущ и локальным актам. Они должны приниматься в соответствии с трудовым законодательством и иными нормативными актами, содержащими нормы трудового права, коллективными договорами, соглашениями.

Локальное нормотворчество имеет свои пределы, а, следовательно, и особенности. Первая связана с тем, что Трудовой кодекс Российской Федерации закрепил главенствующее положение коллективных договоров в системе локальных актов. Об этом свидетельствует пункт 1 статьи 8 Трудового кодекса Российской Федерации. Вторая особенность устанавливает запрет устанавливать в локальных нормативных актах нормы, ухудшающие положения работников.

Второй признак характеризуется особым порядком и процедурой принятия локальных актов.

Следующий признак является не менее важным. Локальные нормативные акты предназначены для внутреннего использования в пределах конкретной организации.

¹ Лушников А. М., Лушников М. В. Курс трудового права : в 2 т. Т. 1. Сущность трудового права и история его развития. Трудовые права в системе прав человека. Общая часть. М. : Статут, 2009. С. 288.

Вместе с тем, А.М. Куренной считает, что локальные акты могут существовать не только в пределах одного предприятия, но и выходить за эти рамки и устанавливаться на уровне отрасли, региона, или Российской Федерации (например, Генеральное соглашение)¹.

Также следует сказать о значении локальных нормативных актов. С точки зрения работников организации, значение локальных нормативных актов состоит в том, что они не могут ухудшать положение работников, определённое трудовым законодательством, коллективным договором, соглашением². Еще одним положительным моментом для работников является то, что локальные нормативные акты могут устанавливать нормы, улучшающие положение работников, устанавливать дополнительные гарантии в сфере труда.

С учетом того, что в организации «объективно выражена динамика оперативного управления»³, целесообразным будет принятие локальных актов, предназначение которых как раз и состоит в осуществлении задач, требующих незамедлительного решения.

С целью установления возможной классификации локальных нормативных актов следует выделить их виды. Первый вид – это Локальные нормативные акты, принимаемые на основе социального партнерства, например, коллективный договор. Второй вид – Локальные нормативные акты, принимаемые работодателем с учетом мнения представительного органа работников, например, правила внутреннего трудового распорядка. А также единоличные акты работодателя (штатное расписание, должностные инструкции).

Таким образом, локальные нормативные акты занимают особое место в системе правовых актов. Они создаются для конкретизации норм, установленных трудовым законодательством. Так же благодаря именно таким актам работодатель реализует ту меру свободы, предоставленную государством в сфере трудовых отношений. В локальных актах находят отражение нормы таких институтов трудового права, как рабочее время, время отдыха, заработная плата и другие. Однако, вместе с тем, работодатель не вправе устанавливать нормы, противоречащие трудовому законодательству или каким-то образом умоляющие права работников.

Яругина А. Е.

*Казанский филиал Российского государственного университета правосудия,
студент*

Проблемы определения дистанционных (удалённых) трудовых отношений

Удалённый (дистанционный) труд стал реалией современных трудовых отношений относительно недавно. Новелла о дистанционном труде была введена в Трудовой кодекс Российской Федерации⁴ (далее – ТК РФ) Федеральным законом № 60 от 5 апреля 2013 года⁵.

Из поправок от 2020 года⁶, можно сделать вывод о фактическом приравнивании понятия удаленного и дистанционного труда (статья 312.1 ТК РФ: «Дистанционной (удаленной) работой... является»). Видится, что это было сделано для единообразного толкования термина «удалённая работа», к которой зачастую относят и труд домосидов.

¹ Куренной А. М. Трудовое право РФ. Москва. 2015. С. 115

² Рубайло Э. А. Локальные акты в системе правовых актов Российской Федерации // Журнал Российского права. 2010. № 5. С. 72–80

³ Якушев В. С. Указ. соч. С. 420.

⁴ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2002. № 1 (ч. I). Ст. 3.

⁵ Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 60-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 14. Ст. 1668.

⁶ Федеральный закон от 8 декабря 2020 г. № 407-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в части регулирования дистанционной (удаленной) работы и временного перевода работника на дистанционную (удаленную) работу по инициативе работодателя в исключительных случаях» // Собрание законодательства РФ. 2020. № 50 (ч. III). Ст. 8052.

Примечательно, что до принятия Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 60-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ» в науке трудового права шла дискуссия по расширению понятия надомного труда, его «эволюции» в сторону дистанционной занятости. По определению Избиеновой Т.А., телеработа выступает в качестве вида дистанционной занятости, для которого обязательным условием является использование Интернета как средства труда. А удалённая работа – это также вид дистанционной занятости, при котором нет условия об обязательном использовании телекоммуникационных сетей¹. Возник даже специальный термин «компьютерное надомничество»². Следовательно, дистанционный труд являлся фактической разновидностью надомного труда (или наоборот), подчеркивалось единство их правового регулирования.

В практике Европейского Союза (Framework Agreement on Telework, 2002), телеработа определяется в качестве одной из форм организации или выполнения работы с использованием информационных технологий, данное условие должно закрепляться в трудовом договоре. Подчёркивается, что работа выполняется вне помещений работодателя на постоянной основе³.

Согласно статье 312. 1 ТК РФ, дистанционная (удалённая) работа – это выполнение определенной трудовым договором трудовой функции, однако с рядом особенностей.

Работник осуществляет свою трудовую функцию «вне места нахождения работодателя, его филиала, представительства». В трудовом договоре или в дополнительном соглашении нет необходимости указывать место выполнения трудовых функций дистанционным работником. Но некоторыми исследователями отмечается обратное⁴. Зачастую фактическим местом работы дистанционного работника является то место, где он проживает. То есть, закрепляя в соглашении обязательное место работы работника, работодатель фактически косвенно контролирует его. Следовательно, нарушается конституционный принцип неприкосновенности жилища⁵, закреплённый в статье 2 Конституции РФ⁶. Неприкосновенность жилища является принципом, который охраняет не объект, а элемент частной жизни гражданина, поэтому нарушение его нарушение недопустимо. Кроме всего прочего, причина исключения требования об указании рабочего места в договоре о дистанционном труде видится в том, что «из-за развития технологий нет необходимости работодателю контролировать территориальное расположение работника, главным условием является, возможность выхода в Интернет»⁷.

Однако, например, законодательство Люксембурга, помимо норм, установленных в соглашении ЕС, содержит и требование о том, чтобы трудовой договор о дистанционной работе имел пункт, посвященный месту, с которого работник будет выполнять работу⁸.

Дистанционный работник должен выполнять свои трудовые функции вне стационарного рабочего места. В этом и заключается основная суть дистанционного (удалённого) труда. В апелляционном определении Верховный суд РТ признает, что является незаконным увольнение дистанционного работника по причине отсутствия его в кабинете. ВС РТ пришёл к выводу, что «по характеру условий работы дистанционный работник, пребывая вне стационарного места

¹ Избиенова Т. А., Целищев А. А., Эволюция «надомного труда», или Правовое поле фриланса // Трудовое право. 2010. № 2. С. 22.

² Томашевский К. Л., Компьютерное надомничество. Практикум отдела кадров. 2011. № 9. С. 32.

³ ETUC, UNICE-UEAPME and CEEP, Framework Agreement on Telework, Brussels. 16 July 2002. URL: <https://www.etuc.org/en/framework-agreement-telework> (дата обращения: 11.01.2021).

⁴ Кораблина О. В. Актуальные проблемы перевода работников на труд в дистанционном режиме // Трудовое право в России и за рубежом. 2020. № 3. С. 14.

⁵ Чиранова И. П., Потапова С. М. Дистанционный труд как новая форма трудовых отношений // Дневник науки. 2019. № 10 (34). С. 30.

⁶ Конституция Российской Федерации (Принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 года с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 1 июля 2020 года) // Собрание законодательства РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.

⁷ Система обеспечения законодательной деятельности: Пояснительная записка к законопроекту № 973264-7 (Комитет Государственной Думы по труду, социальной политике и делам ветеранов).. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/973264-7> (дата обращения: 21.01.2021).

⁸ Collective agreement on telework. 2006.. URL: <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/> (дата обращения: 14.01.2021).

расположения работодателя более 8 часов подряд, не совершает тем самым прогула, соответственно, к нему не может быть применено увольнение как дисциплинарное взыскание»¹.

Работник использует «для выполнения трудовой функции и для осуществления взаимодействия с работодателем» информационно-телекоммуникационные сети. В то же время суды подчёркивают, что факт получения заданий путём обмена сообщениями посредством информационно-телекоммуникационных сетей «не может свидетельствовать о согласовании условий о дистанционной работе, поскольку наличие электронной переписки, само по себе не может являться достаточным основанием для признания работы дистанционной»².

Спорным является вопрос: работник, выполняющий свои трудовые функции дистанционно должен выполнять их полностью, используя Интернет или частично? Логично, что исполнение отдельных обязанностей, предусмотренных трудовым договором и предполагающих явку в определённое место (к примеру, личная встреча с клиентом) не относится к дистанционному труду. Противоположный подход предусматривает, что договор о дистанционном труде можно заключать и в том случае, если в обязанности работника входит, например, «посещение торговых точек, выезд к местам ДТП для оценки ущерба, наладка и ремонт оборудования и другая работа, выполняемая без использования информационно-телекоммуникационных сетей»³.

В этой связи, возникают ошибки в квалификации отдельных видов трудовых отношений, что может привести к нарушению прав работников или работодателя. Например, исполнение трудовых функций работника происходит вне помещений работодателя, но предполагает периодические выезды работника в пределах города для выполнения определённой работы. Между работником и работодателем заключён договор о дистанционном труде. Однако, как отмечалось ранее, вопрос об отнесении подобных трудовых отношений к удалённым является дискуссионным. Работник направляет работодателю по электронной почте заявление о том, что он не сможет исполнить в определённый день свои трудовые обязанности по уважительной причине. Работодатель увольняет его на основании прогула.

Суд же может квалифицировать данный трудовой договор в качестве «обычного», так как формально он не подпадает под определение дистанционных (удалённых) трудовых отношений. В этом случае электронное заявление работника может считаться ненадлежащей формы. В июне 2019 года в Государственную Думу был внесён законопроект № 736455-7 «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации (о юридически значимых сообщениях сторон трудового договора)»⁴. Авторы законопроекта ссылаются на то, что норм об электронном способе передачи юридически значимых сообщений в трудовом праве нет, поэтому основание увольнения работника, является законным.

Таким образом, определение дистанционного труда не всегда коррелируется с тем, в каком виде оно может предстать перед участниками трудовых отношений на практике. Другими словами, реальные трудовые отношения не всегда четко подпадают под узкую дефиницию, установленную законом. Следовательно, необходимо установить ещё один вид дистанционного труда, который будет заключаться в смешанном режиме: выполнение трудовой функции дистанционно с выездами на непродолжительное время (с возможностью вернуться домой) для выполнения поручений работодателя. Этот вид дистанционного труда отличается от комбинированного (ч. 2 ст. 312.1 ТК РФ) тем, что не предполагает чередование выполнения трудовой функции дистанционно и на стационарном рабочем месте. Федеральная служба по труду и занятости рекомендует считать поездки дистанционного работника в головной офис работодателя в качестве командировки⁵. Однако видится, что данный подход препятствует повышению гибкости данной формы занятости, так как создаёт сложности с оформлением поездок дистанционного работника как внутри

¹ Апелляционное определение СК по гражданским делам Верховного Суда Республики Татарстан от 25 мая 2015 г. по делу № 33-7493/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

² Апелляционное определение СК по гражданским делам Московского городского суда от 30 августа 2019 г. по делу № 33-36168/2019 ; Апелляционное определение СК по гражданским делам Курганского областного суда от 13 апреля 2017 г. по делу № 33-1068/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Дистанционная работа: Энциклопедия решений. Трудовые отношения, кадры.. URL: <https://demo.garant.ru/#/document/58072482/> (дата обращения: 20.01.2021).

⁴ Законопроект № 736455-7: Система обеспечения законодательной деятельности.. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/736455-7> (дата обращения: 08.10.2020).

⁵ Письмо Федеральной службы по труду и занятости от 24 января 2020 г. № ПГ/37458-6-1 // СПС «КонсультантПлюс».

населенного пункта, так и за его пределами. Установление смешанного вида дистанционного труда позволит защитить права дистанционного работника и искоренить различия в толковании сущности дистанционных трудовых отношений.

В мире дистанционная занятость прочно заняла свое законное место среди других видов трудовых отношений, став полноправным средством к существованию миллионов людей, России же еще только предстоит оценить её перспективы на национальном рынке труда.

ПОДСЕКЦИЯ «БАНКОВСКОЕ ПРАВО»

Брыжова Е. М., Сарафанова Д. Д.
*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студенты*

Возможность отнесения кредитной линии к виду опционных договоров: аргументы за и против

В современной банковской практике в России неоднократно высказывалась позиция, что договор об открытии кредитной линии можно рассматривать как опционный договор или договор на заключение опциона¹. Данное мнение не является бесспорным. У данного мнения есть как сторонники, так и ярые противники, в связи с чем следует рассмотреть данные позиции.

Необходимо отметить, что появление дискуссии о возможности отнесения кредитной линии к виду опционных договоров связано с желанием банков получать дополнительный доход от комиссий, в отношении которых суды нередко высказывают позицию о неправомерности их взыскания. Одна из позиций была сформирована арбитражным судом РФ, в которой суд указал, что условие о взимании с заемщика единовременного платежа за открытие кредитной линии не создает для него дополнительного блага или другого полезного эффекта, поэтому не может считаться самостоятельной услугой, за оказание которой банк может требовать с клиента плату².

В дальнейшем ВАС РФ изменил свое мнение по данному вопросу, отметив, что взимание комиссии допускается в том случае, если банк в сможет доказать, что особенности выдачи кредита могли привести к возникновению у банка определённых затрат и расходов, в том числе на резервирование конкретной суммы для удовлетворения будущих заявок заёмщика в рамках договора об открытии кредитной линии³. Однако у банков возникали проблемы с доказыванием конкретных затрат в подобной ситуации.

В связи с необходимостью получения дополнительных доходов за счет комиссий, кредитные организации находятся в поисках новых правовых инструментов, позволяющих установить в кредитных договорах иные платежи. Одним из таких инструментов является опцион.

Следовательно, то обстоятельство, что данная статья допускает установление опционной премии в опционном договоре, должно свести на нет указанную проблему.

Итак, обратимся к аргументам «за». Многие специалисты небезосновательно поддерживают позицию, в соответствии с которой договор об открытии кредитной является опционом на заключение договора или опционным договором.

Во-первых, следует отметить, что нормы, посвящённые опционным договорам, в том числе указанная выше, находятся в той части ГК РФ, где размещены специальные договорные конструкции. Папилин И.И. и До М.Ю. в Обзоре судебной практики подчёркивают, что, опционный договор является специальной договорной конструкцией, одинаково применимой к кредитному договору⁴. Следовательно, опцион является специальной договорной конструкцией, применимой к разным типам договором, в том числе к договору об открытии кредитной линии.

Основной признак опционного договора – это особое условие, которое предоставляет одной из сторон договора право требовать исполнения договора от другой стороны в любой момент по своему желанию в течение срока действия договора. Данный признак коррелируется с условиями договора об открытии кредитной линии, так как отсутствие

¹ См.: Проблемы правового регулирования банковского кредита // Учебник для студентов магистратуры, специалитета и аспирантуры юридических вузов / отв. ред. Л. Г. Ефимова. М. : Проспект, 2017 – 464 с.

² Постановление Президиума ВАС РФ от 6 марта 2012 г. № 13567/11 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Постановление Президиума ВАС РФ от 12 марта 2013 г. № 16242/12 // СПС «КонсультантПлюс»

⁴ Обзор судебной практики применения новых норм ГК РФ об опционе, опционном договоре и абонентском договоре (Папилин И. И., До М. Ю.) («Вестник экономического правосудия Российской Федерации», 2018, № 12)

востребования исполнения со стороны управомоченной стороны опционного договора не приводит к просрочке кредитора.

Также судебная практика на примере вывода Девятого арбитражного апелляционного суда говорит о возможности рассмотрения договора кредитной линии как опционного, так как соблюдены все его квалифицирующие признаки по правилам ст. 429.3 ГК РФ (если, конечно, договор возлагает на банк обязательство выдавать кредитные транши по заявкам заемщика)¹.

По мнению авторов, применение данной договорной конструкции к кредитному договору видится неправомерным в связи со следующим.

По кредитному договору в силу положений п. 2 ст. 811, п. 2 ст. 814, п. 3 ст. 821 ГК РФ кредитор имеет право отказать в выдаче кредита либо очередной части кредита. Кроме того, основания для отказа в выдаче кредита с заемщиками – субъектами предпринимательской деятельности предусматриваются и в самом кредитном договоре. Таким образом, право на получение кредита не является изначально безусловным. В то же время опционная конструкция не предполагает возможности отказа от исполнения лица, которому внесена плата. При этом согласно закону получение либо неполучение какого-либо исполнения по опционному договору должно зависеть только от волеизъявления лица, внесшего плату².

Возмездная безотзывность договора об открытии кредитной линии делает его сходным с конструкцией опционного договора, но опционный договор не предполагает заключения в будущем отдельных договоров.

Некоторые разновидности договоров об открытии кредитных линий нельзя рассматривать как конструкцию опционного договора, например, договор об открытии револьверной кредитной линии с лимитом задолженности. Данный вид договора не может быть построен по модели опционного договора, так как требования закона к опционному договору не соблюдаются в данной конструкции. В банковской практике опционный договор представляет собой совершенный кредитный договор с дополнительным условием, содержащим право заемщика требовать исполнения кредитного договора от банка, то есть выдачи кредита³. В соответствии с п. 4 ст. 429.2 ГК РФ опцион на заключение договора должен содержать все существенные условия будущего договора. Сумма кредита, подлежащего выдаче, являющаяся предметом кредитного договора, в случае с договором об открытии револьверной кредитной линии с лимитом задолженности сторонами не согласовывается, поэтому данный договор нельзя отнести к конструкции опциона на заключение договора.

Таким образом, отнесение договора кредитной линии к опционному договору является спорным вопросом российской банковской практики, имеющим не только теоретическое, но и практическое значение. Учитывая противоречия, отмеченные в настоящем исследовании, применение данной договорной конструкции к договору об открытии кредитной линии представляется неправомерным.

Дадашов Р. Э.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Проблема оценки кредитоспособности заемщика

Банковское право является одной из важнейших сфер регулирования экономики, которая реализуется через банковскую деятельность – разновидность предпринимательства, осуществляемого кредитными организациями.

Для начала необходимо понять, что такое банк? Определение данного понятия приводится в ст. 1 Федерального закона «О банках и банковской деятельности» от 02.12.1990 № 395-1: под банком понимается юридическое лицо,

¹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 08.07.2015 по делу № А40-159782/2014

² гл. III, § 3, «Проценты и иные платежи по кредитному договору : монография» (Михеева И. Е.) («Юстицинформ», 2019) {КонсультантПлюс}

³ Частное банковское право : учебник. (Рождественская Т. Э., Гузнов А. Г., Ефимова Л. Г.). М. Проспект, 2020.

которое осуществляет банковскую деятельность для извлечения прибыли на основании специального разрешения (лицензии), выдаваемого Центральным банком РФ.

Основная деятельность банков – это кредитование, поскольку является главной статьей дохода, аккумулирующей свободные финансы граждан, организаций, а также государства. Однако кредитные операции требуют особого внимания, потому что нерациональный подход к выдаче денег под высокий процент населению грозит не только риском невозврата долга, что может привести к банкротству организации, но и чрезвычайным ростом инфляции. Ученые выявили 3 главных принципа разумного кредитования: прибыльность, ликвидность и безопасность. По моему мнению, самым важным является требование, указанное в последнем принципе. Именно поэтому, во-первых, существует обязанность банков обеспечить возвратность кредитов¹, и, во-вторых, действуют определенные критерии анализа и оценки кредитоспособности заемщика, целью которых является снижение кредитного риска и повышение эффективности кредитной работы банка.

Рассмотрим более подробно второй аспект. Первоначально необходимо понять, что такое кредитоспособность? Кредитоспособность – это способность заемщика полностью рассчитаться по своим обязательствам². Каждый банк имеет собственную систему оценки заемщика, как положительного кандидата на получение кредита, однако все они преимущественно содержат следующее:

- общую организационно-экономическую характеристику заемщика;
- характеристику заемщика как клиента кредитной организации, в том числе кредитную историю;
- анализ состояния имущества;
- анализ эффективности хозяйственной деятельности заемщика;
- оценку финансового положения заемщика³.

Проблему кредитоспособности можно рассмотреть на примере юридических лиц. В наше время все больше в банковской системе используется кредитный скоринг: математическая или статистическая модель, применяющаяся для установления вероятности возврата займа в установленный срок. Наиболее известная модель кредитного скоринга – модель Д. Дюрана, представляющая собой сложение трёх главных финансовых показателей, характеризующих платёжеспособность организации, с определёнными весовыми коэффициентами. Группировку организации на классы по уровню кредитоспособности по методике Дюрана можно увидеть в таблице 3⁴.

¹ Ст. 33 ФЗ «О банках и банковской деятельности» от 02.12.1990 № 395-1

² Кемаева С. А., Козлова Е. Е., Ионова Е. С. Анализ кредитоспособности малых предприятий кредитным экспертом банка. «Международный бухгалтерский учёт», 2014, № 10.

³ Крючков С. А. Малый бизнес и микрофинансовые организации в России // Информационные системы. Вып. 1: Труды постоянно действующей научно-технической школы-семинара студентов, аспирантов и молодых специалистов «Информационные системы мониторинга окружающей среды», сентябрь – октябрь 2002 г. Томск : Том. гос. ун-т систем управления и радиоэлектроники, 2002. С. 130–133.

⁴ Model of credit scoring Duran // Analysis of the financial state of the enterprise . URL: http://afdanalyse.ru/publ/finansovyj_analiz/1/model_kreditnogo_skoringa_djurana/16-1-0-140 (Date of circulation: 05.03.2017)

Таблица 3

Группировка организаций на классы по уровню кредитоспособности по модели кредитного скоринга Дюрана

Показатель	Границы классов согласно критериям				
	1 класс	2 класс	3 класс	4 класс	5 класс
Рентабельность совокупного капитала, %	30% и выше – 50 баллов	от 29,9 до 20% - от 49,9 до 35 баллов	от 19,9 до 10% - от 34,9 до 20 баллов	от 9,9 до 1% - от 19,9 до 5 баллов	менее 1% 0 баллов
Коэффициент текущей ликвидности	2 и выше – 30 баллов	от 1,99 до 1,7 – от 29,9 до 20 баллов	от 1,69 до 1,4 – от 19,9 до 10 баллов	от 1,39 до 1,1 – от 9,9 до 1 балла	1 и ниже 0 баллов
Коэффициент автономии	0,7 и выше – 20 баллов	от 0,69 до 0,45 – от 19,9 до 10 баллов	от 0,44 до 0,3 – от 9,9 до 5 баллов	от 0,29 до 0,2 – от 5 до 1 балла	менее 0,2 - 0 баллов
Границы классов	100 баллов	от 99 до 65 баллов	от 64 до 35 баллов	от 34 до 6 баллов	0 баллов

Несмотря на огромную важность данной сферы банковского права, на регулирование ее различными методами, в нашей стране тема задолженности населения по кредитам достаточно актуальна. Если взять статистику за 2018 – 2019 года, то в информационно-аналитическом материале Банка России «О развитии банковского сектора Российской Федерации» можно увидеть тенденцию роста не только закредитованности населения (за последние несколько лет уровень кредитной задолженности населения России вырос на 30 %)¹ но и количества «плохих» кредитов². «Рост НПС всё ещё выше роста номинальных денежных доходов населения (по оценке, +7,9 % за III квартал 2019 г. к соответствующему кварталу предыдущего года), что может говорить о росте долговой нагрузки» – отмечается в информационно-аналитическом материале Банка России. Можно предположить, что рост долговой нагрузки в последующем приведет к неспособности заемщика выплатить кредит банку, из чего следует возможный вариант развития событий, сходных с экономическим кризисом 2008 года в США. Кроме того, по данным Центрального Банка сегодня используется схема top up при рефинансировании ипотеки (рост суммы кредита на фоне снижения ставки по нему), было отмечено, что именно эта практика стала одной из причин ипотечного кризиса в США.

Если рассматривать 2020 год, то высокая закредитованность населения в совокупности с пандемией показали необходимость ужесточенного регулирования банковского сектора. По данным новостного агентства «Ведомости»: «около 30 % кредитов, которые банки реструктурировали для поддержки заемщиков во время пандемии в 2020 г., могут стать проблемными или безнадежными»³. Конечно, в 2020 г. банки предприняли меры по сдерживанию роста неплатёжеспособных заемщиков, однако, как мне кажется, их было недостаточно. Если вспомнить первое полугодие 2020 г., из-за ухудшения эпидемиологической ситуации в стране был принят ФЗ № 106 «О кредитных каникулах», в соответствии с которым граждане получали при определенных условиях отсрочку до 6 месяцев. Однако большинство граждан столкнулось с нежеланием банков действовать в соответствии с законом: рассмотрение заявлений на получение отсрочки рассматривались невозможно долго, а принималось примерно 1 из 10 подобных заявлений.

В завершении хотелось бы отметить, что несмотря на намерение Центрального Банка Российской Федерации запретить выдачу займов закредитованным гражданам: «Дорожная карта на 2021–2022 годы включает проработку вопроса о внедрении нового макропруденциального инструментария, предусматривающего количественное

¹ Гайдаенко А. А., Худов А. М., Фокин С. Д. Проблема закредитованности граждан России, варианты решения // Инновации и инвестиции. 2020. № 9. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/problema-zakreditovannosti-grazhdan-rossii-varianty-resheniya> (дата обращения: 26.01.2021).

² Информационно-аналитический материал Банка России «О развитии банковского сектора Российской Федерации» за 2018 г.

³ ЦБ предупредил о росте числа «плохих» кредитов из-за пандемии. Деловое издательство «Ведомости», январь 2020. URL: <https://www.vedomosti.ru/finance/news/2021/01/28/855825-tsb-predupredil-o-rostе-chisla-plohih-kreditov-iz-za-pandemii>

ограничение доли выдачи высокорискованных видов кредитов, в частности необеспеченных потребительских кредитов заемщикам с высоким уровнем долговой нагрузки»¹, – рассказали в Банке России, я считаю необходимым введение юридической ответственности банков за злоупотребление правом кредитования: за выдачу ссуд неплатежеспособным гражданам, либо гражданам с уже имеющимся кредитом, заранее осознавая, что заемщик не сможет добросовестно и в полном объеме выполнить обязательства.

Конечно, кредитные организации заинтересованы в своевременной выплате заемщиком своего долга, однако и при просрочке, либо полной неспособности погасить задолженность они практически не несут потерь. Многие банки в штате имеют коллекторный отдел или пользуются услугами самостоятельных агентств, которые занимаются досудебным способствованием производства платежей по задолженностям. Кроме того, зачастую кредит обеспечен поручительством или заложенным имуществом, которые покрывают долг.

Таким образом, введение статьи о привлечении к юридической ответственности кредитных организаций за выдачу ссуд некредитоспособным гражданам в Федеральном законе от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности» будет способствовать решению проблемы закредитованности населения России, а также уменьшит процент просроченных кредитов.

Ильинов Н. Ю.

*Мордовский государственный университет имени Н. П. Огарёва,
магистрант*

Договор номинального счета

Договор номинального счета был введен в статье 860.1 Гражданского кодекса Российской Федерации Федеральным законом «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»².

Номинальный счет может быть открыт владельцу счета для совершения операций с денежными средствами, права на которые принадлежат другому лицу – бенефициару³. Правами на денежные средства, находящиеся на номинальном счете, обладает бенефициар. В данном договоре также предусмотрено участие несколько лиц-бенефициаров.

Данный договор существенным образом расширяет представление о банковских счетах. Как правило, средства, находящиеся на банковском счете, принадлежат владельцу счета. Помимо владельца никто не вправе распоряжаться средствами на счете, если иное не предусмотрено законом или самим договором банковского счета⁴. Номинальный же счет изначально заключается в пользу выгодоприобретателя – бенефициара, а владелец счета с точки зрения прав на средства, находящиеся на нем, является лицом номинальным, то есть практически бесправным⁵.

Несмотря на то что договор номинального счета по своей правовой природе является двухсторонним, законодателем установлено обязательное требование по указанию третьего лица – бенефициара, а в случае отсутствия необходим порядок его определения.

¹ ЦБ заявил о намерении запретить выдачу займов закредитованным гражданам. Деловое издательство «Ведомости», январь 2020. URL: <https://www.vedomosti.ru/finance/news/2021/01/20/854846-tsb-zayavil-o-namerenii-zapretit-vidachu-zaimov-zakreditovannim-grazhdanam>

² Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. № 51. Ст. 6699 ; Рос. Газ. 2018. 4 дек.

³ Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги / под ред. Витрянского В. В. М., 2018. С. 294.

⁴ Гутерман А. Е. Основания установления антимонопольных ограничений действия принципа свободы договора в отношениях хозяйствующих субъектов // Юрист. 2014. № 15. С. 39.

⁵ Алексанова Ю. А. Договор номинального счета: некоторые вопросы правового регулирования и применения // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. № 6. С. 47.

Основным назначением данного договора является обеспечение экономических интересов его участников¹. Данный договор позволяет совершать множество сделок, при этом обеспечивая дополнительные гарантии для сторон договора. Примером того, каким образом может быть использован договор номинального банковского счета, может выступать конструкция, где данный договор представляется в качестве способа обеспечения финансовых обязательств по договору финансирования под уступку денежных требований (факторинга).

Крупные продавцы, через которых проходит масштабный товарооборот, диктуют условия на рынке. Они часто используют отсрочку платежа при получении товаров, что приводит к недостаточности средств у поставщиков для закупки или производства товаров.

Из-за представленной выше ситуации значительная часть поставщиков обращаются к финансовым организациям и банкам для предоставления им факторинга. Суть факторинга состоит в том, что поставщик уступает банку свои денежные требования, но за меньшую сумму, чем он мог получить от продавца. Несмотря на упущенную выгоду данная услуга пользуется популярностью среди поставщиков, так как позволяет им получить денежные в меньшие сроки. Покупателям в свою очередь поступает уведомление об уступке требований, где содержатся реквизиты банка, на которые они обязаны перевести денежные средства².

Крупные сетевые магазины выступают против оплаты товаров через финансовых агентов, объясняя это тем, что между ними и поставщиками чаще всего возникает особые деловые отношения, в силу которых им прощают задержки по оплате. Некоторые из них включают в договор поставки условия, устанавливающие запрет на использование услуг финансового агента, а также штраф за неисполнение данного предписания. Наличие данного запрета ограничивает использование факторинга со стороны поставщиков.

Для решения данной проблемы поставщикам рекомендуется использовать конфиденциальный факторинг. Особенность данного вида факторинга состоит в том, что покупатель не уведомляется об уступке требований и продолжает переводить денежные средства на счет поставщика, а не финансового агента. При использовании конфиденциального факторинга поставщик получает денежные средства одновременно от финансового агента, и от покупателя. Это приводит к злоупотреблениям со стороны поставщика, так как у финансового агента отсутствуют гарантии того, что перевод будет осуществлен, а поставщик не скроется с полученными деньгами.

Во избежание приведенных выше рисков банку следует использовать механизм номинального счета, что позволит банку удостовериться в том, что деньги не будут потрачены, а поставщик не исчезнет.

При составлении договора поставки в реквизитах необходимо указать номинальный счет. На данный счет покупателем будут переведены денежные средства за поставленный товар. В роли бенефициара в данном случае будет выступать банк на основании договора факторинга. При использовании номинального счета не требуется извещение покупателя об уступке денежного требования, поскольку фактически владельцем счета является поставщик, а не финансовый агент. Таким образом можно обойти запрет об уступке требований, а также штраф за несоблюдение данного условия, установленные договором поставки. После произведенной поставки поставщик уступает денежное требование банку взамен на 90 % от суммы задолженности, которая зачисляется ему на его счет³. После наступления указанной в договоре поставки даты покупатель переводит денежные средства на номинальный счет. Банк, являясь бенефициаром по данному счету, списывает полученные денежные средства в свою пользу. В силу особенностей номинального счета у поставщика отсутствует возможность распоряжаться денежными средствами, находящимися на нем, что позволяет избежать возможные риски банка. Изучив данную проблему, можно установить, что благодаря использованию номинального счета обеспечивается такой принцип договорного права, как надлежащее исполнение договора.

По общему правилу денежными средствами, находящимися на банковском счете, вправе распоряжаться только владелец счета. Он может переводить денежные средства на другие счета, как свои, так и третьих лиц, обналичивать денежные средства, использовать их для расчета по сделкам, а также совершать иные, не запрещенные законом РФ,

¹ Султонова Т. И. Регулятивная роль случая в алеаторных договорах // Юрист. 2014. № 16. С. 40.

² Никитина Т. А. Проблемы ограниченного применения факторинга субъектами малого предпринимательства в России // Сборник статей LXXVII Междунар. студ. науч.-практ. конф. № 5 (77).. URL: <https://clck.ru/P2jkP> (дата обращения: 14.04.2020).

³ Свинцова Е. М., Шарнина Н. М. Практика факторинга // Студенчество и наука в XXI веке. 2016. № 3. С. 197.

действия. Однако, несмотря на императивность указанных выше норм, законодателем предусмотрено исключение, когда банку предоставляется возможность распоряжаться денежными средствами клиента. Примером может послужить ситуация, когда банк по решению суда или налогового органа взыскивает денежные средства со счета клиента за неуплату налогов. При этом банк в данном случае обязан списывать денежные средства независимо от того поступали данные средства.

Что касается договора номинального счета, то законодатель установил для его правового регулирования совершенно иные правила. В данном договоре предусмотрены дополнительные гарантии для бенефициара, сущность которых состоит в контроле банка за операциями по счету. То есть банк контролирует то, каким образом клиент использует денежные средства в интересах выгодоприобретателя, следит за тем, откуда поступили средства на номинальный счет владельца, какому бенефициару они направлены и по какому основанию.

Рассмотрев нормы НК РФ и ГК РФ, можно увидеть то, что законодателем допущена ошибка в регулировании списания средств со счета за неуплату налогов. В налоговом законодательстве клиенту предоставляется возможность удовлетворения своих обязательств путем списания средств с номинального счета. В гражданском законодательстве такую возможность у клиента исключили, предоставив ее бенефициару. Это объясняется сущностью данного счета, поскольку изначально денежные средства, находящиеся на нем, принадлежат не владельцу счета, а выгодоприобретателю. На наш взгляд, нормы указанные в НК РФ, являются нецелесообразными, поскольку ущемляют права бенефициара. Необходимо исправить нормы, регулирующие данный вопрос, отразив в них специфику номинального счета.

Что касается норм, регулирующих изменение и расторжение договора номинального счета, то они также разработаны с целью защитить права и законные интересы бенефициара.

Как отмечалось ранее в договоре номинального счета бенефициар может быть, как указан, так и нет. В первом случае, когда бенефициар принимает участие, законодательством предусмотрена особая процедура изменения и расторжения договора. Ее сущность заключается в том, что от бенефициара требуется письменное согласие на совершение данных действий со стороны владельца, если иное не предусмотрено договором. По соглашению владельца и бенефициара после расторжения договора происходит распределение денежных средств либо на другой счет владельца, либо на счет бенефициара. Во втором случае владелец вправе совершить данные действия без согласия третьей стороны.

Подводя итог, следует отметить, что наличие в ГК РФ договора номинального счета необходимо, поскольку он позволяет совершать различные сделки, в которых необходимо осуществлять контроль за правами и интересами бенефициаров, которые в силу ряда причин сами не имеют возможности получать средства от третьих лиц и свободно распоряжаться ими, как только через посредника – владельца номинального счета.

Кишев А. А.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

К вопросу о целесообразности ограничения иностранного капитала в совокупном капитале банковской системы Российской Федерации

Приток иностранного капитала в банковскую систему РФ несомненно рассматривается как важный фактор его развития. При этом банки ставят в зависимость от своей деятельности защищенность и устойчивость национальной валюты, потому деятельность нуждается в более жестком регулировании со стороны государства. Банковский сектор это неотъемлемая часть мировой экономики. В этих условиях необходимо достигнуть баланса между развитием банковских институтов и сохранением суверенитета национальной банковской системы, необходимо минимизировать ряд специфических рисков, присущих банковской деятельности.

При вступлении России в ВТО было оговорено, что доля иностранного капитала в банковской системе РФ будет ограничиваться квотой в 50 %¹. В 2015 году был принят закон о внесении изменений в Федеральный закон о банках и банковской деятельности² (далее – Закон о банках), который закрепил в ст. 18 вышеупомянутого закона³ размер квоты. В период введения этих изменений российское правительство подвергалось критике со стороны западных государств с указанием на попытки контролировать банковский сектор и ограничить конкуренцию, в связи с чем часто возникал вопрос о целесообразности введения квоты и возможных негативных и позитивных последствий. В пояснительной записке к законопроекту № 501490-6 Правительство РФ указывает лишь на формальные основания введения подобной квоты – приведение законодательства в порядок и соответствие с обязательствами по доступу на рынок банковских услуг, принятыми РФ при присоединении к ВТО, а также цель содействовать обеспечению соблюдения принципа транспарентности ОЭСР и вступлению РФ в данную организацию. В действительности же, подобное квотирование имеет под собой фактические политико-экономические основания⁴.

После достижения квотированной величины в размере 50 % от совокупного капитала кредитных организаций, имеющих лицензию на осуществление банковских операций, Банк России (далее – ЦБ) будет отказывать в регистрации кредитной организации с иностранными инвестициями и выдаче ей лицензии на осуществление банковских операций, а также налагать запрет на увеличение уставного капитала банка за счет средств нерезидентов и на отчуждение акций банка в пользу нерезидентов, если в таком случае будет превышена квота. В случае же совершения подобных сделок вопреки закону, ЦБ подает в суд иск о признании их недействительными. Стоит отметить, что доля иностранного капитала в совокупном банковском капитале РФ по состоянию на 1 января 2021 года составил лишь 10,96 %, а на 1 января 2020 года – 11,79 %⁵.

Установлением квоты государство дает определенные гарантии себе и «национальным» частным банкам. При этом, регулирование путем установления квоты со столь высокой планкой не может рассматриваться как жесткое, ибо, как видно из информации выше, остается более чем достаточная доля, которую иностранный капитал может освоить еще не скоро. В этой связи, существующее на данный момент квотирование можно рассматривать как меру по недопущению еще не актуальных, но возможных в будущем негативных последствий. С помощью квотирования государство обеспечивает баланс интересов различных участников экономических отношений, интересы национальной экономики. В качестве критерия такого контроля выступает значение тех или иных защищаемых государством публичных интересов, в том числе предотвращение таких негативных последствий в сфере экономики, как потеря контроля над национальным производством и выбором стратегии экономического развития, вытеснение с рынка национальных компаний и т.д. Так, банковские секторы некоторых стран Восточной и Центральной Европы на данный момент находятся в почти полной зависимости от крупных европейских и американских банков, что, в свою очередь, означает косвенную зависимость от государств, откуда этот капитал приходит (например, намеренное не кредитование секторов экономики, развития которых в ущерб странам-контролерам банковского сектора). Доля иностранного капитала в банковской системе: Польши ≈ 70 %, Чехии ≈ 90 %, Словакии ≈ 85 %. Такие цифры означают, что эти страны находятся под сильнейшим влиянием внешних факторов. Развитые страны, напротив, как и РФ, пытаются в этом плане сохранить национальный суверенитет и обеспечить себе контроль над одним из важнейших секторов экономики: Германия ≈ 5 %, Испания ≈ 15 %, Франция ≈ 11 %, Италия ≈ 10 %.

Также следует отметить, что данным маневром законодатель защищает российские банки и капитал от вытеснения, потому что в случае тотального доминирования «иностранного» банковского сектора выход на банковский рынок будет затруднен, так как чаще всего экспансию на иностранные рынки осуществляют крупные опытные игроки (к примеру,

¹ Протокол от 16.12.2011 «О присоединении Российской Федерации к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации от 15 апреля 1994 г.»

² ФЗ О внесении изменений в статьи 16 и 18 Федерального закона «О банках и банковской деятельности»

³ Федеральный закон от 02.12.1990 № 395-1 (ред. от 30.12.2020) «О банках и банковской деятельности»

⁴ Хамаганова Л. Д. Проникновение иностранного капитала в российский банковский сектор. Известия Байкальского государственного университета (БАК). С 83-87

⁵ Официальный сайт Банка России. Размер участия иностранного капитала в совокупных уставных капиталах кредитных и страховых организаций. URL: <http://www.cbr.ru/press/event/?id=9576>

Райффайзенбанк), конкурировать с которыми развивающемуся банковскому сектору (каковым российский уже не считается) трудно. Таким образом, квота также обеспечивает как минимум равное участие российского и иностранного капиталов в банковской секторе экономики¹.

Тем не менее, наличие иностранного капитала в банковской системе следует рассматривать в положительном ключе. Приход такого капитала позволяет повысить капитализацию и емкость национальной банковской отрасли, приводит к конкурентной борьбе, которая положительно сказывается на развитии сектора, тем более в нынешних условиях, когда крупные банки с доминированием отечественного капитала не боятся конкуренции и сами осваивают иностранные рынки (лучший пример – Сбер). Важным также является то, что это позволяет повысить открытость и инвестиционную привлекательность российского банковского сектора в частности и России в целом, особенно с учетом того, что часто за иностранным капиталом в банковский сектор следуют иностранные компании. Иностранный капитал приносит использование новых технологий и ноу-хау, передовые методы менеджмента и маркетинга, культуру корпоративного управления. Стоит отметить и ряд других положительных моментов: дополнительные налоговые поступления, новые рабочие места, использование высоких стандартов защиты окружающей среды, развитие инфраструктуры и сферы услуг, распространение международных стандартов, диверсификация продуктового ряда, высокая надежность, основанная на мощных финансовых ресурсах (за счет материнского банка).

Установление количественной квоты на участие иностранного капитала в банковской системе также соответствует положениям основных направлений развития финансового рынка Российской Федерации на период 2019–2021 годы², где ЦБ выражает опасения по поводу геополитических рисков, связанных с тенденцией использования экономических методов для достижения политических целей, что может создавать угрозу для финансовой стабильности в глобальном масштабе и риски для национальной экономической безопасности.

Таким образом, введение вышеописанных ограничений на долю иностранного капитала является целесообразным, так как диктуется необходимостью обеспечения политической и экономической безопасности России, сохранения и укрепления ее суверенитета. Нельзя не отметить, что действующая в настоящий момент квота в размере 50 % не может являться фактором, ограничивающим развитие экономики РФ и привлечение иностранных капиталовложений, так как имеется существенное пространство для наращивания присутствия в банковском секторе РФ. В связи с этим, имеющаяся квота носит превентивный, а не ограничительный характер и не наносит ущерба российской экономике³.

Магомедов К. М.

*Северо-Кавказский филиал Всероссийского государственного
университета юстиции (РПА Минюста России),
студент*

Некоторые аспекты финансирования льготной ипотеки для семей с тремя и более детьми.

На сегодняшний день одной из самых актуальных проблем для граждан в целом и для многодетных семей в России в частности является отсутствие доступного жилья. Наличие собственного жилого помещения является одной из важных потребностей любого человека. Учитывая высокую стоимость жилья, а также отсутствие достаточных денежных средств на покупку жилого помещения у многих граждан, они вынуждены обращаться в банки за получением кредита на приобретение недвижимости.

Ипотечный кредит – представляет собой денежные средства, которые банки предоставляют заемщику под залог недвижимости. В основном ипотечный кредит оформляется на покупку квартиры или жилого дома. Как правило, по этому виду кредита банки предлагают самые низкие проценты. Ипотека может быть выдана на срок от нескольких

¹ Журавлев А. Н. Влияние иностранного капитала на банковскую систему РФ. Наука и образование сегодня (ВАК). 2018 г.

² Официальный сайт Банка России. Основные направления развития финансового рынка Российской Федерации на период 2019–2021 годов. URL: http://www.cbr.ru/Content/Document/File/71220/main_directions.pdf

³ Наумова Т. С., Олейник Г. С. Общество: политика, экономика, право (ВАК). 2017 г.

месяцев до 30 лет. Здесь так же следует отметить что в связи с рецессией экономики ипотечная отрасль переживает сложный период. Банки выдвигают более жёсткие требования к заёмщикам, увеличивают порог первоначального взноса, просроченная задолженность быстро увеличивается, вторичный рынок ипотечного кредитования развивается довольно слабо, да и вообще ипотека еще не заняла должное место в российской экономике¹. Данная позиция могла быть актуальна еще несколько лет назад.

Да, с одной стороны ипотека выступает в качестве помощи для граждан, предоставляемая банком, где нам дают деньги, как правило, для покупки жилья. На первый взгляд это хорошо, но здесь есть и обратная сторона. Предположим, в среднем для покупки жилья семья берет в ипотеку 7-8 млн рублей, на срок в среднем 10 лет, получается семья переплачивает банку за эти 10 лет около 4 млн. 200 тыс. рублей. Именно те 6 %, предусмотренные банком, и нужно признать – для многодетных семей это значительная сумма. И мы с вами понимаем, чем больше срок ипотеки, тем больше мы переплачиваем банку. Таким образом, проблема развития системы ипотечного кредитования в России является актуальной в социально-экономическом плане². Возникает вопрос, почему в такой богатой стране, в социальном государстве, простой народ, чтобы приобрести жилье, должен переплачивать такие огромные суммы. На сегодняшний день данному вопросу уделяется большое внимание, он активно обсуждается на законодательном уровне, также этому вопросу большое внимание уделяет и Президент Российской Федерации.

В обращении к Федеральному собранию РФ 20 февраля 2019 года Президент РФ особое внимание уделил ипотечному кредитованию. «Правительству и Центральному банку РФ необходимо выдерживать линию на снижение процентных ставок по ипотеке до 9 % а затем и до 8 % и ниже, как это было установлено в майском указе, при этом особые условия поддержки должны быть предусмотрены для семей с детьми» – сказал Владимир Путин³.

К сожалению, у нас в стране сложилось так, что ипотека для простых граждан это тяжелая ноша, а для многодетных семей тем более, притом что для семей с двумя и более детьми действует установленная Федеральным законом от 29 декабря 2006 года № 256-ФЗ «О Дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей» действует ставка 6 %⁴. Этому свидетельствуют данные, приведённые президентом Российской Федерации В.В. Путиным. Обращаясь к Федеральному собранию РФ он отметил, что льготной ипотекой за прошедший год воспользовались лишь 4,5 тыс. семей. Возникает вопрос, почему? Значит, действующие условия льготного кредитования людям не подходят. И понятно почему, ведь действующая льгота действует лишь на первые 3-5 лет срока ипотеки, в зависимости от количества детей. Мы с вами должны понимать, что это очень низкий показатель для нашей страны, причиной такому низкому показателю президент указал то, что действовавшая программа льготной ипотеки действует не на весь срок ипотеки, и предложил продлить данную программу в 2019 году на весь срок ипотеки.

На данную программу в 2019 году выделено 7,6 млрд рублей; в 2020 году – 21,7 млрд рублей; и в 2021 году – 30,6 млрд рублей. По оценкам специалистов данная программа может охватить 600 тыс. семей. В своем выступлении президент отметил что средства для льготно ипотечного кредитования у страны есть. Так же В.В. Путин отметил рост доходов нашей страны, и посчитал возможным ввести дополнительную меру для семей с тремя и более детьми, а именно: напрямую из федерального бюджета погасить за такую семью 450 тыс. рублей из ее ипотечного кредита. Президент предложил ввести данную меру задним числом, т. е. с 1 января 2019 года. «Пересмотреть и предусмотреть для финансирования данной программы средства из бюджета текущего года» -сказал Владимир Путин. Из этого следует что вместе с материнским капиталом, который можно также направлять на погашение ипотеки, получается более

¹ Власова О. В. Основы формирования социально-экономической политики развития здравоохранения региона / О. В. Власова // Известия ЮгоЗападного государственного университета. Серия : Экономика. Социология. Менеджмент. 2013. № 2. С. 136–143.

² Соловьева Т. Н. К вопросу о приоритетах денежно-кредитной политики Банка России и их влиянии на развитие экономики / Т. Н. Соловьева, Н. А. Пожидаева, Д. А. Зюкин, В. В. Жилин // Международный журнал прикладных и фундаментальных исследований. 2015. № 12-1. – С. 149–152.

³ Указ Президента РФ от 5 мая 1992 г. № 431 «О мерах по социальной поддержке многодетных семей»

⁴ Федеральный закон от 29 декабря 2006 года № 256-ФЗ «О Дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей». Принят Государственной Думой 22 декабря 2006 года Одобрен Советом Федерации 27 декабря 2006 года

900 тыс. На финансирование данной программы потребуется в 2019 году – 2 6,2 млрд рублей; в 2020 – 28,6 млрд рублей; в 2021 – 30,1 млрд рублей. Да, это огромные деньги, но не нужно забывать, что тратим мы их на поддержку многодетных семей. И так, из предложенных Президентом программ льготно – ипотечного кредитования в 2019 году выделено: на продления льготного кредитования на весь срок ипотеки – 7,6 млрд рублей; на погашение ипотеки многодетных семей в размере 450 тыс. рублей – 20,1 млрд рублей. В совокупности – 27,8 млрд рублей. Все вышесказанное создает положительное влияние на динамику ипотечного кредитования.

Представляется, что данная мера не вполне повлияет на существенное облегчение граждан по поводу ипотечного кредитования. Мы считаем, что на такой низкий показатель количества льготных ипотек влияет не только срок его действия, который ныне предложено продлить, а сама процентная ставка. Да, кто-то скажет, что ставка не так велика, ведь там всего-то 6 %, но и эти 6 % это большая сумма для многодетных семей. Именно это, как мы считаем, влияет на такой низкий показатель льготного кредитования.

Полагаем, что в России следовало бы создать условия беспроцентного ипотечного кредитования для семей с тремя и более детьми. Как уже упоминалось выше, в среднем семья переплачивает банку за 10 лет 4 млн. 200 тыс. рублей, в год это 420 тыс. рублей. Получается, за одну семью в год придется погасить 420 тыс. рублей. Напомню, в прошлом году действовавшей льготой воспользовалось 4,5 тыс. семей, но согласно оценки специалистов, при всех благоприятных условиях количество семей обращающихся за ипотекой возрастет до 600 тысяч, получается, необходимо будет выплачивать 420 тысяч рублей за 600 тысяч семей, и в совокупности получается около 25 млрд рублей. И мы не сомневаемся в том, что средства на это в нашей стране есть.

Предоставление поддержки на ипотечное кредитование считаем целесообразным – путем выделения напрямую из федерального бюджета погашать в полном объеме процентную ставку за семей с тремя и более детьми.

Данная программа положительно повлияет на уровень жизни граждан, позволит гражданам покупать жилье по себестоимости, плюс ко всему мы считаем, что данная мера в определенной степени повлияет и на прирост населения. Приняв данную программу, России можем подтвердить содержание 7 статьи Конституции РФ, в которой предусмотрено, что Российская Федерация – социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека¹.

Мельникова А. В.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Центральный банк Российской Федерации: системные проблемы экономики и пути их решения

Банк России – мегарегулятор финансового рынка, он отвечает за надзор, регулирование и развитие во всех секторах финансового рынка: банковской системы, страхового сектора, коллективных инвестиций и пенсионных накоплений, рынке ценных бумаг, микрофинансировании. Также он осуществляет надзор за инфраструктуру финансового рынка – деятельность рейтинговых агентств, бирж, депозитариев и других участников. Правовой статус, деятельность и полномочия регулятора вызывают немало вопросов как у теоретиков и практиков: юристов и экономистов. От деятельности Банка России зависит стабильность, дальнейший рост экономического потенциала страны, отдельных секторов экономики, а также укрепление позиций на международном рынке. Поэтому мы считаем необходимыми выявить проблемные аспекты его деятельности, а также предложить пути разрешения.

На наш взгляд, системной проблемой является то, что ЦБ РФ не отвечает за экономический рост. Ключевые цели экономического развития, прозвучавшие в Послании Президента² – это повышение темпов экономического роста и

¹ Конституция Российской Федерации (всенародным голосованием (с учётом поправок, внесенных РФ о поправках к РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ

² Послание Президента Федеральному Собранию // Президент России URL: <http://kremlin.ru/events/president/news/62582>

доходов населения. Национальные проекты, исходя из их официальных целей, тоже направлены на повышение уровня жизни населения, обеспечение прорывного научно-технологического и социально-экономического развития России. Однако фактически эти цели существуют сами по себе, а денежно-кредитная политика – сама по себе. Анализируя доклад Банка России о денежно-кредитной политике¹, можно сделать вывод, что регулятор делает прогнозы, далекие от намеченной цели (такая тенденция сохраняется уже несколько лет), то есть он не верит в возможность выполнения президентского указа. У независимого Центрального Банка Российской Федерации нет прямой обязанности выполнять указ, однако его роль в данном вопросе далеко не последняя. На наш взгляд, необходимо принимать больше стимулирующих мер, а не только таргетировать уровень инфляции.

Одной из важнейших проблем последних лет, является проблема «порочного круга», которая так же завязана на теме экономического роста. В начале 2020 года Банк России предпринимает попытки выхода из него, но следует подробнее остановиться на его политике в последние годы. Можно представить такой цикл: правительство принимает меры для повышения доходов населения, дальше растет инфляция, рост инфляции в свою очередь вызывает рост ключевой ставки, а это охлаждает экономику и способствует снижению доходов. Таким образом, повторение данного цикла вызывает стагнацию, при которой нет ни стабильно низкой инфляции, ни экономического развития. К тому же, многие эксперты приходят к выводу, что чрезмерная концентрация денежно-кредитной политики исключительно на показателе инфляции способствует усилению сырьевой зависимости российской экономики. ЦБ РФ исходит из того, что рост происходит на стороне спроса, однако стоит учитывать фактор, что для нашей экономики распространена ситуация, когда рост цен стоит искать на стороне предложения. Основные факторы инфляции – это высокие (и растущие) издержки бизнеса, вызванные низкой производительностью труда, зависимостью от импорта, неразвитостью логистики и т.д. А потребители в основном берут кредиты для поддержания уровня личного потребления, а не увеличения его. Последние несколько месяцев можно было проследить небольшие шаги ЦБ в сторону смягчения, ставка периодически понижалась на 0,25 б. п. Во многом на это повлияла пандемия «коронакризиса». Экономика сейчас как никогда нуждается в мягкой денежно-кредитной политике и стимулировании.

Банковское сообщество не раз высказывалось по поводу проблем с saniруемыми банками. ЦБ РФ с 2017 года применяет новый механизм оздоровления банков через управляющую компанию Фонда консолидации банковского сектора. В рамках нового механизма регулятор становится основным собственником saniруемых банков с последующей продажей. Первым крупным банком, который попал под санацию через ФКБС, стал банк «Открытие» – это произошло в конце августа 2017 года. Затем последовала череда санаций других крупных банков. Санация Центральным банком банков тоже должна быть не бесконечна, а должна иметь какой-то конечный срок и предел. Поэтому задача ЦБ – если он видит необходимость, saniровать, вывести банк в нормальную работу, а дальше продавать в рынок. Эту проблему можно решить, если законодательно ограничить Центробанку РФ срок владения акциями банков, прошедших процедуру санации.

В целом хочется отметить и положительную тенденцию развития, единый регулятор реформируется в соответствии с вызовами времени, ищет оптимальный баланс между унификацией и учетом особенностей каждого из сегментов рынка, а также реализует стимулирующие меры, укрепляющие финансовый рынок благодаря увеличению результативности контроля над его сегментами. Одним из последних громких нововведений стал проект по организации системы дистанционной розничной дистрибуции финансовых продуктов и услуг – Маркеплеса ЦБ РФ². По сути, это онлайн-магазин с виртуальными витринами, на которых выставлены финансовые продукты и услуги. В основе его работы – электронные платформы, позволяющие агрегаторам предоставить покупателям надежный доступ к предложениям большого числа поставщиков. Предполагается, что это повысит конкуренцию на финансовом рынке услуг для населения, ведь небольшим компаниям будет проще найти клиентов.

Однако есть вероятность, что подавляющее большинство подключившихся банков столкнутся с оттоком средств в банки, которые предлагают более высокие ставки (даже 0,01 % будет иметь значение). Банк, оказавшийся первым в списке по размеру ставки, получит непропорционально большую долю притока, остальные окажутся в менее выгодном положении. В результате, как мы понимаем, нарастят долю самые рискованные банки. К тому же, подобная

¹ Доклад о денежно-кредитной политике // Банк России URL: https://www.cbr.ru/analytics/dkp/ddcp/longread_4_32/page/

² http://www.cbr.ru/Content/Document/File/87254/mp_status_20190312.pdf

трансформация требует значительных инвестиций в IT-технологии, дистанционное банковское обслуживание и противодействие киберугрозам, которые могут себе позволить ограниченное число банков. Если говорить о будущем банковской системы, то на горизонте ближайших пяти-десяти лет ведущие игроки банковского рынка будут трансформироваться в экосистемы. Ее создание доступно только крупнейшим банкам, остальные могут организовать партнерскую экосистему с различными компаниями из сферы потребительских товаров и услуг для рекламы и продвижения своих продуктов. Банки, которые не успеют вовремя перестроить бизнес, будут вынуждены уйти с рынка.

Нам бы хотелось предложить пути улучшения работы ЦБ РФ как мегарегулятора финансового рынка. В первую очередь необходимо искать новые способы и возможности контроля достижения поставленных целей:

1) регулярно устанавливать параметры оценки текущего состояния финансовых секторов. Например, для фондового рынка выбрать ряд оценочных параметров – секьюритизации займов по ипотеке, стоимость корпоративных облигаций в обращении и др. Секьюритизация – привлечение финансирования для отдельных видов активов путем выпуска акций, облигаций и других видов ценных бумаг. Данная процедура может применяться также к ипотечным кредитам, авто займам и т.д., т.е. высвобождение финансовых средств.

2) оценивать обоюдное воздействие финансовых секторов друг на друга, определить и оценивать контрольные параметры;

3) обширнее применять передовые финансовые технологии, в том числе технологию распределенного реестра данных (блокчейн), технологии bigdata, machinelearning, чтобы отслеживать изменения в экономике.

4) создавать и периодически корректировать долгосрочные и среднесрочные планы развития российских денежных секторов.

На сегодняшний день стратегическое развитие экономики российской Федерации должно быть направлено на изменение структуры экономики. Необходимо, чтобы были созданы внутренние источники развития экономики государства, а также повышение эффективности деятельности субъектов предпринимательства в Российской Федерации. А так как Центральный банк Российской Федерации создан с целью обеспечения стабильности в экономике государства, а также с целью стимулирования роста и экономического развития, то он является непосредственным участником роста экономики Российской Федерации. Главная задача состоит в том, чтобы гигантская сила на российском финансовом рынке в лице ЦБ РФ стала максимально эффективной и прозрачной для всех игроков.

Овечкина М. А.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Правовая природа цифрового рубля

В 2021 году мы вступили в новое десятилетие XXI века, для нашего общества уже обычным явлением стала глобальная цифровизация и, как следствие, переход значительного объема гражданского оборота в электронную сферу. С 2017 до середины 2020 г. доля безналичных платежей в розничной торговле, платных услугах населению и сфере общественного питания возросла в 1,75 раза, превысив две трети (с 39 до 69 %)¹. Сокращение доли транзакций в наличных деньгах и растущий спрос общества на использование передовых технологий в денежных расчетах побудило центральные банки всего мира начать исследование нового инструмента для осуществления расчетов – цифровой валюты.

13 октября 2020 года Центральный Банк Российской Федерации (далее ЦБ РФ, Банк России) представил Доклад для общественных консультаций «Цифровой рубль»² (далее – Доклад).

Согласно Докладу, цифровой рубль получит статус российской национальной валюты (российского рубля), эмитируемой Банком России в цифровой форме. Граждане будут иметь возможность зачислять цифровые рубли на свои электронные кошельки и пользоваться ими с помощью мобильных устройств и других носителей как в онлайн-режиме,

¹ <https://econs.online/articles/opinions/meriy-posledney-instantsii/> (дата обращения: 01.02.2021) ;

² https://cbr.ru/analytics/d_ok/dig_ruble/ (дата обращения: 05.02.2021)

так и в офлайн-режиме. Цифровой рубль будет обращаться на территории Российской Федерации в качестве законного средства платежа наравне с наличными рублями и средствами на счетах в банках.

На основании содержащейся в Докладе информации, попробуем определить правовой статус цифрового рубля в Российской Федерации.

В соответствии со статьей 75 Конституции Российской Федерации денежной единицей в Российской Федерации является рубль, а денежная эмиссия осуществляется исключительно Центральным банком Российской Федерации.

Цифровая валюта будет эмитироваться Банком России, как и наличные деньги, только идентифицировать каждую денежную единицу будет не серия и номер, а уникальный цифровой код. Таким образом, цифровой рубль, независимо от вопросов технической реализации его эмиссии, будет являться в Российской Федерации официальной денежной единицей, обязательной к приему всеми физическими и юридическими лицами в качестве средства платежа.

Также в Докладе указывается, что цифровой рубль будет являться новой дополнительной формой денег, наряду с наличными и безналичными денежными средствами. Однако, с данным утверждением трудно согласиться. В обоснование своей позиции хотелось бы рассмотреть место цифрового рубля в перечне объектов гражданских прав, установленном в статье 128 Гражданского Кодекса Российской Федерации.

В силу того, что цифровой рубль не будет иметь натуральной формы, он не может считаться вещью, как наличные деньги. Цифровой рубль будет существовать в виде записи на электронном кошельке клиента на платформе Цифровой валюты Центрального банка и являться обязательством Центрального Банка. Можно выдвинуть небезосновательное предположение о том, что цифровой рубль, с некоторыми различиями, будет по сути теми же безналичными денежными средствами, которые существуют в виде записи на банковском счете кредитора (их обладателя) и представляют собой его обязательственное требование на определенную сумму к кредитной организации, в которой открыт данный счет¹. В связи с этим, цифровой рубль нельзя считать новой формой денег и, следовательно, новым объектом гражданских прав. С учетом изложенного, представляется логичным закрепление цифрового рубля в статье 128 ГК РФ в качестве иного имущества, наряду с безналичными денежными средствами.

Кроме того, законодателю необходимо будет разработать и ввести правовое регулирование порядка обращения цифрового рубля и осуществления расчетов с ним. Так, в Докладе на обсуждение представлено четыре модели:

Модель А – Банк России открывает электронные кошельки МБ банкам для осуществления только межбанковских расчетов (данная модель не планируется ЦБ РФ к дальнейшей проработке);

Модель В – Банк России открывает и ведет кошельки клиентов на платформе Цифровой валюты Центрального банка (далее – ЦВЦБ), а также осуществляет по ним расчеты без участия банков/финансовых посредников².

Модель С – Банк России открывает и ведет кошельки клиентов на платформе ЦВЦБ. Банки/финансовые посредники выступают в качестве посредников, иницируют открытие кошельков клиентов и осуществление по ним расчетов;

Модель D – Банк России открывает и ведет кошельки банкам/финансовым посредникам в ЦВЦБ. Банки/финансовые посредники открывают и ведут кошельки клиентов на платформе ЦВЦБ и осуществляют по ним расчеты.

В результате рассмотрения предложенных концепций обнаружилось следующие спорные моменты, дающие почву для размышления.

Во-первых, можно ли считать, что открытие и ведение кошельков клиентов на платформе Цифровой валюты Центрального банка будет представлять новый вид банковской операции? Представляется, что нет, поскольку существует достаточно сходная по правовой природе конструкция открытия и ведения банковских счетов (п. 3 ст. 5 Федерального закона «О банках и банковской деятельности» от 02.12.1990 № 395-1).

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 10.12.2014 № 31-П «По делу о проверке конституционности частей шестой и седьмой статьи 115 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой закрытого акционерного общества «Глория» // СПС «КонсультантПлюс»

² Организации, которые в соответствии с законодательством могут подключаться к платформе ЦВЦБ и проводить процедуры ПОДУ/ФТ/ФРОМУ в отношении клиентов платформы.

Во-вторых, открытие и введение кошельков клиентов (банковских счетов) как банковской операции будет прерогативой ЦБ РФ. При этом, стоит отметить, что в силу своего особого статуса, целей деятельности и функций Банк России стоит особняком от других банков банковской системы России. Наделение Банка России правом осуществления ряда банковских операций и сделок обусловлено публичными целями и особым правовым статусом ЦБ РФ, так как данные операции и сделки способствуют реализации основных задач и функций Банка России. Однако, на мой взгляд, включение в ст. 46 Федерального закона от 10.07.2002 № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» в качестве перечня банковских операции и сделок, которые имеет право осуществлять Банк России, открытие и ведение кошельков (банковских счетов) в этой части фактически приравняет Банк России к другим кредитным организациям.

И наконец, Банк России ограничен в осуществлении банковских операций и сделок по субъектному составу – в круг потенциальных контрагентов не входят физические лица. При этом, согласно докладу, модели В и С предусматривают открытие и ведение электронных кошельков клиентов, как юридических, так и физических лиц, непосредственно Центральным Банком Российской Федерации, в чем также имеется явное противоречие с действующим законодательством и положением Банка России в банковской системе. По этой причине, модель D представляется более жизнеспособной для дальнейшей законодательной проработки и реализации.

Резюмируя все вышесказанное, хотелось бы отметить, что для реализации и внедрения цифрового рубля в систему расчетов законодателю необходимо устранить возникшие противоречия и разработать действенный механизм правового регулирования, который повысит эффективность платежей и расчетов и не будет создавать новые проблемные и рискованные ситуации.

Рагимханов Р. Р., Корнейчук Н. О.
Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студенты

Банковские экосистемы: зарубежный опыт

Деятельность банков с развитием банковской системы меняются как количественно, так и качественно. Это объясняется тем, что банки расширяют спектр предоставляемых услуг, реализуя их в качестве агентов. В результате происходит трансформации их деятельности, помимо банковских услуг, кредитные организации активно начинают сначала реализовывать услуги небанковских кредитных организаций по агентским договорам, а затем расширяют перечень таких услуг. Появляются больше сфер деятельности, которые присущи коммерческим предприятиям, применяются современные принципы управления, создаются экосистемы, а банковская сфера переходит от предоставления тривиальных услуг к полноценному сервисному обслуживанию потребностей клиентов посредством создаваемых экосистем. Это подчеркивает актуальность исследования экосистем банков и особенностей их формирования.

Западные банковские экосистемы впервые появились более 20 лет назад, когда в России данный рынок ещё только начинал формироваться. На современном этапе банковская сфера создает экосистемы вокруг собственных брендов. Экосистемой является система взаимодействия компаний: провайдеров услуг, регуляторов и потребителей, включающая в себя конкуренцию и сотрудничество, для предоставления пользователю того или иного сервиса. Экосистемы также набирают свою популярность из-за постоянно увеличивающегося темпа жизни, когда время становится самым дорогим ресурсом. Нет никаких сомнений, что в будущем банковские экосистемы будут выступать основной площадкой взаимодействия с клиентом. Формирование и осуществление финансовых и нефинансовых услуг посредством экосистемы сегодня является необходимым условием для развития банков. Другими словами банки, которые предлагают такие услуги и выходят за границы предоставления простых финансовых услуг, охватывают большой круг людей, что делает такие банки более эффективными и конкурентоспособными. За последние десять лет банковская сфера кардинально меняется, что вызвано стремительной цифровизацией.

Организация деятельности банка в разрезе экосистемы подразумевает тесное взаимодействие с клиентом, то есть выбор направления деятельности банка, изменение направления развития, а также способа предоставления банковских услуг опираясь на потребности клиента. Ввиду этого, Крис Скиннер ввел такой термин, как байология, которые определяется как то, что банк действует от представлений клиента о лучшем удовлетворении его потребности, и согласно этому осуществляется разработка того или иного банковского продукта¹.

Так как деятельность банков в качестве экосистем сводится к деятельности в цифровом пространстве, то банки могут осуществлять одну из следующих стратегий: 1) «Специализация» – банк является разработчиком узко направленного продукта, который будет выступать частью экосистемы клиента. Следствием такой стратегии будет выступать то, что банки станут разделять существующие сервисы на составные части, чтобы клиент мог получить необходимое и актуальное без привязки к целому списку банковских услуг; 2) «Интеграция». При такой стратегии банки расширяют партнерские связи².

Вместе с этим, построение экосистем подразумевает кардинальные изменения банков, которые заключаются в том, чтобы изменить привычную банковскую систему, перевести комплекс предоставляемых услуг исключительно финансовых нужд клиентов на такую систему, в которой перечень банковских предложений основывается на имеющихся данных о клиенте. Подобные изменения должны привести к тому, что должен появиться новый вид лицензирования на осуществление банковской деятельности с расширенным списком, которых должен содержать и специфические услуги, которые прямо не связаны с осуществлением банковской деятельности³.

Можно выделить несколько концепций построения экосистем. Сначала рассмотрим экосистему, которая создаётся совместно с компаниями-партнерами. Так как экосистема подразумевает расширение спектра предоставляемых сервисов, то, когда коммерческим банком избирается цель по изучению нового для себя направления, в этом случае такой банк может объединиться с компанией, которая предоставляет такую услугу. Сотрудничество может происходить взаимовыгодно, а также банк может выкупить часть либо всю долю капитала организации. При этом каждая из компаний будет сохранять своё «лицо» в глазах клиента. К числу плюсов такого подхода формирования экосистемы можно отнести то, что банк получает уже сформированную базу клиентов, сохранение лояльности клиентов, четкое разграничение банковских и небанковских процессов. К недостаткам такого подхода можно отнести затраты на объединение информационных платформ, риск для банка получить в партнеры такую компанию, которая не сможет развиваться и конкурировать на рынке. В качестве примера такой концепции построения экосистемы можно привести Bank of China, поскольку они совместно с Alibaba строят экосистему, которая будет совмещать в себе традиционные финансы, маркетинг и технологии⁴.

Необходимо отметить и о создании собственных сервисов в качестве элементов экосистемы. В ряде случаев, когда банк обладает достаточными ресурсами, он разрабатывает такие сервисы. На современном этапе крупные банки создают собственные экосистемы, в разработке которых задействованы отдельные, специально созданные подразделения. Избрание такой концепции создания экосистемы ведет к внушительным издержкам. При этом стоит сделать оговорку: практически во всех случаях банк осваивает новое для себя направление на базе уже действующей в данном направлении компании либо стартапа. При этом банк выкупает компанию полностью, и встраивает ее в существующую систему сервисов. В таком случае клиент видит появление нового сервиса от лица банка, а не сотрудничество с компанией, как это происходит в описанном выше случае. Плюсами такого подхода в создании экосистемы выступают сохранение как технической, так и управленческой целостности для банка, развитие собственного бренда банка. Минусами же выступают высокие финансовые затраты, поиск новой клиентской базы, формирование лояльности клиента. Также существует риск провала. В качестве примера можно привести Danske Bank,

¹ Фатхутдинова Т.Ф., Курманова Л. Р. Современный банк как экосистема // Актуальные вопросы современной науки. 2018. № 1. С. 164.

² Черкасова Т. П., Бандурина И. А., Черкасов Е. Л. Инвестиционная привлекательность бизнеса в контексте банковской политики создания цифровых экосистем // Государственное и муниципальное управление. Ученые записки. 2020. № 1. С. 161.

³ Вахрушев Д. С., Кальсин А. Е., Нидерштрат Г. Д. Формирование экосистем как инновационный вектор развития банковского сектора // Инновационное развитие экономики. № 6. 2020. С. 27.

⁴ Там же. С. 29.

который создал онлайн-систему, объединившую в себе данные клиентов с листингами рынков жилья. Также можно привести пример банка Axis Bank, который выступает банком частного сектора в Индии. Axis Bank разрабатывает собственные сервисы, такие как онлайн-банк, а также Axis Mobile¹.

В России ключевые банки, такие как Тинькофф банк, Сбербанк, ВТБ, уже формируют банковские экосистемы. Несмотря на успехи в этой области, эксперты отмечают, что российская банковская экосистема нуждается в более активном и последовательном развитии. В 2016 году первым о создании финансовой экосистемы заявил Сбербанк, затем Тинькофф Банк, позже – ВТБ. Согласно прогнозам Сбербанка, к 2025 году на такие экосистемы придется около 30 % глобальной выручки организаций и более 40 % их общей прибыли².

Что касается отечественных банков, то в связи с тем, что экосистемы являются новым направлением для отечественной экономики, должно быть принято соответствующее правовое регулирование. При создании экосистемы банк вкладывает ресурсы в разработку инструментов и программного обеспечения, что выходит за рамки той деятельности, которая установлена Федеральным законом от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности»³. Результаты разработок являются собственностью банка и выступают активами, что в свою очередь оказывает влияние на то, что коммерческий банк не может наращивать объем объектов, которые относятся к интеллектуальной собственности, материальным активам. Для того чтобы предоставлять клиентам сервисы, которые не относятся к банковским, коммерческие банки обращаются к компаниям-партнерам, либо создают аффилированные лица, чтобы их деятельность соответствовала требованиям Федерального закона «О банках и банковской деятельности». В свою очередь, деятельность такого рода создает проблемы для банка в области безопасности хранения, а также передачи информации, окупаемости вложений, контроля и управления новыми сервисами. Поэтому считаем, что необходимо урегулировать данный вопрос и в законодательстве, и на практике.

Таким образом, несмотря на то, что в условиях развития и формирования экосистема банков сталкивается с рядом рисков, она необходима, поскольку положительно влияет на деятельность банков. Также в выигрыше остаются и клиенты, вовлеченные в этот процесс: они смогут сэкономить время, получить льготы, быть уверенными в предлагаемом продукте. Запуск новых направлений позволит банкам увеличить прибыль и укрепить лидирующее положение.

Сняtkова К. С., Румянцев М. С.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студенты

Проблемы страхования при предоставлении потребительского кредита

Многие банки, действуя в качестве агентов страховых организаций, нередко допускают недобросовестное поведение при продаже услуг страхования жизни и здоровья в рамках заключения договора потребительского кредита. Кредитные организации часто требуют от заемщика заключить такой договор, чтобы снизить риск невозврата кредита.

Между тем вне зависимости от вида кредитования, ипотечное или потребительское, страхование жизни и здоровья может быть только добровольным. Согласно п. 2 ст. 935 Гражданского кодекса Российской Федерации обязанность страховать свою жизнь или здоровье не может быть возложена на гражданина по закону⁴. В свою очередь,

¹ Косарев В. Е., Иараджули Г. М. Экосистема как новая модель развития банка // Финансовые рынки и банки. 2020. № 1. С. 59.

² Быканова Н. И., Соловей Ю. А., Гордя Д. В., Коньшина Л. А. Формирование экосистем банков в условиях цифровизации банковского пространства // Экономика. Информатика. 2020. № 1. С. 95.

³ Федеральный закон от 02.12.1990 № 395-1 (ред. от 30.12.2020) «О банках и банковской деятельности» // Ведомости съезда народных депутатов РСФСР. 1990. № 27. Ст. 357.

⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ (ред. от 27.12.2019, с изм. от 28.04.2020) // Собрание законодательства РФ, 29.01.1996, № 5, ст. 410.

Верховный Суд Российской Федерации установил, что в качестве дополнительного способа обеспечения исполнения кредитного обязательства допускается только добровольное страхование заемщиком риска своей ответственности¹.

Верховный Суд РФ в своем обзоре разрешил некоторые общие проблемы, возникающие из отношений по добровольному личному страхованию, связанному с предоставлением потребительского кредита². Он отметил, что отношения между банком и заемщиком по договору страхования регулируют не только нормы ГК РФ, но и положения Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей». Более того, указывается, что до сведения клиента обязательно нужно доводить информацию о «периоде охлаждения», когда заемщик имеет право на досрочное расторжение договора страхования. В противном случае клиент может потребовать компенсации как убытков, так и морального вреда.

Но все же остаются нерешенными ряд проблем «навязывания» страхования. Например, потенциальные клиенты не всегда проинформированы о свои правах и последствиях заключения договора страхования. Поэтому после заключения договора страхования у заемщиков возникают проблемы, связанные с невозвратом страховой суммы при отказе от страхования, в том числе при досрочном возврате кредита.

Судебные органы в своих разъяснениях формируют критерии недобросовестного поведения при разрешении конкретных споров. В судебной практике уже выработаны определенные позиции для отдельных видов гражданских правоотношений, в частности для банковских³.

Так, например, суды, при рассмотрении данных споров опираются на статью 8 Закона РФ «О защите прав потребителей», которая закрепляет право на получение необходимой и достоверной информации об изготовителе (исполнителе, продавце), режиме его работы и реализуемых им товарах (работах, услугах). В свою очередь статья 10 данного закона закрепляет обязанность своевременно предоставить такую информацию потребителю⁴.

Таким образом, в силу того, что эти спорные общественные отношения регулируются законодательством о защите прав потребителя, последний, при заключении договора потребительского кредита, должен получить полную информацию о страховании, а также перечень оказываемых услуг и их стоимость, в том числе размер их вознаграждения⁵.

Еще одной проблемой является недобросовестные действия банков при установлении требований к сроку страхования. Многие банки, выдавая потребительские кредиты, как правило, требуют от заемщика страхования сразу на весь период кредитования, в том числе с выплатой страховой суммы за счет суммы полученного кредита. По мнению Михеевой И.Е., требования банков о страховании на весь период кредитования являются обоснованными только тогда, когда срок кредита и срок страхования составляют не более одного года, в противном случае, такие действия банка нельзя признать добросовестными⁶. В одном из таких дел суд посчитал, если заемщик застрахуется на более короткий срок, чем действие кредитного договора, то банк должен принять такую страховку⁷.

¹ п. 4 «Обзор судебной практики по гражданским делам, связанным с разрешением споров об исполнении кредитных обязательств» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 22.05.2013) // Бюллетень Верховного Суда РФ, № 9, сентябрь, 2013.

² «Обзор практики рассмотрения судами споров, возникающих из отношений по добровольному личному страхованию, связанному с предоставлением потребительского кредита» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 05.06.2019) // Бюллетень Верховного Суда РФ, № 11, ноябрь, 2019.

³ Михеева И. Е. Недобросовестное поведение банков по навязыванию услуг страхования при потребительском кредитовании // Хозяйство и право № 1. 2020. С 93.

⁴ Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей» // Собрание законодательства РФ, 15.01.1996, № 3, ст. 140.

⁵ Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 05.03.2020 № Ф06-58189/2020 по делу № А12-22068/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Михеева И. Е. Недобросовестные практики страхования при потребительском кредитовании // Банковское право. 2020. № 4. С. 37–43.

⁷ Апелляционное определение Судебной коллегии по гражданским делам Московского областного суда от 16 апреля 2018 г. по делу № 33-6413/2018 // СПС «КонсультантПлюс».

Более остро стояла проблема, связанная с возвратом страховой суммы при досрочном погашении потребительского кредита. В судебной практике во всех случаях вопрос о возврате страховой премии при досрочном погашении кредита решался судами с учетом условий договора страхования относительно размера страховой премии¹.

Не так давно вступивший в силу Федеральный закон от 27.12.2019 № 483-ФЗ «О внесении изменений в статьи 7 и 11 Федерального закона «О потребительском кредите (займе)» и статью 9.1 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» (далее № 483-ФЗ), внес некоторую ясность в ситуацию с процедурой страхования при получении потребительского кредита². Он установил, что в случае полного досрочного погашения заемщиком кредита на основании его заявления ему обязаны вернуть страховую премию за вычетом части денежных средств пропорционально времени, в течение которого он являлся застрахованным лицом.

Также данный федеральный закон признал введенный еще в 2015 году Банком России «периода охлаждения», т.е. время, в течение которого заемщику необходимо принять окончательное решение о целесообразности страхования³. Но закона, который «признавал» бы период охлаждения, не было. № 483-ФЗ устранил этот пробел, дав заемщикам право отказаться от страховки в двухнедельный период. Закон предусматривает возможность использования «периода охлаждения» для всех заемщиков, получивших потребительские кредиты независимо от того, индивидуальное у них страхование или коллективное.

Более того устанавливалось право банка поднять процент по кредиту при отказе заемщика от страхования. Согласие или отказ заемщика от страхования, а также сам факт предоставления ему такого выбора, должны фиксироваться в письменной форме. При досрочном возвращении долга кредитор обязан выплатить заемщику часть страховой премии⁴.

Новый закон делает легитимным так называемое коллективное страхование, при котором, в отличие от индивидуального, полис получает не клиент, а банк. Заемщик лишь присоединяется к страховой программе, и ему выдают специальный сертификат, подтверждающий его участие в ней. Новый закон не только делает схему коллективного страхования законной, но еще и вводит в правовое поле возможность кредитных организаций быть агентами страховщиков.

Однако, основная проблема «навязанного страхования» данным законом не была в полной мере решена. Навязанные страховки распространены во всех сегментах розничного кредитования и являются, пожалуй, самой популярной дополнительной услугой. В ходе мониторинга «Состояние защиты прав и интересов потребителей на рынке кредитных услуг в России» было выявлено, что «тайным покупателям» сообщили о необязательности страховки при получении потребительского кредита только в двух банках, а именно в Тинькофф Банк и ВТБ. В остальных случаях сотрудники утверждали, что страхование жизни и здоровья заемщика является обязательным, что не соответствует действительности⁵.

Для прекращения такой практики был разработан законопроект «О внесении изменений в Федеральный закон «О потребительском кредите (займе)», который содержит несколько важных новелл⁶:

¹ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 22 мая 2018 г. № 78-КГ18-18 // СПС «КонсультантПлюс».

² Федеральный закон от 27.12.2019 № 483-ФЗ «О внесении изменений в статьи 7 и 11 Федерального закона «О потребительском кредите (займе)» и статью 9.1 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» // Собрание законодательства РФ, 30.12.2019, № 52 (ч. I), ст. 7801.

³ Указание Банка России от 20.11.2015 № 3854-У (ред. от 21.08.2017) «О минимальных (стандартных) требованиях к условиям и порядку осуществления отдельных видов добровольного страхования» // Вестник Банка России, № 16, 20.02.2016.

⁴ Федеральный закон от 21.12.2013 № 353-ФЗ (ред. от 03.04.2020) «О потребительском кредите (займе)» // Собрание законодательства РФ, 23.12.2013, № 51, ст. 6673.

⁵ Тринадцатый промежуточный отчет (по двенадцатой волне независимого мониторинга). «Состояние защиты прав и интересов потребителей на рынке кредитных услуг в России». URL: https://drive.google.com/file/d/18J_ZneTw8lw_nKINwFxeEKknR8eHk2hN/view свободный – 24.02.2021.

⁶ Проект Федерального закона № 942236-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «О потребительском кредите (займе)» (ред., принятая ГД ФС РФ в I чтении 09.07.2020).

- Запрет обуславливать заключение и исполнение договора потребительского кредита необходимостью приобретения за отдельную плату дополнительных услуг, оказываемых кредитором или третьими лицами.
- Обязанность кредитора в случае нарушения права заемщика на свободный выбор услуг выплатить потребителю компенсацию в двукратном размере произведенных им затрат по оплате дополнительных услуг в течение десяти рабочих дней с даты предъявления клиентом данного требования.
- Невозможность обязать заемщика, который получил кредит на срок более года, заключать договор добровольного страхования на весь период кредитования, предусматривающий единовременную уплату страховых платежей.

Банковское лобби твердо выступает против данных нововведений, так как они могут создать риск «признания дополнительных услуг по карте незаконными», а также что «отдельные клиенты в целях получения доходов могут специально обращаться к финансовым организациям, в контролирующие органы и суд с оспариванием любых дополнительных услуг».

Несмотря на различные механизмы правового регулирования банки продолжают совершать недобросовестные действия по отношению к своим заемщикам, а необязательное страхование их жизни и здоровья до сих пор остается навязанной услугой. С целью недопущения такого поведения требуется внесение изменений в действующее законодательство.

Филатов А. А.

*Финансовый университет при Правительстве РФ,
магистрант*

Синдицированное кредитование в РФ: текущее состояние и перспективы развития

На современном этапе в мировой практике синдицированное кредитование является одним из наиболее эффективных способов привлечения бизнесом необходимого финансирования. Объемы аккумулируемых с помощью данного правового института денежных средств превышает 2 % мирового валового продукта¹. При этом со временем синдицированное кредитование становится все более популярным инструментом, в связи с чем становится очевидным актуальность изучения данного вопроса. Однако при анализе ситуации на рынке РФ можно наблюдать совсем иную ситуацию: объем синдицированных кредитов, выданных по российскому праву за 2016 – 2019 гг., не превышает 50 миллиардов долларов США², что составляет около 1 % от общего количества. С учетом того, что некоторые российские компании являются активными участниками синдикации, большинство сделок заключаются по английскому праву или праву США. Но в чем заключается причины непопулярности правовой системы РФ и каковы перспективы развития синдицированного кредитования по нашему национальному праву?

Согласно пункту 1 статьи 2 федерального закона от 31.12.2017 № 486-ФЗ «О синдицированном кредите (займе) и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»³ (далее – Федеральный закон № 486 – ФЗ) по договору синдицированного кредита (займа) несколько кредиторов (далее – синдикат кредиторов) обязуются согласованно друг с другом предоставить или предоставлять в собственность заемщика денежные средства в размере и сроки, предусмотренные договором для каждого кредитора, а заемщик обязуется возратить кредиторам полученные от них денежные средства, уплатить проценты за пользование денежными средствами, а также иные платежи, если обязанность их уплаты предусмотрена договором. Данный инструмент про своей экономической природе

¹ Челюскин А. Л. Актуальные вопросы регулирования синдицированного кредитования в Российской Федерации // Московский экономический журнал. 2019. № 10. С. 647–651.

² Зверева Я. Д. О синдицированном кредитовании в РФ // Анализ трендов денежно-кредитной системы и финансовых рынков. 2019. № 50. С. 2.

³ Федеральный закон от 31.12.2017 № 486-ФЗ (ред. от 22.12.2020) «О синдицированном кредите (займе) и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // «Собрание законодательства РФ». 01.01.2018. № 1 (ч. I). Ст. 70.

удовлетворяет интересы сразу обеих сторон: кредиторы могут объединить свой капитал, чтобы получить прибыль в виде процентов и иных платежей, а также диверсифицировать свои риски; заемщик может сразу привлечь необходимую ему денежную сумму для реализации дорогостоящего проекта. С 2012 года в РФ особо начали подчеркивать необходимость регламентации синдицированного кредитования¹, причем со временем указанная проблема привлекала все больше внимания. В результате был принят упомянутый выше Федеральный закон № 486 – ФЗ. Со стороны банковского сектора и крупного бизнеса РФ наблюдался и продолжает наблюдаться интерес к данному правовому инструменту. Казалось бы, для развития и популяризации синдицированного кредитования по российскому праву созданы все условия. Однако, согласно статистике, наибольший процент российских сделок на мировом рынке синдикаций приходилось именно на 2007-2008 и 2011–2012 года, далее процент значительно снизился².

Следует сразу отметить, что проблема носит комплексный характер. Помимо многочисленных проблем институционального характера, которые не решил или добавил Федеральный закон № 486 – ФЗ³ (о них речь пойдет ниже), существует общая тенденция нестабильности гражданского оборота в РФ⁴, в частности за счет отсутствия сформированного судебного подхода к реализации принципа свободы договора. Текущее регулирование Федерального закона № 486 – ФЗ содержит много правовых неопределенностей, в связи с чем у участников гражданских правоотношений возникают вполне оправданные опасения по поводу практики применения ряда правовых норм и принудительного исполнения отдельных договорных положений. С учетом того, что в синдицированный кредит зачастую является внешнеэкономической сделкой, то есть содержит иностранный элемент на стороне синдиката кредиторов и (или) на стороне заемщика, то же английское право является наиболее универсальным и компромиссным «решением» в силу большей гибкости для договорных правоотношений.

Упомянутое ранее наличие проблем, непосредственно связанных с нормативным регулированием синдицированного кредитования, также является одной из главных причин непопулярности применения к синдикации российского права. При этом масштабные изменения⁵, внесенные в Федеральный закон № 486 – ФЗ в декабре 2020 года, решили множество актуальных вопросов: кредитным управляющим может стать лицо не из синдиката кредиторов; расширены полномочия кредитного управляющего, в том числе за счет внедрения номинальных счетов (являющихся эффективным механизмом для получения и дальнейшего распределения платежей от заемщика) и регулирования процедуры банкротства заемщика; введен так называемый институт «субучастия в синдицированном кредите (займе)» (соглашение о финансировании участия в кредите (займе), который расширяет круг лиц, которые могут участвовать в правоотношениях синдицированного кредитования. Указанные изменения однозначно выводят правовое регулирование синдикации в РФ на новый уровень. Но при этом ряд важных проблем остается без внимания. Так, у российских коммерческих организаций, не перечисленных в пункте 3 статьи 2 № 486 – ФЗ, нет возможности напрямую участвовать в синдикате по сравнению с иностранными компаниями ряда стран, личный закон которых допускает выдачу ими кредитов, что ставит первых в неравное положение. В связи с этим остается вопрос о разграничении кредитной и заемной договорной конструкции при синдикации, т.к. ограничение субъектного состава кредиторов фактически сводит на «нет» применение договора займа⁶. Причем данные изменения были внесены спустя почти три

¹ Стандартная документация в сделках синдицированного кредитования. Доклад АРБР. 2012. URL: <https://data.cbonds.info/publication/asros.pdf> (дата обращения: 23.02.2021)

² Развитие рынка синдицированного кредитования и новые возможности для Внешэкономбанка. URL: https://xn--90ab5f.xn--p1ai/common/upload/files/veb/advpan/events/20160629/pr0629_3.pdf (дата обращения: 23.02.2021)

³ Синдицирование: новое слово в кредитовании? URL: <https://pravo.ru/story/200266/> (дата обращения: 23.02.2021)

⁴ Карапетов А. Г., Савельев А. И. Свобода договора и ее пределы. Т. 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. М.: Статут, 2012. С. 51, 58.

⁵ Федеральный закон от 22.12.2020 № 447-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О синдицированном кредите (займе) и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // «Собрание законодательства РФ». 28.12.2020. № 52 (ч. I). Ст. 8593.

⁶ Иванов О. М. Доклад на тему «Новеллы законодательства о кредите (займе): вызовы для правоприменения», прочитанный на конференции «Новеллы законодательства о деятельности кредитных организаций», проведенной в рамках V Московского юридического форума «Будущее российского права: концепты и социальные практики» 6 апреля 2018 г., МГУ.

года существования № 486 – ФЗ, хотя перечисленные выше проблемы отмечались еще на стадии обсуждения законопроекта.

Еще одна причина непопулярности российского права вытекает из особенности регулирования синдицированного кредитования – использования типовых форм договора. Договор синдицированного кредита отличается сложностью конструкции, так как, по сути, является смешанным договором. В мире существует множество организаций, занимающихся развитием данного правового института. Одно из главных направлений их деятельности заключается в создании проектов договора синдицированного кредита и иной смежной документации (договоры управления залогом мандатные письма и т.д.). Наибольшей популярностью пользуются формы английской организации LMA и американской LSTA, история которых насчитывает более 20 лет¹. Данные формы доказали свою эффективность, в связи с чем являются более приоритетным выбором для оформления правоотношений. Форма, применимая для российского права, была создана Ассоциацией региональных банков России сравнительно недавно в 2015 году. В ее основу заложены многие международные принципы и стандарты синдицированного кредитования. Безусловно, это является важным шагом для популяризации российского права на рынке синдикации. Однако разработка национальной типовой формы должна действовать в совокупности с иными структурными изменениями в рамках правового регулирования синдицированного кредитования в РФ, в также развития стабильности гражданского оборота в целом.

Учитывая соотношение существующих проблем и принимаемых мер, следует высказать мнение в отношении перспектив реализации данного правового института в России.

Представляется, что текущее правовое регулирование с учетом последних изменений от 2020 года вместе с разработанной типовой формой договора значительно повысят популярность синдицированного кредитования в РФ. Однако указанные поправки вступят в силу в полном объеме лишь с конца июня 2021 года, а для формирования устойчивой практики потребуется как минимум несколько лет. При этом принятых мер явно недостаточно для установления желаемых объемов синдикации по российскому праву. Иностранное право, в особенности английское, все еще будет иметь большой спрос. Автор настоящей работы считает, что для дальнейшего развития синдицированного кредитования в РФ требуется уделить внимание, как минимум, следующим аспектам: 1) дальнейшая разработка типовой документации, в частности, договора управления залогом, об организации синдицированного кредита и т.д.; 2) отдельная проработка регулирования вторичного рынка синдикации, т.к. регулирование соглашения о финансировании участия в кредите (займе) даже с учетом вносимых изменений открывает большое пространство для судебных споров, в том числе при доказывании недобросовестности действий участника синдиката кредиторов; 3) формирование единой судебной позиции по вопросам синдицированного кредитования за счет деятельности ВС РФ (постановления Пленума ВС РФ или обзоров практики).

Таким образом, синдицированное кредитование является эффективным способом привлечения денежных средств. Существующая проблема недостаточной популярности синдикации в РФ требует комплексного решения не только со стороны совершенствования законодательства (как самого договора синдицированного кредита (займа), так и смежных с ним правовых институтов), но и со стороны развития собственных стандартов и типовых форм документации, а также развития подходов к правопониманию общих принципов гражданского права. Представляется, что часть из этих проблем будет постепенно решаться с течением времени, однако определить срок улучшения ситуации на данный момент представляется затруднительным.

¹ Иванов О. М. История регулирования синдицированного кредита // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2018. № 10 (50). С. 104–121.

ПОДСЕКЦИЯ «ИНФОРМАЦИОННОЕ ПРАВО И ЦИФРОВЫЕ ТЕХНОЛОГИИ»

Гаджиева К. А.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

аспирант

Саморегулирование и совместное регулирование цифровых платформ

Модернизация уклада хозяйственных отношений и воплощение их в цифровом формате получают свое активное распространение во многих регионах мира. Переход к цифровой экономике имеет множество неоспоримых преимуществ, что обуславливает процесс проведения постоянного изучения и систематических консультаций между органами государственной власти стран и наднациональных органов с целью выработки и осуществления взвешенной политики. Основным информационным активом являются цифровые платформы, в отношении которых вопрос о выборе наиболее подходящей модели регулирования до сих пор остается нерешенным. По данному аспекту существует несколько основных подходов, которые используются в качестве основы для рассмотрения наиболее предпочтительного пути дальнейшего развития. Среди ключевых моделей регулирования на сегодняшний день выделяют саморегулирование, совместное регулирование и государственное регулирование. Далее на примерах будет рассмотрено саморегулирование и совместное регулирование с целью определения основных достоинств и недостатков указанных подходов.

1) Саморегулирование

В рамках российского законодательства дефиниция закреплена в статье 2 Федерального закона «О саморегулируемых организациях». Основными чертами являются: самостоятельность субъектов профессиональной или предпринимательской деятельности; содержание такой деятельности составляют действия по разработке, установлению, контролю правил и стандартов¹. В межведомственном соглашении о совершенствовании законотворчества Европейского Союза саморегулирование понимается как возможность для экономических операторов, социальных партнеров, неправительственных организаций или ассоциаций принимать как в отношении всех перечисленных субъектов, так и в отношении себя лично общие руководящие принципы на европейском уровне (в частности, кодексы практики или отраслевые соглашения)².

Правила поведения и осуществления посреднической функции обычно устанавливаются цифровой платформой самостоятельно. Например, американская компания Upwork, предоставляющая площадку для работников и работодателей на удаленном доступе для почасовых контрактов, установила минимальную ставку не ниже 3 долларов в час (на 08.02.2021 – 223 рубля)³. Данное обстоятельство указывает на то, как платформа упорядочивает отношения между будущими сторонами, определив заранее установленные границы, которые участники должны соблюдать, чтобы продолжать свою деятельность на Upwork. Также, компания Airbnb в условиях предупреждения распространения коронавирусной инфекции приняла протокол, который начал действовать с 12 октября 2020 года в отношении всех участников платформы. В нем предусмотрены обязательные правила безопасности, которые включают 5 этапов специальной уборки помещений. В качестве негативной санкции для лиц, не принявших указанные меры, будет приостановка или удаление их объявления с Airbnb⁴.

¹ Федеральный закон от 01.12.2007 № 315 «О саморегулируемых организациях» // СЗ РФ. 2007. № 49. Ст. 6076.

² Interinstitutional agreement «On better law-making» № C 321/1 of 31.12.2003 // URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003Q1231\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003Q1231(01)&from=EN).

³ Minimum hourly rates // URL: <https://support.upwork.com/hc/en-us/articles/211062988-Minimum-Hourly-Rates>.

⁴ What is Airbnb's 5-step enhanced cleaning process? // URL: https://www.airbnb.co.uk/help/article/2809/what-is-airbnbs-5step-enhanced-cleaning-process?_set_bev_on_new_domain=1612790249_ZjRiOTA5ZTU3YTNm.

Брэд Бернэм, партнер компании Union Square Ventures, в своем сообщении сравнивает крупные платформы, управляемые цифровыми данными с Правительствами, где пользователи являются гражданами, а разработчики приложений частными компаниями¹. Также ряд цифровых платформ отмечают, что поскольку у них больше знаний о собственных механизмах функционирования, данных, которыми они владеют, они должны быть свободны от любого внешнего вмешательства.

Представители онлайн-площадки Airbnb, предназначенной для аренды жилья отмечают, что саморегулирование может быть более эффективным способом решения проблем, которые могут возникать на рынках в онлайн среде, чем принятие новых законодательных норм. Последнее требует больше времени и не способно быстро реагировать на цифровые перемены². В качестве еще одного достоинства указанного подхода Мишель Финк в своей статье отмечает информационную асимметрию, присущую цифровым платформам. Большая часть информации находится в распоряжении платформ, они имеют доступ к данным, на которые в числе прочего может распространяться действие режима коммерческой тайны. Также принятые правила и стандарты будут реализовываться самостоятельно, благодаря алгоритмам, заложенным в основе функционирования цифровых платформ³.

Однако, саморегулирование не является транспарентным и в приоритете платформы будут учитывать исключительно свои собственные интересы. Отсутствие должного контроля позволит существовать вне правового поля, пренебрегать существующими предписаниями правовых норм, без риска понести соответствующую юридическую ответственность за свои действия. Также большие объемы данных пользователей, находящихся во владении платформ, должны обеспечиваться защитой правовых механизмов, обеспечивающих устойчивый порядок и ясность.

2) Совместное регулирование

Также как и саморегулирование имеет общую цель – не допустить излишнего урегулирования отношений правовыми нормами. Иначе это может повлечь за собой блокирование дальнейшего развития технологий и инноваций. В межведомственном соглашении о совершенствовании законодательства Европейского Союза представлено определение сорегулирования как механизма, посредством которого законодатель поручает достигнуть субъектам экономической деятельности, социальным партнерам, неправительственным организациям или ассоциациям установленных целей политики, изложенных в законодательстве или иных политических документах⁴. Сотрудники Тилбургского университета в своей книге именуют совместное регулирование «негосударственным правом» с некоторым участием правительства⁵.

В результате такой модели регулирования цифровых платформ учитываются их специфические особенности функционирования, обеспечивается реализация государственных целей и создается тесное сотрудничество между государственными и частными органами.

В качестве примера можно привести правила платформы Airbnb, в соответствии с которыми для того, чтобы выступать в качестве арендодателя на площадке, необходимо соблюдать нормы местных законов территории, где сдается жилье. Согласно положениям муниципального Кодекса Торонто о лицензировании и краткосрочной аренде, прежде чем разместить объявление на платформе, сначала следует зарегистрироваться на сайте Департамента планирования и развития города и получить по электронной почте присвоенный регистрационный номер⁶. После завершения процесса регистрации лицо становится оператором краткосрочной аренды, на которого возлагается обязанность по взиманию и перечислению муниципального налога на жилье в размере 4 %. В случае нарушения правил

¹ Web services as Governments // URL: <https://www.usv.com/writing/2010/06/web-services-as-governments/>.

² Can Airbnb unite the world? and is self-regulation the solution? // URL: <https://medium.com/@agcarlone/can-airbnb-unite-the-world-and-is-self-regulation-the-solution-7ed43a8e45f5>.

³ Michèle Finck. Digital co-regulation: designing a supranational legal framework for the platform economy // E. L. Rev. 2018. Vol. 1. № 43. P. 11.

⁴ Interinstitutional agreement «On better law-making» № C 321/1 of 31.12.2003 // URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003Q1231\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003Q1231(01)&from=EN).

⁵ H. Schooten, J. Verschuuren International Governance and Law: state regulation and non-state law. Cheltenham. 2008. P. 2.

⁶ Toronto Municipal Code licensing and registration of short-terms rentals № 547 of 24.05.2018 // URL: <https://www.toronto.ca/legdocs/municode/toronto-code-547.pdf>.

субъект может быть признан виновным и к нему будет применена санкция в виде штрафа в размере до 100000 долларов (на 09.02.2021 – 7403250 рублей)¹. Это будет побуждать к соблюдению требований действующего законодательства со стороны арендодателей, и соответствующие суммы налогов поступят в государственный бюджет.

Как отмечается, совместное регулирование может сочетать ряд преимуществ, которые основаны на интеграции обязательного характера законодательства и гибкого саморегулируемого подхода к его претворению. Также учитывается опыт заинтересованных сторон, что будет содействовать инновациям и экспериментам при сохранении интересов государственной политики. Таким образом, механизм реализации нормативных положений будет более эффективным². На примере Airbnb было показано, что отношения между сторонами регулируются правилами платформы совместно с местными законами.

Таким образом, модель совместного регулирования считается наиболее подходящей для упорядочивания отношений, складывающихся в рамках платформенной экономики. Это позволит своевременно реагировать на происходящие изменения в обществе и наилучшим образом адаптироваться к цифровой среде, учитывая мнения всех заинтересованных сторон.

Иванова М. И.

*Государственный университет управления,
студент*

Доктрина энергетической безопасности России как механизм внедрения цифровых технологий в систему ТЭК РФ

Новая Доктрина энергетической безопасности, пришедшая на смену Доктрине³, утвержденной Президентом РФ от 29 ноября 2012 г. № Пр-3167, – документ, который задает Правительству РФ обособляющие рамки для дальнейшего управления и правового регулирования в сфере энергетической безопасности и обозначает наиболее проблемные и насущные вопросы в системе ТЭК, а также содержит механизмы их решения.

Главная особенность Доктрины в том, что она связана со стратегическим планированием не только в сфере энергетики, но и в области развития новых мировых трендов ТЭК. Реалии сегодняшнего дня требуют концентрации внимания на ключевых направлениях в создании энергетики нового типа – это так называемые «умные сети», управление энергопотреблением, энергоинформационными системами, технологическим энергосбережением, а также децентрализованным энергосбережением.

В ближайшей перспективе без современных IT-систем задача развития отрасли станет просто невозможна. По экспертным оценкам, технологический уклад в электроэнергетике – объективная необходимость. Современные digital-решения позволят оптимизировать существующие инфраструктуры и будут способствовать внедрению новейших систем накопления энергии.

В настоящее время Россию нельзя отнести к лидерам мировой IT-индустрии из-за слабого присутствия российских компаний на глобальных рынках. В 2019 году Аналитический центр при Правительстве РФ провел опрос участников рынка с целью определения основных проблем и дальнейших приоритетов цифровой трансформации ТЭК России. Участники опроса отметили высокую импортозависимость от серверных ресурсов и программного обеспечения. Но, несмотря на это, в последние годы все же присутствует небольшая положительная динамика Российских IT-продуктов на мировом рынке. По данным Аналитического центра при Правительстве РФ, экспорт IT-услуг из России в 2018 г. составил \$5,3 млрд, что в 2 раза больше уровня 2010 г. и на 13 % больше объемов экспорта услуг 2017 г. Доля

¹ Short-term rental operators // URL: <https://www.toronto.ca/community-people/housing-shelter/short-term-rentals/short-term-rental-operators-hosts/?accordion=pay-your-municipal-accommodation-tax>.

² Tool #18. The choice of policy instruments // URL: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/better-regulation-toolbox-18_en_0.pdf.

³ Указ Президента РФ от 13 мая 2019 г. № 216 «Об утверждении Доктрины энергетической безопасности Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ, 20.05.2019, № 20, ст. 2421.

ИКТ услуг в общем российском экспорте услуг также заметно выросла: с 5,3 % в 2010 г. до 8,1 % в 2018 г.; в первой половине 2019 г. она составила уже 8,4 %¹.

Вполне очевидно, что использование «чужих» IT-технологий в ТЭК значительно повышает его уязвимость. Поэтому возникает попутный вопрос: возможно ли создание в ближайшей перспективе в России собственных, защищенных от внешнего воздействия, информационных технологий, основанных на иных базовых принципах отечественного образца? Однозначного ответа Доктрина не дает, так как основные вопросы цифровизации ТЭК были затронуты частично.

Трансформируя основную цель программы «Цифровая экономика РФ»² применительно для отраслей ТЭК, можно констатировать, что детерминирующей целью является – формирование новой регуляторной среды, обеспечивающей благоприятный правовой режим для внедрения современных цифровых IT-технологий в сфере энергетики. Это, непосредственно, должно предусматривать: а) создание постоянно действующего механизма управления изменениями и компетенциями цифровой энергетики; б) формирование комплексного законодательного регулирования и правоотношений в данной сфере; в) принятие специальных мер, стимулирующих использование современных информационных технологий.

Энергетическая стратегия России до 2035 года формулирует «главный внутренний вызов», который заключается в необходимости выполнения энергетическим сектором страны своей важнейшей роли в рамках, предусмотренного Конституцией РФ, перехода на инновационный путь развития экономики. Гарантированное удовлетворение внутреннего спроса на энергоресурсы должно быть обеспечено с учетом ряда наиболее важных требований, обеспечивающих национальную, в том числе энергетическую безопасность: 1) достижение научного и технологического лидерства России; 2) ориентир на ресурсно-инновационное развитие с качественным обновлением энергетики; повышение энергоэффективности и снижение энергоемкости экономики до уровня стран с аналогичными природно-климатическими условиями; 3) ограничение нагрузки ТЭК на окружающую среду и так далее.

Энергетическая стратегия также формулирует цели последовательного продвижения в реализации обозначенных требований. Это, в первую очередь:

1) модернизация и создание новой энергетической инфраструктуры; 2) повышение эффективности производства, добычи и переработки топливно-энергетических ресурсов; 3) дальнейшая интеграция российской энергетики в мировую энергетическую систему и др.

Рассмотрим, как указанные тенденции находят отражение в новой Доктрине энергетической безопасности:

1. Отнесены к трансграничным вызовам энергетической безопасности – «развитие и распространение возобновляемых источников энергии, накопителей энергии, добычи углеводородного сырья из трудноизвлекаемых запасов, цифровых и интеллектуальных технологий, энергосберегающих и энергоэффективных технологий на транспорте, промышленности и т.д. (п. 18 Доктрины). 2. Отмечено, что состояние нормативной правовой базы является сдерживающим фактором внедрения инновационных технологий (п. 20 Доктрины). 3. К задачам по обеспечению международно-правовой защиты национальных интересов в ТЭК отнесено – предотвращение критического отставания в развитии цифровых-IT и интеллектуальных технологий (п. 28 Доктрины).

Все это в целом свидетельствует, что в Доктрине недостаточно акцентировано внимание ключевым направлениям в создании энергетики «нового типа», в том числе созданию условий для цифровой трансформации ТЭК. Однако согласно ведомственному проекту Минэнерго России «Цифровая энергетика» на 2020–2024 гг. предусмотрен комплекс мероприятий по созданию условий для разработки и развития цифровых сервисов и решений в отраслях ТЭК, цифровизации электроэнергетики, нефтегазового комплекса и угольной промышленности.

Вторым важным и неотъемлемым направлением модернизации правовых механизмов обеспечения энергетической безопасности является автоматизация управления всеми процессами, применение различного рода

¹ Волкова А. А., Плотников В. А., Рукинов М. В. Цифровая экономика: сущность явления, проблемы и риски формирования и развития / Управленческое консультирование. 2019. № 4.

² Постановление Правительства РФ от 02.03.2019 № 234 (ред. от 21.08.2020) «О системе управления реализацией национальной программы «Цифровая экономика Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ, 18.03.2019, № 11, ст. 1119.

автоматизированных систем, современных средств в системе связи, включая всемирную сеть – Интернет, что значительно повышает эффективность процессов. Однако при этом возникает новая область реализации угроз – уязвимость автоматизированных систем и систем связи, воздействие на которые приводит к большому ущербу, а в условиях недостаточного знания всего состава внешних кибератак – к значительному повышению опасности возникновения критической ситуации КВО.

Задачи, которые стоят перед усовершенствованием ТЭК:

1. На наш взгляд, одним из ключевых моментов на данном этапе развития остается выработка эффективных механизмов стимулирования спроса на цифровые решения со стороны промышленных игроков.

2. Следовало бы увеличить конкурентоспособность российских цифровых решений и, как следствие, снизить зависимость национального рынка от иностранных продуктов.

3. Для увеличения динамики применения российских программных продуктов в компаниях – Министерству следовало бы обеспечить поддержку разработки и внедрения цифровых технологий с целью фундаментального переосмысления действующей структуры и трансформации всех бизнес – процессов внутри отрасли.

4. Целесообразным было бы оказание перманентной законодательной и дипломатической поддержки, а также создание выгодных экономических механизмов, рационально стимулирующих в дальнейшем диверсификацию и качественную реструктуризацию экспорта энергоносителей.

5. Одним из важных условий считалось бы создание благоприятных условий для международной научно-технологической кооперации на равноправной основе, содействие трансферу из-за рубежа и локализации в России передовых энергетических производств (в том числе с целью замещения импорта), технологий и стандартов подготовки и переподготовки кадров для ТЭК посредством предоставления участниками соответствующий деятельности льгот и преференций.

В заключение стоит отметить, что вопрос обеспечения энергетической безопасности в эру передовых технологий и «искусственного интеллекта» для нашей страны имеет самый высокий приоритет. Доктрина энергетической безопасности на ближайшую перспективу будет являться основой для развития ТЭК и принятия целевого ряда НПА. Важно, чтобы все преобладающие аспекты ЭБ получили серьезную правовую основу для их обеспечения.

Ислямова А. С.

Крымский юридический институт (филиал)

Университета прокуратуры РФ,

студент

Роль инновационных технологий в противодействии коррупции.

Программа «Справедливая страна»

Актуальность представленной темы заключается в том, что коррупция – одна из самых острых современных проблем, которая присутствует практически в каждом обществе. Так, проведенное исследование «Барометр мировой коррупции» показало, что каждый четвертый опрошенный человек давал взятку в течение последнего года¹. Кроме того, согласно расчётам примерная сумма взяток, которые были даны в мире за один год, составляет 1 миллиард долларов. Эти средства население могло бы потратить на социальные нужды, здоровье, обучение подрастающего поколения, однако они пошли на обогащение обеспеченных государственных и муниципальных служащих. Мировое сообщество активно борется с этой проблемой – применяются законодательные механизмы, силовые структуры. Была создана целая правовая база борьбы с коррупционными проявлениями, которая включает «Конвенцию Организации Объединенных Наций против коррупции», принятую 31.10.2003 Резолюцией 58/4 на 51-м пленарном заседании 58-й

¹ Официальный сайт Автономной некоммерческой организации «Центр антикоррупционных исследований и инициатив «Трансперенс Интернешнл – Р». URL <https://transparency.org.ru/research/barometr-mirovoy-korrupsiy/transparency-international-vypustilo-devyatyy-barometr-mirovoy-korrupsiy-.html>.

сессии Генеральной Ассамблеи ООН, «Конвенцию об уголовной ответственности за коррупцию», заключенную в г. Страсбурге 27.01.1999, и другие нормативные правовые акты.

В связи с этим целью представленного исследования выступает анализ современного явления коррупции, а также определение инновационных средств борьбы с ней.

Особая важность данной темы обусловлена тем, что коррупция свойственна и российскому обществу. Как показывают исследования, граждане России не готовы брать активное участие в борьбе с коррупцией. Несмотря на то что страна реализует антикоррупционные программы, россияне продолжают участвовать в коррупционных действиях. В соответствии с независимым исследованием Международного общественного антикоррупционного движения Transparency International в 2020 г. Россия заняла 129-е место из 180 по индексу восприятия коррупции в государственном секторе.

Таким образом, проблема коррупции существует и разрушает общество. Однако мировая и отечественная практика показала действенные способы борьбы с ней, применимые в России. Условно их можно разделить на два блока.

Эксперты определили, что коррумпированность государственного аппарата зависит от эффективности функционирования власти. Из этого следует, что первый блок мер по борьбе с коррупцией – это совершенствование аппарата государства и налаживание связей власти с общественностью.

Кроме выстраивания единой программы действий, важно усилить общественный контроль над деятельностью органов власти. В ходе проведения мониторинга Общественная палата Российской Федерации выяснила, что большая часть респондентов считают проведение независимых расследований, осуществление общественного контроля государственной деятельности лучшим способом участия граждан в борьбе с коррупцией¹.

Также необходимо установить строгий контроль ротации кадров, причём не только руководящих, государственных и муниципальных служащих. Важно обеспечить каналы связи между гражданским обществом и институтами публичной власти через независимые СМИ, представителей молодёжи в различных государственных структурах и другое.

Помимо развития государственного управления, практика показала, что многообещающим направлением противодействия коррупции и иным правонарушениям выступает применение информационных технологий – это второй блок перспективных антикоррупционных мер.

Использование информационных технологий в общественных расследованиях, расследованиях СМИ дает существенную экономию средств и, как следствие, обеспечивает большую их независимость. Средства массовой информации с помощью различных интернет-платформ могут в режиме реального времени проводить расследования и транслировать их результаты.

Также информационные технологии можно использовать для развития российского «электронного правительства» – создание возможности цифрового взаимодействия граждан и государства, исключения бюрократизации, обеспечение прозрачности публичной власти для населения. Основы такого государства уже заложены: российское законодательство предусматривает обязанность институтов публичной власти размещать информацию о своей деятельности в виде открытых данных в сети «Интернет»². На практике уже созданы официальные сайты некоторых государственных структур, интерактивные Портал государственных услуг Российской Федерации, Личный кабинет налогоплательщика, Центр государственных услуг «Мои документы». Однако детальный анализ

¹ Доклад об эффективности проводимых в Российской Федерации антикоррупционных мероприятий и участии институтов гражданского общества в реализации антикоррупционной политики за 2012 год. – М. : Общественная палата Российской Федерации, 2012. URL: https://www.oprf.ru/files/doklad_korrupciya.pdf.

² Постановление Правительства РФ от 10.07.2013 № 583 «Об обеспечении доступа к общедоступной информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» в форме открытых данных» // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_149509/2c6ab99fe475ef393a5dac50412e88996bf96840/ (дата обращения: 10.03.2021).

показал, что не все органы государственной власти и местного самоуправления имеют персональные интернет-ресурсы, а также не все обеспечивают наличие полной информацией в сети.

Правительства многих стран позаботились о создании государственных приложений, в том числе для борьбы с коррупцией. Оптимальным решением для России стало бы создание прикладной программы «Справедливая страна», предназначенной для предотвращения, пресечения коррупционных действий, а также мотивации жертв сообщать о подобных правонарушениях.

С помощью этого приложения граждане смогут как с личных аккаунтов, так и анонимно сообщать в общем чате сведения о случаях, когда они были вынуждены давать взятку, сталкиваются с таким требованием или стали свидетелями подобных действий, а также могут напрямую обращаться к представителям правоохранительных органов и получать профессиональную юридическую консультацию.

Пользователи приложения также смогут ознакомиться со сведениями о конкретных коррупционных случаях, а также со статистическими данными, касающимися коррупции и борьбы с ней в Российской Федерации. Кроме того, в программе будет доступна информация о готовящихся и проводимых антикоррупционных проектах и возможности участия в них.

Помимо создания приложения «Справедливая страна», действенным средством является формирование государственной системы мониторинга коррупционных проявлений, которая предусматривает наличие «телефона доверия», с помощью которого граждане смогут сообщать о коррупционных действиях; проведение опросов на различных государственных интернет-порталах, в том числе на Едином портале государственных услуг и функций¹.

Новым направлением развития государственного управления выступает использование искусственного интеллекта. Сотрудники государственных органов, специализирующиеся на техническом обеспечении, могут внедрить искусственный интеллект для начала в процесс обработки данных с интернет-ресурсов с целью выявления коррупционных действий. Искусственный интеллект также рационально использовать в системе электронного документооборота: он сможет с высокой скоростью систематизировать документы и определять признаки служебного подлога.

Таким образом, на сегодняшний день существует две стратегии антикоррупционной политики России. Во-первых, это совершенствование государственной системы, создание социальных брендов государственных структур с помощью независимых СМИ, повышения уровня доверия граждан к власти, приобщения молодёжи к политике и государственной деятельности.

Во-вторых, использование инструментария информационных технологий стало одним из эффективных способов привлечения населения к борьбе с коррупцией. Оно обеспечивает повышение эффективности вышеназванных мер, то есть деятельности институтов публичной власти, а также создаёт новые средства борьбы – формирование электронного государства, трансляция осуществления публичной власти в сети, применение искусственного интеллекта. Но особое внимание следует уделить разработке программы «Справедливая страна». На основании всего вышесказанного можно сделать вывод: информатизация государственной системы позволит минимизировать количество коррупционных правонарушений. Сегодня именно в этом направлении должна двигаться российская антикоррупционная политика.

Кобец Б. Д.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Правовое регулирование отношений с использованием технологии блокчейн в игровой индустрии

Динамичное развитие технологий преподносит законодателю новые виды объектов, которые должны подлежать охране. Во всем мире, люди независимо от возраста играют в компьютерные игры. Помимо процесса игры, в виртуальном мире происходит множество транзакций и тратятся тысячи долларов в день.

¹ Официальный сайт Единого портала государственных услуг // URL: <https://www.gosuslugi.ru/> (дата обращения: 10.03.2021).

Пользователи продают и приобретают на виртуальной площадке внутриигровую валюту и косметические предметы (скины). Главной проблемой является централизация модели. То есть все данные об учетной записи и истории игрока хранятся на сервере, который полностью контролируется разработчиком. В свою очередь сервера хранят приобретенные/проданные предметы, персонажей, виртуальную валюту пользователя.

Каждая база данных принадлежит конкретной компании, разработавшей игру. У игрока, приобретающего за реальные деньги внутриигровые предметы, фактически нет реального права пользования ими. Помимо этого, у централизованных серверов есть ряд ограничений и недостатков, которые включают в себя:

- Неисправности из-за перегрузки сервера
- Взлом аккаунта мошенниками
- Мошеннические транзакции
- Неправедливая блокировка аккаунта

Фактическое господство над аккаунтом в руках компании, но технология блокчейн способна сгладить или вовсе устранить ряд проблем.

Блокчейн является децентрализованной сетью с открытым регистром транзакций, ранее неизвестной российскому праву, в которой хранится информация как о денежном переводе, так и совершении какой-либо сделки. В ней взаимосвязана цепочка блоков транзакций.

В научной литературе отмечается, что под блокчейн-технологиями следует понимать вариант распределительного реестра, позволяющего хранить, передавать и учитывать информацию одновременно в цепочке всех блоков, содержащих транзакции, которые последовательно встают в цепь друг с другом, и каждый новый блок содержит зашифрованную информацию о предыдущем без участия посредников¹. Необходимо также подчеркнуть, что технология отличается своей безопасностью и не имеет аналогов. Кроме того, как указывается в иностранной литературе, блокчейн – технология надежного распределенного хранения записей обо всех когда-либо совершенных транзакциях².

Высочайший уровень безопасности достигается следующим образом: каждый следующий блок содержит небольшой набор записей предыдущего. В этих записях зашифрована информация, о предыдущем блоке. Сам процесс шифрования, называется хэшированием. Итогом хэширования, является хэш.

Другими словами, технологию блокчейн можно сравнить с бесконечным поездом. Каждый вагон (блок) хэширован, при этом хэширование блокчейна одностороннее. Поэтому блоки нельзя разбить или разъединить, чтобы узнать код.

Блокчейн своей надежностью и простотой в применении предложил миру новые возможности в его использовании. Каждый пользователь может иметь полный контроль над своим аккаунтом и не беспокоиться об его безопасности.

В российском законодательстве отсутствуют нормы, регулирующие использование блокчейн-технологии. Само использование блокчейна на территории России не запрещено, но отсутствие правового регулирования способствует возникновению пробелов в праве.

Главным толчком в создании «цифрового» правового поля является принятие Федерального закона от 26.03.2018 № 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации», где в гражданском законодательстве упоминается понятие «цифровое право», и возможность совершения сделок, в том числе с использованием технологии блокчейн³.

Основными плюсами в применении можно выделить:

¹ Цифровое право : учебник / А. Дюфло, Л. В. Андреева, В. В. Блажеев [и др.] ; под общ. ред. В. В. Блажеева, М. А. Егоровой. М. : Проспект, 2020. С. 298.

² Блокчейн: схема новой экономики / Мелани Свон; пер. с англ. М. : Олимп-Бизнес, 2016 (Библиотека Сбербанка Т. 69). С. 22.

³ Федеральный закон от 18 марта 2019 г. № 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» // «Собрание законодательства Российской Федерации 25.03.2019 № 12, ст. 1224.

- Децентрализованный рынок;
- Оптимизация платежей. Блокчейн и смарт-контракты способствуют снижению размера комиссии и увеличению скорости транзакций.
- Возможность обмениваться игровыми ресурсами вне зависимости от игровой платформы;
- Невозможность изменения уже совершившихся транзакций, уже записанных в блокчейн;
- Прозрачность.

Важным этапом в развитии цифрового права остается правовое регулирование в данной области. Помимо закрепления определения, законодателю стоит обратить внимание на институт налогообложения операций, связанных с цифровыми активами. Опыт США показывает, в каком направлении стоит двигаться. Члены Палаты представителей и сенаторы США представили в общей сложности 32 законопроекта о регулировании криптоиндустрии в рамках 116 Конгресса, состоявшегося в январе. 12 законопроектов нацелены на пресечение использования цифровых активов в терроризме, отмывании денег и другой преступной деятельности. Еще 13 предложений касаются разработки нормативной базы, которая введет криптовалюту и блокчейн в правовое поле. 5 потенциальных законов должны разрешить правительству США использовать технологию распределенного реестра, и оставшиеся два – посвящены цифровому доллару. Три законопроекта посвящены способам расширения возможностей банков и регулирующих органов, использующих блокчейн и искусственный интеллект и для выявления криминальной деятельности с применением криптовалют. Большая часть предложенных законов в той или иной мере затрагивает вопросы налогообложения операций с цифровыми активами¹.

Таким образом, применение данной технологии способно совершить толчок не только в безопасности пользователей в игровой индустрии, но и в других сферах, связанных с денежным оборотом.

Кутаев В. В.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Искусственный интеллект как источник повышенной опасности

Последние десятилетия в истории человечества отличаются высокой динамикой развития, что, безусловно, не может не радовать. Однако есть и обратная сторона данного процесса, заключающаяся в том, что всегда найдётся способ или случай использовать благие достижения науки в корыстных целях. Наиболее очевидной проблемой подобного рода является Искусственный интеллект (ИИ). Илон Маск отмечал, что ИИ рано или поздно может стать концом всего человечества. Вряд ли можно отрицать, что современные технологии поражают своей быстротой и уровнем адаптации к окружающей среде, причём этот факт и наводит на мысль о том, что в скором времени ИИ не просто сравнится с человеком, но и превзойдёт его. Таким образом, необходима чёткая правовая регламентация деятельности ИИ с учётом не только текущей обстановки, но и ближайшего будущего.

В настоящее время для удобства рассмотрения ИИ в юридическом аспекте принято учитывать классификацию, предложенную Сёрлом, согласно которой существует «сильный ИИ» и «слабый ИИ»². «Слабый ИИ» – это попытка моделирования человеческого разума аналогично моделированию погодных условий, изменений климата или других природных явлений. Подобный алгоритм лишь стремится скопировать ситуацию, вариант поведения, но создание чего-то нового или же компиляция решений с целью их воссоздания представляет собой невыполнимую задачу. Как правило, указанный ИИ контролируется человеком, и его деятельность направлена исключительно на достижение поставленных задач.

«Сильный ИИ», напротив, стремится воссоздать разум или интеллект, который буквально понимает другие психические состояния. Такой ИИ способен самостоятельно «думать», обладать функциональным сознанием, которое

¹ Д. Фомин. В США предложили 32 закона для регулирования рынка криптовалют. URL: <https://www.rbc.ru/crypto/news/5ea9b8e09a794763940e0afd>. (дата обращения: 10.03.2021).

² Сёрл Дж. «Сознание, мозг и программы» // Behavioral and brain sciences, 1980, Т. 3, № 3. С. 417. С. 323.

пока что является привилегией лишь живых существ. Необходимо сразу уточнить, что в настоящее время полная реализация «сильного ИИ» не осуществлена, что значительно облегчает вопрос юридической ответственности. Ведь при наличии полноценного сознания ИИ может выступать на арене правовых отношений в качестве полноценного субъекта, причём перечень личных неимущественных прав также будет относиться к ним.

Таким образом, дальнейшее рассмотрение пойдёт лишь в контексте «слабого ИИ». Особого внимания заслуживает, подход, указанный А.А. Антоновым, согласно которому ИИ может рассматриваться в качестве источника повышенной опасности¹. При таком рассмотрении ИИ не является субъектом деликтной ответственности, однако поскольку в настоящее время присутствует исключительно «слабый ИИ», то данная концепция является наиболее применимой.

Однако, чтобы в полной мере оценить, насколько ИИ может быть признан источником повышенной опасности, необходимо выделить существенные характеристики данной категории предметов. Н. Топоров в качестве основной особенности выделяет неподконтрольность такого объекта человеку. ИИ создан человеком, и все алгоритмы, по которым осуществляются роботизированные процессы, заранее могут и должны быть известны человеку. Однако проблема неподконтрольности заключается в том, что есть высокая вероятность различных сбоев и неполадок, которые невозможно предугадать и немедленно предотвратить.

Следующим признаком является высокая вероятность причинения вреда, которая выражается в уровне риска наступления негативных, неблагоприятных последствий. Очевидно, что ИИ является структурным элементом многих сфер общественной жизни, начиная с бытовой деятельности и заканчивая медициной, поэтому потенциальный вред может быть крайне большим.

В соответствии с п. 1 ст. 1079 ГК РФ юридические лица и граждане, деятельность которых связана с повышенной опасностью для окружающих (использование транспортных средств, механизмов и др.), обязаны возместить вред, причинённый источником повышенной опасности, если не докажут, что вред возник вследствие непреодолимой силы или умысла потерпевшего².

Причём в п. 18 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 26.01.2010 № 1 «О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина» отмечается, что источником повышенной опасности следует признать любую деятельность, осуществление которой создает повышенную вероятность причинения вреда из-за невозможности полного контроля за ней со стороны человека, а также деятельность по использованию, транспортировке, хранению предметов, веществ и других объектов производственного, хозяйственного или иного назначения, обладающих такими же свойствами³. Таким образом, перечень источников повышенной опасности остаётся открытым, что позволяет без труда учитывать в нём и ИИ.

Что касается других стран, то стоит отметить, что Пекинская академия искусственного интеллекта опубликовала «Пекинские принципы искусственного интеллекта»⁴, затем последовали «Принципы управления искусственным интеллектом нового поколения», опубликованные Национальным комитетом по управлению искусственным интеллектом нового поколения. В данных НПА содержится ссылка на необходимость информирования пользователей о потенциальных рисках, что характеризует ИИ как источник повышенной опасности.

¹ Антонов А. А. «Искусственный интеллект как источник повышенной опасности» // Юрист. 2020. № 7. С. 69–74. С. 72.

² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ // «Собрание законодательства РФ», 29.01.1996, № 5, ст. 1079.

³ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26.01.2010 № 1 «О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина» // «Бюллетень Верховного Суда РФ», № 3, март, 2010, п. 18.

⁴ «Пекинские принципы искусственного интеллекта», В EIJING A CAD., // URL: <http://www.baai.ac.cn/blog/beijing-ai-principles/> (дата обращения: 07.11.2020).

В США имеется Свод деликтного права 1977 года, где в параграфе 519 регламентируется общее правило наложения ответственности на лиц, причиняющих вред посредством чрезвычайно опасной деятельности, что может позволить отнести ИИ к источникам повышенной опасности¹.

Данный подход уже на сегодняшний день имеет место в правоприменительной практике и не потребует серьёзных изменений законодательства в сравнении с иными концепциями, встречаемыми в литературе. Т.к. перечень источников повышенной опасности является открытым, то достаточно очень чётко на законодательном уровне установить определение ИИ, согласно которому таковым признаётся роботизированная система, способная самостоятельно выполнять ряд целей и задач и быть автономной независимо от пользователя, не обладающая полноценным сознанием в биологическом и когнитивном смысле.

Необходимо составить список ИИ, причём оставить его открытым, что позволит адаптироваться под быстрые темпы развития технологий и решать правовые споры в соответствии с действующим законодательством.

Сразу стоит отметить, что владельцем источника повышенной опасности признаётся лицо, обладающее им на праве собственности, праве хозяйственного ведения или праве оперативного управления либо на ином законном основании (на праве аренды, по доверенности на право управления транспортным средством, в силу распоряжения соответствующего органа о передаче ему источника повышенной опасности и т.п.). В зависимости от типа ИИ конечный владелец также может быть различным. Например, владельцем беспилотного автомобиля Tesla будет в большинстве случаев его водитель.

Но проблема заключается в том, что водитель беспилотного автомобиля может вообще не быть виноват в ДТП, т.к. причиной этому послужит исключительно заводская неисправность. На наш взгляд, рассмотрение ИИ в качестве источника повышенной опасности позволит наиболее объективно распределять ответственность, поскольку в некоторых случаях может быть установлена и халатность со стороны производителя, что, в свою очередь, может уменьшить ответственность непосредственного потребителя (владельца источника повышенной опасности). Представляется, что привлечение производителя ИИ к ответственности за причиненный вред на сегодняшний день возможно в рамках ст. 1080 ГК РФ, в соответствии с которой лица, совместно причинившие вред, отвечают перед потерпевшим солидарно. Если производитель ИИ допустил какие-то ошибки при создании системы, что поспособствовало причинению вреда другому лицу, то он и владелец ИИ будут солидарно отвечать по деликтным обязательствам на основании ст. 1080 ГК РФ. В настоящее время данный подход можно определить, как самый удобный, причём защищённой стороной здесь выступает именно потребитель, что крайне важно. В случае наступления негативных последствий потерпевшая сторона всегда может обратиться с требованиями как к владельцу, так и к производителю.

Сафонова Д. В.

*Ростовский филиал Всероссийского государственного
университета юстиции (РПА Минюста России),
студент*

Цифровизация государственных органов российской федерации: состояние и перспективы

Преобразования в социуме, связанные с глубинной цифровой трансформацией, актуализируют не только вопросы качества и уровня жизни граждан, но и формируют новые тенденции развития отдельных сфер жизни. Основные направления преобразований заключаются в решении насущных вопросов, совершенствовании всех сфер жизнедеятельности граждан с целью улучшения их благосостояния.

Цифровая трансформация – сложный, но эффективный процесс преобразования общества. Достижения искусственного интеллекта и цифровизации зарекомендовали себя во многих сферах жизнедеятельности человека. Так,

¹ Цвайгерт К., Кетц Х. «Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2 т. Т. 2.» // Пер. с нем. М. : Междунар. отношения. 1998 г. – С. 460–461. С. 460.

цифровые технологии интенсивно противостоят коррупционным проявлениям¹²³, обеспечивают безопасность граждан на автомобильных дорогах⁴⁵, противостоят преступным проявлениям⁶, а также интегрируются в государственное строительство⁷ и управление⁸ и т.д. Повсеместность использования искусственного интеллекта и цифровизации акцентирует внимание на их необходимости, значимости и эффективности, как механизмов трансформации государства.

В настоящее время широко актуализировались тенденции оцифровки государственных органов в Российской Федерации. Необходимость и значимость цифровой трансформации государственного управления и государственных органов отметил и Михаил Владимирович Мишустин на ежегодном отчете Правительства в Государственной Думе⁹. Председатель Правительства акцентировал внимание и на острых вопросах обеспечения информационной безопасности¹⁰, ссылаясь на положения одной из национальных программ развития государства¹¹ – «Цифровая

¹ Сафонова Д. В. Цифровизация – современный механизм противодействия коррупционным проявлениям / М. П. Тишаков, Д. В. Сафонова // Механизм противодействия коррупции и развития антикоррупционного законодательства в России и за рубежом : сборник научных статей по материалам региональной научно-практической конференции / под общ. ред. Б. М. Магомедова: (Ростов н/Д, 18 марта 2020). – Ростов н/Д : Ростовский институт (филиал) ВГУЮ (РПА Минюста России), 2020 – С. 43–48.

² Сафонова Д. В. Цифровизация как способ противодействия коррупции // Суверенное государство и его право: актуальные проблемы юридической науки и правоприменительной практики в современной России (к 370-летию со времени принятия Соборного уложения 1649 года) : сборник трудов XVI Всероссийских декабрьских юридических чтений в Костроме (12–13 декабря 2019 года, г. Кострома) в 2 т. Т. 2., Кострома, 2020. С. 297–301.

³ Сафонова Д. В. Цифровые аспекты противодействия коррупции на примере Ростовской области // Организационно-управленческие механизмы антикоррупционной деятельности: российский и зарубежный опыт : сборник тезисов докладов и статей VII международной научно-практической конференции» (Москва 16 октября 2020). – Москва: Издательский Дом «Третьяковъ», 2020. С. 285–289.

⁴ Сафонова Д. В. Цифровое совершенствование обеспечения безопасности дорожного движения // Общественная безопасность в сфере дорожного движения: профессиональная подготовка и организационно-правовые инструментари: материалы межведомственной научно-практической конференции (Санкт-Петербург, 26–27 февраля 2020 года) / под ред. А. С. Квитчука, И. С. Лаврентьевой; сост. И. С. Лаврентьева. – СПб. : Санкт-Петербургский университет МВД России, 2020. С. 458–463

⁵ Сафонова Д. В. Цифровые технологии в обеспечении безопасности дорожного движения // Право. Общество. Государство : сборник научных трудов студентов и аспирантов. Т. 11. СПб. : Санкт-Петербургский институт (филиал) ВГУЮ (РПА Минюста России), 2020. С. 41–45.

⁶ Кукушка И. А. Искусственный интеллект в противодействии преступлений: перспективы развития / М. П. Тишаков, Д. В. Сафонова // Актуальные проблемы экономики и права : сборник научных статей по материалам Международной научно-практической конференции (Ростов н/Д, 20 апреля 2020): в II частях, Ч. II / под общ. ред. Б. М. Магомедова. – Ростов н/Д : Ростовский институт (филиал) ВГУЮ (РПА Минюста России), 2020 – С. 20–24.

⁷ Кукушка И. А. Использование технологий искусственного интеллекта в государственном строительстве // (к 370-летию со времени принятия Соборного уложения 1649 года) : сборник трудов XVI Всероссийских декабрьских юридических чтений в Костроме (12–13 декабря 2019 года, г. Кострома) в 2 т. Т. 2., Кострома, 2020. С. 66–70.

⁸ Кукушка И. А. Искусственный интеллект в управлении государством в XXI веке // Государствоведение в XXI в.: проблемы и перспективы развития юбилейные научные чтения (к 75-летию профессора В. Я. Любашица) : сборник научных статей студентов, магистрантов, аспирантов, преподавателей. (Ростов н/Д, 17 март 2020). – Ростов н/Д. С. 2020 – С. 220–226.

⁹ Ежегодный отчет Правительства в Государственной Думе. URL: <http://government.ru/news/40074/> (дата обращения: 12.02.2021).

¹⁰ Мишустин: цифровизация госуправления поможет РФ войти в число лидеров мировой экономики. URL: <https://tass.ru/ekonomika/9023025> (дата обращения: 12.02.2021).

¹¹ Национальные проекты России. URL: https://xn--80aarpemcchfmo7a3c9ehj.xn--p1ai/?utm_source=Yandex_Search&utm_medium=CPC&utm_campaign=56246390&utm_term=%D0%BD%D0%B0%D1%86%D0%B8%D0%BE%D0%BD%D0%B0%D0%BB%D1%8C%D0%BD%D1%8B%D0%B9%20%D0%BF%D1%80%D0%BE%D0%B5%D0%BA%D1%82&utm_content=main&yclid=536171113215451686 (дата обращения: 12.02.2021).

экономика»¹, одно из ключевых направлений которой – внедрение цифровых технологий в сферы государственного управления и оказания государственных услуг, «Цифровое государственное управление»². Считаем, что имеющиеся программы развития Российской Федерации способствуют не только сиюминутному совершенствованию сфер жизнедеятельности человека, но и закладывают прочный фундамент для последующей качественной цифровой трансформации государства в будущем, позволяют эффективно бороться с существующими и перспективными угрозами.

В настоящее время все более интенсивно осуществляется цифровое развитие государственного управления и государственных органов в Российской Федерации, что связано с интересом и вниманием государственных деятелей к данной сфере – появлением решений о повышении эффективности мер по использованию цифровых технологий в деятельности государственных органов. Отметим, что основные ключевые пункты постановления Правительства России от 10 октября 2020 года³ отражают всю значимость глубинного преобразования. Выстраивая концепцию эффективного совершенствования деятельности государственных органов с помощью информационно-коммуникационных технологий, впервые формулирует давно вошедшее в обиход, но не имеющее, до того момента, юридического закрепления, понятие «цифровая трансформация». Это, на наш взгляд, говорит о прочном намерении деятелей государственной власти преобразовать государственное управление в целом, трансформировать и вывести на качественно новый уровень по отношению к тем же институтам передовых государств мира.

В начале 2018 года на территории России было зарегистрировано 2777 МФЦ и 10558 небольших офисов в малонаселенных пунктах⁴, что достаточно мало для территории Российской Федерации. Однако развитие центров с 2020 года значительно ускорено, так на данный момент введена концепция совершенствования предоставления услуг посредством МФЦ на 2020–2024 годы⁵. По мнению футурологов стремительное развитие Российской Федерации открывает новую реальность для граждан, исходя из которой, в дальнейшем, нам придется адаптироваться к общению с робототехникой и разработками цифровых технологий, что в большинстве своём имеет массу положительных аспектов⁶. Расширен и перечень государственных услуг, оказываемых Многофункциональными центрами⁷, что таким образом, не просто трансформирует деятельность самих центров, но и преобразует их полностью, превращая в smart-центры⁸. Все вышеперечисленные преобразования в совокупность являются мощнейшим шагом в развитии государственного управления и в цифровизации государственных органов на территории Российской Федерации.

Считаем, что для глубинного и качественного преобразования, дальнейшей цифровизации не только государственных органов, но и сфер смежных с ними, необходимо прежде всего сконцентрировать внимание на сохранении высокого базового уровня цифровых знаний должностных лиц и иных представителей государственного управления в Российской Федерации. В связи с чем видим необходимость:

¹ Цифровая экономика. URL: <https://xn--80aapampemcchfmo7a3c9ehj.xn--p1ai/projects/tsifrovaya-ekonomika> (дата обращения: 12.02.2021).

² Цифровое государственное управление. URL: <https://digital.gov.ru/ru/activity/directions/882/> (дата обращения: 12.02.2021).

³ О мерах по обеспечению эффективности мероприятий по использованию информационно-коммуникационных технологий в деятельности федеральных органов исполнительной власти и органов управления государственными внебюджетными фондами: Постановление Правительства Российской Федерации от 10.10.2020 № 1646 // Собрание законодательства Российской Федерации от 2020 г., № 42, ст. 6612 (ч. III).

⁴ Государственные и муниципальные услуги: некоторые важные факты и показатели за 6 лет. URL: <http://government.ru/info/32187/> (дата обращения: 12.02.2021).

⁵ Концепция совершенствования предоставления государственных и муниципальных услуг и развития системы многофункциональных центров предоставления государственных и муниципальных услуг (2020 – 2024 годы) URL: <https://mfc13.ru/upload/iblock/ab4/ab4b2238878ffa88c25da60319fab531.pdf> (дата обращения: 12.02.2020).

⁶ К 2024 Россиян перестанут принимать в госорганах: справятся ли МФЦ и Госуслуги?. URL: <https://bankstoday.net/last-articles/k-2024-rossiyan-perestanut-prinimat-v-gosorganah-spravyatsya-li-mfts-i-gosuslugi#i-5> (дата обращения: 12.02.2021).

⁷ МФЦ смогут оказывать большее количество услуг: перечень. URL: <https://buhguru.com/news/mfzc-smogut-okazyvat-bolshee-kolichestvo-uslug-perechen-2020-2021.html> (дата обращения: 12.02.2021).

⁸ Ваш крик услышат. URL: <https://rg.ru/2020/09/13/kak-izmeniatsia-centry-gosuslug.html> (дата обращения: 12.02.2021).

- повышения цифровой культуры должностных лиц;
- качественной переквалификации сотрудников органов государственной власти, а также их перепрофилировании в соответствии с актуализацией работы спектра государственного управления в рамках использования достижений цифровых технологий;
- адаптации мировоззрения и сознания сотрудников к цифровому пространству, психологической подготовке к постоянной и повсеместной работе в цифровой реальности.
- В свою очередь, считаем необходимым не только трансформировать современного представителя государственных органов, но и изменить условия, в которых приходится осуществлять свою деятельность специалистам. В связи с чем считаем необходимым:
 - учредить единую понятную и структурированную систему сайтов министерств, ведомств, государственных организаций, с целью облегчить деятельность сотрудников государственных органов и обеспечить доступность к информации для граждан различных возрастных категорий;
 - ввести обязательную для изучения и ознакомления программу обучения, содержащую в себе базу для оперирования и интеграции всех граждан в обществе в цифровое пространство;
 - увеличить количество консультантов, операторов, помогающих адаптироваться в цифровое пространство граждан не имеющих первичных навыков общения с достижениями искусственного интеллекта и цифровизации.

Считаем, что цифровая трансформация государственного управления и государственных органов необходима Российской Федерации, ведь это не только структурирует взаимоотношения в российском обществе, но качественно преобразует жизнь граждан, упростит взаимодействие по линии «государства-гражданин» в обоих направлениях. Необходимо основательно подойти к интеграции цифровых технологий в деятельность государственных органов, с целью их преобразования без значительных потерь и утраты их социальной роли.

Трофимов Ф. И.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Правовые аспекты деятельности информационного брокера

Информация, являясь ценнейшим фактором производства, уже давно стала объектом отношений купли-продажи. Первые информационные брокеры стали появляться ещё в конце XIX века. Так, в 1899 году в американском штате Джорджия была создана частная компания «Бюро кредитной истории», специализирующаяся на сборе, обработке и продаже информации с целью её дальнейшего использования, что и характеризует деятельность информационного брокера. Уже тогда стали подниматься вопросы, связанные с деятельностью подобных организаций и защитой персональных данных. А со временем способов получения и использования информации, самих информационных массивов становилось всё больше.

«Big data» – понятие, которое всё чаще можно слышать в условиях стремительной общественной цифровизации. Оно представляет собой большие объёмы информации, отличающиеся разнообразием источников и видов данных, которые возможно оперативно и эффективно сформировать / обработать. Причём рост объёма данных происходит экспоненциально – за счёт развития интернет-сервисов, интернет-платформ и технологий облачного хранения только за последние несколько лет было получено более 90 % всей имеющейся на сегодня информации¹. Эти данные обретают экономическую ценность в результате их структурирования.

Зачастую информационные брокеры при структурировании информации аккумулируют данные о возрасте, расе, поле, росте, весе, различных заболеваниях, семейном положении, идеологии, роде деятельности, семейном доходе, собственности, привычках, предпочтениях в отношении продуктов потребления. В научной литературе выделяются следующие источники сбора информации: данные от использования интернет-приложений, интернет-сервисов, интернет-платформ; данные, полученные при оказании финансовых услуг; геолокационные, медицинские и фискальные

¹ Цифровое право : учебник (под общ. ред. В. В. Блажеева, М. А. Егоровой). // «Проспект», Москва. 2020 г. с.120. С. 102.

данные; данные из публичных систем, от торговли на фондовой бирже; данные научных исследований и разработок¹. Перечень, разумеется, не является исчерпывающим. Обработанную и структурированную информацию информационный брокер продаёт другим заинтересованным лицам, в том числе и физическим, а также органам государственной власти. Полученные через посредника в лице информационного брокера данные используются при аналитике, осуществив которую субъект получает возможность принять наиболее соответствующее конъюнктуре эффективное решение. На практике структурированные данные чаще всего используются компаниями в целях таргетинга и маркетинга, что обуславливает также наличие некоторых выгод у потребителя, которому в результате предлагается наиболее отвечающий его запросам товар или услуга. Стоит, однако, учитывать, что для потребителя в этом вопросе существуют как положительные, так и отрицательные стороны. Так, результаты аналитики нередко используются при слежке, шантаже, могут вести к отказу при приёме на работу, в выдаче кредита, а некоторых людей и вовсе раздражает спам и контекстная реклама, вызывающая определённые неудобства.

Имеющие ценность данные, собираемые и обрабатываемые информационным брокером, являются персональными. При анализе ФЗ «О персональных данных» прослеживается попытка законодателя при возможных правовых спорах вставать на сторону потребителя, существенно ограничивая возможность распространения и предоставления его данных. Зачастую информационные брокеры при сборе информации используют общедоступные данные, которые предназначены неопределённому кругу лиц. Потому следует обратить внимание на случаи допущения именно распространения данных пользователя. Согласно ФЗ «О персональных данных», обработка персональных данных возможна лишь при согласии субъекта персональных данных, для определённых в согласии целей и на определённый период времени (как правило, на период достижения поставленных целей). Кроме того, с 1 марта 2021 года в законную силу вступают нормы, наделяющие Роскомнадзор полномочиями устанавливать требования к содержанию согласия на обработку персональных данных, разрешенных субъектом персональных данных для распространения. Согласие на обработку таких данных с 1 марта должно быть оформлено отдельно от иных согласий субъекта персональных данных. Оператор будет обязан обеспечить субъекту персональных данных возможность определить перечень персональных данных по каждой категории персональных данных, указанной в согласии на распространение. Молчание или бездействие гражданина ни при каких обстоятельствах не будут считаться согласием. Ужесточение требований может существенно ограничить возможности получения данных информационными брокерами, ведь ранее операторам для получения права распространения персональных данных было достаточно, к примеру, включить в соглашение положение, что согласие дается на любые не запрещенные законом действия с персональными данными, включая их распространение. С 1 марта передача персональных данных, разрешенных субъектом персональных данных для распространения, а значит, и их обработка информационным брокером должна быть прекращена в любое время по требованию субъекта персональных данных. Стоит обратить внимание и на то, что каждый оператор, в том числе и информационный брокер, будет обязан самостоятельно доказывать законность обработки персональных данных из открытых источников. В то же время ФЗ «О персональных данных» не устанавливает основания обработки персональных данных, содержащихся в публичных реестрах. Руководствуясь ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», можно предположить, что персональные данные, содержащиеся в публично доступных разделах реестров, являются общедоступной информацией, которая может быть обработана информационным брокером.

Деятельность по технической защите конфиденциальной информации, то есть не являющейся общедоступной, подлежит лицензированию².

¹ Цифровое право : учебник (под общ. ред. В. В. Блажеева, М. А. Егоровой) // Проспект, Москва. 2020. с.122-123. С. 98.

² Постановление Правительства РФ от 03.02.2012 № 79 (ред. от 30.11.2020) «О лицензировании деятельности по технической защите конфиденциальной информации (вместе с «Положением о лицензировании деятельности по технической защите конфиденциальной информации»)».

Законом также установлена обязанность информационного брокера осуществлять обработку, извлечение персональных данных граждан с использованием баз данных, находящихся исключительно на территории Российской Федерации¹.

В цивилистике по-прежнему ведётся дискуссия о правовом статусе информации в гражданском обороте. К счастью, «Big data» как объект отношений купли-продажи этот дискурс не затрагивает в связи с тем, что экономическую ценность большие данные обретают лишь в результате обработки и структурирования. Это позволяет распространять на них правовой режим баз данных, исключительные права на которые защищены. Ввиду отсутствия при такой обработке данных творческого вклада, исключительное право на базу данных за информационным брокером признаётся как за изготовителем, но лишь при наличии существенных затрат. Существование таких затрат, по закону, предполагается при изготовлении базы данных, содержащей не менее 10 тыс. самостоятельных информационных элементов². В течение срока действия исключительного права на базу данных, то есть в течение 15 лет, правообладатель может осуществить её государственную регистрацию. Среди договоров, которые может заключать информационный брокер, можно выделить договор об отчуждении исключительного права на базу данных и лицензионный договор о предоставлении права использования объекта смежных прав. На практике же, как пишет В.А. Ларионова, проведшая в 2017 году полноценный анализ деятельности информационных брокеров, договоры о такой передаче персональных данных обычно именуется лицензионными.

Следует понимать, что вышеизложенные тезисы вовсе не абстрактны. Возникает множество правовых споров. 12 февраля 2021 года, к примеру, разрешилось резонансное дело ООО «ВКонтакте» против ООО «ДАБЛ» по сбору информации из открытых профилей социальных сетей. Рынок развивается. Так, годовая прибыль компании Equifax, с истории создания которой был начат доклад и которую по-прежнему можно смело называть информационным брокером, исчисляется в миллиардах долларов. В наши дни анализ поначалу хаотичных, но впоследствии структурированных информационными брокерами больших данных открывает перед компаниями масштабные возможности экономического развития за счёт принятия наиболее эффективных решений – за это они и готовы платить информационным брокерам. Однако обрабатываемая информация нередко может нарушать конституционные права человека. Перед законодателем стоит непростая задача – ему необходимо найти и обеспечить оптимальный баланс между правами граждан и правами информационных брокеров.

Туманова П. А.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Право третьих лиц на открытые персональные данные пользователей социальных сетей: решения по делу ВКонтакте v. Double data

Проблема сбора данных является актуальной на международном и национальном уровне. Однако, несмотря на существующее законодательство GDPR, в Российской Федерации возникают неоднократные прецеденты. Основным прецедентом является незаконный сбор и обработка персональных данных.

Предметом регулирования Федерального закона «О персональных данных»³ являются отношения, связанные с обработкой персональных данных, осуществляемой различными субъектами с использованием средств автоматизации, в том числе в информационно-телекоммуникационных сетях, или без использования таких средств, если обработка персональных данных без использования таких средств соответствует характеру действий (операций), совершаемых с

¹ Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных» // Собрание законодательства Российской Федерации от 31 июля 2006 г. № 31 (ч. I) ст. 3451.

² Гражданский кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации от 25 декабря 2006 г. № 52 (ч. I) ст. 5496.

³ Федеральный закон от 27.07.2006 № 152-ФЗ (ред. от 30.12.2020) «О персональных данных» // Собрание законодательства Российской Федерации от 31 июля 2006 г. № 31 (ч. I) ст. 3451.

персональными данными с использованием средств автоматизации, то есть позволяет осуществлять в соответствии с заданным алгоритмом поиск персональных данных, зафиксированных на материальном носителе и содержащихся в картотеках или иных систематизированных собраниях персональных данных, и (или) доступ к таким персональным данным.

Целью данного Федерального закона является обеспечение защиты прав и свобод человека и гражданина при обработке его персональных данных, в том числе защиты прав на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну.

Как видно из анализа федерального закона, нормы являются неоправданно широкими, а цели глобальными. В этой связи возникают вопросы в судебной практике. Один из таких вопросов хотелось бы осветить.

В частности, кейс о разрешении резиденту Скоково сбор данных пользователей «ВКонтакте». Из информации в иске и решении Арбитражного суда города Москвы (Решение № А40-18827/2017 от 12.10.2017¹) следует, что общество с ограниченной ответственностью «ВКонтакте» обратилось с иском к обществу с ограниченной ответственностью «Дабл» о нарушении их исключительных прав как изготовителя Базы данных пользователей Социальной сети «ВКонтакте» и просит прекратить извлечение информационных материалов, уничтожить со всех носителей информационные элементы, ранее извлеченные из Базы данных пользователей.

Ответчик иск не признал. И судом в удовлетворении иска было отказано по следующим основаниям:

Во-первых, Истцом не доказан факт создания базы данных, соответствующей признакам, установленным статьей 1260 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Во-вторых, в соответствии с пунктом 5.12. Правил пользования Сайтом «ВКонтакте», Истец не принимает участия в формировании содержания персональной страницы Пользователя, то есть пользователи сами публикуют на Сайте информацию о себе. Согласно пункту 5.11. Правил пользования Сайтом Пользователь Сайта получает право самостоятельно определять содержание собственной персональной страницы и условия доступа к ее содержанию, то есть уровень конфиденциальности. Согласно подпункту (а) пункта 6.3.2. Правилами защиты информации о пользователях Сайта одним из таких уровней конфиденциальности предусмотрено, что информация о пользователе «доступна всем пользователям сети Интернет и индексируется поисковыми системами».

В-третьих, Истцом не представлено доказательств, подтверждающих извлечение Ответчиками каких-либо материалов из базы данных Истца.

Не согласившись с принятым решением, Общество с ограниченной ответственностью «ВКонтакте» подало апелляционную жалобу. Так Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда иск «ВКонтакте» был удовлетворен частично. Своим постановлением суд обязал «Дабл» прекратить нарушение исключительных прав общества с ограниченной ответственностью «ВКонтакте», прекратить извлечение информационных материалов из Базы данных пользователей «ВКонтакте», прекратить неоднократное использование информационных материалов из Базы данных «ВКонтакте». Однако в части удаления информации суд требование не удовлетворил, так как оно не отвечает принципу исполнимости, в связи с тем, что истцом не были предоставлены доказательства того, на каких информационных носителях находятся информационные элементы.

Не согласившись с постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда, общество «ВКонтакте» и общество «Дабл» обратились в Суд по интеллектуальным правам с кассационными жалобами. На основании приведенных доказательств, судебная коллегия пришла к выводу, что в постановлении суда апелляционной инстанции приведены выводы, сделанные при неполном исследовании фактических обстоятельств дела, а также не приведены результаты оценки имеющих значение для дела доводов общества «ВКонтакте» и общества «Дабл», изложенных ими в процессуальных документах и относящихся к существу спора. Таким образом, Суд по интеллектуальным правам отменил решение Девятого арбитражного апелляционного суда и оправил дело на новое рассмотрение.

¹ Решение Арбитражного суда города Москвы 12.10.2017 № А40-18827/17-110-180 // URL-адрес: URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/1f33e071-4a16-4bf9-ab17-4df80f6c1556> (дата обращения: 10.03.2021).

Исходя из анализа данных решений, нам представляется любопытным анализ локальных документов о защите персональных данных. Таковыми являются Пользовательское соглашение¹ и Политика конфиденциальности².

Особенно следует отметить п. 5.8, согласно которому Администрация принимает все необходимые меры для защиты пользовательской информации, в том числе ее обработки. Однако пользовательское соглашение ничуть не запрещает третьим лицам использовать собранную информацию. А в п. 8 Политики конфиденциальности указано, что Администрация Сайта не несет ответственности за действия третьих лиц, получивших информацию в соответствии с выбранным Пользователем уровнем конфиденциальности, за последствия использования информации, которая, в силу природы Сайта, доступна любому пользователю сети Интернет.

В соответствии с вышеизложенным анализом кейса можно сделать следующие выводы:

1. Само по себе отправление решения на новое рассмотрение заслуживает внимания с той точки зрения, что ситуация неоднородна. Это объясняется сложностью темы и отсутствием конкретной постановки задач (в том числе перед государственными органами в части регулирования защиты персональных данных).

2. Внимательное изучение пользовательских соглашений и вопросов саморегулирования позволит разрешить некоторые вопросы законотворческой деятельности. В том числе согласия лица на обработку персональных данных. Однако следует различать вопросы целей и видов искомой информации. Финансовая информация платформами защищается более эффективно и охраняется зарубежным законодательством более подробно, в том числе на уровне саморегулирования. Возможно, стоит рассмотреть этот вопрос более внимательно с точки зрения регулирования инициатив на уровне Международного Банка реконструкции и развития и Международного союза электросвязи.

С позиции национального права для фрагментарной оценки данного кейса нужно изучение не только федерального законодательства, документов в сфере саморегулирования цифровых компаний и цифровых платформ, но и международных актов.

¹ Правила пользования Сайтом ВКонтакте // URL-адрес: URL: <https://vk.com/terms> (дата обращения: 10.03.2021).

² Правила защиты информации о пользователях сайта VK.com // URL-адрес: URL: <https://vk.com/privacy> (дата обращения: 10.03.2021).

ПОДСЕКЦИЯ «КОНКУРЕНТНОЕ ПРАВО»

Гринько Н. Р.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
магистрант*

Ограничение конкуренции при осуществлении закупок медицинских изделий для обеспечения государственных и муниципальных нужд

В современных условиях существования и развития рыночной экономики государство заинтересованно в создании правовых механизмов, обеспечивающих нормальное функционирование экономической системы. Одним из таких механизмов является система защиты и поддержки конкуренции. Федеральный закон «О защите конкуренции» от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ (далее – Закон о защите конкуренции)¹ содержит в себе основной массив правовых норм, направленных на создание и поддержание конкурентных условий в различных областях рыночных отношений. Безусловно, особую актуальность в процессе защиты конкуренции приобретают экономические отношения, направленные на удовлетворение государственных нужд и интересов. Правовая регламентация контрактной системы в сфере закупок, осуществляется Федеральным законом «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ (далее – Закон о контрактной системе)².

Названные законодательные акты являются системообразующими в сфере обеспечения конкуренции и функционирования контрактной системы, они содержат ряд взаимосвязанных и взаимодополняющих норм, которые будут рассмотрены в данной работе.

В рамках контрактной системы обеспечивается материальная база необходимая для нормального функционирования государственных органов и различных учреждений. Одной из наиболее специфичных сфер, в которой осуществляются закупки согласно положениям Закона о контрактной системе, является сфера закупок лекарственных средств и медицинских изделий, активно используемых в деятельности медицинских учреждений.

Электронный аукцион является самой востребованной формой проведения закупочных процедур, в связи с этим основной анализ положений законодательства и правоприменительной практики будет производиться через призму данного способа закупки. При наличии специфики в данной области закупок сохраняют свою императивность и общие требования закона, предъявляемые к принципам функционирования контрактной системы, к аукционной документации и порядку рассмотрения заявок участников закупки.

Статья 17 Закона о защите конкуренции содержит в себе антимонопольные требования к торгам. В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются, в том числе принципом отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки. Частью 2 статьи 8 Закона о контрактной системе предусмотрено, что конкуренция при осуществлении закупок должна быть основана на соблюдении принципа добросовестной ценовой и неценовой конкуренции между участниками закупок.

Исходя из положений Федерального закона о контрактной системе, описание товара должно наиболее полно отражать потребность заказчика и являться обоснованным и при этом не допускать требований, влекущих ограничение

¹ Федеральный закон «О защите конкуренции» от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации от 31.07.2006 № 31 (ч. I) ст. 3434.

² Федеральный закон «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» от 5 апреля 2013 № 44-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2013. № 14. Ст. 1652 ; 2018. № 1 (ч. 1). Ст. 90.

числа участников закупки. Основные нормы направленные на недопустимость ограничения конкуренции также содержатся в положениях статей 33 и 64 Закона о контрактной системе.

Стоит отметить, что в сфере закупок различных медицинских изделий для обеспечения государственных и муниципальных нужд довольно часто встречаются случаи составления аукционной документации под единственного производителя медицинского изделия, и в таких случаях государственные заказчики не всегда могут аргументированно обосновать потребность поставки товара конкретного производителя. Чаще всего, подобные требования, имеющие признаки ограничения конкуренции, содержатся в техническом задании, где указывается специфическая совокупность технических параметров, которые могут свидетельствовать о возможности поставки товара лишь единственного производителя¹.

Условия, ограничивающие конкуренцию, в тексте аукционной документации могут выражаться с помощью определенных ценовых ограничений на единицу товара при расчете нормальной (максимальной) цены контракта², а также в иных условиях проекта контракта, к примеру, установление минимального срока на поставку товара, в таких случаях потенциальным участником аукциона может стать лишь коммерсант, имеющий необходимое количество медицинских изделий на складе и готовый поставить их в минимально короткий срок³.

Законом о контрактной системе предусмотрены способы защиты прав и законных интересов участников закупки, в случае выявления нарушений закона или злоупотреблений со стороны заказчика, подобные механизмы регламентируются статьями 99, 102 и 105 Закона. Наиболее действенной мерой защиты прав участников аукциона является подача жалобы на положения аукционной документации, на действия аукционной комиссии заказчика или жалоба на положения проекта контракта, заключаемого по итогам аукциона⁴. Особое внимание при обжаловании нарушений необходимо обратить на процесс доказывания изложенной позиции на заседании комиссии УФАС или в суде.

При обжаловании положений аукционной документации, составленной с учетом ограничения под товар единственного производителя, стоит обратить внимание на следующие виды доказательств: регистрационные удостоверения медицинских изделий, размещаемые на сайте Росздравнадзора⁵; официальные каталоги продукции производителей, размещаемые на официальных сайтах⁶; официальные письма производителей изделий, подтверждающие технические характеристики товара⁷; сравнительные таблицы медицинских изделий по спорным характеристикам. Названный перечень доказательств сформирован в результате анализа антимонопольной и судебной практики рассмотрения аналогичных жалоб.

При рассмотрении названного вопроса необходимо обратить внимание на правоприменительную практику, сформировавшуюся в данной категории споров.

Обзором судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, утвержденным Президиумом Верховного Суда РФ 28.06.2017, разъяснено, что из буквального толкования п. 1, п. 2 ч. 1 ст. 33 Закона № 44-ФЗ следует, что заказчики, осуществляющие закупку по правилам данного закона, при описании объекта закупки

¹ См.: Решение УФАС по г. Москве от 02.07.2020 № 0770657-107092020 // URL: <https://zakupki.gov.ru/epz/complaint/card/documents.html?id=2043552> (дата обращения: 25.02.2021).

² Борисова Е. Р. Контрактная система государственных закупок как инструмент развития российской экономики / Е. Р. Борисова // Вестник Российского университета кооперации. 2016. № 1 (23). С. 21–24.

³ Каранатова. Л. Г. Государственные закупки и принципы их осуществления / Л. Г. Каранатова // Рос. предпринимательство. 2015. № 2. С. 26–33.

⁴ Истомина Е. А. Проблемы развития федеральной контрактной системы России / Е. А. Истомина // Вестник Челябинского государственного университета. 2015. № 18 (373). С. 46–52.

⁵ См.: Решение УФАС по г. Санкт-Петербург от 19.11.2020 по делу № 44-6033-20 // URL: <https://zakupki.gov.ru/epz/complaint/card/documents.html?id=2064668> (дата обращения: 25.02.2021).

⁶ См.: Решение Арбитражного суда Пензенской области от 25.12.2020 по делу № А49-9539/2020 // URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/6d4cc6af-b1ee-40ee-9e7b-9d4ee5f6b5f5> (дата обращения: 25.02.2021).

⁷ См.: Решение УФАС по Белгородской области от 05.10.2020 по делу № 031/06/64-774/2020 // URL: <https://zakupki.gov.ru/epz/complaint/card/documents.html?id=2051963> (дата обращения: 25.02.2021).

должны таким образом определить требования к закупаемым товарам, работам, услугам, чтобы, с одной стороны, повысить шансы на приобретение товара именно с теми характеристиками, которые им необходимы, соответствуют их потребностям, а с другой стороны, необоснованно не ограничить количество участников закупки. При этом указание особых характеристик товара допускается, если на рынке есть несколько производителей соответствующего товара (п. 1 Обзора).

Включение заказчиком в аукционную документацию требований к закупаемому товару, которые свидетельствуют о его конкретном производителе, в отсутствие специфики использования такого товара, является нарушением положений статьи 33 Закона о контрактной системе (п. 2 Обзора).

Исходя из позиции ВС РФ, при обжаловании подобных действий заказчика, необходимо доказать факт установления требований к закупаемому товару, производство которого осуществляет единственный производитель и факт отсутствия специфики использования товара, дополнительные характеристики которого установлены с целью закупки товара единственного производителя¹.

При изучении и анализе существующей практики толкования и применения судами и территориальными управлениями антимонопольного органа положений Закона о контрактной системе, направленных на защиту конкуренции при осуществлении закупок, можно заметить, что она может существенно отличаться в зависимости от субъекта Российской Федерации, в котором рассматривается данная жалоба или судебный спор по оспариванию решения УФАС. Как свидетельствует практический опыт, единообразная правоприменительная практика сформировалась в Москве и Московской области, Калининградской области, в Петербурге и Ленинградской области и некоторых других регионах.

В результате, можно сделать вывод о неполноте существующего правового регулирования в области защиты конкуренции при проведении закупочной деятельности, а также о существовании потребности в формировании более разработанной и обобщенной судебной практики на уровне высшей судебной инстанции или федеральной антимонопольной службы, что во многом бы способствовало унификации правоприменительной практики. Установление в рамках Закона о контрактной системе норм, детализирующих видовые группы способов ограничения конкуренции при осуществлении закупок и перечень универсальных идентификаторов, направленных на их выявление, позволило бы правоприменителю и иным участникам контрактной системе более эффективно противодействовать подобным нарушениям.

Гиргель Е. А.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Скрытая реклама и product placement: проблемы правового регулирования и правоприменения

Появление на рынке большого количества хозяйствующих субъектов приводит к тому, что обратить внимание именно на свой продукт становится все сложнее, конкурентная борьба компаний с каждым годом усиливается. Именно это является катализатором активного развития рекламной индустрии: эффективность каналов продвижения может сменяться несколько раз в год, появляются новые формы рекламы, происходит качественное изменение старых.

Несомненно, такое стремительное развитие рынка рекламы и его значение для экономики не может остаться без внимания ее регулятора – государства. Это важно из-за большого влияния рынка рекламы, как на состояние конкуренции, так и на непосредственного получателя рекламы – конечного потребителя.

Отправной точкой государственного регулирования рынка рекламы стало принятие Федерального закона от 18.07.1995 № 108-ФЗ «О рекламе», а затем Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», действующего и по настоящее время.

¹ «Обзор судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 28.06.2017) // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_218867/ (дата обращения: 22.02.2021).

Регламентация скрытой рекламы впервые нашла свое отражение в Федеральном законе «О рекламе» 1995 года. С принятием нового закона регламентация не была подвергнута изменению.

В указанных нормативных правовых актах в качестве основного признака скрытой рекламы указывается не осознаваемое потребителями рекламы воздействие на их сознание¹. Важно отметить, что перечень возможных способов воздействия на сознание потребителей не является исчерпывающим: воздействие на сознание потребителей может оказываться путем использования специальных видеовставок (двойной звукозаписи) и иными способами.

По нашему мнению, использование открытого перечня при регулировании данного вопроса не совсем оправданно. Это связано с тем, что технико-юридические возможности возбуждения административного или судебного производства по факту применения скрытой рекламы расширяются. В некоторых случаях это может привести к несправедливому привлечению представителей бизнеса к ответственности.

К примеру, в деле «УДМУРТРЫБЫ»² скрытой рекламой УФАС признал изображение в телепередаче продукции с ценниками и отчетливым изображением товарного знака «УДМУРТРЫБА», изображение товарного знака «УДМУРТРЫБА» на специальной одежде сотрудников, отдельные кадры с изображением дизайна упаковки товара, производимого под указанным товарным знаком. Антимонопольный орган указал, что данным роликом компания привлекает внимание к товарному знаку «УДМУРТРЫБА» и продукции, реализуемой под данным товарным знаком, формирует или поддерживает интерес к ним, а демонстрация товарного знака в телепередаче направлена на продвижение их на рынке.

Мы не можем согласиться с выводом Удмуртского УФАС, поскольку в ролике отсутствует ключевой квалифицирующий признак скрытой рекламы – ее воздействие на сознание потребителя помимо его воли при помощи специальных технических средств. Проанализировав решение, мы можем отметить, что между хладокомбинатом и телеканалом был заключен договор, в соответствии с условиями которого телеканал снял сюжет и показал его в эфире. Условий об использовании в данном ролике специальных технических средств не усматривается.

Несомненно, технический прогресс в данной области развивается с большой скоростью, и предугадать направление этого развития практически невозможно. Однако стабильность правопорядка требует большей определенности в рекламном законодательстве. Более того, ясное регулирование рекламы позволит производителям рекламы внедрять новые инструменты, не нарушая права рекламопотребителей и не опасаясь потенциального наказания.

В настоящее время далеко не каждый правоприменитель способен идентифицировать скрытую рекламу из-за отсутствия понимания того, что из себя представляют видеовставки, двойная звукозапись и так называемые «иные» способы воздействия.

Нам бы хотелось обратить внимание на положение п. 9 ст. 2 «Сфера применения настоящего Федерального закона» ФЗ «О рекламе». В данном пункте закреплено нераспространение данного закона на упоминания о товаре, средствах его индивидуализации, об изготовителе или о продавце товара, которые органично интегрированы в произведения науки, литературы или искусства и сами по себе не являются сведениями рекламного характера.

Это создает значительные проблемы для правоприменения, поскольку грань между скрытой рекламой и органичной интеграцией мы находим достаточно тонкой. Это связано с тем, что даже при условии грамотной интеграции в «ткань» произведения науки, литературы или искусства информация может оказать воздействие на потребителя, которое от не может осознавать и, соответственно, контролировать, как и в случае со скрытой рекламой. Также достаточно сложно определить обладают ли интегрированные сведения рекламным характером.

Так, по мнению ФАС России, органично интегрированной можно признать такую информацию о каком-либо товаре, которая является составной частью общего сюжета произведения или отдельной его части и выступает в качестве дополнительной характеристики героя или созданной ситуации. Важными признаются следующие критерии:

- внимание зрителя не концентрируется на демонстрируемых товарах, его характеристиках и достоинствах;
- товары не нарушают сюжет произведения;
- товары не могут быть изъяты из него без ущерба для целостного восприятия произведения.

¹ Федеральный закон от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» // СПС «КонсультантПлюс»

² Решение Комиссии Удмуртского УФАС России от 25.04.2016 по делу № ТГ04-03/2015-242Р // СПС «КонсультантПлюс»

Как правило, органично интегрированными признаются товары, которые используются героями в обоснованной для этого ситуации: к примеру, распитие алкоголя в баре или ресторане. Так, органичной интеграцией является размещения коньяка Martell в телесериале «Бригада» и продукция компании «Русский стандарт» в фильме Тимура Бекмамбетова «Ирония судьбы. Продолжение».

Однако нередки случаи неорганичной интеграции упоминания о товаре в произведении. Обратимся к правоприменительной практике по данному вопросу. В одном из эпизодов популярного фильма «Вий» был показан дорожный столб с указателями «Москва», «Лондон» и «Хортица». Антимонопольным органом было отмечено, что последнее наименование было стилизовано под наименование одноименной водки. Несмотря на доводы ответчика о том, что указатель в фильме действительно обозначает направление к острову, расположенному на Днестре, ФАС России усмотрел нарушение запрета на рекламу алкогольной продукции. Свой вывод антимонопольный орган обосновал тем, что остров Хортица не демонстрировался в сюжете фильма, а упоминание его на дорожном столбе не используется для характеристики местоположения. Более того, стилизованная буква «Х», индивидуализирующая водку, явно вызвала у зрителя ассоциацию с водкой упомянутого бренда¹.

Еще одно явление, которое нам бы хотелось осветить в рамках данной статьи – технология непрямого рекламы, получившая название product placement (англ. – размещение продукта). Данный подход к продвижению товаров и услуг получил широкое распространение из-за неэффективности привычных каналов прямой рекламы: радио, телевидение, газеты и прочее.

О.П. Березкина определяет product placement как размещение определенного товара, торговой марки или услуги в кино, теле- и радиопередачах, в газетах и журналах, в Интернете, компьютерных играх, в мультфильмах, литературе, поэзии, в песнях и музыкальных клипах, в комиксах и т.п.².

Данная технология рекламы зародилась и получила наибольшее распространение в Соединенных Штатах Америки. Это связано с тем, что киноиндустрия США – самая большая на планете: кинопроизводство поставлено на конвейер. Именно поэтому product placement не только разрешен, но и детально регламентирован: как на законодательном уровне, так и при помощи отдельных соглашений между участниками рынка.

В Европе ситуация иная: на данный момент в некоторых странах ЕС product placement разрешен, но в отношении него установлены определенные ограничения, такие как запрет на его использование в произведениях для детей, обязательное информирование зрителей о наличии рекламы в произведении, соблюдение запрета на рекламу отдельных видов товаров и т.д.

Многие авторы определяют product placement как синоним скрытой рекламы³ и предлагают снимать фильмы с проката по причине наличия в ней данного информационного явления. По нашему мнению, это не представляется разумным, более удачным является введение обязательного предупреждения о наличии в том или ином произведении скрытой рекламы или product placement. К примеру, видеохостинг Youtube в начале воспроизведения видео размещает предупреждение об этом.

Зайцев А. Д.

*Новосибирский национальный исследовательский государственный университет,
студент*

Проблемы ценового регулирования субъектов естественной монополии на воздушном транспорте

Необходимость развития транспортной инфраструктуры обусловлена особым социально-экономическим и стратегическим значением транспортной отрасли. Учитывая территориальные масштабы страны, а также тот факт, что

¹ Определение о возбуждении дела № 3-21-15/00-08-14 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 9 апреля 2014 года // СПС «КонсультантПлюс»

² Березкина О. П. Product placement. Технологии скрытой рекламы. СПб., 2009

³ Комментарий к Федеральному закону «О рекламе» (постатейный) (Спектор Е. И.) // URL: <https://www.lawmix.ru/commlaw/1085> (дата обращения: 01.03.2021).

для некоторых населённых пунктов, расположенных в труднодоступных регионах, воздушные перевозки являются единственным способом добраться до «большой земли», вопросы доступности авиаперевозок приобретают решающее значение.

В Транспортной стратегии РФ до 2030 г. среди стратегических приоритетов закрепляется проведение эффективной государственной тарифной политики, заключающейся в совершенствовании методов ценового регулирования, предусматривающее гармоничное сочетание механизмов конкурентного и позитивного формирования тарифов участников транспортного рынка¹. Отметим, что для реализации данной стратегии необходимо выявить проблемы ценового регулирования на воздушном транспорте.

Сложность ценового регулирования на воздушном транспорте обусловлена его особым субъектным составом, к которому относятся авиакомпании, аэропорты, филиалы Государственной корпорации по организации воздушного движения в РФ, а также топливно-заправочные предприятия и авиаремонтные организации, представляющие аэродромные службы². В соответствии с Постановлением Правительства РФ от 23.04.2008 № 293 основным методом государственного регулирования тарифов является метод экономически обоснованных затрат. Как отмечал бывший руководитель ФАС России И.Ю. Артемьев, установление транспортных тарифов на основе указанного метода в настоящее время не работает, так как антимонопольному органу не удаётся получить достоверную информацию о фактических затратах транспортных организаций по оказываемым ими услугам³. Так, ФАС России нередко выносит предупреждения авиакомпаниям с требованием повышения прозрачности тарифообразования⁴.

Ключевой особенностью отрасли воздушного транспорта является тесное взаимодействие авиаперевозчиков и организаций, обеспечивающих их функционирование. Авиакомпании соперничают друг с другом в борьбе за привлечение пассажиров и, таким образом, находятся в конкурентной среде, но в то же время они ограничены естественно-монопольной средой, в которой функционируют, аэропортовые предприятия, например топливно-заправочные компании, авиаремонтные организации и др.

При этом аэропортовые сборы и стоимость наземного обслуживания воздушных судов составляют порядка 20 % итоговой стоимости тарифа⁵. В нашей стране топливное и наземное обслуживание осуществляется преимущественно предприятиями аэропортов в условиях монопольной среды, что приводит к неконтролируемому росту данных тарифов. Так, в федеральных и местных аэропортах разница в тарифах по топливному обслуживанию отличается в 1,5 раза, по авиационной безопасности почти в 3 раза, а по операциям взлёт-посадка в 3,8 раз⁶.

В целях решения указанных проблем ФАС России подготовила проект ФЗ «Об основах государственного регулирования цен (тарифов)», который должен структурировать правила тарифного регулирования, в том числе транспортной сферы, но пока его принятие сдерживается необходимостью достижения согласия относительно множества факторов, оказывающих влияние на регулирование цен и тарифов⁷.

Анализ ценового регулирования в рамках современного законодательства показал, что на данный момент в нём отсутствуют нормативные правовые акты, позволяющие эффективно регулировать тарифы транспортных организаций. К сожалению, недостатком государственного регулирования ценообразования является негибкая и несвоевременная

¹ О Транспортной стратегии Российской Федерации: распоряжение Правительства РФ от 22.11.2008 № 1734-р (ред. 12.05.2018) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2008. № 50. Ст. 5977.

² Гайноченко Т. М. Тарифное регулирование субъектов естественной монополии на воздушном транспорте : монография / Т. М. Гайноченко. М. : ИД ФГБОУ ВПО «ГУУ», 2012. С. 39.

³ Игорь Артемьев презентовал законопроект «Об основах государственного регулирования цен (тарифов)» в РСПП // fas.gov.ru. URL: <https://fas.gov.ru/news/26865>.

⁴ ФАС: ГК «Аэрофлот» необходимо повысить прозрачность ценообразования на внутренние рейсы // fas.gov.ru. URL: <https://fas.gov.ru/news/26687>.

⁵ Горковенко М. Л., Трофимов С. В. Особенности аэропортовой деятельности в условиях конкуренции авиапредприятий, обеспечивающих воздушные перевозки // Конкурентное право. 2020. № 1. С. 40.

⁶ Шутова Т. А. Особенности современного этапа развития отрасли аэропортовых услуг // Crede Experto: транспорт, общество, образование, язык. 2018. № 1. С. 54.

⁷ Трофимов С. В. О некоторых аспектах тарифообразования на транспорте в условиях конкуренции // Конкурентное право. 2019. № 4. С. 42.

реакция на динамично развивающуюся отрасль воздушного транспорта. Как отмечают исследователи, главной задачей государства становится разработка такой модели тарифного регулирования, при которой будет достижим приемлемый уровень распределения доходов между всеми субъектами системы организации и осуществления перевозок пассажиров, грузов и багажа.

Казакова Д. Б.

*Российская академия народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации,
аспирант*

Особенности сущности и доказывания «цифровых» картельных соглашений

Свобода экономической деятельности и поддержка конкуренции – конституционно закрепленные признаки современной рыночной экономики, а также одни из важнейших принципов и факторов её развития. В силу разнообразия отношений на рынке, хозяйствующие субъекты зачастую заключают картельные соглашения, приводящие к ограничению конкуренции, тем самым нанося ущерб как предпринимателям, так и потребителям.

Цифровизация экономики – важный и неотъемлемый элемент её функционирования, под которой следует понимать новое качество экономической жизни, вызванное масштабной цифровизацией и иной технологизацией производственных отношений, где работают новые механизмы рыночной конкуренции.

Цифровая экономика включает в себя рынки, основанные на цифровых технологиях, стимулирующие и упрощающие торговлю товарами и оказание услуг, а также эффект воздействия цифровизации на общество и экономику в целом. Являясь гибкой отраслью, конкурентное право позволяет применять инструменты антимонопольного регулирования для эффективной работы и защиты от нарушений в данной сфере.

Отсюда, наряду с традиционными, следует выделять «цифровые» картельные соглашения, которые появились вследствие цифровизации экономики. Такие соглашения используют ценовые алгоритмы с целью установления или контроля цен и требуют новых решений и механизмов рыночной конкуренции.

Так, использование агрегаторов, например, «Яндекс.Такси», Uber, Gett-taxi подразумевает приобретение не только услуги перевозки автомобильным транспортом, но и услугу диспетчера. Агрегатор координирует таксопарки и представляется невозможным выделить стоимость диспетчеризации и перевозки в отдельности. Отсюда вытекает дискуссионный вопрос, является ли данная координация ценовой. Если стоимость услуги такси и стоимость диспетчеризации можно было бы выделить как две отдельные услуги, то, вероятно, это подпадало бы под предмет координации. В частности, в пиковое время у агрегаторов одновременно могут возникать надбавки, что можно рассматривать как запрещенные согласованные действия¹.

В этой связи пятый антимонопольный пакет предлагает² ввести понятие «ценовой алгоритм» с целью повышения ответственности за антиконкурентные соглашения и согласованные действия с их использованием в силу их высокой общественной опасности. Отмечу, что под данным термином понимается программное обеспечение, предназначенное для мониторинга цен на товарном рынке, расчета цен на товары, установления цен либо совершения действий при участии на торгах. Необходимо помнить, что применение подобных программ допустимо, если они не используются для совершения антимонопольного правонарушения – указанное обстоятельство предлагается считать отягчающим административную ответственность в соответствии со ст. 14:31–14:32 КоАП РФ³.

¹ Под ред. Цариковского А. Ю., Иванова А. Ю. и Войниканис Е. А. Антимонопольное регулирование в цифровую эпоху: Как защищать конкуренцию в условиях глобализации и четвертой промышленной революции : монография. Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». ФАС России. М. Изд. дом Высшей школы экономики. 2018.С.172-173.

² Пятый антимонопольный пакет и ужесточение уголовной ответственности за картели: быть или не быть? // URL: <http://www.garant.ru/article/1195501/>

³ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 7.01.2002. № 1. Ст. 1.

Интересно отметить¹ свойство дихотомичности российских картелей в рамках цифровой экономики – то есть, с одной стороны, правоприменение поменялось, а с другой стороны – нет. Это проявляется в создании «опережающих» и «отстающих» антиконкурентных практик, а также необходимость учитывать как современные, так и текущие, привычные потребности выявления и пресечения антиконкурентных соглашений.

Так, неизменным остается понятие картельного соглашения, его цели, а также существование таких классических видов картельных соглашений как, например, ценовые картели. Однако меняются существующие товарные рынки и появляются новые – например, глобальные, где государственные границы не являются преградой.

В рамках развития современного рынка, существует проблема, связанная с использованием аукционного робота – *auctionspireg*, или Робот AuSe, который можно использовать для реализации схемы «таран»², когда три фирмы работают вместе, чтобы забрать тендер по максимально высокой цене. Это специальное программное решение, помогающее искать, подавать заявку на участие в торгах, а также участвовать в них – робот может подавать ценовые предложения в заданное время и побеждать в аукционах на поставку товаров и услуг. Таким образом, робот может перебивать цены конкурентов и подавать заявки в последние секунды торгов. Такой робот помогает решить часто возникающие проблемы участников торгов, например, он помогает выиграть аукцион, так как заявка подается программой в строго заданное пользователем время, что не всегда представляется возможным в силу человеческого фактора, а также используется при использовании стратегии «таран» для так называемого «заметания следов».

Отмечу, что в эпоху цифровизации необходимо использовать новейшие средства доказывания для поиска картелей в цифровом пространстве³. Стоит предположить, что в будущем количество «цифровых» картелей будет только расти, а процесс сбора доказательств будет осуществляться несколько сложнее, поскольку фиксировать их будет труднее. Отсюда, важно обеспечить принятие судами новых видов доказательств: IP – адреса, точки доступа и сети, электронного адреса, MAC – адреса, свойств электронного файла, геолокации, уникальных электронных шрифтов, количества электронных знаков.

Это также подтверждает указанный выше тезис дихотомичности картельных соглашений в цифровой экономике – наряду с традиционными доказательствами таких как переговоры участников, одинаковые заявки и места их отправок, появляются современные, отвечающие потребностям современной жизни.

Отмечу, что в случае приобретения участниками картельных соглашений роботов, следов их использования на электронных торгах остается больше, поскольку происходит перечисление денег за их покупку и происходит фиксация IP – адреса при их скачивании. Однако, часто используется цифровая электронная подпись, которой верифицируется каждая ставка на аукционе, что делает невозможным использование робота.

Существуют механизмы⁴, призванные отслеживать недобросовестное поведение участников торгов с целью обнаружения сговора, махинаций с ценовыми предложениями и намеренным затягиванием торгов. Также отмечу, что подобное поведение хозяйствующих субъектов стало одной из причин разработки проекта «Большой цифровой кот» – автоматизированной программы по выявлению цифровых картелей. Являясь набором программных инструментов на основе блокчейна, позволяющего в режиме онлайн выявлять признаки антиконкурентных соглашений на торгах и формировать доказательственную базу, проект подтверждает заключение и реализацию сговора.

Немаловажным документом для упрощения доказывания «цифровых» картелей в рамках реализации межведомственной Программы мер по выявлению и пресечению картелей и иных ограничивающих конкуренцию

¹ Под ред. Цариковского А. Ю., Иванова А. Ю. и Войниканис Е. А. Указ. соч. С.164-165.

² Звездина. П. Таран – орудие смелых // «Фармацевтический вестник». 2014. № 33.

³ Под ред. Цариковского А. Ю., Иванова А. Ю. и Войниканис Е. А. Указ. соч. С. 188.

⁴ ФАС поймала аукционных роботов. 31.10.2017 // URL: <https://www.roseltorg.ru/about/news/fas-poimala-aukcionnyh>

соглашений на 2019–2023 годы¹ стало появление Методических рекомендаций по выявлению, пресечению и профилактике картелей в условиях цифровой экономики².

Таким образом, можно предположить, что для эффективной борьбы с цифровыми нарушениями необходимо установить антимонопольные требования к компьютерным программам и алгоритмам, а также ужесточить ответственность за сговоры, реализуемые с использованием ценовых алгоритмов – необходимо внедрение правового инструментария противодействия картелям, основанным на цифровых алгоритмах. Необходима адаптация подходов к анализу рынков и рыночной власти с учетом особенностей развития цифровой экономики, например, создание новых подходов к экономическому анализу и разработка автоматизированной системы по выявлению и доказыванию картельных соглашений.

Попков А. В.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
магистрант*

К вопросу о статусе физического лица, не осуществляющего предпринимательскую деятельность, при участии в торгах

Основные понятия, используемые в Федеральном законе от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) закреплены статьёй 4. Пункт 5 настоящей статьи определяет хозяйствующего субъекта как коммерческую организацию, некоммерческую организацию, осуществляющую деятельность, приносящую ей доход, индивидуального предпринимателя, иное физическое лицо, не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, но осуществляющее профессиональную деятельность, приносящую доход, в соответствии с федеральными законами на основании государственной регистрации и (или) лицензии, а также в силу членства в саморегулируемой организации.

Казалось бы, норма подробно описывает субъекты, подпадающие под определение, однако, как при правоприменении, так и в судебной практике, возникает вопрос: «Распространяются ли требования антимонопольного законодательства в отношении хозяйствующих субъектов на физических лиц, не зарегистрированных в качестве индивидуальных предпринимателей и не осуществляющих профессиональную деятельность?»

Вопрос установления правосубъектности является первостепенным. Если не определить, подлежит ли применению норма права в отношении отдельно взятого субъекта, правоприменение рискует быть ошибочным. Так, Алексеев Сергей Сергеевич определял правосубъектность как юридическое свойство лица, его общественно-юридическое состояние, «которое по своей природе неотъемлемо от лица»³. Братусь Сергей Никитич приравнивал термин «правосубъектность» к «субъекту права»⁴, а Халфина Раиса Осиповна утверждала, что правосубъектность включает в себя нормы, образующие правовой статус и дающие возможность субъекту участвовать в правоотношениях⁵. Таким образом, доктрина указывает на необходимость установления правосубъектности у каждого лица, в отношении которого применяется закон.

¹ Распоряжение Правительства Российской Федерации от 17.06.2019 № 1314-р // Справочная правовая система «КонсультантПлюс»

² Тенишев А. П., Тесленко А. В., Хамуков М.А, Кониева Ф. И. Выявление, пресечение и профилактика картелей и иных антиконкурентных соглашений в условиях цифровой экономики. Методические рекомендации. ФГАУ «Учебно-методический центр» Федеральной антимонопольной службы» Казань, 2020

³ Алексеев С. С. Общая теория права : в 2 т. М., 1982. Т. 2. С. 139.

⁴ Братусь С. Н. Советское гражданское право. Субъекты гражданского права. М. : Юрид. лит., 1984. С. 12.

⁵ Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. М. : Юридическая литература, 1974. С. 119–120.

Буквальное толкование упомянутого пункта 5 статьи 4 Закона о защите конкуренции не относит физическое лицо, не осуществляющее профессиональную деятельность, к хозяйствующим субъектам и, следовательно, не допускает распространения соответствующего регулирования на таких лиц¹.

Несмотря на то что действующее законодательство не формулирует прямую отсылку, указывающую на отнесение физического лица, не осуществляющего профессиональную деятельность, к хозяйствующим субъектам, часть 1 статьи 3 предусматривает, что Закон о защите конкуренции распространяется на физических лиц, в том числе индивидуальных предпринимателей.

Отметим, что пункт 5 статьи 4 указанного закона определяет состав такого понятия, как хозяйствующий субъект, в то время, как часть 1 статьи 3 указывает на отнесение определенных лиц к перечню субъектов конкурентного права.

Таким образом, вопрос о применимости норм, распространяемых на хозяйствующих субъектов, к физическим лицам, не осуществляющим профессиональную деятельность, остается открытым.

Несмотря на это, суды трактуют понятие хозяйствующего субъекта достаточно широко. Так, постановлением Арбитражного суда Северо-Западного округа от 04.03.2016 № Ф07-2447/2016 по делу № А52-706/2015 суд поддержал доводы нижестоящих инстанций при следующих обстоятельствах. В 2015 году Псковским УФАС России принято решение о признании нарушившими Барабанова Д.А. и Борисова Д.А. пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, что выразилось в заключении ограничивающего конкуренцию соглашения на торгах по реализации недвижимого имущества. Суды указали следующее: «Конкретизация в пункте 5 статьи 4 Закона о защите конкуренции хозяйствующих субъектов, предусмотренная редакцией Федерального закона от 06.12.2011 № 401-ФЗ, направлена на регулирование правоотношений, возникающих между субъектами предпринимательской деятельности и иными лицами, чья деятельность в той или иной степени имеет определенные признаки предпринимательства. При этом приоритетным для законодателя становится не формальный, а содержательный критерий предпринимательской деятельности (экономическая природа, суть таковой, а не ее форма – наличие либо отсутствие регистрации в качестве индивидуального предпринимателя). В связи с этим, как верно отметили суды, приняв участие в аукционе вместе с другими хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, с учетом цели и предмета аукциона, Борисов Д.А. стал участником торгов, на которого стали распространяться требования антимонопольного законодательства, в том числе и запрет, установленный пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона № 135-ФЗ.»

Рассмотрев данный спор суд расширил круг лиц, которые являются хозяйствующим субъектом, в понимании антимонопольного законодательства, поскольку приравнял лицо, не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, но осуществляющее профессиональную деятельность, приносящую доход, в силу государственной регистрации и (или) лицензии, а также в силу членства в саморегулируемой организации к лицу, которое осуществляет предпринимательскую деятельность.

Напомним, что признаки предпринимательской деятельности закреплены в абзаце 2 части 1 статьи 2 Гражданского кодекса Российской Федерации: «...предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг...». Исходя из указанного абзаца выделяют следующие признаки предпринимательской деятельности: самостоятельность, связанность с финансовым риском, системность и способ получения прибыли.

Толкуя статью 2 Гражданского кодекса Российской Федерации, ФНС России издало письмо от 07.05.2019 № СА-4-7/8614 «О направлении обзора судебной практики по спорам, связанным с квалификацией деятельности физических лиц в качестве предпринимательской в целях налогообложения», в котором подробно описывает критерии, позволяющие определить, осуществляет ли физическое лицо предпринимательскую деятельность. В письме указано, что каждый конкретный случай должен быть рассмотрен отдельно, опираясь на такие специфические критерии, как целевое назначение недвижимости, характер его использования, количество и иные. Общими же критериями, помимо указанных в Гражданском кодексе, определены: изготовление или приобретение имущества с целью последующего

¹ Здесь следует оговориться, что к субъектам антимонопольного права относятся не только хозяйствующие субъекты, но и органы государственной (муниципальной) власти, сам антимонопольный орган и иные участники.

извлечения прибыли от его использования или реализации; хозяйственный учет операций, связанных с осуществлением сделок; взаимосвязанность всех совершаемых гражданином в определенный период времени сделок; устойчивые связи с продавцами, покупателями, прочими контрагентами.

Применение подобных критериев в совокупности с легальными, определенными статьей 2 Гражданского кодекса Российской Федерации, позволяют установить факт осуществления предпринимательской деятельности, или его отсутствие.

В практике антимонопольного органа имеются дела, в соответствии с которыми физические лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без регистрации, приравнивались к хозяйствующим субъектам. Например, физическое лицо, не зарегистрированное в качестве предпринимателя, признано нарушившим совместно с акционерным обществом пункт 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции Хабаровским УФАС России решением по делу № 027/01/11-358/2020. При разрешении вопроса правосубъектности гражданина в рассматриваемом деле УФАС указал, что осуществление предпринимательской деятельности без регистрации юридического лица или в качестве индивидуального предпринимателя указывает на возможные признаки незаконного предпринимательства. «Несмотря на то что <...> принимал участие в аукционе как физическое лицо, его намерение участвовать в электронном аукционе было обусловлено приобретением его соучредителем и родственником имущества в виде акций, которое предполагалось реализовать с последующим получением прибыли, следовательно, в данном конкретном случае он является субъектом правоотношений, регулируемых антимонопольным законодательством. В данном случае участие <...> в аукционе продиктовано экономическими (предпринимательскими) интересами». И действительно, реализация акций юридического лица носит коммерческий характер, чего нельзя сказать о, например, продаже жилого помещения физическим лицом¹.

Проанализировав изложенную практику и нормы права, автор приходит к выводу, что подобный подход не соответствует действующим нормам Закона о защите конкуренции. В приведенных примерах правоприменитель пытался устранить существующий пробел в законе, который по формальным основаниям исключает физическое лицо, не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя и не осуществляющего профессиональную деятельность, из перечня лиц, которые относятся к хозяйствующим субъектам. Подобный подход представляется по существу обоснованным, поскольку несмотря на отсутствие прямого указания на возможность отнесения физического лица к хозяйствующим субъектам, часть 1 статьи 3 Закона о защите конкуренции относит к субъектам конкурентного права физических лиц, в том числе осуществляющих предпринимательскую деятельность, без регистрации в качестве индивидуального предпринимателя. Тем не менее, для его устранения правовой неопределенности представляется разумным внести изменение в определение хозяйствующего субъекта.

Хакимова Д. Т.

*Марийский государственный университет,
аспирант*

Некорректное сравнение в рекламе: проблемы правоприменения

В современных реалиях реклама имеет большое значение в развитии предпринимательства и функционирования экономики в целом. Зачастую субъекты хозяйственной деятельности прибегают в своей рекламе к таким методам, как сравнение с другими аналогичными товарами конкурентов.

В действующем российском законодательстве не раскрывается понятие сравнительной рекламы, однако в европейском законодательстве ей посвящен целый документ: Директива Европейского Парламента и Совета Европейского Союза 2006/114/ЕС от 12 декабря 2006 г. о вводящей в заблуждение и сравнительной рекламе². Согласно

¹ Здесь следует уточнить, что реализация жилых помещений на постоянной основе, например, риэлторская деятельность, скорее всего будет отнесена к предпринимательской.

² Директива Европейского Парламента и Совета Европейского Союза 2006/114/ЕС от 12 декабря 2006 г. о вводящей в заблуждение и сравнительной рекламе/

данной Директиве сравнительной считается такая реклама, которая явно или косвенно идентифицирует конкурента или предлагаемые им товары либо услуги¹.

С целью регулирования рекламной деятельности в Российской Федерации действует Федеральный закон «О рекламе», которым запрещается недобросовестная и недостоверная реклама. Закон в ст. 5 содержит разъяснение данных понятий, в частности, законодатель называет рекламу недобросовестной, если в ней имеются некорректные сравнения рекламируемого товара с находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами². Однако законодательством не регламентирован перечень критериев «корректности» сравнения, отдельные разъяснения содержатся в Постановлении Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58.

В случае содержания в рекламе информации о преимуществах рекламируемого товара перед другими, если данное превосходство не соответствует реальным фактам, данная реклама будет признана недостоверной³.

Зачастую целью использования сравнений в рекламе служит для дискредитации конкурентной продукции. Как отмечает Д. Григорьев, данная цель достигается с помощью использования совокупности приемов, ориентированных на передачу отрицательной информации, направленных на формирование предпочтения к рекламируемому товару (услуге), продавцу за счет негативной оценки аналогичных товаров (услуг)⁴.

Необходимо отметить, что информация, содержащаяся в рекламе, должна отвечать критериям достоверности, в том числе в целях формирования у потребителя верного, истинного представления о товаре (услуге), его качестве, потребительских свойствах⁵.

Следовательно, в рекламе должно содержаться указание на конкретный критерий, в соответствии с которым производится сравнение с другими аналогичными товарами. Вместе с тем недопустимо лишь формальное указание на критерий, как в случаях, когда данная надпись выполнена меньшим шрифтом по сравнению с остальным текстом рекламы. В этом случае суды полагают, что форма указания на критерий фактически не воспринимается потребителями и приводит к искажению смысла рекламы⁶.

Примером может послужить решение Марийского УФАС, в котором по причине отсутствия указания на конкретный критерий, с помощью которого указанная в рекламе информация может быть подтверждена или опровергнута объективными данными, реклама была признана недостоверной: «Рен ТВ крупнейшая телесеть России» «Авторadio крупнейшая радиостанция», «...Авторadio признанный лидер среди автомобильной аудитории...», «...Пульс Радио признанный лидер аудитории Йошкар-Олы...»⁷.

Следовательно, не допускается сравнительная реклама, основанная на различных, несопоставимых критериях.

К тому же, законодательно недопустимо неполное сопоставление рекламируемой продукции⁸, что по смыслу указанного ранее Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 может привести к формированию ложного представления о товаре, а также не позволит объективно оценить преимущество рекламируемого товара перед другими.

Кроме того, Постановление Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 разъясняет, что сравнительная реклама с использованием слов «лучший», «первый», «номер один» может быть признана ненадлежащей, если в ней отсутствует

¹ Григорьев Д. Сравнительная реклама в российском законодательстве.

² П. 1 ч. 2 ст. 5 Федерального закона «О рекламе» от 13.03.2006 № 38-ФЗ

³ П. 1 ч. 3 ст. 5 Федерального закона «О рекламе» от 13.03.2006 № 38-ФЗ

⁴ Григорьев Д. Сравнительная реклама в российском законодательстве.

⁵ П. 29 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»

⁶ Зеновина В. От каких рекламных идей лучше отказаться, чтобы не нарушить закон

⁷ Постановление б/н постановление по делу № 03-07/161-2018 от 20 декабря 2018 г.

⁸ Пазына М. А. Законодательные требования в сфере рекламы: общая характеристика и практика антимонопольных органов // Вестник СГОА. 2018. № 4 (123).

объективное подтверждение¹. Анализируя судебную практику, к таким словам также можно отнести слово «лидер»² или, например, указания на самую низкую стоимость продукции³.

Иначе говоря, в рекламе должны содержаться доказательства превосходства рекламируемого товара по отношению к другим по определенному критерию.

В связи с этим интересен следующий пример. В настоящее время в связи с распространением коронавирусной инфекции в средствах массовой информации распространена и популярна реклама противовирусного препарата, слоганом которого служит фраза «высшая противовирусная мера». Также в рекламе содержится фраза «кагоцел – противовирусным средством № 1 в России от гриппа и ОРВИ для взрослых и детей с 3-х лет по версии Russian pharma awards (Рашн фарма эвордс) 2019».

Проанализируем данную рекламу на предмет её соответствия законодательству о рекламе.

Во-первых, в рекламе не указан критерий, в соответствии с которым проводилось данное сравнение.

Во-вторых, по смыслу п. 4.3. Положения о порядке проведения национальной премии Russian Pharma Awards 2019 результаты Премии не являются оценкой качества, безопасности, потребительских и иных характеристик лекарственных препаратов. Результаты Премии представляют собой анонимизированное мнение пользователей профессиональной социальной сети Доктор на Работе⁴. Следовательно, признание данного противовирусного препарата «№ 1 в России от гриппа и ОРВИ для взрослых и детей с 3-х лет по версии Russian pharma awards (Рашн фарма эвордс) 2019» не является доказательством того, что «лекарство обладает наилучшей эффективностью или отличается от аналогов иными потребительскими качествами»⁵.

Другой пример. Ульяновское УФАС признало ненадлежащей, нарушающей требования пунктов 1 и 4 части 2 и части 7 статьи 5 ФЗ «О рекламе» рекламу закусочной «Шашлык № 1». В рекламе использована сравнительная характеристика шашлыка с иными аналогичными блюдами путём употребления слова «лучший» без указания конкретного критерия, по которому осуществляется сравнение, и документального подтверждения его достоверности в части превосходства шашлыка, изготавливаемого закусочной «Шашлык № 1», над шашлыками конкурентов. Кроме того, закусочная рекламирует «бесплатную доставку», однако в рекламе отсутствует существенная информация, что бесплатная доставка производится только при заказе на сумму от 500 рублей.

Таким образом, субъекты экономической деятельности должны аккуратно использовать сравнение в рекламе своих товаров, работ и услуг и не допускать недобросовестной и недостоверной рекламы, в рамках действующего законодательства. Считаем, что целесообразным решением будет внесение изменений в Федеральный закон «О рекламе» от 13.03.2006 № 38-ФЗ, а именно:

– дополнить статью 3 данного закона пунктом 13 следующего содержания:

«13) сравнительная реклама – реклама, которая содержит явное или скрытое сравнение с товарами или услугами, предлагаемыми конкурентами»;

– дополнить пункт 1 части 2 статьи 5 данного закона примечанием следующего содержания:

«Некорректными признаются сравнения, если в содержании рекламы:

1) отсутствует указание на конкретный критерий, в соответствии с которым производится сравнение;

2) содержатся различные, несопоставимые критерии;

3) содержится неполное сопоставление рекламируемой продукции;

4) отсутствуют доказательства превосходства рекламируемого товара по отношению к другим по определенному критерию».

¹ П. 29 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе».

² Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 25 июля 2017 г. № 01АП-4700/17

³ Постановление Верховного Суда РФ от 4 февраля 2016 г. № 302-АД15-13768 по делу № А69-4234/2014

⁴ Положения о порядке проведения национальной премии Russian Pharma Awards 2019 (утв. приказом генерального директора ООО «Доктор на работе» № 001 – ДНР/01 от 15 января 2019 года.

⁵ Кондратенко З. К. Заключение по вопросам повестки Экспертного совета по применению законодательства о рекламе при Марийском УФАС России.

ПОДСЕКЦИЯ «ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО»

Баженова М. С.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

магистрант

Защита прав неквалифицированных пользователей краудплатформ

Несмотря на то что российский рынок краудфандинга находится лишь на стадии своего формирования и занимает незначительную долю в мировом рынке (0,8 % по итогам 2019 г. по данным Банка России¹), эксперты прогнозируют его дальнейший рост². Развитие указанного сегмента рынка ожидается за счет появления новых инвестиционных платформ и формирования практики применения Федерального закона от 2 августа 2019 г. № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»³ (далее – Закон).

Одновременно с этим продолжается приток частных инвесторов. Так, по итогам августа 2020 года число частных инвесторов на Московской бирже достигло 6,2 млн человек⁴.

Отмечается, что важным условием эффективного правового регулирования краудфандинга является стимулирование развития данного рынка при соблюдении баланса прав его субъектов⁵. Именно поэтому при принятии Закона внимание было уделено обеспечению прав неквалифицированных участников инвестиционных платформ⁶. Стоит отметить, что Закон не содержит такого понятия, в статье 7 лишь дано указание на особенности инвестирования физическими лицами. Для удобства в данной статье они будут названы «неквалифицированными краудинвесторами», «неквалифицированными пользователями инвестиционных платформ» или «неквалифицированными участниками инвестиционных платформ».

Законом установлено ограничение по объему индивидуального инвестирования. Неквалифицированный краудинвестор вправе «вложить» не более 600 тыс. руб. (по общему правилу). Указанное ограничение распространяется на всю «краудную» инвестиционную активность физического лица.

Интерес представляет механизм, с помощью которого обеспечивается соблюдение установленного ограничения. Так, Закон обязывает оператора осуществлять контроль за тем, чтобы объем инвестируемых физическим лицом средств не превысил закрепленного предела. В соответствии с указанной нормой оператор платформы полагается на заверения (по смыслу ст. 431.2 Гражданского кодекса Российской Федерации, далее – ГК РФ), данные краудинвестором. И только

¹ Доклад для общественных консультаций «Развитие альтернативных механизмов инвестирования: прямые инвестиции и краудфандинг» // Банк России URL: https://www.cbr.ru/Content/Document/File/112055/Consultation_Paper_200811.pdf (дата обращения: 30.01.2021).

² ЦБ зафиксировал резкое падение интереса россиян к краудфандингу // РБК URL: <https://www.rbc.ru/finances/18/11/2019/5dcd55c19a794751a1a5c3ca> (дата обращения: 30.01.2021).

³ Собрание законодательства РФ. 2019. № 31. Ст. 4418 // СПС «КонсультантПлюс»

⁴ Число частных инвесторов на Московской бирже превысило 6 млн человек // Московская биржа URL: <https://www.moex.com/n29976/?nt=106> (дата обращения: 30.01.2021).

⁵ Инвестиционное право : учебник / отв. ред. И. В. Ершова, А. Ю. Петраков. М. : Проспект, 2021. С. 257.

⁶ Цифровое право : учебник / под общ. ред. В. В. Блажеева, М. А. Егоровой. М. : Проспект, 2020. С. 132.

правила двух инвестиционных платформ (Сберкредо¹ и Fair finance²) предусматривают право оператора взаимодействовать с другими платформами для проверки достоверности указанных сведений.

В связи с закрепленным механизмом возникает целый ряд вопросов. Будет ли указанный механизм эффективным? Будут ли неквалифицированные инвесторы добросовестно соблюдать установленное законом ограничение? Будут ли операторы платформ добросовестно подходить к осуществлению функций контроля и, в первую очередь, надлежащим образом разъяснять неквалифицированным пользователям последствия превышения установленного лимита?

На наш взгляд, законодателем был избран весьма формальный подход к закреплению указанного механизма. Так, основным последствием превышения ограничения является право физического лица требовать от оператора инвестиционной платформы приобрести у него определенный «объект инвестирования»³ на сумму такого превышения. Указанное требование может быть предъявлено лишь в течение 1 года с даты совершения сделки, совершенной с превышением ограничения. Оператор платформы, в свою очередь, вправе возражать против применения указанного последствия, ссылаясь на предоставление физическим лицом недостоверных заверений.

Исходя из изложенного, неясно, чьи интересы хотел защитить законодатель. Возможность добросовестного краудинвестора потребовать применения указанных в части 5 статьи 7 Закона последствий существенно ограничена. Сможет ли он доказать, что недостоверная информация была предоставлена им неосторожно или в отсутствие его вины?⁴ Или же оспорить данное им заверение по одному из оснований, предусмотренных § 2 главы 9 ГК РФ?⁵

Представляется, что закрепленный порядок лишь повлечет множество споров между операторами и краудинвесторами и не сможет в реальности обеспечить защиту прав физических лиц. Более логичным видится установление ограничения на использование одной инвестиционной платформы с одновременным установлением лимита в отношении сумм, которые может вложить неквалифицированный инвестор, либо закрепление механизм взаимодействия между операторами инвестиционных платформ.

На наш взгляд, Регламент Европейского Союза 2020/1503⁶ (далее – Регламент), посвященный правовому регулированию краудфандинга, более последователен в обеспечении прав неквалифицированных пользователей инвестиционных платформ⁷. Параграф 7 статьи 21 предусматривает обязанность оператора краудплатформы уведомить неквалифицированного инвестора о возможных рисках, получить его явно выраженное согласие на проведение операции и подтверждение того, что лицо осознает возможные риски, каждый раз, когда физическое лицо инвестирует более 1 тыс. евро или 5 % его активов. Таким образом, указанный подход возлагает на оператора обязанность по надлежащему информированию пользователя.

В качестве дополнительного механизма обеспечения прав инвесторов Регламент устанавливает требования к документу, который должен описывать основные условия инвестиционного предложения (статья 23). Указанной нормой регулируется не только содержание, но и форма такого документа. Так, среди прочего, он не должен превышать 6

¹ Пункт 6.5 Правил инвестиционной платформы «Сберкредо» // Сберкредо URL: <https://sberkredo.ru/documents> (дата обращения: 31.01.2021).

² Пункт 8.6.1 Правил оказания услуг по организации привлечения инвестиций с помощью инвестиционной платформы «fair finance p2b-платформа» // Fair Finance URL: https://fairfin.ru/static/media/Свод_Правил_с_Прил_26_12_2020_1.pdf (дата обращения: 31.01.2021).

³ Имущественные права, ценные бумаги, утилитарные цифровые права и (или) цифровые финансовые активы.

⁴ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307 – 453 Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. Карапетова А. Г. М. : М-Логос, 2017. С. 968.

⁵ Пункт 37 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25 декабря 2018 г. № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора» // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Regulation (EU) 2020/1503 of the European Parliament and of the Council of 7 October 2020 on European crowdfunding service providers for business, and amending Regulation (EU) 2017/1129 and Directive (EU) 2019/1937 // EUR-Lex URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32020R1503#d1e4478-1-1> (дата обращения: 02.02.2021).

⁷ Указанный Регламент вступил в силу 09.11.2020 // СПС «КонсультантПлюс»

страниц формата А4. Соответствующее требование также направлено на обеспечение доступности информации для инвестора.

Важной гарантией защиты интересов неквалифицированного инвестора также выступает его право отозвать данную им оферту в течение 4 дней с момента ее направления – так называемый «период для принятия решения» (статья 22). Неквалифицированный пользователь вправе воспользоваться указанным правом вне зависимости от какого-либо отказа. Кроме того, такой отказ не может являться основанием для привлечения инвестора к ответственности.

Действующим Законом аналогичных положений не предусмотрено.

Подводя итоги, стоит отметить, что вступивший в силу Закон не предоставляет каких-либо реальных гарантий защиты прав неквалифицированных инвесторов, закрепленный им механизм, скорее, может послужить предпосылкой для возникновения споров. Возможным способом обеспечения прав инвесторов может стать возложение на операторов обязанности по доведению до сведения физических лиц всех условий и возможных рисков инвестирования. Таким образом, следует уделить большее внимание информационной прозрачности и доступности условий сделки для неквалифицированных участников инвестиционных платформ.

Веретенникова Е. С.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
магистрант*

Механизм привлечения контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности за невозможность полного погашения требований кредиторов в процедурах несостоятельности (банкротства)

На протяжении последних пяти лет институт субсидиарной ответственности как исключительный механизм защиты имущественных интересов кредиторов должника в процедурах несостоятельности (банкротства) с каждым годом приобретает все большую популярность.

В 2019 году было подано 6103 заявлений о привлечении к субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц. Всего за указанный период к субсидиарной ответственности было привлечено 3401 лиц, с которых взыскали в общей совокупности 440, 5 млрд руб.

В 2020 году число поданных заявлений о привлечении к субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц увеличилось на 532 и составило 6635, однако количество привлеченных лиц от общего количества поданных заявлений по сравнению с аналогичным показателем 2019 года немного уменьшилось до 3191, совокупный размер ответственности которых также незначительно уменьшился до 395,3 млрд руб¹.

Проанализировав статистические данные, можно сделать следующие выводы. В 2020 году количество поданных заявлений о привлечении контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности в рамках процедурах несостоятельности (банкротства) оказалось существенно выше, чем за аналогичный период 2019 года. Несмотря на количественное снижение привлеченных лиц и общего размера их ответственности, удовлетворение требований о привлечении к субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц остается на достаточно высоком уровне. В целом статистика показывает тенденцию роста споров о привлечении лиц к субсидиарной ответственности в процедурах несостоятельности (банкротства).

На основании изложенного, рассмотрение механизма привлечения контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности в процедурах несостоятельности (банкротства) является, безусловно, актуальной темой, заслуживающей внимание.

Данный механизм применяется с целью возложения ответственности на контролирующих и иных лиц не в связи с тем, что к основному должнику требования уже предъявлены, а он не смог погасить имеющиеся долги, хотя и подобные обстоятельства налицо, а в связи с совершением правонарушений самим контролирующим лицом, использующим форму юридического лица для совершения манипуляций с его имуществом в целях ограничения своей ответственности.

¹ Данные Статистического бюллетеня ЕФРСБ от 31.12. 2020 года // СПС «КонсультантПлюс».

Именно за совершенные правонарушения контролирующего лица на него возложена ответственность вследствие недостаточности имущества у юридического лица¹.

Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» в главе III.2 предусматривает несколько оснований для привлечения контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности. Субсидиарная ответственность за невозможность полного погашения требований кредиторов в процедурах несостоятельности (банкротства) является наиболее распространенным и часто применяемым основанием. Именно поэтому в настоящей статье будет рассмотрен механизм привлечения к субсидиарной ответственности по указанному основанию.

Для реализации механизма привлечения к субсидиарной ответственности по рассматриваемому основанию необходимо доказать следующие обстоятельства: статус привлекаемого лица, в качестве контролирующего должника, неправомерные действия (бездействие) привлекаемого лица, приведшие к невозможности погашения требований кредиторов, негативные последствия в виде невозможности полного погашения требований кредиторов, а также причинно-следственную связь между действиями (бездействием) привлекаемого лица и невозможностью полного погашения требований кредиторов².

Процесс доказывания обстоятельств, входящих в предмет доказывания по данному основанию, упрощается на законодательном уровне посредством установления опровержимых презумпций.

В частности, при указанных в законе обстоятельствах действует презумпция наличия причинной связи между невозможностью полного погашения требований кредиторов и действиями (бездействием) контролирующего должника лица.

Также имеется презумпция, предполагающая наличие вины контролирующего должника лица в невозможности полного погашения требований кредитора, пока данным лицом не доказано обратное.

Однако, несмотря на имеющиеся презумпции, заявитель при привлечении лица к субсидиарной ответственности по рассматриваемому основанию на практике сталкивается с определенными сложностями, в том числе с проблемой доказывания статуса привлекаемого лица в качестве контролирующего должника.

Так по одному из судебных дел вопрос привлечения к субсидиарной ответственности за невозможность полного погашения требований кредиторов инициировался налоговым органом по результатам налоговой проверки, которой было установлено, что контролирующими должника лицами разработана и реализована схема ухода от налогообложения посредством использования взаимозависимых организаций, а также юридических лиц, обладающих признаками «фирм-однодневок». Однако суд первой и апелляционной инстанции отказал в привлечении к субсидиарной ответственности по рассматриваемому основанию по причине недоказанности наличия статуса контролирующего должника. Суды исходили из того, что одно из привлекаемых лиц занимало должность генерального директора за пределами двухлетнего срока до принятия заявления о признании должника банкротом, а другое лицо никогда не являлось членом ликвидационной комиссии, единоличным исполнительным органом, а также участником должника.

При этом Верховный суд по данному делу не согласился с выводами нижестоящих судов и сформулировал важную позицию о том, что установление фактического контроля не всегда обусловлено наличием юридических признаков аффилированности. «Напротив, конечный бенефициар, не имеющий соответствующих формальных полномочий, в раскрытии своего статуса контролирующего лица не заинтересован и старается завуалировать как таковую возможность оказания влияния на должника. Следовательно, статус контролирующего лица устанавливается, в том числе через выявление согласованных действий между бенефициаром и подконтрольной ему организацией, которые невозможны при иной структурированности отношений. При ином недопустимом подходе бенефициары должника в связи с подконтрольностью им документооборота организации имели бы возможность в одностороннем порядке определять субъекта субсидиарной ответственности выгодным для них образом и уходить от ответственности. Подтверждение факта контроля над должником не всегда должно сопровождаться исключительно представлением

¹ Шишмарева Т. П. Основания и условия привлечения к субсидиарной ответственности контролирующих должника и иных лиц в процедурах несостоятельности (банкротства) // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. № 7. С. 3–8.

² Зайцев О. Р. Предисловие // Лотфуллин Р. К. Субсидиарная и иная ответственность контролирующих должника лиц при банкротстве М. : Статут, 2018. 126 с.

прямых доказательств, в том числе исходящими от бенефициара документами, в которых содержатся явные указания, адресованные должнику и кредитору, относительно их деятельности»¹.

Таким образом, в анализируемом деле раскрыта одна из проблем доказывания обстоятельств, входящих в предмет доказывания по делам, связанным с привлечением контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности при банкротстве.

Наряду с проблемой доказывания статуса контролирующего должника лица имеется проблема доказывания совершения таким лицом действий, повлекших невозможность полного погашения требований кредиторов, поскольку не любые действия можно признать таковыми.

Под действиями (бездействием) контролирующего лица, приведшими к невозможности погашения требований кредиторов следует понимать такие действия (бездействие), которые явились необходимой причиной банкротства должника, то есть те, без которых объективное банкротство не наступило бы².

Например, в одном судебном акте таким действием была признана сомнительная сделка по отчуждению продукции на сумму более 120 млн руб. в условиях наличия у должника признаков банкротства, без полной либо частичной предоплаты, поскольку такая сделка имела единственной целью вывод продукции должника, а не совершение реальных хозяйственных операций³.

Подводя итог вышеизложенному, можно сделать заключение о том, что механизм привлечения контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности за невозможность полного погашения требований кредиторов в процедурах банкротства обусловлен наличием проблем в доказывании обстоятельств, входящих в предмет доказывания, но несмотря на имеющиеся сложности, институт субсидиарной ответственности набирает все большую популярность, поскольку позволяет в большей степени защитить имущественные интересы кредиторов. По моему мнению, данная тенденция сохранится и в будущем.

Галеева А. М.

*Казанский (Приволжский) федеральный университет,
студент*

Проблемы переквалификации договоров при проведении налоговых проверок в отношении лиц, уплачивающих налог на профессиональный доход

Налог на профессиональный доход относится к специальным налоговым режимам, введенным в порядке эксперимента Федеральным законом от 27 ноября 2018 г. № 422-ФЗ «О проведении эксперимента по установлению специального налогового режима «Налог на профессиональный доход», который на данный момент действует более чем в 80 регионах России. В силу ст. 10 Федерального закона от 27.11.2018 № 422-ФЗ ставка налога на профессиональный доход составляет 4 % от дохода, полученного от физических лиц, и 6 % от юридических лиц и индивидуальных предпринимателей⁴, так же самозанятые освобождаются от уплаты налога на доходы физических лиц, а отношения самозанятых и организации, пользующиеся их услугами, ограничиваются лишь выплатой самозанятым вознаграждения.

Несмотря на преимущества использования данного налогового режима, его плательщики не освобождаются от проведения в отношении них налоговым органом налогового мониторинга (проверок). В частности, предметом

¹ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 31.08.2020 № 305-ЭС19-24480 по делу № А41-22526/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» // Российская газета, № 297, 29.12.2017.

³ Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 29.08.2018 № Ф06-36717/2018 по делу № А57-15136/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Федеральный закон от 27.11.2018 № 422-ФЗ (ред. от 08.06.2020) «О проведении эксперимента по установлению специального налогового режима «Налог на профессиональный доход» // СЗ РФ. 2018. № 49 (ч. 1). Ст. 7494.

проверки налогового органа становится соблюдение п. 2 ст. 6 Федерального закона № 422-ФЗ, где содержится полный перечень видов деятельности, не признаваемых объектом обложения налога на профессиональный доход. Данная норма содержит запрет на применение специального налогового режима, если доходы получены в рамках трудовых отношений. Установленный запрет объясняется просто: налогоплательщикам выгоднее, если доходы лица облагаются по ставке, установленной для налога на профессиональный доход, так как в рамках трудового договора доход физического лица подлежит обложению налогом на доходы физических лиц по ставке 13 %, также работодатель уплатит за свой счет еще 30 % страховых взносов без учета ставки на травматизм, которая устанавливается индивидуально.

Притом что налогоплательщикам выгоднее находится на специальном налоговом режиме, налоговому органу выгоднее производить перекалфикацию договоров, заключенных с самозанятыми, в трудовой договор, потому что доначисления по таким проверкам предполагаются существенные. Такой вывод напрашивается путем простого сравнения ставок 4 % или 6 % с дохода самозанятого и ставок налогов с доходов работника, которая, в общей сложности, составляет 43 %. Однако, такую перекалфикацию налоговому органу нужно будет аргументировать. Как правило, используются проверенные доказательства перекалфикации договоров, заключенные с индивидуальными предпринимателями, в трудовые, так как имеются судебные решения в пользу ФНС. Так, например, в Определении ВС РФ № 302-КГ17-382 было отказано в передаче кассационной жалобы организации для рассмотрения в Судебную коллегия по экономическим спорам ВС РФ, чем были поддержаны решения предыдущих инстанций¹. В данном деле суд сделал вывод о наличии фактически сложившихся трудовых отношениях между юридическим лицом и предпринимателями.

Считаю, что далеко не все выводы, к которым приходят в рамках подобных дел, состоятельны. Так, вознаграждение у самозанятых зависит от объема оказанных услуг. Организация не наделена полномочиями по контролю за источниками доходов самозанятых физических лиц от иных лиц, она не может заставить самозанятых получать больше дохода из других источников, так как в соответствии со ст. 37 Конституции РФ каждый имеет право свободно распоряжаться своими способностями к труду². Поэтому, практика налоговых органов по проведению корреляции между величиной дохода самозанятых и вознаграждения, получаемого от заказчика, выглядит необоснованно.

Так же заказчик не имеет законодательной возможности принудить самозанятых заключить с ним трудовых договоров. Если отсутствует желание заключить трудовой договор, но при этом обе стороны желают оформить свои отношения путем заключения договора между заказчиком и самозанятым, то какого-либо нарушения законодательства в этом не усматривается.

Не для каждой организации выгодно заключать трудовой договор в силу разных обстоятельств, например, если необходимо выполнять поручения не систематически, а по мере необходимости. При этом для налогового органа эти понятия становятся синонимичны. Однако, и в э том случае не усматривается умысел на сокрытие трудовых отношений, так как в этом случае именно заключение договора с самозанятым соответствует и целям заказчика. Наоборот, заказчик, являясь законопослушным налогоплательщиком, не имеет намерения вступать в хозяйственные отношения с лицами, не уплачивающими законом установленные налоги, а оформляет отношения путем заключения договора.

О том, что перекалфикацию договора с самозанятым в трудовой договор производить некорректно, говорит и тот факт, что заказчик, не несет социальной ответственности перед самозанятыми физическими лицами: им не предоставляются отпуска и не выплачивается пособие по временной нетрудоспособности. В свою очередь, в любой момент данные физические лица могут отказаться от оказания услуг организации или временно приостановить оказание услуг по своим обстоятельствам. Также самозанятые не попадают под действие главы 23 НК РФ «НДФЛ» и под действие главы 34 НК РФ «Страховые взносы», поэтому никаких отчислений и удержаний с их вознаграждения (НДФЛ и

¹ Определение Верховного Суда РФ от 27 февраля 2017 г. № 302-КГ17-382 по делу № А58-547/2016 // URL: <https://legalacts.ru/sud/opredelenie-verkhovnogo-suda-rf-ot-27022017-n-302-kg17-382-po-delu-n-a58-5472016/> (дата обращения: 04.02.2021)

² Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г.) // URL: <http://www.garant.ru/doc/constitution/> (дата обращения: 04.02.2021)

страховые взносы) организация не производит. От своего дохода они самостоятельно оплачивают налоги согласно Федеральному закону № 422-ФЗ.

Как уже было указано выше, вознаграждение самозанятых зависит от объема оказанных за счет собственного имущества услуг. Данный объем фиксируется в акте выполненных работ. Минфин России в письме от 26.03.2020 № 03-11-11-24008 разъясняет, что для признания в расходах затрат на оплату услуг от лиц, применяющих налог на профессиональный доход, достаточно чека, поэтому составление иных документов плательщиками данного налога является не обязательным¹, однако на практике при проведении налогового мониторинга налоговый орган запрашивает и договор оказания услуг или выполнения работ, а также акт оказанных услуг или выполненных работ, что по сути противоречит законодательству.

Таким образом, для признания договора с самозанятым трудовыми отношениями необходимо доказать наличие совокупности фактически существующих обстоятельств, без которых у налогового органа отсутствуют законные основания для доначислений НДС и страховых взносов, так как отсутствуют предпосылки для переквалификации договоров. В случае недостаточности доказательств для переквалификации договора налоговому органу и судам необходимо руководствоваться п. 6 ст. 108 НК РФ, в соответствии с которым лицо считается невиновным в совершении налогового правонарушения, пока его виновность не будет доказана в предусмотренном федеральным законом порядке. Неустранимые сомнения в виновности лица, привлекаемого к ответственности, толкуются в пользу этого лица².

Гумерова А. А., Зиганшина А. И.

*Казанский (Приволжский) федеральный университет,
студенты*

Дизайн-код вывесок предпринимателей: достоинства и недостатки

Дизайн код – это нормативный акт, в котором содержатся правила и рекомендации по стилизации облика города. Это достаточно новое для России явление, которое еще не получило официального закрепления по всей стране, применяется лишь в отдельных муниципалитетах. Дизайн код регламентирует различные конструкции: вывески, указатели, дорожные знаки, здания в целом, столбы, и даже мусорные баки, так как от визуального шума страдает общее состояние города и его социально-экономическое развитие. Регламентированный внешне город более привлекателен и для самих горожан, и для туристов. Как справедливо заметил иллюстратор и дизайнер Франк Чимеро: «Люди игнорируют дизайн, который игнорирует людей».

Внедрение дизайн-кода не быстрый процесс, он должен быть продуман и четко регламентирован. Поэтому данная работа должна разрабатываться согласованно с архитекторами и дизайнерами. Перед разработкой документа должно проводиться исследование имеющихся проблем, анализ типологии городской застройки, культурные и исторические особенности. Документ, в котором прописывается оформление вывесок, как правило, содержит описание размера, расположения и формы букв, цветовую гамму и определенный шрифт.

Необходимо отметить, что дизайн-код должен приниматься в каждом городе самостоятельно муниципалитетом, так как каждый населенный пункт обладает исторической и культурной уникальностью.

Самый первый опыт по созданию дизайн-кода в Российской Федерации произошел, когда по заказу Комитета по архитектуре и градостроительству города Москвы студия Артемия Лебедева разработала правила оформления вывесок и содержания фасадов. Стоит отметить, что эта студия разработала дизайн-код не только для Москвы, но еще и для Старой Руссы, Якутска и Архангельска. Итогом данной работы стало принятие постановления правительства Москвы «О размещении информационных конструкций в городе Москве» от 25 декабря 2013 года № 902-ПП. Введение нового

¹ Письмо Департамента налоговой и таможенной политики Минфина России от 26 марта 2020 г. № 03-11-11/24008 О документальном подтверждении расходов для целей налогообложения прибыли. 2020. 12 мая. // URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/73874885/> (дата обращения: 04.02.2021)

² Часть первая Налоговый кодекс Российской Федерации (ч. 1) от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ. // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3824.

правила разделилось на 4 этапа. Сначала документ был принят в пилотном варианте на центральные улицы, а на сегодняшний день распространен на весь город. Основные правила, содержащиеся в постановлении:

1. Текстовая часть вывески не может быть длиннее десяти метров и выше полуметра, а изображение бренда в ширину и высоту не может превышать 0,75 метра
2. Выносные информационные конструкции не могут выступать от фасада здания более чем на метр и не могут быть расположены менее чем 2,5 метра над землей.
3. Те, чьи вывески не соответствуют данным правилам, могут отправить свой дизайн-проект в Москомархитектуру для согласования новой вывески.
4. Постановление имеет графическое приложение, которое дает возможность визуально увидеть требования¹. Это не исчерпывающий перечень требований, так как конструкции могут иметь различные формы выражения и приобретать разнообразное содержание. Необходимо к каждому конкретному случаю средств индивидуализации применять соответствующие нормы постановления.

В Санкт-Петербурге действуют Правила благоустройства города², куда были внесены изменения Постановлением правительства Санкт-Петербурга от 16.10.2020 № 856³. Исторический центр Санкт-Петербурга входит в список объектов Всемирного наследия ЮНЕСКО. Поэтому правила размещения вывесок в данной части города суровее, чем в других её районах: использование настенных вывесок либо консоли, вывески на домах – памятниках культурного наследия не должны превышать 25 сантиметров, разрешение использовать только внутренние светодиоды, сдержанная общая цветовая гамма (цвет вывески в нейтральных тонах, а цвет букв – синий, зеленый, черный). То есть общий принцип требований таков: вывеска не должна загромождать архитектурную отделку зданий.

Для сравнения приведем практику нормативного регулирования данной сферы городом Казань: в соответствии Постановлением Исполнительного комитета муниципального образования от 17 августа 2020 года № 2207 «О типах и видах рекламных конструкций, допустимых к установке на территории г. Казани, и требованиях к таким рекламным конструкциям» можно выделить следующие условия дизайн-кода: установление конструкций без использования звукового сопровождения, технических шумов; запрет на визуальное перекрывание вывесок вне зависимости от типа и вида; запрет на установление на территориях кладбищ, на зданиях и сооружениях похоронного назначения или на расстоянии менее 50,0 м от ограждений кладбищ, а требования по размеру различаются в зависимости от вида рекламной конструкции. Например, суперсайт имеет ограничение информационных полей до размеров 5,0 м x 15,0 м с количеством сторон не более трех⁴.

Достаточно спорным является вопрос: выгодно ли это для самих предпринимателей? С одной стороны, большинству предпринимателей необходимо будет заново вкладываться в создание нового облика здания или сооружения, так как дизайн-код содержит достаточно четкие требования, что приводит к новым убыткам. С другой стороны, нельзя не отметить тот факт, что дизайн-код борется с визуальным хаосом. Ряд предпринимателей после проведения данных мероприятий отмечают, наоборот, более большой поток клиентов, что связано с регуляцией дизайна фасада.

¹ Постановление Правительства Москвы от 25.12.2013 № 902-ПП «О размещении информационных конструкций в городе Москве» // «Вестник Мэра и Правительства Москвы», специальный выпуск № 34, 30.12.2013.

² Постановление Правительства Санкт-Петербурга от 31.01.2017 № 40 «Об утверждении Правил благоустройства территории Санкт-Петербурга в части, касающейся эстетических регламентов объектов благоустройства и элементов благоустройства» // Официальный сайт Администрации Санкт-Петербурга www.gov.spb.ru/norm_baza/npa, 07.02.2017

³ Постановление Правительства Санкт-Петербурга от 16.10.2020 № 856 «О внесении изменений в постановление Правительства Санкт-Петербурга от 31.01.2017 № 40» // Официальный интернет-портал правовой информации: www.pravo.gov.ru, 23.10.2020, № 7800202010230001

⁴ Постановление Исполнительного комитета муниципального образования г. Казани от 17 августа 2020 года № 2207 «О типах и видах рекламных конструкций, допустимых к установке на территории г. Казани, и требованиях к таким рекламным конструкциям» // «Сборник документов и правовых актов муниципального образования города Казани, № 31 (562), 20.08.2020.

В качестве еще одного достоинства важно отметить, что с принятием дизайн-кода происходит выравнивание положения предпринимателей, что способствует формированию здоровой конкуренции между предпринимателями. Так как ранее экономические гиганты могли позволить яркие и большие вывески, что увеличивало поток их клиентов.

Как показывает практика, внедрение дизайн кода в жизнь должна происходить постепенно, чтобы избежать конфликтов между администрацией города и предпринимателями. Например, в городе Саратов для работы с новым стандартом вывесок дали всего месяц. Надо понимать, что возможны различные ситуации, по которым предприниматели не смогут поменять вывеску в такой короткий срок: недавняя замена вывески, увеличение стоимости процесса разработки конструкций в связи с высоким спросом.

Стоит обратить внимание на случай в Петрозаводске, где в 2019 году Петрозаводским городским Советом был принято решение «Об утверждении требований к установке вывесок на фасадах зданий, строений и сооружений на территории Петрозаводского городского округа» после чего со стороны предпринимателей началась волна негодования. Более 50 предпринимателей подали в суд иск об отмене нормативного акта. Второй апелляционный суд в Санкт-Петербурге отменил решение Петросовета¹. Причиной отмены послужило не проведение администрацией города до принятия закона общественных слушаний. Данное решение показывает, что на практике необходимо внедрение дизайн-кода правильно юридически оформлять, а также учитывать мнение и поддержку участников правоотношений, чьи права будут затронуты вследствие данных изменений.

Интересным является момент юридической ответственности предпринимателей за несоблюдение данных требований. Так как практика только начала применяться на муниципальном уровне, вопрос остается открытым и не единообразным. Есть в современной практике несколько путей решения данного казуса:

1) Отсутствие ответственности: в данном случае дизайн-код носит рекомендательный, вводный характер. Муниципалитет отмечает необходимость предоставления времени для внедрения новых правил на практике и отдает данный вопрос на самостоятельную регуляцию предпринимателей.

2) Применение практики административных штрафов: можно отметить статью 3.5. КоАП РФ «размещение вывесок, объявлений, листовок и иной наружной информации в не установленных для этих целей местах, а также содержание мест размещения наружной информации в ненадлежащем состоянии»² влечет административную ответственность. Данная практика применяется и в городе Саратов.

3) Использование предупредительных мер от специализированных в данной сфере органов власти. Например, в Челябинске контроль за соблюдением требований осуществляют районные администрации.

Таким образом, эстетически продуманный облик города, фасада зданий и сооружений прививает людям чувство красоты, эмоционального комфорта, порядка, повышает культурный уровень человека и всего общества, способствует тактичному и бережному использованию городской среды для ведения своего бизнеса. Также необходимо понимать, что данный процесс благоустройства города приобретает свои юридические тонкости в практической реализации и может способствовать напряженной ситуации с предпринимателями.

Дадыкин С. В., Руднев В. О.

*Финансовый университет при Правительстве РФ,
студенты*

Сравнительный правовой анализ института индивидуального предпринимательства в Российской Федерации и зарубежных государствах

В интервью с агентством ТАСС от 3 февраля 2021 года уполномоченный при Президенте РФ по защите прав предпринимателей Борис Титов высказал свое мнение об отмене института индивидуального предпринимательства

¹ Судебная коллегия по административным делам второго апелляционного суда общей юрисдикции г. Санкт-Петербург, апелляционное определение от 20 октября 2020 года № 66а-1043/2020 // СПС «КонсультантПлюс»

² Кодекс об административных правонарушениях Республики Татарстан от 19 декабря 2006 года № 80-ЗРТ // «Республика Татарстан», № 256, 26.12.2006

(Далее по тексту – ИП) с последующей его реорганизацией либо в организационно-правовую форму юридических лиц, либо в институт самозанятых¹.

По словам Бориса Юрьевича, во всём мире существуют две формы регистрации предпринимателей: самозанятые, которые не имеют права нанимать работников, и компании, которым присущи коллективная и лимитированная ответственность, что выражается в разделении её денежных потоков. В ситуации, когда учредитель компании хочет перевести деньги из неё на свой личный счёт, то он должен уплатить налог на дивиденды. У ИП эти средства совмещены, он не платит налогов притом что выводит деньги на свои собственные нужды. В этом Титов видит нелогичность организационной формы ИП, которая достаточно активно используется предпринимателями для ведения бизнеса в России, так как законодатель устанавливает упрощенную, по сравнению юридическими лицами, систему ее регистрации и осуществления.

Согласно данным реестра субъектов малого и среднего предпринимательства (Далее по тексту – МСП), форма ИП является самой распространенной в России.

По состоянию на 10 января 2021 г., в реестре было зарегистрировано 5 684 561 субъектов МСП, из них 3 312 646 официально зарегистрированных ИП². У индивидуальных предпринимателей официально трудоустроены 2 569 467 человек.

Таким образом, по мнению, Титова Б. Ю., государство теряет возможность осуществлять полноценное налогообложение индивидуальных предпринимателей наравне с налогообложением юридических лиц.

Авторам работы кажется интересным рассмотреть предложенный Б.Ю. Титовым вариант ликвидации института индивидуального предпринимательства и все последующие возможные изменения, к которым можно отнести и реорганизацию налогообложения.

Прежде чем давать оценку словам Бориса Юрьевича Титова, стоит рассмотреть юридическое оформление института ИП.

Индивидуальные предприниматели – это физические лица, зарегистрированные в установленном порядке и осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, главы крестьянских (фермерских) хозяйств (п. 2 ст. 11 НК РФ)³. При этой форме не требуется принятие устава и учредительных документов, детально прописывающих порядок деятельности фирмы.

ИП присущ специальный налоговый режим. Так, с 1 января 2021 г. действует две формы налогообложения по упрощенной схеме налогообложения (Далее по тексту УСН)⁴.

Согласно первой схеме ИП платит 6 % с полученных доходов. По второй -15 % с доходов, из которых были вычтены расходы. Для данной организационной формы установлены ряд ограничений, согласно которым у предпринимателя должно быть официально трудоустроено не больше 100 человек, а годовой доход не должен превышать 100 млн руб.

Можно отметить ряд плюсов ИП: простую форму регистрации по сравнению с иными формами предпринимательской деятельности, отсутствие обязательного требования в наличии уставного капитала. Не требуется документировать всю хозяйственную деятельность, иметь расчетный счет. индивидуальные предприниматели также обладают правом свободного использования своих финансов.

Однако у формы ИП имеется ряд минусов. Прежде всего, это полная имущественная ответственность предпринимателя по своим обязательствам. Иными словами, в случае невыполнения обязательств со стороны ИП, предпринимателю будет необходимо ответить в полной мере по пассивам личной собственностью, находящейся

¹ Титов оценил возможность отмены ИП // Информационное агентство России «ТАСС» URL: <https://tass.ru/ekonomika/10610573> (дата обращения: 11.02.2021).

² Статистическая информация // Федеральная Служба Информации URL: <https://фси.рф/Main/StatisticalInformation> (дата обращения: 12.02.2021).

³ Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31.07.1998 № 146-ФЗ (ред. от 23.11.2020) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2021) // «Собрание законодательства РФ», № 31, 03.08.1998, ст. 3824.

⁴ См. там же.

непосредственно в его владении. Как исключение, в этом случае, выступает лишь самое необходимое имущество: квартира (если для владельца это единственное жилье), предметы домашней обстановки и обихода.

Также имеется большое количество ограничений по возможным видам деятельности. Отчетность осуществляется исключительно по месту регистрации ИП. Необходимо лично управлять бизнесом, без возможности делегировать управление кому-либо.

С точки зрения государства ИП это универсальная форма предпринимательской деятельности, позволяющая активизировать предпринимательскую активность в экономике страны, тем самым создав слой малого бизнеса.

В контексте нашей страны данная организационная форма вводилась именно с целью создания этого самого слоя с нуля. Причем стоит отметить, что на сегодняшний день данная цель не потеряла своей актуальности.

Но все же можно согласиться с Б.Ю. Титовым, что по своей конструкции ИП является переходной формой предпринимательства от недавно закрепленного режима самозанятого к юридическому лицу¹.

Но при этом возникает серьезный вопрос: необходимо ли ликвидировать данную промежуточную форму?

Обратимся к практике зарубежных стран, чтобы проанализировать, какие организационно-правовые формы финансовой деятельности имеют общие черты с ИП в России.

В странах англосаксонской правовой системы, таких как США, Малайзия и Великобритании в качестве ИП традиционно выступает «sole proprietorships»², что в переводе подразумевает индивидуальное предпринимательство.

Этот институт не имеет кардинальных отличий от отечественного. Согласно законодательству Великобритании, под ИП понимается лицо, которое ведет свой бизнес как физическое лицо. Необходимость регистрации своей деятельности как предпринимательской возникает лишь в том случае, когда доход от деятельности превышает 1000 £. После регистрации предприниматель приобретает ряд обязанностей, а именно вести учет продаж и расходов бизнеса, отправлять налоговую декларацию самооценки каждый год, платить подоходный налог с прибыли.

В немецком праве существует понятие Einzelunternehmer³, которое означает частного или индивидуального предпринимателя. Причем, как и в нашем так и в немецком праве характеристики этой организационной формы во многом совпадают. Так, в соответствии с германским законодательством, это физическое лицо, которое организывает свое дело. Причем термин Einzelunternehmer не имеет официального правового закрепления, а имеет больше доктринальное значение. Важным отличием являются формы ИП, которые выделяет немецкое право: ИП с ограниченной ответственностью и ИП с неограниченной ответственностью.

В неограниченной ответственности отдельно выделяют такие формы как: владелец малого бизнеса (der Kleingewerbetreibende), коммерческое индивидуальное предприятие (der Kaufmann), фриланс (der Freiberufler).

Данные юридические формы различаются по процессу создания, бухгалтерским обязательствам и налогам. Собственники таких предприятий несут ответственность своими активами по всем долгам организации. Процесс создания данных предприятий является самым простым в Германии.

Преимуществом этой формы в ФРГ является несложное образование и возможность самостоятельно управлять предприятием. Данные особенности делают ИП довольно популярной формой среди предпринимателей в Германии.

Нужно отметить, что институт ИП в России по своей форме сходен с зарубежными формами частного бизнеса. Тем самым, можно говорить о стандартности наличия данного института в правовой системе государства, из-за его важного значения для развития среднего класса и экономики страны в целом.

¹ Федеральный закон от 27.11.2018 № 422-ФЗ (ред. от 08.06.2020) «О проведении эксперимента по установлению специального налогового режима «Налог на профессиональный доход» // «Собрание законодательства РФ», 03.12.2018, № 49 (ч. 1), ст. 7494.

² Set up as a sole trader // Government.UK URL: <https://www.gov.uk/set-up-sole-trader> (дата обращения: 13.02.2021).

³ Abgabenordnung // Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz URL: https://www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/index.html (дата обращения: 13.02.2021).

Стоит отметить, что глава Федеральной налоговой службы (Далее по тексту – ФНС) Д.В. Егоров заявил, что ФНС упростит процедуру получения статуса ИП¹, что доказывает важность данного института и его необходимость экономике государству.

Еникеев Р. Т.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Государственно-частное партнерство: проблемы и перспективы

Вопрос взаимодействия государственных органов с предпринимательством обладает большой актуальностью. Сегодня в условиях нестабильной экономической в мире наблюдается тенденция усиления сотрудничества власти и бизнеса. Пандемия, нанеся крупный удар по мировой экономике, показала необходимость выстраивания и укрепления взаимоотношений между этими двумя институтами. Это проявляется в таких общественно значимых отраслях экономики, как здравоохранение, электроэнергетика, пищевая промышленность, транспорт и образование.

Как показывает зарубежный и отечественный опыт, эффективным решением многих социальных и экономических проблем может стать такая форма взаимодействия власти и бизнеса, как государственно-частное партнерство. В 2005 году был принят закон «О концессионных соглашениях», который начал развитие законодательства о ГЧП. Сам ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации» был принят лишь в 2015 году и стал новым витком развития сферы ГЧП, дав определение государственно-частного партнерства как соглашение публичного и частного партнеров в целях привлечения в экономику частных инвестиций, а также обеспечения органами гос. власти и местного самоуправления повышение качества и доступности товаров, работ и услуг²³.

Также законом о ГЧП была предусмотрена новация – возможность возникновения частной собственности на общественную инфраструктуру, что позволило использовать новые эффективные модели ГЧП, которые бы учитывали как государственный интерес, так и бизнеса⁴.

Ознакомившись с понятием государственно-частного партнерства и его правового регулирования, необходимо определить основные черты ГЧП:

1) стороны – государство и частный бизнес; 2) общественная направленность; 3) полное/частичное финансирование создания объекта общественной инфраструктуры частными партнерами; 4) довольно специфические формы софинансирования (инвестиции частных инвесторов, инвестиции государства, совместные инвестиции); 5) обеспечивает частным компаниям более широкие возможности для участия в управлении проектами, чем при выполнении гос. заказов; 6) долгосрочный характер соглашений (более 3 лет); 7) разграничение риска и ответственности между партнерами в проекте ГЧП, также стороны, как правило, имеют равноправный характер.

Существуют различные организационно-правовые формы государственно-частного партнерства, которые подробно изложены в разных нормативных-правовых актах, регулирующие данные отношения. Их можно разделить на основные и смежные. К основным относятся: 1) концессионное соглашение; 2) соглашение о государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве.

¹ Даниил Егоров: ФНС готова с марта автоматически предоставлять имущественные и инвестиционные вычеты // Федеральная налоговая служба URL: https://www.nalog.ru/rn77/news/activities_fts/10522129/ (дата обращения: 13.02.2021).

² Федеральный закон «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 13.07.2015 № 224-ФЗ (последняя редакция).

³ Савченко И. И., Сидорова Н. Г., Кочева Е. В., Матов Н. А. Государственно-частное партнерство в России: современное состояние и проблемы развития // Вестник ТГЭУ. 2015. № 1 (73).

⁴ Закон о государственно-частном партнерстве: руководство по применению. Специальное издание к Международному инвестиционному форуму «Сочи-2015».

К смежным относят: 1) договорные формы (контракт жизненного цикла, договор аренды гос. имущества с инвестиционными обязательствами арендатора и долгосрочный договор на поставку товаров, работ, услуг с инвестиционными обязательствами исполнителя); 2) корпоративные формы (создание СПК с государственным и частным капиталом для создания и управления объектами общественной инфраструктуры)¹.

За период 2015–2019 годов в России ежегодно заключалось порядка 500 новых КС с объемом инвестиций 280 млрд рублей. На начало 2020 года в Российской Федерации было заключено уже около 3,1 тысяч концессионных соглашений с общим объемом инвестиционных обязательств на 1,7 трлн рублей (возле 1,6 % от ВВП РФ за 2019 год). Наибольшее количество КС было заключено на муниципальном уровне (94 %), но при этом больший объем (42 %) законтрактован на федеральном уровне. Возле 90 % концессионных соглашений приходилось на ЖКХ².

Но при этом соглашения о ГЧП и МЧП являются немногочисленными. На начало 2020 года было заключено лишь 25 соглашений: одно федеральное, 6 региональных и 18 – муниципальных. Общий объем инвестиций составил в 59,6 млрд рублей и заключались соглашения преимущественно в образовательной сфере (14 ед.).

Сегодня в РФ действует Национальный Центр ГЧП, который осуществляет аналитическое обеспечение данной сферы. По его исследованиям, количество запущенных в 2020 году проектов, если сравнивать с показателями 2019 года, сократилось вдвое. На это, конечно, как и на многие другие экономические отношения, повлияла пандемия. Потери рынка оцениваются в несколько десятков миллиардов рублей, хотя прогнозы в начале распространения коронавируса были ещё более пессимистичнее. В дополнение к этому возникли следующие трудности: усложнение построения финансовых моделей по иницилируемым проектам вследствие волатильности валютного курса; недополучение выручки на эксплуатационной стадии по причине снижения платежеспособного спроса; инвестиционная пауза на инфраструктурном рынке; срыв сроков по инвестиционным обязательствам; рост цен на импортные товары и вместе с этим увеличение расходов на реализацию проекта; ограничение/приостановка поставки импортных материалов и оборудования российским покупателям-концессионерам на неопределенный срок (до устранения последствий эпидемии); некоторые проекты оказались и вовсе заморожены³.

Встаёт вопрос: разумно ли вкладываться частным инвестором в проекты ГЧП, если они окупаются не одно десятилетие и особенно в условиях сложившейся экономической обстановки? По моему мнению, да, ведь к проектам государственно-частного партнерства, как правило, привлекаются крупные компании с большим капиталом и помимо прибыли с вложенных инвестиций у них присутствуют и другие интересы. Например, для поощрения привлечения инвестиций государство предоставляет социально значимым проектам деньги (бюджетные средства), налоговые льготы и дотации. Но самым ценным вкладом оказывается само право их реализацию, т.е. гарантируемая государством монополия на использование выделенного ресурса только данным инвестором, реализующим проект ГЧП.

Министерством экономики был подготовлен законопроект, который направлен на решение проблем рынка государственно-частного партнерства. Связан он с закреплением в законе различных платежных механизмов, компенсацией расходов на частную инициативу, а также возможностью использовать в ГЧП-проектах объекты недостроенных сооружений. Помимо этого госкорпорация «ВЭБ.РФ» вместе с Национальным центром ГЧП запустили программу поддержки субъектов РФ. Она предусматривает экспертно-консультационное содействие в подготовке, запуске проектов в области государственно-частного партнерства для снижения потерь в бюджете и помощи регионам продолжать реализацию запланированных инициатив по развитию инфраструктуры⁴.

Есть ли перспективы развития ГЧП в России сегодня? Конечно есть, мировой и отечественный опыт тому подтверждение. Проекты ГЧП облегчают выход на мировые рынки капиталов, стимулируют привлечение иностранных

¹ Закон о государственно-частном партнерстве: руководство по применению. Специальное издание к Международному инвестиционному форуму «Сочи-2015».

² Министерство экономического развития РФ. Информационно-аналитический обзор о развитии государственно-частного партнерства в Российской Федерации, февраль 2020 г.

³ Мартыненко Н. Н., Мурадханова Э. Р. Усиление востребованности в государственно-частном партнерстве в условиях пандемии // Инновации и инвестиции. 2020. № 11.

⁴ ВЭБ.РФ запустил антикризисную программу поддержки региональных проектов ГЧП. URL: <https://tass.ru/ekonomika/8497013>

инвестиций в разные сектора экономики, а также развивают местные рынки капитала, товаров и услуг. Несомненно, современные показатели далеки от зарубежных. Например, в Великобритании объем инвестиционных обязательств по проектам ГЧП составляет 6,6 % от валового внутреннего продукта, в Австралии и Новой Зеландии – 6,9 %, а в Канаде – 8,1 % от ВВП¹. Это связано с дефицитом инфраструктурных инвестиций и для этого все больше государств активнее привлекают механизмы государственно-частного партнерства. Только в 2018 году инфраструктурный разрыв между потребностями и реальными инвестициями в мире составил \$ 430 млрд.

По данным «РОСИНФРА» до 2024 года ГЧП претендует стать одним из основных механизмов привлечения инвестиций в инфраструктуру страны. Ведь в России сфера государственно-частного партнерства успешно развивалась последние 10 лет и до пандемии объем привлеченных инвестиций в проекты ГЧП увеличивался каждый год. Законодатель всё больше осознает, что партнёрство государства и бизнеса – это большая экономия ресурсов для страны и для этого он готов идти на встречу с частными партнерами для достижения взаимовыгодных отношений².

Ефимова Д. С.

*Санкт-Петербургский политехнический университет,
студент*

Преимущества и недостатки применения механизмов краудфандинга в целях реализации бизнес-проектов

В настоящее время предприниматели зачастую сталкиваются с проблемами нехватки финансирования для реализации проектов. Несмотря на то что существующее правовое регулирование предлагает широкий перечень разнообразных способов привлечения финансирования, множество фактических обстоятельств в деятельности предпринимателя не позволяют использовать эти методы. Возникает потребность в совершенствовании существующих способов привлечения средств или в разработке принципиально новых способов. Созданию новых механизмов привлечения финансирования способствует динамичное развитие информационных технологий, в том числе появление криптовалюты и смарт-контрактов, совершенствование видов и способов безналичных расчетов и активное использование сети Интернет. Одним из способов привлечения финансирования, эффективное использование которого обусловлено использованием информационных технологий, является краудфандинг³.

Актуальность данной работы обусловлена тем, что краудфандинг является новым как для международной, так и для российской правовой действительности, в силу чего специалисты в различных сферах, таких как юриспруденция, экономика, бухгалтерский учет и отчетность, изучают и анализируют краудфандинг, выявляют проблемы и предлагают способы их решения. Тем не менее, стоит отметить незначительное количество научно-исследовательских работ по данной тематике по сравнению с правовыми институтами, существующими более продолжительное время.

Е. Архипов определяет краудфандинг как коллективное сотрудничество людей (доноров/спонсоров), которые добровольно объединяют свои деньги или другие ресурсы вместе, как правило через интернет, чтобы поддержать усилия других людей или организаций (реципиентов). Соответственно, донором признается любое лицо, предоставляющее средства в качестве финансирования проекта, а реципиентом лицо, являющееся организатором аккумулирования и получения средств. При этом конечный получатель средств, то есть лицо, осуществляющее

¹ Министерство экономического развития РФ. Информационно-аналитический обзор о развитии государственно-частного партнерства в Российской Федерации, февраль 2020 г.

² Перспективы применения механизмов ГЧП для решения проблемы инфраструктурного дефицита в РФ // СПС «КонсультантПлюс»

³ Постановление Правительства Российской Федерации от 22.12.2020 № 2204 «О некоторых вопросах реализации государственной поддержки инновационной деятельности, в том числе путем венчурного и (или) прямого финансирования инновационных проектов, и признании утратившими силу акта Правительства Российской Федерации и отдельного положения акта Правительства Российской Федерации» // Официальный интернет-портал правовой информации. 2005–2021 гг. URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202012250071> (дата обращения: 16.01.2021).

реализацию проекта, может не совпадать с реципиентом. В данном случае реципиент осуществляет посреднические функции¹.

При использовании краудфандинга как способа финансирования бизнес-проектов можно выделить ряд преимуществ. Во-первых, при наличии действительно интересной и актуальной идеи проекта, у реципиента есть возможность использовать безвозмездный вид краудфандинга, что позволит ему значительно снизить общие затраты на проект, так как отпадет необходимость предоставлять вознаграждение.

Во-вторых, краудфандинговая платформа выполняет роль не только посредника при сборе средств для конкретного проекта, но и роль достаточно большой рекламной площадки. Даже если заявленная сумма не будет собрана, лицо, привлекающее финансирование в минусе в любом случае не останется, так как посещаемость краудфандинговых платформ, размещенных в сети Интернет, колоссальна, в силу чего информацию о проекте увидит огромное количество лиц, являющихся потенциальными будущими потребителями продукции.

Третьим преимуществом является заранее решенная проблема продаж готовой продукции, так как приобретатели появляются еще до начала ее производства.

В-четвертых, в качестве одной из наиболее интересных современным предпринимателям характеристик, можно выделить простоту. Несмотря на то что ранее был приведен достаточно сложный и многоступенчатый алгоритм действий, направленных на успешное привлечение финансирования при помощи краудфандинговой платформы, в действительности фактически любой, кто обладает интересной и актуальной идеей, может использовать этот инструмент. Для этого достаточно визуализировать проект, примерно посчитать необходимую сумму, проанализировать сроки, на которые в выбранной платформе размещают проекты, которые, в конечном счете, успешно заканчиваются, и определить средний срок. Успешность сбора средств в данном случае может быть опосредована использованием социальных сетей с целью распространения информации о проекте, ведь, чем больше потенциальных доноров увидит подобную информацию, тем выше вероятность того, что они предоставят некую сумму реципиенту.

Несмотря на то что краудфандинг является удобным и перспективным способом привлечения финансирования, он имеет несколько недостатков, во многом связанных с преимуществами². В силу того, что подобный способ привлечения финансирования является доступным и не требует специальных знаний, существуют управленческие и профессиональные риски, связанные с недостаточной проработкой бизнес-проекта и отсутствием долгосрочного планирования. Все-таки для осуществления предпринимательской деятельности одной хорошей идеи недостаточно. Кроме того, возникает серьезный риск того, что данную хорошую идею кто-то уже реализовал и она уже не является интересной и актуальной, поэтому краудфандинг для бизнес сообщества как способ финансирования целесообразно использовать при наличии инновационной составляющей. При этом должен быть подобран грамотный подход при размещении информации, так как при попадании данных о проекте на краудфандинговую платформу они обретают общедоступный характер, следовательно, любой, увидевший ее человек, может несколько изменить чей-то проект и также разместить его на платформе. При этом реализация сходных проектов будет зависеть от множества факторов, но размещение проекта в более ранний срок практически не будет играть роли³.

Еще одним серьезным недостатком является возможность использования краудфандинговой платформы для получения средств при фактическом отсутствии намерения реализовать проект, то есть в мошеннических целях. Как уже было сказано, отсутствуют специальные требования к объему размещаемой информации, кроме того, у автора проекта нет обязанности предоставлять отчет об использовании полученных средств. Все это может привести к тому,

¹ Архипов Е. Понятие и правовая природа краудфандинга // Актуальные проблемы предпринимательского права / под ред. А. Е. Молотникова. М. : Стартап, 2018. Вып. IV. С. 20.

² Захаркина А. В., Кузнецова О. А. Краудфандинг как инструмент развития субъектов малого и среднего предпринимательства в условиях цифровой экономики // Ex jure. 2019. № 4. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/kraudfanding-kak-instrument-razvitiya-subektov-malogo-i-srednego-predprinimatelstva-v-usloviyah-tsifrovoy-ekonomiki> (дата обращения: 17.01.2021).

³ Зопунян Ю. С. Народное финансирование – будущее инвестирования бизнес-проектов // Электронный вестник Ростовского социально-экономического института. 2015. № 2. URL: <http://cyberleninka.ru/article/n/narodnoe-finansirovanie-budushee-investirovaniya-biznes-proektov> (дата обращения: 17.01.2021).

что средства будут собраны, но проект реализован не будет. Незаметно подобная деятельность однозначно может быть осуществлена при безвозмездном краудфандинге, так как в данном случае не предполагается никакого встречного предоставления. Для решения данной проблемы необходимо предусмотреть соответствующее регулирование, предусматривающее как превентивные меры, так и специальные способы защиты доноров.

Казюлина Е. В.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

К вопросу о создании виртуальной особой экономической зоны

В настоящее время различные модификации экономических отношений связаны, в том числе, с их цифровизацией. Потребность в активном развитии цифровых технологий возрастает в связи с возможностью выхода на новые, «инновационные» рынки, что в свою очередь определяет положение России на международной арене. В Стратегии развития отрасли информационных технологий в Российской Федерации¹ отмечено, что отрасль информационных технологий имеет потенциал глобальной технологической конкурентоспособности, где одним из приоритетных направлений является обработка больших данных. Поэтому, в Распоряжении Правительства РФ от 14.08.2019 № 1797-р² указано, что с целью развития экспортно-ориентированных услуг хранения и обработки данных и облачных сервисов, предполагается создание виртуальной особой экономической зоны (далее – ВОЭЗ) для компаний в сфере информационно-телекоммуникационных технологий.

Ю.Е. Контемиров указывает, что установленные ограничения для обработки и хранения данных для компаний, занимающихся обработкой данных, на территории Европейского Союза, а также высокая стоимость обработки и хранения данных в странах Азии, создают предпосылки для создания в России ВОЭЗ³. В научной литературе практически отсутствуют работы по данной тематике, но представляется, что данная тема требует изучения, в первую очередь, из-за своей актуальности обусловленной важностью больших данных, а также из-за стратегической необходимости развития экспорта цифровых услуг. Так как законодательное определение ВОЭЗ отсутствует необходимо изначально проанализировать ее экономическую и правовую природу.

Е.А. Громова⁴ проводит сравнение ВОЭЗ с особыми экономическими зонами, инновационными кластерами, офшорами и делает вывод, что ВОЭЗ не является родственной для указанных правовых конструкций. Она считает правовой режим виртуальных особых экономических зон одним из первых экспериментальных правовых режимов⁵. Согласимся, что перечисленные конструкции наиболее близки к новой правовой конструкции ВОЭЗ, а по некоторым критериям, на первый взгляд, совпадают, но для понимания правовой природы ВОЭЗ следует проанализировать каждую из сходных конструкций более детально.

Думается, что логично начать с сопоставления ВОЭЗ с созвучными особыми экономическими зонами (далее – ОЭЗ), создание которых предусмотрено Федеральным законом от 22.07.2005 № 116-ФЗ «Об особых экономических

¹ Распоряжение Правительства РФ от 01.11.2013 № 2036-р «Об утверждении Стратегии развития отрасли информационных технологий в Российской Федерации на 2014 – 2020 годы и на перспективу до 2025 года» // СЗ РФ. 2013. № 46. Ст. 5954

² Распоряжение Правительства РФ от 14.08.2019 № 1797-р «Об утверждении Стратегии развития экспорта услуг до 2025 года» // СЗ РФ. 19.08.2019. № 33. Ст. 4850.

³ Шувалова М. Управление данными в условиях перехода к цифровой экономике // URL: <https://www.garant.ru/article/1263975/> (дата обращения: 31.01.2021).

⁴ Громова Е. А. К вопросу о создании виртуальных особых экономических зон в России // Юрист. 2020. № 1. С. 29–33.

⁵ См. подробнее: Федеральный закон от 31.07.2020 № 258-ФЗ «Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2020. № 31 (ч. I). Ст. 5017.

зонах в Российской Федерации» (далее – ФЗ № 116)¹. В соответствии с указанным федеральным законом, особая экономическая зона представляет собой часть территории России, на которой действует особый правовой режим осуществления предпринимательской деятельности. То есть, для ОЭЗ территориальность является «стержнем» ее функционирования, а ВОЭЗ – независима от территории, она виртуальна и в этом их основное отличие, которое в корне дает отделить эти правовые конструкции. Что касается специфики правового режима, то для ВОЭЗ масштабы налоговых, валютных преференций значительно отличаются от преимуществ, предусмотренных для ОЭЗ. Поэтому, несмотря на сходное название, вряд ли ВОЭЗ следует именовать «особой» по типу существующей особой экономической зоны, так как эти правовые режимы осуществления предпринимательской деятельности по своей сущности отличаются, даже если учитывать то, что цели создания экономических зон совпадают (ст. 3 ФЗ № 116), а также не принимать во внимание преференции для субъектов предпринимательской деятельности, территориальный признак в самой идее правового регулирования все-таки главенствующий, на наш взгляд. Таким образом, несмотря на сходное название правовых конструкций, экономическое и правовое содержание различно.

Следующая правовая конструкция, с которой следует сравнить ВОЭЗ – инновационные кластеры. В ненормативных правовых актах², научной литературе³, существуют разнообразные вариации определения инновационных кластеров, которые были проанализированы автором, что позволило сделать следующий вывод. По своему содержанию инновационный кластер представляет собой объединение, системно организованных частных и публичных субъектов с целью достижения наилучшего экономического эффекта от предпринимательской деятельности на определенной территории, в основе которого лежит принцип синергии. Поэтому, вряд ли по своему содержанию уместно сопоставлять инновационный кластер и ВОЭЗ, так как первое представляет собой объединение субъектов экономической деятельности ради конкретной цели, а второе является режимом осуществления предпринимательской деятельности, реализующимся только в виртуальной среде. Думается, что Московский инновационный кластер назвать предшественником ВОЭЗ нельзя, ввиду вышеуказанных признаков, а также регулирования статуса его участников⁴.

Исходя из того, что функционирование ВОЭЗ не связано с конкретной территорией, то по правовой конструкции ВОЭЗ можно сравнить с офшорами⁵. Если упростить определение, данное О.С. Зиберовой, то офшоры можно понимать, как территорию, на которой существует ряд налоговых, валютных и иных преференций, распространяющихся в основном на нерезидентов, фактически ведущих бизнес за пределами офшорной зоны⁶.

Конструкция офшора по своим признакам имеет наиболее близкое сходство с ВОЭЗ. Во-первых, это не связанность деятельности с определенной территорией; во-вторых, совокупность преференций аналогична ВОЭЗ (хотя необходимо помнить о том, что такие преференции установлены временно). По сути, отличает эти конструкции только виртуальность «территории» ВОЭЗ (от чего можно абстрагироваться для уяснения экономического смысла изучаемой правовой конструкции). Е.А. Громова говорит об отличии ВОЭЗ от офшоров в связи с тем, что ВОЭЗ создаются с четкой целевой специализацией. Трудно полностью согласиться с данным утверждением, так как офшоры исторически создавались для определенной цели, а именно для вывода капитала и аккумуляции его на территории, практически необлагаемой налогами и иными обязательными платежами.

¹ Федеральный закон от 22.07.2005 № 116-ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. II). Ст. 3127.

² См., например: Методические рекомендации по реализации кластерной политики в субъектах Российской Федерации (утв. Минэкономразвития РФ 26.12.2008 № 20615-ак/д19) // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

³ См., например: Мохов А. А., Балашов А. Е., Шевченко О. А. [и др.] Инновационные кластеры: доктрина, законодательство, практика // М. : КОНТРАКТ. 2018. 100 с.

⁴ Закон г. Москвы от 20.02.2019 № 5 «Об инновационном кластере на территории города Москвы» // «Вестник Мэра и Правительства Москвы». № 12. 26.02.2019.

⁵ В России создадут «виртуальный офшор для экспорта услуг ЦОД» // URL: https://www.cnews.ru/news/top/2018-08-09_v_rossii_sozdadut_virtualnyj_ofshor_dlya_eksporta (дата обращения: 31.01.2020).

⁶ Зиберова О. С. Офшорные юрисдикции: понятие и принципы организации. использование возможностей офшоров в преступных целях // Вестник Калининградского филиала Санкт-Петербургского университета МВД России. 2014. № 3 (37). С. 39–42.

Вряд ли ВОЭЗ можно считать одним из первых экспериментальных правовых режимов в соответствии с Федеральным законом от 31.07.2020 № 258-ФЗ «Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в Российской Федерации» (далее – ФЗ № 258). Так, исходя из ст. 1 названного закона, следует, что сфера его действия распространяется на разработку, апробацию и внедрение цифровых инноваций в определенных областях. Указанный закон позволяет не применять ряд правовых норм ради инновационного развития существующих и потенциально новых секторов экономики. Для того чтобы понять, является ли ВОЭЗ экспериментальным правовым режимом, важно проанализировать понятие «цифровой инновации» (ст. 2 ФЗ № 258), которая является новым или существенно улучшенным продуктом (в том числе и услугой), процессом, новым методом продаж, организационным методом, введенным по соответствующим направлениям, с применением технологий, перечень которых утвержден соответствующими органами. Услуги хранения и обработки данных и облачных сервисов являются цифровыми инновациями, если следовать указанному определению и актам Правительства Российской Федерации¹.

Следует также заметить, что в п. 4,5,6 ст. 2 ФЗ № 258 законодателем даны определения общего и специального регулирования «регуляторных песочниц». Специальное регулирование основывается на издании программы экспериментального правового режима, утверждаемой Правительством Российской Федерации или Центральным Банком Российской Федерации. Думается, что подобное правовое регулирование для ВОЭЗ вряд ли можно назвать целесообразным ввиду того, что услуги центров обработки данных, в первую очередь, нуждаются не в их инновационном развитии, а в возможности их экспорта в виртуальной среде.

Категорично заявить о том, что ФЗ № 258 неприменим для ВОЭЗ затруднительно ввиду того, что потенциально такое регулирование возможно. Но думается, что основная идея указанного закона – создать правовые условия для появления цифровых продуктов. Цель же создания ВОЭЗ видится не в развитии цифровых продуктов, а в создании нового, виртуального, экспорта в другие страны мира цифровых услуг российского происхождения, что требует самостоятельного правового регулирования в форме федерального закона.

Подводя итог исследованию, необходимо отметить, что создание ВОЭЗ является действительной потребностью нашего государства. Основная же проблема состоит в определении места ВОЭЗ среди сходных правовых конструкций. Исходя из анализа которых следует, что ВОЭЗ имеет больше всего сходств с офшорами и «регуляторными песочницами».

Кравченко О. В.

*Балтийский федеральный университет имени И. Канта,
студент*

Особые экономические зоны в России – надежды оправдались?

22 июля 2005 года в России был принят Федеральный закон № 116-ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации».

Особые экономические зоны (ОЭЗ) – это часть территории РФ с точно определенной границей и специальным административно-правовым режимом предпринимательской деятельности, устанавливающим более благоприятные условия налогообложения, снижение регуляторных правил, поддержку в сфере бюджетного финансирования, а также специальный порядок управления особой экономической зоной. На начало 2021 года в РФ действуют 36 особых экономических зон.

Впервые идея создания особых (свободных) экономических зон возникла в США в начале XX века. Правительство США организовывало зоны внешней торговли автомобилями, которые предусматривали льготы для производителей в

¹ См., например: Постановление Правительства Российской Федерации от 28.10.2020 № 1750 «Об утверждении перечня технологий, применяемых в рамках экспериментальных правовых режимов в сфере цифровых инноваций» // СЗ РФ. 2020. № 44. Ст. 7003.

целях экспорта, и в итоге вывели США на лидирующий мировой уровень в автомобилестроении¹. За всю историю функционирования ОЭЗ было много ярких примеров успешных зон, которые действительно успешно интегрировались в экономику отдельных государств и значительно ускорили их экономическое развитие. Из самых известных – Китай, Южная Корея, Сингапур. А Ирландии открытие более 60 зон свободной торговли позволило войти в число европейских лидеров по уровню развития экономики².

ОЭЗ являются одним из многих инструментов государственного регулирования экономики, и одним из наиболее интересных способов привлечения необходимых для развития территорий инвестиций. По логике законодателя, цель их создания можно свести к решению стратегических задач развития государства или отдельной его территории. В нашей стране такие задачи реализуются посредством привлечения различных видов инвестиций (иностранных и отечественных) в наиболее важные сектора экономики³.

За 15 лет работы в ОЭЗ зарегистрировались более 778 резидентов, из которых более 144 компаний с участием иностранного капитала из 41 страны. За эти годы общий объем заявленных инвестиций составил более 1 трлн рублей, вложенных инвестиций – более 440 млрд рублей, было создано более 38 тысяч рабочих мест, уплачено порядка 100 млрд рублей налоговых платежей, таможенных отчислений и отчислений во внебюджетные фонды⁴.

Однако, согласно данным, представленным Счетной палатой реальное положение дел не такое блестящее. По мнению Счетной палаты, льготные условия для инвесторов, которые были созданы для инвесторов в ОЭЗ, не дали необходимого толчка росту экономики. В отчетах Счетной палаты говорится, что основная доля объема инвестиций приходится на четыре зоны – Санкт-Петербург, Липецк, Алабугу и московский «Технополис». Однако по условиям таких зон, развитие инженерной, транспортной, строительной и другой инфраструктуры финансируется из бюджета, и, даже учитывая этот фактор, ожидаемого ускорения роста на этих территориях не произошло⁵.

Одна из важнейших проблем ОЭЗ, которая пока не решена – система администрирования зон. В ходе исследования было выявлено, что до настоящего момента не существовало надлежащего контроля над деятельностью ОЭЗ. Например, в ходе проверки деятельности ОЭЗ «Курорты Северного Кавказа» Общероссийским Народным Фронтом обнаружилось, что средства, которые выделялись из бюджета на осуществление различных проектов в рамках особых экономических зон, были положены в банки на депозиты, то есть ОЭЗ существовали в свободном и бесконтрольном режиме достаточно долгое время. По своей идее особые экономические зоны в РФ больше похожи на одну из разновидностей «плановых» предприятий из СССР, целью которых являлось достижение целей, которых практически невозможно достичь в имеющихся условиях. Например, создание туристско-рекреационной зоны в Иркутске, возле озера Байкал. Власти, потратив более 120 миллионов рублей на разработку стратегии и плана развития территории, выбрали неудачную площадку, крайне сомнительно подходящую для туризма, и, естественно, не смогли создать три тысячи рабочих мест на берегу Байкала.

¹ Васильев А. А. Почему особые экономические зоны в России так и не стали прорывом? // Сетевое интернет-издание «Банки Сегодня». URL: <https://bankstoday.net/last-articles/pochemu-osobyie-ekonomicheskie-zony-v-rossii-tak-i-ne-stali-proryvom#i-3> (дата обращения: 10.02.2021).

² См. Майбуров И. А., Иванов Ю. Б. Особые экономические зоны. Теоретико- методологические аспекты развития. М. : Юнити-Дана, 2017. 351 с.

³ Коновалова Т. А. Анализ эффективности деятельности особых экономических зон на территории Российской Федерации // Вопросы экономики и управления. 2018. № 3 (14). С. 28–33. URL: <https://moluch.ru/th/5/archive/90/3244/> (дата обращения: 11.02.2021).

⁴ Официальный сайт Минэкономразвития России. URL: https://www.economy.gov.ru/material/directions/regionalnoe_razvitie/instrumenty_razvitiya_territoriy/osobyie_ekonomicheskie_zony/ (дата обращения: 12.02.2021).

⁵ Счетная палата Российской Федерации. Отчет о результатах экспертно-аналитического мероприятия – «Анализ практики применения преференциальных режимов, действующих на территории Российской Федерации, с точки зрения их влияния на экономический рост и соответствия заявленным целям». URL: <https://ach.gov.ru/upload/iblock/d22/d22daa028b1854b51b99c9d2927c2e06.pdf> (дата обращения: 1.02.2021).

Кроме того, по данным проверки обнаружилось, что большая часть продукции, произведенной в рамках ОЭЗ, поставляется исключительно на внутренний рынок, на котором имеет преимущество перед другими национальными производителями. Многие резиденты используют ОЭЗ лишь как способ снизить налоговую нагрузку¹.

Кроме того, особые экономические зоны в России не образуют единую сеть, способствующую равномерному и полноценному развитию всей территории, они функционируют, скорее, как отдельно взятые «оазисы» в «пустыне».

Постановлениями Правительства Российской Федерации от 29 декабря 2020 года № 2332 и № 2347 утверждается создание двух новых экономических зон промышленно-производственного типа – в Красноярском крае (ОЭЗ «Красноярская технологическая долина», рассчитанная на преференции для производителей промышленного оборудования, машиностроения и авиастроения) и в Омске (ОЭЗ «Авангард», рассчитанная на производителей нефтехимического сектора)².

Другая форма создания «специальных» территорий, направленных на развитие отдельного региона – «федеральные территории». Такой статус планируется дать поселку Сириус, созданному ранее в Имеретинской низменности.

Основой территории станет образовательный центр «Сириус». В Федеральном законе от 22 декабря 2020 г. № 437-ФЗ «О федеральной территории «Сириус»» установлено, что населенный пункт будет являться публично-правым образованием, на территории которого часть региональных властных полномочий, муниципальные полномочия и часть федеральных полномочий осуществляются новым органом власти.

Исходя из указанных выше обстоятельств, можно сделать вывод о том, что законодатель продолжает возлагать надежды на развитие отдельно взятых территорий, и на место не оправдавших возложенных на них надежд ОЭЗ придут иные образования с той же сутью – создать более благоприятный климат для развития бизнеса и инвестиционной привлекательности государства в недостаточно оптимизированной для этого экономике.

Большинство успешных особых экономических зон из общемировой практики, примеры которых приводились выше, базировались на приспособленных для этого территориях, на экономиках и административных ресурсах, которые гармонично вливались в общую картину развития государства. Надежды, возлагаемые на ОЭЗ в России, явно завышены. На мой взгляд, целесообразнее было бы менять стратегию развития экономики в общем, и в таком случае ОЭЗ должны выступать не в качестве самоцели, а в качестве подспорья для достижения более глобальных задач. В таком случае, при создании и в процессе функционирования ОЭЗ должны быть соблюдены некоторые принципы:

1. Эффективное и обладающее достаточным кругом полномочий государственное администрирование, создание специализированной системы управления, позволяющей оперативно и эффективно оценивать перспективы конкретно взятой зоны и вовремя оказывать на неё влияние.

2. Понимание и осознание реальных возможностей и перспектив развития каждой конкретной зоны.

3. Адекватная оценка материальной составляющей: наличие подходящих ресурсов (дешевого и доступного сырья для развития промышленности, хорошего туристического потенциала и т.д.)

4. Понятая и доступная система условий для инвесторов, в том числе гарантии соблюдения и неизменности этих условий.

Стоит ли развивать отдельно взятые зоны в отрыве от остального государства? Насколько реально в условиях нынешней экономики Российской Федерации обеспечить их нормальное функционирование?

На мой взгляд, концепция выделения отдельных территорий и попытка развить экономику точно могла быть интересна на определенном этапе, когда ресурсов и возможностей на развитие всей территории в целом не хватало. Гораздо более правильным с точки зрения целей государства представляется равномерное развитие и равные возможности для всей территории, устойчивый процесс, который позволит не выделять отдельные зоны, а вводить льготы и улучшать инвестиционный климат для всей страны в целом.

Таким образом, учитывая пятнадцатилетний опыт попыток внедрения особых экономических зон, который не дал желаемого результата, необходим незамедлительный пересмотр самой концепции обособления территорий для

¹ Васильев А. А. Там же.

² Официальный сайт Правительства РФ. URL: <http://government.ru/news/41279/> (дата обращения: 02.02.2021).

точечного развития территорий России, установления прозрачных и долгосрочных правил игры, критериев установления таких зон и критериев их эффективности.

Куштина В. С.

*Московский государственный университет имени М.В.Ломоносова,
студент*

Легализация параллельного импорта лекарственных препаратов в России

Не для кого не секрет, что уровень импортозависимости России в отношении лекарственных препаратов весьма высок. Так, по итогам первого квартала 2020 года доля импортных препаратов на российском рынке в госпитальном сегменте в стоимостном выражении составила 48.6 %¹, в аптечном сегменте – 67.2 %². Очевидно, что при таком высоком уровне импортозависимости условия импорта должны быть наиболее выгодными. Представляется, что условия импорта могут быть выгодными тогда, когда на рынке импортных лекарственных препаратов будет существовать реальная конкуренция, и импортеры не будут зависеть от условий, которые сегодня в одностороннем порядке диктуются официальными дистрибьюторами иностранных фармкомпаний.

Вопрос о легализации параллельного импорта лекарственных препаратов обсуждается уже не первый год. Так, еще в апреле 2015 года премьер-министр Дмитрий Медведев заявил, что снятие запрета на параллельный импорт лекарственных средств может стать хорошей антикризисной мерой, которая позволит поддержать экономику страны и снизить цены на соответствующие товары³. Обсуждался данный вопрос и на уровне ЕАЭС. В сентябре 2018 года Игорь Артемьев заявил⁴, что антимонопольному ведомству удалось согласовать легализацию параллельного импорта лекарств и медизделий со всеми странами – членами ЕАЭС, за исключением Белоруссии. На сегодняшний день проблема легализации параллельного импорта все еще остается неразрешенной.

Под параллельным импортом лекарственных препаратов обычно понимается ввоз в страну лекарственных препаратов, маркированных соответствующим товарным знаком, в целях их дальнейшего распространения, осуществляемый без согласия правообладателя исключительного права на такой товарный знак. Таким образом, под параллельным импортом чаще всего понимают ввоз товаров, который осуществляется, минуя официальных дистрибьюторов.

В доктрине обсуждаются как позитивные, так и негативные последствия легализации параллельного импорта лекарственных препаратов в России⁵.

Главным аргументом в пользу легализации параллельного импорта лекарственных препаратов является предположительное уменьшение цены на них. Так, лекарственные препараты будут ввозиться с территорий тех стран, где они стоят дешевле, а потому и отпускная цена на препараты будет в среднем ниже, чем она есть сейчас. Кроме того, отмечается, что возможность конкуренции будет стимулировать и официальных дистрибьюторов устанавливать адекватные цены.

¹ Госпитальные закупки: итоги 1-го квартала 2020 г. URL: <https://dsm.ru/news/1170/>

² Аптечный сегмент лекарственных препаратов в первые три месяца 2020 г. URL: <https://dsm.ru/news/1138/>

³ Vademecum (деловой журнал об индустрии здравоохранения). URL: https://vademecum.ru/news/2015/04/23/medvedev_legalizatsiya_parallelnogo_importa_pozvolit_snizit_tseny_na_lekarstva//dsm.ru/news/1138/

⁴ Vademecum (деловой журнал об индустрии здравоохранения). URL: <https://vademecum.ru/news/2018/09/25/artemev-vse-strany-eaes-krome-belorussii-soglasny-na-parallelnyy-import-/>

⁵ См., например: Нургалеев М. С., Петров Е. Н. Особенности правового регулирования параллельного импорта лекарственных средств в России // Журнал «Юридическая наука». 2020. № 9. С. 49–54 Ворожевич А. С.. Параллельный импорт в сфере фармы: быть или не быть? URL: https://zakon.ru/blog/2016/05/26/parallelnyj_import_v_sfere_farmy_byt_ili_ne_byt. Трофимова Е. Проблемы конкуренции в фармацевтическом секторе ЕС // Ремедиум. 2009. № 4. С. 8–15.

В качестве аргументов против легализации параллельного импорта чаще всего называются следующие: поставка некачественных лекарственных препаратов, увеличение числа контрафактной продукции, снижение инвестиционной привлекательности России для иностранных фармкомпаний, несоответствие политике импортозамещения.

Хочется отметить, что аргумент в пользу снижения цены на лекарственные препараты является не просто гипотезой, но базируется на эмпирических данных. В 2011 году группой ученых был проведен анализ параллельного импорта лекарств в Швецию в период 2003 – 2007 гг. Анализ показал, что цены на лекарства, у которых была конкуренция со стороны препаратов, поставляемых в Швецию в рамках параллельного импорта, были ниже на 17-21 %, чем они были бы в отсутствие конкуренции¹.

Европейской ассоциацией еврофармацевтических компаний (European Association of Euro-Pharmaceutical Companies) было проведено исследование влияния параллельного импорта на расходы на лекарственные препараты в ряде европейских стран². В исследовании отмечается, что параллельный импорт во всех охваченных анализом странах оказал существенное влияние в снижении цен на оригинальные препараты. Так, в Ирландии фармкомпания Pfizer снизила цены на 40-47 % на ряд своих препаратов, чтобы выдержать конкуренцию с параллельными импортерами.

Сегодня существует огромное множество и других эмпирических исследований, в которых делается вывод о том, что легализация параллельного импорта оказывает существенное влияние на снижение цен на лекарственные препараты³.

Представляется необходимым детальнее разобраться с отмечаемыми в литературе возможными негативными последствиями легализации параллельного импорта лекарственных препаратов.

Как уже было отмечено выше, в качестве одного из аргументов против легализации параллельного импорта называется то, что он негативно скажется на качестве лекарственных средств, т.к. существует вероятность того, что параллельные импортеры могут менее ответственно подходить к соблюдением условий транспортировки и хранения препаратов. Данный аргумент является несостоятельным в связи с тем, что, очевидно, в случае легализации параллельного импорта деятельность параллельных импортеров лекарственных препаратов будет подлежать такому же контролю, под которым находятся сегодня официальные дистрибьюторы⁴. В случае нарушения соответствующих обязанностей по соблюдению условий хранения и транспортировки параллельные импортеры должны привлекаться к соответствующей ответственности.

Не связано с легализацией параллельного импорта и увеличение контрафактной продукции. Во-первых, легализация параллельного импорта не отменяет проведение должной таможенной инспекции⁵. Во-вторых, сегодня в России действует обязательная автоматизированная системы мониторинга движения лекарственных препаратов от производителя до конечного потребителя, которая изначально задумывалась «для защиты населения от фальсифицированных лекарственных препаратов и оперативного выведения из оборота контрафактных и недоброкачественных препаратов»⁶.

Относительно аргументов об уменьшении количества инвестиций иностранных фармкомпаний и о несоответствии политике импортозамещения, проводимой Российской Федерацией, видится, что баланс в данных

¹ WORKING PAPERS IN ECONOMICS URL: https://gupea.ub.gu.se/bitstream/2077/25500/1/gupea_2077_25500_1.pdf С.6.

² The European proceedings of social and behavioural sciences EPSBS URL: https://www.eaepc.org/images/pdf/A_closer_look_at_savings_EAEPc_report.pdf С.6.

³ См. подробнее: Интеллектуальная собственность и развитие общества: время прагматики. М., 2013, С. 58–63 // URL: <http://sk.ru/news/b/news/archive/2013/05/22/issledovanie-po-voprosamintellektualnoy-sobstvennosti-i-innovaciy.aspx>

⁴ В частности, речь идет об обязательном лицензировании фармацевтической деятельности, федеральном государственном надзоре сфере обращения лекарственных средств и выборочном контроле качества лекарственных средств (п. 1 ст. 9 ФЗ «Об обращении лекарственных средств»).

⁵ На сегодняшний день у таможенных органов есть полномочия ex-officio приостановить срок выпуска товаров, содержащих объекты интеллектуальной собственности, не включенные в таможенный реестр объектов интеллектуальной собственности, при обнаружении признаков нарушения прав правообладателя (п. 7 ст. 124 ТК ЕАЭС).

⁶ Постановление Правительства РФ от 24.01.2017 № 62 (ред. От 07.08.2019) «О проведении эксперимента по маркировке контрольными (идентификационными) знаками и мониторингу за оборотом отдельных видов лекарственных препаратов для медицинского применения»

вопросах может быть достигнут введением Правительством РФ антидемпинговых пошлин и импортных квот на основании ФЗ «О специальных защитных, антидемпинговых и компенсационных мерах при импорте товаров» в тех областях, где это необходимо.

В 2018 году КС РФ принял роковое в вопросе параллельного импорта Постановление № 8-П. В данном постановлении отмечается, что товар, снабженный законным товарным знаком, но импортированный в Россию без согласия правообладателя, является контрафактным. При этом такие товары могут быть изъяты из оборота и уничтожены лишь в исключительных случаях: (1) ненадлежащее качество, (2) необходимость обеспечения безопасности, защиты жизни и здоровья людей и (3) охраны природы и культурных ценностей.

Суд также указывает на то, что конкретный размер компенсации должен устанавливаться с учетом того, что при параллельном импорте убытки правообладателя меньше, чем при ввозе поддельных товаров. Кроме того, в Постановлении отмечается необходимость применения к истцам-правообладателям принципа добросовестности. Так, недобросовестность, по мнению Суда, может заключаться в реализации ценовой политики, состоящей в завышении цен на российском рынке по сравнению с другими рынками в большей степени, чем это характерно для обычной экономической деятельности и для удовлетворения разумного экономического интереса правообладателя, если при этом такие действия приводят к ограничению доступа российских потребителей к соответствующим товарам.

Данное Постановление в некотором смысле сгладило проблему параллельного импорта в России, однако вопрос параллельного импорта лекарственных препаратов стоит по-прежнему остро. Дело в том, что согласно п. 2 ст. 47 ФЗ «Об обращении лекарственных средств» ввозимые в Российскую Федерацию лекарственные средства должны содержаться в государственном реестре лекарственных средств. Параллельно импортируемый лекарственный препарат данному критерию не отвечает.

Представляется, что необходимо внести в законодательство следующие изменения:

- 1) исключить из статьи 1487 ГК РФ слова «на территории Российской Федерации»;
- 2) исключить из п. 16 приложения № 26 к Договору о ЕАЭС слова «на территории любого из государств-членов непосредственно правообладателем товарного знака и (или) товарного знака Союза или другими лицами с его согласия»;
- 3) дополнить п. 2 ст. 47 ФЗ «Об обращении лекарственных средств» следующими словами: «или быть идентичными лекарственным средствам, которые содержатся в государственном реестре лекарственных средств».

Пакуш Е. С.

*Сибирский филиал Российской академии народного хозяйства
и государственной службы при Президенте Российской Федерации,
студент*

Отдельные частноправовые проблемы дистанционной продажи товаров в интернет-магазинах

В данной статье проведён анализ некоторых правовых проблем продажи товаров дистанционным способом. Предметом исследования наравне с привычными сайтами онлайн-магазинов стали страницы интернет-магазинов в социальной сети «Instagram» ввиду интенсивного роста количества совершения онлайн-покупок через профили в этом интернет-сообществе.

В последние 5 лет огромную популярность набирает торговля через развивающуюся социальную сеть «Instagram», которая представляет собой помимо прочего и интернет-магазин, определение которого дано в п. 57 ГОСТ Р 51303-2013¹. Интернет-магазином можно признать как отдельный сайт, так и страницу (профиль) в социальной сети, если покупатель может выбрать на них товар и заказать его.

Социальная сеть «Instagram» была создана в 2010 году и на сегодняшний день является самой быстрорастущей социальной сетью в России и мире. По данным исследований «eMarketer», известной компании по исследованию рынка,

¹ ГОСТ Р 51303-2013 Торговля. Термины и определения (с Изменениями № 1, 2, с Поправкой). Официальное издание. Москва : Стандартинформ, 2014.

в 2019 г. число активных пользователей «Instagram» превысило 788,4 млн человек. Средний ежегодный прирост количества зарегистрированных аккаунтов в последние 4 года был равен 65 млн профилей в год.

Этот сетевой ресурс стал удобной и при этом бесплатной платформой для размещения огромного количества интернет-страниц магазинов, которые, в большинстве своём, занимаются предпринимательской деятельностью нелегально.

Для определения проблем дистанционной торговли в интернет-магазинах, рассмотрим некоторые особенности торговли через «Instagram» и иные интернет-ресурсы. Для начала убедимся, любая ли продажа товаров и услуг дистанционным способом через страницу в «Instagram» является предпринимательством и требует ли такая деятельность государственной регистрации продавца как юридического лица или индивидуального предпринимателя.

Так как «Instagram» – мировая социальная сеть, безусловно, администрация сайта не запрашивает регистрационные документы при создании бизнес-аккаунта или публикации предложения на личной странице пользователя, поэтому на практике почти все продавцы товаров и услуг действуют без регистрации лица в соответствующих органах, т.е. как физические лица.

Исходя из определения предпринимательской деятельности, которое даёт законодатель в ч. 1 ст. 2 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) и п. 13 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 октября 2006 г. № 18), можно сделать вывод о том, что если пользователь один раз за год продал товар или услугу посредством социальной сети, он не будет привлечён к ответственности за ведение предпринимательской деятельности без регистрации в установленном законом порядке, так как в таких действиях отсутствует признак систематичности (деятельность признаётся систематической в случае, если лицо получало прибыль от неё два и более раз в календарном году¹). Если же деятельность имела систематический характер и иные признаки предпринимательской деятельности, лицо обязано пройти процедуру регистрации. Оно вправе зарегистрироваться как самозанятое, если максимальный годовой доход не достигает 2,4 млн руб., как индивидуальный предприниматель или как юридическое лицо.

Так как дистанционный способ продажи товаров предполагает размещение изображения товара на странице интернет-магазина, стоит учитывать, что использование чужих изображений без согласия автора является нарушением его авторских прав. Много профилей магазинов в «Instagram», которые занимаются перепродажей товара, заказанного со сторонних (преимущественно азиатских) сайтов, размещают чужие фотографии и видео (зачастую под звуковую дорожку популярной песни), демонстрирующие продукт, из-за отсутствия собственного авторского контента, что, безусловно, нарушает положения раздела VII ГК РФ. «Instagram» самостоятельно не блокирует такой фото-контент, однако участились случаи, когда социальная сеть по запросу автора музыкальной композиции блокирует видео-публикации и stories, на которые без согласия на то наложена авторская звуковая дорожка. Ввиду этого создателям интернет-магазинов следует уделять особое внимание созданию авторского контента.

Далее, обратим внимание на требования к информации о товаре, размещаемой в социальной сети «Instagram». Продажа товаров дистанционным способом предполагает обязанность продавца указать полную и достоверную информацию, характеризующую предлагаемый товар, до заключения договора розничной купли-продажи (п. 18 Правил продажи товаров по договору розничной купли-продажи²). В п. 8 ранее действовавших Правил продажи товаров

¹ Письмо Управления Министерства Российской Федерации по налогам и сборам по г. Москве от 30 марта 2004 г. № 29-08/21721 «О разъяснении законодательства» // Информационно-правовая система «ГАРАНТ.РУ». URL: <http://www.garant.ru/hotlaw/federal/97889/> (дата обращения: 01.02.2021)

² Постановление Правительства РФ от 31.12.2020 № 2463 «Об утверждении Правил продажи товаров по договору розничной купли-продажи, перечня товаров длительного пользования, на которые не распространяется требование потребителя о безвозмездном предоставлении ему товара, обладающего этими же основными потребительскими свойствами, на период ремонта или замены такого товара, и перечня непродовольственных товаров надлежащего качества, не подлежащих обмену, а также о внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации» // Информационно-правовая система «ГАРАНТ.РУ». URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/400070336/> (дата обращения: 01.02.2021)

дистанционным способом¹ более полно описаны требования к характеристике товара. Безусловно, продавец не обязан писать всю указанную выше информацию в рекламирующей товар публикации, так как чрезмерный объём текста под изображением товара, подробно описывающего его характеристики, не соответствует культуре оформления публикаций в социальных сетях. Однако стоит помнить, что эта обязанность сохраняется, например, при обсуждении возможности купли-продажи товара в личной переписке покупателя и продавца в «Direct» или комментариях под публикацией.

Проведённое нами исследование механизмов работы интернет-магазинов (на примере 30 сайтов магазинов (СМ) и профилей в социальной сети «Instagram» (ПСС)) помогло сделать вывод о том, что торговля через интернет-сайт и страницу (профиль) в социальной сети в реальности различается по многим параметрам, несмотря на всё тот же дистанционный способ продажи. Во-первых, при оформлении заказа на СМ от пользователя требуется предоставление большего количества персональных данных, в то время как пользователь ПСС вовсе может быть зарегистрирован под чужим именем. Во-вторых, чтобы получить разрешение клиента и предупредить его об обработке данных, СМ размещают политику конфиденциальности, которую должен принять пользователь, поставив «галочку» в соответствующем поле и подтвердив действие. В «Instagram» пользователь еще при регистрации соглашается с политикой конфиденциальности сайта, а сам интернет-магазин, как правило, не размещает документ о политике конфиденциальности (при необходимости уточняет возможность пользования данными в личной переписке). В-третьих, СМ чаще всего используют онлайн-кассы, которые интегрированы к серверу и способны сразу сформировать и отправить чек покупателю. ПСС обычно работают при помощи онлайн-банков (формируется только выписка и справка об операции). Без запроса покупателя продавца, как правило, не вкладывают чек в посылку и не отправляют пользователю электронным способом.

Наконец стоит отметить, что гражданское законодательство России в сфере торговли дистанционным способом не стоит на месте. Правила продажи товаров дистанционным способом утратили силу 1 января 2021 г. В момент их действия дискуссионным оставался вопрос о моменте возникновения у продавца обязанности по передаче товара покупателю. В новых Правилах вопрос остался нерешенным (п. 13), кроме того, появилось дополнительное звено в цепочке заключения сделки, которое обязывает продавца подтвердить заключение договора купли-продажи путём присвоения номера заказа или иного способа идентификации заказа, позволяющего потребителю получить информацию о заключенном договоре розничной купли-продажи и его условиях (п. 14). Эта важная поправка нацелена на то, чтобы обезопасить как продавца, так и покупателя от недопониманий относительно факта заключения договора купли-продажи и момента возникновения обязательств по передаче товара, которые могут возникнуть в процессе онлайн-переписки.

На данный момент Правила продажи товаров по договору розничной купли-продажи от 31.12.2020 в большей степени ориентированы на торговлю через отдельные сайты, чем через страницы и профили. Ввиду этого, по нашему мнению, п. 13 Правил продажи товаров по договору розничной купли-продажи следует конкретизировать и изложить по аналогии со ст. 433 ГК РФ.

Подводя итог, отметим, что продажа товаров дистанционным способом через «Instagram» на практике отличается более упрощённым механизмом совершения сделки в отличие от продажи на отдельных сайтах онлайн-магазинов ввиду мобильности этой интернет-платформы (например, из-за возможности личной переписки с продавцом в «Direct»). Несмотря на выбор платформы для размещения интернет-магазина, предпринимателям следует не забывать об обязательности: государственной регистрации продавца как юридического лица, индивидуального предпринимателя или самозанятого; размещения оферты на сайте интернет-магазина или его странице, если соглашением между продавцом и владельцем агрегатора не предусмотрен иной порядок исполнения такой обязанности; создания авторского контента и получения разрешения на пользование чужим контентом; указания полной и достоверной информации, характеризующей предлагаемый товар, до заключения договора розничной купли-продажи; использования ККТ и иные особенности дистанционного способа продажи товаров.

¹ Постановление Правительства РФ от 27.09.2007 № 612 «Об утверждении Правил продажи товаров дистанционным способом» // Официальный сайт Правительства Российской Федерации. URL: <http://government.ru/docs/all/61326/> (дата обращения: 01.02.2021)

Рыжков Д. И.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Особенности правового режима финансовых платформ

20 июля 2020 года был принят Федеральный закон № 211-ФЗ «О совершении финансовых сделок с использованием финансовой платформы»¹ (далее – Закон о финансовых платформах), который был призван создать отношения по предоставлению информационных услуг потребителям, желающим заключить договоры в финансовой сфере, и, соответственно, размещению на площадке предложений организаций финансовой сферы. Не случайно был выбран термин «создать» отношения, поскольку до принятия Закона о финансовых платформах, соответствующие правоотношения отсутствовали как таковые, в связи с чем возникает вопрос: так ли необходимо было принятие данного Закона и введение такого субъекта как оператор финансовой платформы? В настоящей статье автор приведет свои доводы относительно данного вопроса.

В соответствии с указанным Законом, финансовой платформой является информационная система, обеспечивающая взаимодействие финансовых организаций или эмитентов с потребителями финансовых услуг посредством сети «Интернет» для обеспечения возможности совершения финансовых сделок. Взаимодействие обеспечивается посредством оказания услуг, которые, в свою очередь, оказываются оператором финансовой платформы – юридическим лицом, созданным в форме акционерного общества. Данный оператор финансовой платформы включается в реестр Банка России и не является стороной заключаемых сделок, а лишь оказывает информационные услуги.

Исходя из существа правоотношений явно прослеживается идентичность правовой конструкции с так называемыми агрегаторами – сайтами либо программами, которые предоставляют потребителю в отношении определенной услуги возможность одновременно ознакомиться с предложением продавца о заключении договора возмездного оказания услуг, заключить такой договор, а также произвести предварительную оплату.

Представляется, что причиной, по которой законодатель не описал соответствующие правоотношения в сфере финансовых услуг, путем внесения изменений в нормы об агрегаторах, содержащиеся в Законе № 2300-1 «О защите прав потребителей»² (далее – Закон о защите прав потребителей), заключаются в необходимости особого регулирования отношений в сфере финансового рынка. Ярким примером особого регулирования является установление требований, предъявляемых к оператору финансовой платформы.

1. Оператор финансовой платформы должен быть создан в форме акционерного общества.
2. Обязательное включение Банком России в реестр операторов финансовых платформ.
3. Минимальный размер собственных средств не менее 100 миллионов рублей.
4. Ряд иных требований, связанных с ограничением видов деятельности, состава акционеров и др.

Описание таких требований являлось бы явно излишнем в законе о защите прав потребителей, однако, представляется допустимой возможность использования конструкции агрегаторов в качестве общей нормы для описания таких правоотношений, а специальные требования, в свою очередь, описать в нормативно правовых актах Банка России. При использовании такого способа регулирования законодатель мог бы дополнительно подчеркнуть его направленность на защиту прав потребителя.

Возвращаясь к вопросу о целесообразности применения правовой конструкции финансовой платформы, в сфере финансовых правоотношений стоит выделить то, что использование оператора, как посредника при заключении договоров на финансовом рынке, представляется совершенно несостоятельным. Согласно закону о финансовых платформах, потребитель может заключить следующие виды сделок:

- по предоставлению банковский услуг;

¹ Федеральный закон от 20.07.2020 № 211-ФЗ «О совершении финансовых сделок с использованием финансовой платформы»

² Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей» (ред. от 08.12.2020)

- по предоставлению страховых услуг;
- по предоставлению услуг на рынке ценных бумаг;
- по предоставлению иных услуг финансового характера.

Возможно, законодатель, увидев успех и широкое распространение агрегаторов в иных сферах, поспешил установить регулирования и для финансовой, однако, совершенно очевидно, что именно круг совершаемых сделок совершенно различается по своей природе. Например, наибольшей популярностью на данный момент пользуются агрегаторы транспортных услуг, поскольку довольно удобно заказать такси чтобы доехать из точки А в точку Б, либо использовать агрегатор в сфере доставки пищи. В данных примерах использование информационной платформы позволяет человеку удовлетворить разовые потребности, заключить договор, который будет исполнен в максимально короткий срок и не будет иметь длящихся последствий в будущем.

В случае же с финансовыми услугами мы видим в первую очередь очевидно длящиеся правоотношения, например: открытие банковского счета, получение кредита, заключение договора страхования и иные. Ведь крайне редко среднестатистический потребитель, открыв счет в банке, сразу побежит открывать счет в другом, либо застраховавшись у одного страховщика, потребитель сразу пойдет к иному. Даже в редких случаях, когда такое случается, лицо скорее потратит время на самостоятельное изучение условий соответствующих договоров в банках, поскольку речь, при заключении данных договоров, идет о значительно более высоких суммах, чем при заключении сделок у агрегаторов нефинансовых услуг.

Следующим аргументом является сложность заключаемых финансовых сделок относительно иных рынков. Например, условия договора перевозки предельно просты, а вот условия договоров банковского вклада, и тем более – кредитных договоров, могут существенно отличаться. Сложно представить человека, который в нынешнее время не будет читать пункты, указанные в договоре мелким шрифтом, а это, безусловно, лучше делать в отделении банка, или как минимум в официальном приложении соответствующей организации финансовой сферы. Более того, ситуация на рынке такова, что банк всеми силами старается обеспечить клиента максимально возможным числом услуг самостоятельно, либо с помощью дочерних компаний. Банки зачастую «злоупотребляют» своим положением и стараются навязать клиенту как можно больше договоров, например, при заключении договора банковского вклада, настойчиво предлагалось заключить, например, договор страхования жизни. Такова политика банков и, зачастую, потребитель находит ее полезной, ведь гораздо проще осуществлять переводы по счетам семьи, открытых в одном банке чем в нескольких.

Далее мы подходим к следующему аргументу, который состоит в особой ситуации на рынке финансовых услуг. У каждого банка, страховой организации есть мобильное приложение, через которое максимально облегчено взаимодействие клиент – организация и, как уже было отмечено ранее, каждая организация старается охватить максимально большой спектр оказываемых финансовых услуг. Политика таких организаций направлена не просто на длительное сопровождение одного договора с клиентом, но и вовлечение его в как можно более широкий круг отношений. Возможности финансовой платформы в данном случае также представляются ограниченными. Вся цепочка правоотношений будет заключаться в том, что клиент, увидев информацию о той или иной услуге, будет скачивать приложение одного или нескольких банков, и на этом его отношения с финансовой платформой закончатся. Оппоненты скажут, но ведь насколько проще будет, если финансовая платформа станет универсальным приложением для взаимодействия со всеми банками, где можно будет заключить договор на оказание любой услуги с любой организацией. На наш взгляд, ответ на данный вопрос очевиден: крупные организации на это не пойдут. В первую очередь, – из-за существа правоотношений – одно дело транспортные услуги, где клиент зачастую находится в заблуждении, полагая что услугу ему оказывает сам агрегатор. Организации, оказывающей услугу совершенно не важно развитие собственного бренда, на финансовом же рынке ситуация совершенно противоположная. Общеизвестно, что банки (как самый яркий пример организаций, оказывающих финансовые услуги) вкладывают огромные деньги в развитие собственного бренда, и невозможно представить себе ситуацию, при которой они откажутся от собственного продвижения, отдав маркетинг на откуп финансовой платформе.

Таким образом, автор привел ряд аргументов, говорящих о том, что такое нововведение как финансовая платформа не имеет далеко идущих перспектив, в силу сложившейся устойчивой практики на финансовом рынке.

Подтверждением этого служит сам реестр операторов финансовых платформ, размещенный на сайте Банка России. В реестре, на 29.01.2021, содержится всего три оператора финансовых платформ, которые, в свою очередь, содержат очень узкий перечень услуг, размещенных финансовыми организациями. Также, при анализе соответствующих интернет – сайтов, обнаруживается, что на них размещают свои услуги лишь малое число банков, совсем неизвестных на рынке.

Рязанова А. Р.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

аспирант

Правовые основы введения Российской Федерацией ограничительных мер

В последние несколько лет Европейский Союз, США и ряд других государств и их объединений в одностороннем порядке вводят ограничительные меры, или так называемые санкции¹, в отношении российских физических и юридических лиц из-за якобы неправомерных действий со стороны России. Иностранные государства продолжают расширять ограничительные меры. Так, в январе 2021 г. Министерство финансов США включило в санкционный список участников строительства газопровода «Северный поток-2»².

Российская Федерация, в свою очередь, принимает меры, направленные на ограничение экономической деятельности с участием иностранных лиц. Такие меры принимаются во исполнение резолюций Совета Безопасности ООН, в ответ на введение ограничительных мер иностранными государствами в отношении российских лиц или в ответ на международное противоправное деяние.

Правовые основы введения ограничительных мер в Российской Федерации определены в Гражданском кодексе РФ (далее – ГК РФ). Согласно п. 2 ст. 1 ГК РФ допускается ограничение гражданских прав на основании федерального закона в мере, необходимой для защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны и безопасности государства. Например, в ст. 1194 ГК РФ предусматривается введение Правительством РФ реторсий – ответных ограничений прав граждан и юридических лиц иностранных государств, которые ввели специальные ограничения прав российских граждан и юридических лиц.

Помимо реторсий российское законодательство предусматривает иные виды ограничительных мер: принудительные меры, специальные экономические меры, ответные меры во внешней торговле, меры воздействия (противодействия) на недружественные действия иностранных государств и т.д.

В соответствии ст. 40 Федерального закона от 8 декабря 2003 г. № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» (далее – Закон о внешнеторговой деятельности) Правительство РФ уполномочено ввести ответные меры, ограничивающие внешнюю торговлю товарами, услугами и интеллектуальной собственностью в случаях совершения иностранным государством определенных действий или бездействия, перечисленных в ч. 1 ст. 40 Закона. Например, в июле 2018 г. в ответ на повышение США пошлин на сталь и алюминий были повышены ставки ввозных таможенных пошлин на некоторые товары из США³.

На основании Федерального закона от 30 декабря 2006 г. № 281-ФЗ «О специальных экономических мерах и принудительных мерах» (далее – Закон о специальных экономических мерах) возможно введение принудительных мер (во исполнение резолюций Совета Безопасности ООН), а также специальных экономических мер (по решению

¹ В настоящей статье термины «санкции» и «ограничительные меры» используются как синонимы. Отметим, что в доктрине международного права ведется дискуссия о правомерности использования термина «санкции» применительно к односторонним принудительным мерам государств. Подробнее см.: Дораев, М. Г. Экономические санкции в праве США, Европейского Союза и России : монография / М. Г. Дораев. -Науч. изд. -М. : Инфотропик Медиа, 2016. С. 29–31.

² An official website of the United States Government. URL: <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/recent-actions/20210119> (дата обращения: 10.02.2021).

³ Постановление Правительства РФ от 6 июля 2018 г. № 788 «Об утверждении ставок ввозных таможенных пошлин в отношении отдельных товаров, страной происхождения которых являются Соединенные Штаты Америки».

Президента РФ). Специальные экономические меры вводятся на определённый период в целях устранения или минимизация угрозы нарушений прав и свобод российских граждан или обеспечения интересов и безопасности России при возникновении совокупности обстоятельств, требующих безотлагательной реакции на международное противоправное деяние либо на недружественное действие иностранного государства.

Примерами специальных экономических мер является запрещение или ограничение внешнеэкономических операций, изменение таможенных пошлин, запрещение или ограничение захода судов в российские порты. Так, в 2014 году был ограничен ввоз на территорию России отдельных видов сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия, страной происхождения которых является государство, которое ввело или присоединилось к экономическим санкциям против российских лиц¹. В 2015 году в связи с уничтожением российского бомбардировщика Су-24 специальные экономические меры были введены против Турции².

Одним из последних законов, регулирующих вопросы введения ограничительных мер, является Федеральный закон от 4 июня 2018 г. № 127-ФЗ «О мерах воздействия (противодействия) на недружественные действия Соединенных Штатов Америки и иных иностранных государств» (далее – Закон о противодействии недружественным действиям). Меры воздействия (противодействия) – это меры, вводимые Правительством РФ по решению Президента РФ в целях защиты интересов, безопасности, суверенитета и территориальной целостности РФ, прав и свобод российских лиц от недружественных действий иностранных государств или иных действий, представляющих угрозу территориальной целостности РФ или направленных на экономическую и политическую дестабилизацию РФ.

Меры воздействия (противодействия) могут быть введены в отношении как самого недружественного иностранного государства, которое совершило недружественные действия в отношении РФ или российских лиц, так в отношении организаций, находящихся под его юрисдикцией или прямо/косвенно подконтрольных ему или аффилированных с ним, а также должностных лиц и граждан такого государства.

Перечень мер воздействия (противодействия), данный в Законе, является открытым: экспортно-импортные запреты и ограничения, ограничения на выполнение обязательств для обеспечения нужд государства и т.д. Например, в 2018 г. в ответ на недружественные действия Украины против лиц, включенных в списки, были приняты меры по замораживанию безналичных денежных средств, бездокументарных ценных бумаг и имущества на территории РФ, а также запрещению вывода капитала за пределы России³.

Несоблюдение российскими лицами запретов и ограничений, установленных в соответствии с Законом о противодействии недружественным действиям иностранных государств, является основанием для привлечения к административной ответственности. Например, компании был назначен административный штраф по ст. 14.2 КоАП РФ за продажу резиновых грелок, изготовленных на Украине, в нарушение запрета на ввоз в РФ товаров из Украины⁴. В другом деле компанию привлекли к ответственности по ст. 16.3 КоАП РФ за несоблюдение запретов на вывоз товаров, а именно транзит угля через Украину без разрешения Минэкономразвития РФ на экспорт⁵.

¹ Указ Президента РФ от 6 августа 2014 г. № 560 «О применении отдельных специальных экономических мер в целях обеспечения безопасности Российской Федерации». Указом Президента РФ от 21 ноября 2020 № 730 действие данных мер было продлено до конца 2021 г.

² Указ Президента РФ от 28 ноября 2015 г. № 583 «О мерах по обеспечению национальной безопасности Российской Федерации и защите граждан Российской Федерации от преступных и иных противоправных действий и о применении специальных экономических мер в отношении Турецкой Республики».

³ Постановление Правительства РФ от 1 ноября 2018 г. № 1300 «О мерах по реализации Указа Президента Российской Федерации от 22 октября 2018 г. № 592». Список данных лиц был расширен Постановлением Правительства РФ от 11 февраля 2021 г. № 153 // СПС «КонсультантПлюс»

⁴ Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 2 марта 2020 г. № Ф08-612/2020 по делу № А53-24100/2019 // СПС «КонсультантПлюс»

⁵ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 14 декабря 2020 г. № 09АП-62801/2020 по делу № А40-100059/2020 // СПС «КонсультантПлюс»

Названными федеральными законами не исчерпываются все виды ограничительных мер в отношении субъектов предпринимательской деятельности, которые могут быть приняты в Российской Федерации¹. Кроме того, в российском законодательстве постепенно формируется комплекс норм, принятых в целях поддержки российских граждан и юридических лиц, попавших под действие иностранных ограничительных мер.

Ряд мер поддержки связан с обязанностью по раскрытию информации. В 2018 году обществам с ограниченной ответственностью было предоставлено право не осуществлять раскрытие (предоставление) информации о крупных сделках и сделках с заинтересованностью, заключенных с российскими лицами, против которых введены иностранные ограничительные меры². Право не раскрывать информацию (или ограничить ее объем) в случае введения иностранных ограничительных мер также было предоставлено кредитным организациям³ и эмитентам ценных бумаг⁴. В 2019 году юридическим лицам, зарегистрированным в Крыму, а также подвергнутым иностранным ограничительным мерам, было разрешено скрывать некоторые сведения, подлежащие обязательной публикации в ЕГРЮЛ (например, о учредителях (участниках), полученных лицензиях)⁵.

В 2020 году были внесены изменения в Арбитражный процессуальный кодекс РФ (далее – АПК РФ), направленные на защиту прав лиц, находящихся под действием иностранных ограничительных мер. Статья 248.1 АПК РФ предусматривает исключительную компетенцию арбитражных судов РФ по спорам с участием лиц, против которых приняты иностранные ограничительные меры, а также по спорам, основанным на введении иностранных ограничительных мер. Статья 248.2 АПК РФ предоставляет таким лицам право обратиться с заявлением о запрете инициировать (продолжать) разбирательство в иностранном суде или международном коммерческом арбитраже за пределами РФ.

Таким образом, на сегодняшний день в российском праве сложилась нормативная база для введения ответных ограничительных мер в отношении иностранных лиц и для поддержки российских лиц, попавших под действие иностранных санкций. Однако правовое регулирование в данной области носит бессистемный характер. Так, основания введения ограничительных мер и их конкретные формы могут пересекаться (например, изменение таможенных пошлин может быть как специальной экономической мерой, так и ответным ограничением во внешней торговле).

Самохина А. Н.

*Финансовый университет при Правительстве РФ,
магистрант*

Формы участия государства в государственно-частном партнерстве и способы защиты прав сторон

Растущая потребность государства в частных инвестициях порождает интерес к инструментам государственно-частного партнерства. Термин «государственно-частное партнерство» (далее – ГЧП) охватывает различные формы сотрудничества публично-правовых образований и частных инвесторов в процессе исполнения государственных задач.

В российском законодательстве⁶ понятие ГЧП используется только в отношении соглашения о государственно-частном партнерстве (соглашения о муниципально-частном партнерстве), выступающих лишь одной из договорных форм реализации ГЧП на практике.

В науке устоялся более широкий подход к пониманию ГЧП, согласно которому данный термин охватывает собой все отношения, которые связаны с долгосрочным сотрудничеством публичного субъекта и частных инвесторов для

¹ Например, ФЗ от 19 июля 1998 г. № 114-ФЗ «О военно-техническом сотрудничестве Российской Федерации с иностранными государствами» // СПС «КонсультантПлюс»

² Постановление Правительства РФ от 15 января 2018 № 10 // СПС «КонсультантПлюс»

³ Постановление Правительства РФ от 23 ноября 2018 г. № 1403, № 1404, № 1405.

⁴ Постановление Правительства РФ от 4 апреля 2019 г. № 400.

⁵ Постановление Правительства РФ от 6 июня 2019 г. № 729.

⁶ Федеральный закон от 13 июля 2015 г. № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Рос. газ., № 156, 17.07.2015

решения общественно значимых задач¹. Существует и противоположная точка зрения, согласно которой термин ГЧП используется, чтобы скрыть истинный смысл отношений – приватизацию и стремление вовлечь частные предприятия в процесс исполнения государственных задач².

Сегодня при реализации проектов ГЧП используются различные модели и механизмы сотрудничества публичного и частного партнеров. Обобщенно можно выделить две основные формы ГЧП: институциональную (корпоративную) и договорную (контрактную)³. В зависимости от целей и объекта инвестирования, государство выбирает ту модель, которая наиболее соответствует целям конкретного проекта. Выбор той или иной формы предопределяет и способы защиты прав и законных интересов сторон.

Договорная модель ГЧП опосредует объединение усилий публичного и частного партнеров теми договорными механизмами, которые предусмотрены законодательством. К ним относятся соглашение о государственно-частном партнерстве (муниципально-частном партнерстве), концессионное соглашение, соглашение о разделе продукции, специальный инвестиционный контракт и другие. Согласно статистическим данным, приведенным Минэкономразвития, на практике стороны чаще обращаются к такой классической форме ГЧП как коммерческая концессия⁴.

Договорная модель ГЧП предоставляет сторонам широкий перечень гражданско-правовых способов защиты нарушенных и (или) оспариваемых прав, в том числе возможность признать сделку недействительной, присудить к исполнению обязанности в натуре, возмещение убытков, взыскание неустойки и другие способы, предусмотренные Гражданским кодексом РФ⁵ и другими законами.

Вместе с тем, наличие публичного интереса предопределяет споры относительно характера подобных соглашений. Так, например, Арбитражным судом Московского округа было отменено решение суда первой инстанции, указывающее на неарбитрабельность споров из отношений ГЧП⁶.

Противоречивая практика сложилась в отношении так называемой «бюджетной защищенности» ГЧП-проектов⁷. Так, например, Семнадцатый арбитражный апелляционный суд пришел к выводу, что отсутствие бюджетных средств не является основанием для неисполнения публичной стороной концессионного соглашения⁸. К противоположному выводу пришел Арбитражный суд Северо-Западного округа, подтвердивший позиции судов первой и апелляционной инстанции о том, что законодательство допускает прекращение реализации проекта с планируемым использованием бюджетных средств в случае их отсутствия⁹.

О публичном начале свидетельствует также и то, что к финансированию публичным партнером расходов применяется бюджетное регулирование субсидий. Данная позиция нашла подтверждение в практике Арбитражного

¹ Ханс Ван Хам. Построение государственно-частного партнерства: оценка и управление рисками в развитии инфраструктуры порта / Ханс Ван Хам, Джуп Коппенджан // *Public Management Review*. 2001. № 3 (4), С. 593–616 // URL: <https://clck.ru/TGTEz> (дата обращения: 13.02.2021).

² Савас Э. С. Приватизация и государственно-частное партнерство // Э. С. Савас. – Нью-Йорк: Chartman House Publishers. – 2000 – 368 с.

³ Милославский В. Г. Государственно-частное партнерство как фактор политической стабильности и социального развития / В. Г. Милославский. Казань : Бук, 2018. 108 с.

⁴ О развитии государственно-частного партнерства в Российской Федерации: информационно-аналитический обзор Министерства экономического развития Российской Федерации, 2020 // URL: <https://clck.ru/MKTmA> (дата обращения: 13.02.2021).

⁵ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // Российская газета – 1994 – № 238-239.

⁶ Архив Арбитражного суда Московского округа за 2017 г. Архивное дело А40-93716/2017 // URL: <https://clck.ru/MZt3z> (дата обращения: 19.03.2020).

⁷ Еганян А. Инвестиции в инфраструктуру: Деньги, проекты, интересы. ГЧП, концессии, проектное финансирование / А. Еганян. М. : Альпина, 2015. 714 с.

⁸ Архив Семнадцатого арбитражного апелляционного суда за 2016 г. Архивное дело А50-15080/2016 // URL: <https://clck.ru/MPKiE> (дата обращения: 10.02.2021).

⁹ Архив Арбитражного суда Северо-Западного округа за 2019 г. Архивное дело А42-4526/2018 // URL: <https://clck.ru/MP3h7> (дата обращения: 10.02.2021).

суда Западно-Сибирского округа, которым было установлено, что выплата субсидий имеет публично-правовой характер, и договорное оформление спорных правоотношений не влечет правовых последствий¹.

Таким образом, публичные субъекты, вступая в правоотношения с частным партнером, помимо частноправовых средств защиты обладают и теми, которые направлены на защиту публичного интереса.

Институциональная модель ГЧП, в свою очередь, используется для создания новых совместных организационных структур:

1. образования акционерного общества, где государство обладает пакетом акций (в том числе приобретение государством статуса мажоритарного акционера);

2. совместного создания публично-правовым образованием и частной стороной общества с ограниченной ответственностью.

При использовании институциональной модели ГЧП происходит изменение структуры капитала организации и перераспределение прав управления между сторонами. Самостоятельность деятельности частного субъекта ограничена правами управления, принадлежащими публичной стороне.

Отличительными чертами данной модели являются:

1. вторжение государства в отношения собственности частного субъекта;
2. участие государства в текущей хозяйственной деятельности организации;
3. долгосрочный характер отношений.

Помимо прямого участия, законодатель предусматривает возможность косвенного участия государства в управлении хозяйственным обществом, посредством участия в его уставном капитале через другие, подконтрольные государству, юридические лица. Такими подконтрольными лицами на практике выступают акционерные общества со стопроцентной долей государственного участия и государственные компании (государственные корпорации). В таком случае, материнские организации получают возможность управления юридическим лицом, вне обязательных для публичных образований процедур, что позволяет им самостоятельно воздействовать на производственно-хозяйственную и организационную деятельность организации.

Вопрос о целесообразности использования данной модели активно обсуждается исследователями различных стран. Отмечается, что участие государства в хозяйственных обществах способствует решению социальных задач, обеспечению стабильности и защите публичных интересов в ключевых отраслях экономики². В то же время, интересы коммерческой организации, выражающиеся в получении прибыли, не всегда совпадают с интересами государства как субъекта, обеспечивающего реализацию национальных целей.

Способы защиты прав участников данной формы ГЧП закреплены в специальных законах о юридических лицах. К ним относятся правомочия по лишению или ограничению корпоративных прав, исключению из юридического лица, признанию недействительными актов органов управления, возложению дополнительных обязанностей на участников организации и другие. Перечисленные способы защиты являются частноправовыми, поскольку публичные образования наравне с гражданами и юридическими лицами принимают участие в управлении компанией. Вместе с тем, государство, выступая в качестве публичного собственника, может пользоваться и специальными способами защиты. Например, публично-правовое образование, являясь акционером, оценивает отношения, в которые вступает общество, на предмет целесообразности использования денежных средств.

Подводя итог, еще раз обратим внимание на существование различных форм сотрудничества государства и представителей бизнеса. Условно совокупность таких форм может быть сгруппирована в две группы: институциональные механизмы участия государства в государственно-частном партнерстве и договорные механизмы. Многообразие таких способов позволяет участникам выбрать ту форму, которая наиболее соответствует целям проекта и интересам сторон. Вместе с тем, анализируя складывающуюся практику, можно заметить отсутствие единообразия по

¹ Архив Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 2016 г. Архивное дело А45-8307/2015 // URL: <https://clck.ru/MP3h7> (дата обращения: 10.02.2021).

² Молотников А. Е., Текутьев Д. И. Правовые проблемы участия государства в акционерных обществах / А. Е. Молотников, Д. И. Текутьев // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2012. № 7. С. 34–44.. URL: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=17829584>

вопросам, затрагивающим публичные интересы. На наш взгляд, для более активного привлечения инвестиций со стороны частных партнеров необходимо обеспечить установление единообразия судебной практики и единство правовых позиций, как основы для эффективного взаимодействия государства и бизнеса.

Сидоренко О. А.

*Крымский федеральный университет имени В.И. Вернадского,
студент*

Внесудебное банкротство гражданина в Российской Федерации

Институт банкротства на сегодняшний день существует практически во всех странах мира. В первую очередь это обусловлено интенсивным развитием глобализации и внедрением современных рыночных механизмов. Так, в условиях глобализации нередко возникают экономические кризисы, как на национальном, так и на мировом уровне. Более того, возникают серьёзные экономические дисбалансы между секторами экономики на всех уровнях хозяйственных связей. Таким образом, со стороны представителей власти необходима максимально быстрая и незамедлительная реакция на изменяющиеся условия в мире. Так, в условиях пандемии в 2020 году значительно увеличилось число лиц, не имеющих возможности исполнить свои обязательства, ввиду отсутствия денежных средств.

Согласно статистическим данным Единого федерального реестра юридически значимых сведений о фактах деятельности юридических лиц, индивидуальных предпринимателей и иных субъектов экономической деятельности (далее – Федресурс), то исходя из сообщений, которые были поданы арбитражными управляющими в Федресурс, с января по июнь 2020 года число судебных решений о признании граждан несостоятельными, включая индивидуальных предпринимателей, выросло до 42 718. При этом в период с января по июнь 2019 года, количество судебных решений составляло 29 014. В первом квартале 2020 года прирост составил 68 %, а именно 22 356 человек¹. Более того, стоит обратить внимание на высказывание руководителя проекта Федресурс – Алексея Юхнина, который отметил, что интерес граждан к освобождению от долгов через личное банкротство постоянно растет, ввиду того, что процедуры становятся понятнее и дешевле, а граждане стали более информированными. В том числе он указал на то, что в перспективе количество банкротств будет увеличиваться за счет должников, чье финансовое положение ухудшилось за время пандемии. В связи с этим и в начале 2021 года он ожидает удвоение новых банкротств¹. Проблема увеличения количества банкротств не в том, что это новое явление, которое ранее не было известно обществу, т.к. фактически история развития института личной несостоятельности человека известна еще в Ветхозаветные времена, а также прослеживается в нормах Римского права, а в том, что при изменении человеческих возможностей, стиля жизни, внедрения новых информационных технологий, невозможно выработать единые стандарты, которые бы позволили объективно оценивать обстоятельства личной несостоятельности должника².

Как известно, институт банкротства гражданина был введен с 1 октября 2015 года Федеральным законом «Об урегулировании особенностей несостоятельности (банкротства) на территориях Республики Крым и города федерального значения Севастополя и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 29.06.2015 № 154-ФЗ (далее – Закон № 154-ФЗ)³. Так, это было вызвано необходимостью, как для

¹ Зубков И. В России отмечен всплеск числа решений о банкротствах граждан / И. Зубков – // Российская газета: интернет-портал. URL: <https://rg.ru/2020/07/07/v-rossii-otmechen-vsplesk-chisla-reshenij-o-bankrotstavah-grazhdan.html> (дата обращения: 30.01.2021).

² Ермаков С. Л. Внесудебное банкротство российских граждан: панацея или кабала? / С. Л. Ермаков. – Текст : электронный // Сборник научных трудов участников XI Международной Кондратьевской конференции. 2020. С. 528–530. URL: <https://elibrary.ru/item.asp?id=44367624&> (дата обращения: 30.01.2021). – Научная электронная библиотека eLIBRARY.RU.

³ Об урегулировании особенностей несостоятельности (банкротства) на территориях Республики Крым и города федерального значения Севастополя и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации: Федеральный закон № 154-ФЗ: [принят Государственной думой 19 июня 2015 г. : одобрен Советом Федерации 24 июня

банковского сектора, так и для самих граждан, которые, имея значительное количество долгов перед кредиторами, не имели возможности освободить себя от денежных обязательств, ввиду объективных причин.

Как было отмечено нами ранее, исходя из анализа статических данных Федресурса, с января по июнь 2020 года число судебных решений о признании граждан несостоятельными возросло на 47,2 %¹. Таким образом, можно сделать вывод, что при таких обстоятельствах назрела необходимость введения так называемого «социального», то есть внесудебного банкротства граждан. Так, Н.Н. Надёжин, Е.Е. Новопавловская считают, что в Российской Федерации назрела необходимость осуществления законодательных корректировок в части установления особенностей регламентации осуществления экономической деятельности в кризисных условиях, чтобы большинство конституционных норм в сфере предпринимательской деятельности не «превращались» в своеобразную фикцию².

1 сентября 2020 года вступил в силу Федеральный закон от 31 июля 2020 г. № 289-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части внесудебного банкротства гражданина» (далее – Закон № 289-ФЗ)³. Данный федеральный закон в правовое поле Российской Федерации новый институт – внесудебное банкротство гражданина. Его основное назначение – это снижение нагрузки на суды, а также повышение доступности и упрощение процедуры признания гражданина банкротом.

Стоит отметить, что законопроект Закона № 289-ФЗ был внесен в Государственную Думу депутатом Николаевым Н.П. еще 12 сентября 2019 года, однако Совет Федерации одобрил данный законопроект только 24 июля 2020 года. В Пояснительной записке к проекту федерального закона № 792949-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» в части внесудебного банкротства гражданина» предлагалось сопровождение внесудебного порядка банкротства возложить на арбитражного управляющего⁴. Однако, как мы можем увидеть, исходя из анализа Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» от 26.10.2002 № 127-ФЗ (далее – Закон № 127-ФЗ), что заявление о признании гражданина банкротом во внесудебном порядке подается в многофункциональный центр предоставления государственных и муниципальных услуг (далее – МФЦ). В частности, данное положение конкретизировано пунктом 1 статьи 223.2 Закона № 127-ФЗ и статьями 1 и 4 Закона № 289-ФЗ, а именно гражданин вправе ходатайствовать о признании его банкротом во внесудебном порядке, путем подачи заявления в МФЦ, но при соблюдении определенных условий⁵.

Во-первых, абзацем 4 пунктом 2 статьей 4 Закона № 127-ФЗ установлено, что общая сумма денежных обязательств гражданина должна составлять не менее 50 тысяч рублей и не более 500 тысяч рублей, включая обязанности по уплате обязательных платежей, а также обязательства, которые еще не наступили, в том числе обязательства по выплате алиментов и по договору поручительства, независимо от просрочки платежа основного должника. При этом имущественные и финансовые санкции не учитываются⁸.

2015 г.]. – // СПС «КонсультантПлюс»: URL: <http://www.consultant.ru/> [сайт]. URL:

http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_181701/ (дата обращения: 31.01.2021).

¹ Зубков И. В России отмечен всплеск числа решений о банкротствах граждан / И. Зубков – // Российская газета: интернет-портал. URL: <https://rg.ru/2020/07/07/v-rossii-otmechen-vsplek-chisla-reshenij-o-bankrotstvah-grazhdan.html> (дата обращения: 30.01.2021).

² Надёжин Н. Н., Новопавловская Е. Е. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации о праве собственности и экономической свободе предпринимательской деятельности // Вестник Калининградского филиала Санкт-Петербургского университета МВД России. 2016. № 3 (45). С. 56–60.

³ О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части внесудебного банкротства гражданина: Федеральный закон № 289-ФЗ: [принят Государственной думой 21 июля 2020 г. : одобрен Советом Федерации 24 июля 2020 г.]. – // СПС «КонсультантПлюс»: URL: <http://www.consultant.ru/> [сайт]. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_358781/ (дата обращения: 31.01.2021).

⁴ Официальный сайт Государственной думы. – . URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/792949-7> // (дата обращения: 30.01.2021).

⁵ О несостоятельности (банкротстве): Федеральный закон № 127-ФЗ: с изм. от 30.12.2020 : [принят Государственной думой 27 сентября 2002 г. : одобрен Советом Федерации 16 октября 2002 г.]. – // СПС «КонсультантПлюс»: URL: <http://www.consultant.ru/> [сайт]. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_39331/ (дата обращения: 31.01.2021).

Во-вторых, на момент подачи заявления в отношении должника должно быть окончено исполнительное производство, которое связано с возвратом исполнительного документа взыскателю ввиду отсутствия имущества у должника, на которое может быть обращено взыскание, а также не должно быть возбуждено иного исполнительного производства¹.

В том числе в законе есть прямая оговорка о том, что для признания гражданина во внесудебном порядке банкротом, больше никаких условий не нужно. Рассмотрение такого заявления осуществляется бесплатно, о чем указано в пунктах 2, 4 статьи 223.2, а также в пункте 1 статьи 223.7 Закона № 127-ФЗ. Бесплатное рассмотрение такого заявления позволяет социально поддерживать неплатежеспособных граждан. Процедура рассмотрения данного заявления производится следующим образом: на основании информации из базы данных в исполнительном производстве, МФЦ в течение трех рабочих дней включает информацию о возбуждении внесудебного производства по делу о банкротстве гражданина в Единый федеральный реестр сведений о банкротстве². После того, как бесплатная процедура банкротства была начата, в силу вступает ряд ограничений: мораторий на удовлетворение требований кредиторов по денежным обязательствам и уплату обязательных платежей, при некоторых исключениях; приостановление начисления неустоек и других финансовых санкций; приостановление принудительного обращения взыскания на имущество, за исключением, например, алиментов; гражданин не вправе получать ссуды и кредиты, выдавать поручительства, а также заключать иные сделки с обеспечением. Однако, если в ходе внесудебного банкротства имущественное положение гражданина значительно улучшается, то ему необходимо об этом уведомить МФЦ в течение пяти рабочих дней. Внесудебное банкротство длится шесть месяцев и по окончании процедуры гражданин освобождается от дальнейшего исполнения требований кредиторов¹⁰.

Таким образом, проанализировав основные аспекты института внесудебного банкротства, стоит отметить, что введение упрощенного порядка списания долгов и признания физического лица несостоятельным позволит преодолеть экономические проблемы, осложненной ситуацией с пандемией. Более того, внедрение данного института в правовое поле Российской Федерации будет способствовать снижению нагрузки на суды, повышению доступности и эффективности банкротства для граждан.

Смагулов Э. Р.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
магистрант*

Подтверждение требования кредитора в деле о банкротстве судебным актом и субординация: некоторые вопросы судебной практики

Кредиторы часто проводят отдельные судебные процессы для «просуживания» имеющейся задолженности, чтобы обеспечить включение в РТК требований дружественных по отношению к должнику кредиторов, в том числе в целях проведения контролируемого банкротства или возврата внутригруппового финансирования.

Согласно судебной практике, при рассмотрении в деле о банкротстве кредиторских судом применяется повышенный стандарт доказывания³. В таких случаях кредиторы должны: 1) представить ясные и убедительные доказательства наличия и размера задолженности; 2) опровергнуть наличие у такой задолженности корпоративной природы в целях устранения сомнений в реальности требования и его правовой природе.

¹ О несостоятельности (банкротстве): Федеральный закон № 127-ФЗ: с изм. от 30.12.2020 : [принят Государственной думой 27 сентября 2002 г. : одобрен Советом Федерации 16 октября 2002 г.]. – // СПС «КонсультантПлюс»: URL: <http://www.consultant.ru/> [сайт]. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_39331/ (дата обращения: 31.01.2021).

² О несостоятельности (банкротстве): Федеральный закон № 127-ФЗ: с изм. от 30.12.2020: [принят Государственной думой 27 сентября 2002 г. : одобрен Советом Федерации 16 октября 2002 г.]. – // СПС «КонсультантПлюс»: URL: <http://www.consultant.ru/> [сайт]. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_39331/ (дата обращения: 31.01.2021).

³ См.: определения ВС РФ от 04.06.2018 № 305-ЭС18-413, от 17.05.2019 № 302-ЭС19-5458, от 23.04.2019 № 309-ЭС19-4473 [и др.] // СПС «КонсультантПлюс»

При заявлении возражений о притворном характере сделки, на которой основано кредиторское требование, судам следует перераспределять бремя доказывания с тем расчетом, чтобы заявитель раскрыл реальную природу обязательства и, таким образом, характер действительных правоотношений сторон.

Здесь необходимо отметить интересные выводы судов о том, что решение суда в рамках самостоятельного искового производства (боковой процесс применительно к делу о банкротстве), подтверждающее требование аффилированного с должником кредитора, не имеет преюдициального значения в части правовой оценки обстоятельств дела для рассмотрения требования АДЛ.

Так, в одном из дел суд указал, что делах о банкротстве арбитражный суд самостоятельно оценивает обоснованность заявленных требований кредиторов и вне зависимости от доводов лиц, участвующих в деле, должен оценить действительность требования о включении в РТК¹. В другом деле суд кассационной инстанции отметил недопустимость формального подхода при рассмотрении обособленных споров об установлении требований кредиторов должника в РТК², напомнив, что правовая оценка отношений, данная СОЮ, не исключает возможности иной правовой оценки тех же отношений арбитражными судами в деле о банкротстве³.

В то же время на практике суды, особенно по делам о потребительском банкротстве, не всегда подробно исследуют основания возникновения требования кредитора, основанного на решении суда, а именно – правовую природу требования и обстоятельства рассмотрения спора в деле.

Так, автор столкнулся со следующей правовой проблемой. Арбитражный суд, рассматривавший дело о банкротстве, включил требования кредитора (физическое лицо) в РТК должника (физическое лицо) на основании решения СОЮ по делу о взыскании денежных средств по договору займа (*дело № А40-24731/2020*).

При этом, иницируя процесс в СОЮ, кредитор известил должника по устаревшему почтовому адресу, по которому должник уже долгое время не проживал, о чем кредитору было известно. В этой связи должник лишился возможности представить возражения и свою позицию суду. В итоге СОЮ не исследовал природу выданного займа и взыскал с должника денежные средства.

Суть проблемы в данном случае состоит в надлежащем разрешении спора по требованию кредитора из договора займа в деле о потребительском банкротстве в ситуации, когда такой договор займа опосредовал отношения по финансированию совместного предприятия кредитора и должника (договор займа являлся одним из ряда договоров займа в рамках схемы по финансированию совместного предприятия должника и кредитора, которая предполагала выдачу как личных, так и корпоративных займов). С одной стороны, применение к такому требованию доктрины субординации не совсем очевидно хотя бы потому, что речь идет о потребительском банкротстве. С другой стороны, требование баланса интересов предполагает в отношениях несостоятельности такое распределение кредиторов в соответствующей очередности, которое учитывает в том числе характер их правовой и фактической связи с должником.

На наш взгляд, для выработки соответствующего решения в анализируемой ситуации необходимо исходить из следующего. В первую очередь в указанной ситуации возникает вопрос: какой правовой природой обладает указанный договор займа, обязательственной или корпоративной? И какие последствия в деле о банкротстве гражданина все же может иметь квалификация требования, основанного на таком договоре, в случае определения его правовой природы в качестве корпоративного финансирования в деле о банкротстве гражданина: будет ли такое требование субординировано, или же данный заем следует признавать притворной сделкой и отказывать во включении в реестр?

Современная доктрина и практика в области применения института субординации не признает возможность субординации требования АДЛ в деле о банкротстве гражданина по аналогии с делами о банкротстве юридических лиц. Как отмечают А.И. Шайдуллин и Р.Т. Мифтахутдинов, в делах о банкротстве граждан речь может идти только о

¹ Постановление АС Московского округа от 27.05.2019 № Ф05-6962/2019 [и др.] // СПС «КонсультантПлюс»

² Постановление АС Северо-Кавказского округа от 18.03.2020 № Ф08-1930/2020, см. также постановление АС Московского округа от 18.12.2017 № Ф05-7542/2017 [и др.] // СПС «КонсультантПлюс»

³ Определение ВС РФ от 14.06.2016 № 309-ЭС16-1553 [и др.] // СПС «КонсультантПлюс»

«ненастоящей субординации» – повышенном стандарте доказывания «вне разумных сомнений»¹ для исключения необоснованных требований родственников или иных аффилированных лиц в целях сокрытия активов или контролируемого банкротства.

В связи с этим работающим правовым средством противодействия подобным требованиям будет п. 2 ст. 170 ГК РФ. В приведенной автором ситуации требования из договора займа фактически представляют собой вклад участника в капитал компании, но оформленный таким образом, чтобы перераспределить риск утраты инвестором предоставленного финансирования путем получения дополнительной имущественной массы в виде имущества, принадлежащего заемщику-партнеру. В связи с этим мы допускаем, что в данной ситуации сложившиеся между партнерами правоотношения по предоставлению финансирования в рамках согласованной схемы финансирования можно квалифицировать в качестве смешанного договора займа и поручительства (ч. 3 ст. 421 ГК РФ), в связи с чем признание спорного договора займа недействительным следует может быть осуществлено с учетом специальных, применяемых для заемных отношений и отношений поручительства норм о предмете, сроках, условиях предъявления требований и т.п.

Однако последствием такой «переквалификации», как правило, является отказ в установлении требования², что здесь, на наш взгляд, не будет соответствовать требованиям принципов справедливости и правовой определенности.

С другой стороны, автору представляется, что в указанной ситуации в целях сохранения баланса интересов и кредитора-займодавца, и банкрота-заемщика, который согласился использовать подобную схему финансирования совместного предприятия, допустимо, как минимум, поставить вопрос о возможности субординации такого требования несмотря на то, что такая субординация будет осуществлена в рамках дела о банкротстве гражданина. Здесь представляется, что в приведенной спорной ситуации договор займа необходимо признавать прикрывающим отношения по инвестированию в совместное предприятие и заключенным с целью перераспределения рисков утраты финансирования, фактически опосредуя отношения поручительства (п. 2 ст. 170 ГК РФ). Таким образом, субординация в данном случае в деле о потребительском банкротстве будет осуществляться в рамках доктрины переквалификации требований, как это имело место быть на раннем этапе развития института субординации в России и в некоторых зарубежных правовых порядках, с определенными особенностями.

При этом последствием признания такого договора займа притворным будут аналогичны последствиям признания сделок недействительными в соответствии с нормами ст. 61.6 Закона о банкротстве: требования из такого договора займа будут подлежать удовлетворению после удовлетворения требований кредиторов третьей очереди, включенных в РТК, то есть такое требование будет субординировано. Здесь нам представляется, что *de lege ferenda*, с учетом добровольного вступления в сложившиеся правоотношения и сокрытия сущностных отношений по капитализации совместного предприятия с использованием партнера в качестве промежуточного заемщика, кредитор по такому требованию в деле о банкротстве партнера-заемщика будет вправе рассчитывать лишь на включение требований по основному долгу, без учета процентов и финансовых санкций.

Приведенная автором спорная ситуация показывает, что в банкротной судебной практике, в частности в сфере потребительского банкротства, у института субординации и института установления требований кредиторов все еще остаются вопросы, требующие разъяснений от законодателя и ВС РФ.

¹ Мифтахутдинов Р. Т., Шайдуллин А. И. Понижение в очередности (субординация) требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц в российском банкротном праве // Вестник экономического правосудия. № 9. 2020. С. 20.

² Доктрина переквалификации требований была характерна для раннего этапа развития института субординации требований аффилированных кредиторов в российском правовом порядке: см., например, Определения ВС РФ от 06.07.2017 № 308-ЭС17-1556(2), от 04.06.2018 № 305-ЭС18-413 и др.

Столярчук М. В.

*Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ,
магистрант*

О применении специальных правил конкурсного оспаривания сделок должника

Процедура конкурсного производства подчинена цели соразмерного удовлетворения требований кредиторов, для достижения которой предусмотрены различные меры, направленные на увеличение конкурсной массы. Наиболее эффективной из них является оспаривание сделок должника. Одним из ярких представителей правовой мысли конца XIX века А.Х. Гольмстенем подчеркивалось, что естественным и простым является предоставление кредитору «права требовать уничтожения актов, по коим должник привел себя в состояние совершенной неоплатности»¹.

В отличие от зарубежных правопорядков², в отечественном праве институт оспаривания начинает отчетливо проявляться только в начале XIX века. В Уставе о банкротах 1800 года впервые прямым текстом упоминается о запрете совершения сделок с предпочтением. В 1832 году появляется возможность оспаривать безвозмездные и возмездные сделки должника, а также подложное переукрепление имущества. На протяжении XIX века сфера применения положений уставов об оспаривании оставалась в рамках частного права, и только в Законе о кредиторском оспаривании 1916 года было закреплено положение, в соответствии с которым правила об оспаривании «распространяются на все вообще действия и упущения, совершенные должниками во вред кредиторам».

В советский период институт оспаривания сделок должника оставался «спящим», как и само законодательство о банкротстве.

В постсоветское время с принятием в 1992 году профильного закона положения об оспаривании сделок должника начинают развиваться практически с нуля. Неоднократные изменения в законодательство о несостоятельности, которые вносились на протяжении последующих 15 лет, не привели к желаемому эффекту от механизма оспаривания.

Вследствие этого в 2009 году Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – Закон о банкротстве) дополнен главой III.1 Закона о банкротстве, содержащей специальные основания оспаривания сделок должника³.

В рамках данной работы внимание автора будет сконцентрировано на теоретических и практических аспектах толкования положений ст. 61.1 Закона о банкротстве.

Толкование указанной нормы породило две основные особенности института конкурсного оспаривания сделок по специальным основаниям.

Прежде всего, положения Закона о банкротстве расширяют сферу применения специальных правил оспаривания в той части, в которой действия должника не приравниваются к гражданско-правовым сделкам. Так, в силу п. 3 ст. 61.1 Закона о банкротстве предметом обжалования могут быть действия по исполнению обязанностей и обязательств, возникающих в соответствии с гражданским законодательством, а также с иными отраслями законодательства.

Иными словами, сфера применения специальных положений гораздо шире гражданского регулирования. В этой связи остается открытым вопрос терминологического использования понятия «сделки» в контексте наименования специальной главы – «оспаривание сделок должника», – а не различных юридических фактов. Автор считает справедливым замечание М.В. Телюкиной о том, что «в данном случае речь идет об использовании особого приема

¹ Гольмстен А. Х. Учение о праве кредитора опровергать юридические акты, совершенные должником в его ущерб, в современной юридической литературе / под ред. А. Г. Смирных. М. : «Издание книг ком», 2019. С. 19.

² Римскому праву была известна правовая конструкция «actio pauliana», позволяющая оспаривать сделки должника, целью которых было сокрытие имущества от обращения на него взыскания кредиторами после открытия банкротства. В XVII веке аналоги института конкурсного оспаривания появляются в средневековом итальянском и французском праве.

³ Федеральный закон от 28.04.2009 № 73-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Российская газета. 2009. 28 апреля.

юридической техники, в рамках которого к одним отношениям применению подлежат правила, регламентирующие другие отношения»¹.

Сложности дефинитивного определения, в том числе, прослеживаются в отсутствии понятия сделок в контексте главы III.1 Закона о банкротстве. Исследователи в области права о несостоятельности подчеркивают – институт оспаривания сделок должника при банкротстве позволяет заявителю и судам выходить за пределы понятия «сделка», установленного статьей 153 ГК РФ, поскольку позволяет оспаривать юридические факты, не являющиеся сделками². Наряду с этим, некоторые представители юридической науки критиковали такое решение законодателя. Например, К.Б. Кораев и А.Г. Циндяйкина в своих работах подчеркивали необходимость исключения из Закона о банкротстве возможности признаний недействительными действий должника, оставив возможность оспаривания только гражданско-правовых сделок³. Судебная практика в настоящий момент придерживается первого подхода⁴.

В связи с возможностью оспаривать иные юридические факты возникает вопрос о соблюдении прав участников правоотношений, не являющихся гражданскими по своей природе. Показательным в рассматриваемом аспекте является соблюдение прав работников при оспаривании действий по исполнению обязательств, возникающих в соответствии с трудовым законодательством, так как цель соразмерного удовлетворения требований кредиторов противопоставляется реализации государственных гарантий трудовых прав и свобод граждан. Справедливым представляется указание Верховного Суда РФ о том, что наличие специальных правил об оспаривании сделок должника не означает возможность ограничения права обычного работника на получение всего комплекса гарантий, установленного трудовым законодательством⁵.

В подавляющем большинстве случаев предмет требований сводится к оспариванию заработной платы работника. Суды расценивают условие об оплате труда как встречное исполнение работодателем по отношению к исполнению работником своих должностных обязанностей⁶. В практике встречаются примеры вторжения в аспекты премирования, дополнительных соглашений к трудовому договору, а также соглашений о расторжении трудового договора.

Наиболее неоднозначной категорией споров является недействительность трудовых договоров. Формально подобная возможность ни гражданским, ни трудовым, ни специальным законодательством и банкротстве не предусмотрена, однако проанализированные судебные позиции свидетельствуют об обратном. Например, Арбитражный суд Северо-Кавказского округа посчитал, что в целях защиты прав и интересов кредиторов должника в соответствии с положениями главы III.1 Закона о банкротстве могут оспариваться «действия по заключению трудового договора»⁷. Арбитражные суды признают трудовые договоры недействительными со ссылкой на статью 61.2 Закона о банкротстве, указывая, например, что заключение трудового договора преследовало цель создания видимости наличия

¹ Телюкина М. В. Недействительность сделок должника, находящегося в процессе производства по делу о несостоятельности (банкротстве) // Приложение к. 2014. № 8. С. 6.

² См.: Рыков, Дмитрий Александрович. Недействительность сделок должника в деле о банкротстве: гражданско-правовые аспекты : автореф. канд. юрид. наук Красноярск : СФУ, 2019. С. 36 ; Лотфуллин Р. К. Оспаривание сделок при банкротстве. 2019. С. 105 ; Травина О. В. Оспаривание сделок. Недействительность сделок при банкротстве // Вестник арбитражной практики. 2020. № 2. С. 57–61.

³ См.: Кораев К. Б. Правовой статус конкурсных кредиторов в деле о банкротстве. М. : Волтерс Клувер, 2010. С. 59.; Циндяйкина А. Э. К вопросу о соотношении понятий «сделка» и «действие» в рамках конкурсного оспаривания сделок должника: проблемы теории и судебной практики // Российский судья. 2011. № 11. С. 20.

⁴ См.: Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 18.12.2017 № 305-ЭС17-12763(1,2) по делу № А40-698/2014 ; Постановление АС Уральского округа от 15.07.2020 по делу № А07-9845/2016 ; Постановление АС Уральского округа от 27.11.2019 по делу № А76-41346/2017 ; Постановление АС Московского округа от 12.11.2019 по делу № А40-119181/2015.

⁵ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 21.12.2020 по делу № А41-34824/2016

⁶ Постановление Девятого Арбитражного апелляционного суда от 20.05.2019 по делу № А40-27329/2018

⁷ Постановление АС Северо-Кавказского округа от 16.02.2018 по делу № А32-22752/2014

задолженности по заработной плате перед работником для вывода денежных средств¹, или из-за отсутствия намерения по созданию прав и обязанностей в области трудовых отношений².

Автор считает, что подобная практика показывает, что суды при рассмотрении указанных споров выходят за рамки положений п. 3 ст. 61.1 Закона о банкротстве, поскольку трудовой договор в силу своей правовой природы не является действием, направленным на исполнение обязанностей и обязательств, возникающих в соответствии с трудовым законодательством. Представляется, что использование конструкции трудового договора в целях неприменения к нему общих положений о недействительности сделок и специальных правил оспаривания на данный момент может быть квалифицировано исключительно как злоупотребление правом, совершенное в обход закона. Предложенный случай с трудовым договором подчеркивает отсутствие формальной определенности в вопросе о применении к нему специальных правил, вследствие чего возрастает роль судебного усмотрения при разрешении подобных споров.

В то же время, думается, что в сравнении с доктриной обхода закона более рациональным является применение специальных правил оспаривания, поскольку механизм, отраженный в главе III.1 Закона о банкротстве, предполагает применение отраслевых презумпций, а также иных последствий недействительности.

Вышеизложенное подтверждает необходимость разработки детальных разъяснений практических аспектов использования механизма конкурсного оспаривания по специальным основаниям на уровне Верховного Суда Российской Федерации. В частности, требуется разрешить вопрос не только о квалификации «действий по исполнению», но и иных юридических фактах, являющихся основаниями возникновения трудовых, семейных, налоговых и иных видов правоотношений, в которые допустимо вторжение кредиторов должника.

Штанько М. В.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Меры охраны и способы защиты прав субъектов предпринимательской деятельности при изменении документов зонирования территорий

В рамках развития территорий городов нередко осуществляется изменение документов градостроительного зонирования. В результате могут изменяться виды и состав территориальных зон. Например, земли, входившие в состав общественно-деловых территориальных зон, переводятся в состав производственных зон. Это приводит к изменению видов разрешённого использования земельных участков и правил землепользования и застройки. В итоге прекращается эксплуатация зданий и сооружений в новых территориальных зонах, что приводит к убыткам собственников земли, зданий и сооружений, в том числе, являющимися субъектами предпринимательской деятельности. Для предотвращения или уменьшения подобных рисков существует ряд мер охраны данных субъектов при изменении зонирования территорий.

Согласно пункту 6 статьи 1 Градостроительного кодекса Российской Федерации (далее – ГрК РФ) градостроительное зонирование – это зонирование территорий муниципальных образований в целях определения территориальных зон и установления градостроительных регламентов. К основным документам градостроительного зонирования относят правила землепользования и застройки, в которых устанавливаются территориальные зоны и градостроительные регламенты. В свою очередь, градостроительные регламенты представляют собой «нормативные ограничения градостроительной деятельности, вводимые в зависимости от целей использования земельных участков»³.

¹ Постановление АС Московского округа от 01.06.2018 по делу № А40-38944/2015

² Определение АС Красноярского края от 08.12.2020 по делу № А33-12919-4/2018

³ Постановление КС РФ от 28.03.2017 № 10-П «По делу о проверке конституционности части 4.1 статьи 63 Градостроительного кодекса Российской Федерации и статьи 23 Федерального закона «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и отдельные законодательные акты Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации в связи с уточнением

Согласно п. 1 ст. 32 ГрК РФ, обязательными приложениями к проекту правил землепользования и застройки являются протокол и заключение общественных обсуждений и публичных слушаний. В публичных слушаниях участвуют в первую очередь граждане, проживающие на соответствующей территории, а также правообладатели земельных участков, объектов капитального строительства и помещений. Земельный кодекс Российской Федерации (далее – ЗК РФ) определяет в качестве правообладателей земельных участков собственников земельных участков, землепользователей, землевладельцев и арендаторов (п. 3 ст. 5 ЗК РФ). Соответственно, субъекты предпринимательской деятельности, обладающие титулом владения или пользования земельным участком, объектом капитального строительства и помещением имеют право на участие в публичных слушаниях и общественных обсуждениях проекта правил землепользования и застройки, отстаивая свои права и законные интересы. В данном случае предприниматели выступают в качестве «пассивных субъектов»¹. Результаты общественных обсуждений не являются юридически обязательными для комиссии², составляющей проект правил землепользования, что полностью умаляет их значение.

Следующим способом защиты прав предпринимателей является требование к государству или муниципальному образованию о выкупе земельного участка при изменении зонирования или требование о возмещении убытков. Данный способ защиты не закреплён в законодательстве напрямую, но возможно использование аналогии закона. Так в силу статьи 39.48 ЗК РФ, в случае, если установление публичного сервитута привело к невозможности или к существенному затруднению использования земельного участка (объекта недвижимости), правообладатель земельного участка (объекта недвижимости) вправе требовать выкупа земельного участка (объекта недвижимости) и возмещения всех причиненных убытков. В свою очередь, арендатор, землепользователь и землевладелец участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности имеют право требовать возмещения убытков, причиненных невозможностью исполнения договора аренды земельного участка. Считается, что возможно использовать эту норму в ситуации, когда объём ограничений прав собственника земельного участка существенно увеличился в результате изменения документов зонирования³.

Помимо этой нормы по аналогии закона можно использовать норму пункта 7 статьи 107 ЗК РФ в силу которого, в случае установления или изменения зоны с особыми условиями использования земельного участка и (или) объекта недвижимого имущества становится невозможным, то по требованию правообладателей данных участков и сооружений органы государственной власти и местного самоуправления обязаны выкупить данные земельные участки и объекты недвижимости. Из содержания нормы следует, что она распространяется в основном на собственников земельных участков и объектов недвижимости, обладающих всеми правомочиями. Данная норма не защищает арендаторов, землепользователей и землевладельцев участков. Эта категория правообладателей земельных участков вправе использовать иск о возмещении убытков. Таким образом, появляется необходимость дополнить законодательство нормой о выкупе земельного участка в случае невозможности использования или при существенном затруднении в его использовании⁴.

Следующим способом защиты прав субъектов предпринимательской деятельности, при изменении документов зонирования территорий, является институт несоответствующего использования. Он закреплён в частях 8-10 статьи 36 ГрК РФ и в подпунктах 3-4 статьи 85 ЗК РФ. Согласно данным нормам, земельные участки или объекты капитального

полномочий государственных органов и муниципальных органов в части осуществления государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» в связи с запросом Законодательного Собрания Санкт-Петербурга». URL:

<https://legalacts.ru/sud/postanovlenie-konstitutsionnogo-suda-rf-ot-28032017-n-10-p/> (дата обращения: 08.03.2021)

¹ Романова О. А. Субъекты и объекты градостроительных правоотношений: статья. – Актуальные проблемы российского права, 2019. № 1. С. 4–5.

² Комментарий к Градостроительному кодексу Российской Федерации от 29 декабря 2004 года № 190-ФЗ / отв. ред. Н. Н. Мельников. – 2017 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Башарин А. В., Петунов А.А Защита прав правообладателей земельных участков при изменении документов градостроительного зонирования: статья. М. : Издательская группа «Закон», 2019. С. 12.

⁴ Башарин А. В., Петунов А.А Защита прав правообладателей земельных участков при изменении документов градостроительного зонирования: статья. М. : Издательская группа «Закон», 2019. С. 20.

строительства, виды разрешённого использования, предельные размеры и предельные параметры которых не соответствуют градостроительному регламенту, могут использоваться без установления срока приведения их в соответствие с градостроительным регламентом, за исключением случаев, если использование таких земельных участков и объектов капитального строительства опасно для жизни или здоровья человека, для окружающей среды, объектов культурного наследия.

Основная задача данного института состоит в обеспечении защиты частных и публичных интересов в процессе осуществления градостроительной деятельности¹. В качестве публичного интереса выступает необходимость в обеспечении безопасной для жизни и здоровья населения экологической обстановки, в создании комфортной среды проживания для местного населения и т.д. Вместе с тем, существует и частный интерес, который выражается в потребности правообладателей земельных участков и сооружений на них беспрепятственно использовать их по прямому назначению. Изменение правил землепользования и застройки может привести к серьёзным препятствиям в осуществлении прав использования земельного участка и объекта на нём по прямому назначению.

Институт несоответствующего использования в целом является одним из способов защиты ранее возникших прав, при изменении законодательства и призван поддерживать доверие граждан и юридических лиц к действиям государства. Однако, данный институт обладает рядом недостатков.

Во-первых, законодатель не определяет сроки, в течение которых земельные участки и объекты капитального строительства должны быть приведены в соответствие с градостроительным регламентом. Это порождает возможность для недобросовестных собственников земли и зданий продолжать использование земельного участка и объектов капитального строительства в нарушении градостроительных норм, подобная ситуация может привести к неблагоприятным последствиям в области градостроительного зонирования. Поэтому, необходимо установить срок, в течение которого владелец земельного участка или объекта капитального строительства смог бы адаптировать вышеуказанные объекты к внесённым изменениям.

Во-вторых, стоит в силу разнообразия природных и климатических зон в России требуется закрепление дифференциального подхода к составлению правил застройки и землепользования. Это разнообразие должно распространяться и на институт несоответствующего использования. Не только в связи с вышеуказанными причинами, но и в связи с неодинаковым воздействием различных промышленных объектов и предприятий на окружающую среду и здоровье населения. Таким образом, для предприятий из различных отраслей и на различных территориях должны устанавливаться свои сроки адаптации к новым правилам землепользования².

Исходя из всего вышесказанного, основными мерами охраны прав субъектов предпринимательской деятельности являются право на участие в публичных слушаниях и общественных обсуждениях проектов планов землепользования и застройки, право требовать выкупа земельного участка у соответствующего публично-правового образования, право требовать возмещение убытков и институт несоответствующего использования, если такое использование не опасно для жизни и здоровья человека, для окружающей среды и объектов культурного наследия.

Шумилин В. А.

*Российский государственный университет правосудия,
магистрант*

Правовое регулирования туристской деятельности в России: до и после пандемии COVID-19

Туризм является неотъемлемой частью жизни современного человека. С точки зрения экономики для развития туризма в каждом государстве важным является создание надлежащей инфраструктуры. Туризм объединяет путешествия и сферу услуг, которая создана для удовлетворения потребностей людей, совершающих путешествия.

¹ Башарин А. В. Институт несоответствующего использования как механизм ранее приобретенных прав при изменении градостроительного зонирования: статья. М. : Издательская группа «Закон», 2020 г. – С. 4.

² Башарин А. В. Институт несоответствующего использования как механизм ранее приобретенных прав при изменении градостроительного зонирования: статья. М. : Издательская группа «Закон», 2020 г. – С. 12–15.

Позиционирование законодателем Федерального закона от 24 ноября 1996 г. № 132-ФЗ «Об основах туристской деятельности в РФ» как акта, определяющего принципы государственной политики, направленной на установление правовых основ единого туристского рынка в России, равно как и признание им туристской деятельности одной из приоритетных отраслей экономики, предопределило необходимость обеспечения эффективного правового регулирования данного вида предпринимательской деятельности на фоне возрастающих объемов туристских потоков¹.

Одной из главных целей правового регулирования туризма является разработка нормативных актов организационного и экономического характера, которые необходимы для нормального функционирования туристической деятельности.

5 мая 2018 года Правительство РФ утвердило Концепцию федеральной целевой программы «Развитие внутреннего и въездного туризма в РФ (2019 – 2025 гг.)». До начала 2020 г. туризм вносил существенный вклад в обеспечение устойчивого социально-экономического развития и социальной стабильности. Эта сфера стала важна для развития малых форм бизнеса и микропредприятий, создания рабочих мест, а также способствовала занятости населения. Туристская отрасль развивалась, опережая среднемировые темпы роста, стимулировала развитие смежных сфер экономики. Туризм формировал 3,4 % ВВП страны, влияя на 53 смежные отрасли².

В 2020 г. российская индустрия туризма столкнулась с серьезным вызовом в своем развитии – тяжелым кризисом, связанным со стремительным распространением нового вида вируса (COVID-19) по всей планете. Согласно данным сайта Ассоциации туроператоров РФ спад въездного туризма по итогам 2020 года составил – 93,6 %. Россия потеряла 4,77 млн иностранных туристов в 2020 году³. В таких условиях ключевой стала задача поиска достойного выхода из кризиса, который прежде всего зависел от своевременной и эффективной системы мер поддержки со стороны государства.

Постановлением Правительства РФ от 03.04.2020 № 434 утвержден перечень отраслей российской экономики, в наибольшей степени пострадавших в условиях ухудшения ситуации в результате распространения новой коронавирусной инфекции. В этот перечень вошла деятельность туристических агентств и прочих организаций, предоставляющих услуги в сфере туризма⁴.

Понимая, что в сложившейся ситуации туристический бизнес сам не справится с возникшими трудностями, государство решило ввести ряд мер поддержки – преимущественно для малого и среднего бизнеса, ИП. Полный перечень актуальных мер поддержки для предприятий туристской отрасли в середине мая сформировал и представил на своем сайте Ростуризм⁵. В него включены как общие меры, предусмотренные для всех отраслей, наиболее пострадавших из-за пандемии, так и специальные. Хотелось бы остановиться на некоторых мерах государственной поддержки туризма.

Одной из мер государственной поддержки туризма оказалась отсрочка обязательств по турам, приобретенным до закрытия границ. Постановлением Правительства от 20 июля 2020 г. № 1073 г. установлены особенности исполнения и расторжения договора о реализации туристского продукта. Документ содержит условия так долго обсуждаемого переноса и возврата туров, не состоявшихся из-за пандемии. Положение коснулось туров за границу или туров по России по договорам, заключенным с туроператором или турагентом, реализующим туры туроператора, в период до

¹ Федеральный закон от 24 ноября 1996 г. № 132-ФЗ (в ред. от 8 июня 2020 г.) «Об основах туристской деятельности в РФ» // СЗ РФ. 1996. № 49. Ст. 5491.

² Распоряжение Правительства РФ от 5 мая 2018 г. № 872-р (в ред. от 11 июля 2019 г.) «Об утверждении Концепции федеральной целевой программы «Развитие внутреннего и въездного туризма в Российской Федерации (2019 – 2025 годы)» // СЗ РФ. 2018. № 21. Ст. 3035.

³ Данные ассоциации туроператоров России URL: <https://www.atorus.ru/news/press-centre/new/53770.html> (дата обращения: 03.02.2021).

⁴ Постановление Правительства РФ от 3 апреля 2020 г. № 434 (в ред. от 16 октября 2020 г.) «Об утверждении перечня отраслей российской экономики, в наибольшей степени пострадавших в условиях ухудшения ситуации в результате распространения новой коронавирусной инфекции» // СЗ РФ. 2020. № 15 (ч. IV). Ст. 2288.

⁵ Меры поддержки Ростуризма URL: <https://tourism.gov.ru/contents/covid-19/mery-podderzhky/> (дата обращения: 25.01.2021).

31 марта 2020 года включительно¹. То есть на возврат денежных средств или предоставление равнозначного турпродукта смогли рассчитывать только туристы с договорами, заключенными до этой даты.

Полагаю, что данная мера поддержки оказалась самым действенным средством помощи со стороны государства, которое позволило отрасли туризма в России сохранить стабильность и продолжить работу. Однако интересы потребителей в данной ситуации не были в полной мере учтены, так как по договорам, заключенным после 31 марта 2020 года им могли предоставить равнозначный туристский продукт или вернуть уплаченные за туристский продукт денежные суммы не позднее 31 декабря 2021 г., в отличие от тех лиц, которые до 31 марта 2020 года заключили договор и смогли получить возврат денежных средств сразу.

Следующей мерой поддержки туристической деятельности являются субсидии и беспроцентные кредиты на заработную плату сотрудникам в размере минимальной оплаты труда². Постановлением Правительства РФ от 24 апреля 2020 г. № 576 субъекты малого и среднего бизнеса, индивидуальные предприниматели в сфере туризма, в целях частичной компенсации затрат, связанных с осуществлением ими деятельности в условиях ухудшения ситуации в результате распространения новой коронавирусной инфекции, в том числе на сохранение занятости и оплаты труда своих работников в апреле и мае 2020 г. получили субсидии в размере величины МРОТ по состоянию на 1 января 2020 г., составляющей 12130 рублей³. Содержание данных мер поддержки смягчило непростое финансовое положение организаций в отрасли. Однако получатели данной субсидии должны были отвечать определенным условиям. Согласно условиям субсидии, не все пострадавшие субъекты в сфере туризма смогли получить данные средства. В частности, на предприятия туристической отрасли, относящихся к крупному бизнесу, субсидия не распространялась. Полагаю, что размер субсидии на покрытие оплаты труда одного работника в 1 МРОТ, как для Москвы, так и других субъектов РФ недостаточен.

Мер государственной поддержки туризма было немало, если бы их могли получать нуждающиеся. Но на практике для получения помощи существовало множество критериев, требований, соответствовать которым смогли немногие компании⁴. В основном, меры поддержки были направлены на малый и средний бизнес, а крупные компании были практически лишены доступа к подавляющему большинству мер.

Распространение новой коронавирусной инфекции спровоцировало ряд проблем в развитии внутреннего туризма России, требующих комплексного решения. В частности, обозначился непрофессиональный подход к созданию базового туристического продукта – туристско-рекреационного комплекса. Проект, выходящий на рассмотрение инвесторам в большинстве случаев недостаточно разрабатывается. Отсутствует четкая координация, позволяющая урегулировать деятельность участников процесса (органов государственной власти, инвесторов). Федеральные и региональные органы власти, выделяя необходимые денежные средства для строительства дорог, проведения коммуникаций сталкиваются с проблемой отсутствия частного бизнеса на местах. Денежные средства осваиваются, но можно сказать, что осваиваются зря. Чтобы не допустить этого, необходимо понимать, что каждый проект на самом начальном этапе инициаций должен прорабатываться, продумываться с помощью специализированных, профессиональных экспертов. Каждый проект должен включать в себя детальные исследования, позволяющие увидеть как он будет реализовываться, в какой последовательности, откуда будут поступать денежные средства. Для этого необходимы кредиты под низкий процент на длительный срок.

¹ Постановление Правительства РФ от 20 июля 2020 г. № 1073 // СЗ РФ. 2020. № 31 (ч. II). Ст. 5167.

² Каравайкина Е. Е. Кредиты на возобновление деятельности и на неотложные нужды для поддержки и сохранения занятости // Туристические и гостиничные услуги: бухгалтерский учет и налогообложение. 2020. № 4. С. 28.

³ Постановление Правительства РФ от 24 апреля 2020 г. № 576 (в ред. от 20 июня 2020 г.) «Об утверждении Правил предоставления в 2020 году из федерального бюджета субсидий субъектам малого и среднего предпринимательства, ведущим деятельность в отраслях Российской экономики, в наибольшей степени пострадавших в условиях ухудшения ситуации в результате распространения новой коронавирусной инфекции» // СЗ РФ. 2020. № 18. Ст. 2895.

⁴ Туризм-2020 и COVID-19: туристическая отрасль в условиях пандемии и после нее URL: <https://www.garant.ru/article/1376805/> (дата обращения: 14.02.2021).

Кризис рано или поздно закончится, и туристская отрасль начнет восстанавливаться. Субъекты туристской индустрии должны объединиться, чтобы вместе разработать эффективные меры противодействия глобальным угрозам, с которыми в будущем она может снова столкнуться.

Таким образом, можно прийти к выводу о том, что для развития туристической сферы, государству на законодательном уровне необходимо принять ряд НПА и иных актов, устанавливающих механизмы контроля за деятельностью туроператоров, улучшающих инвестиционный климат, позволяющих туристической отрасли в кратчайшие сроки выйти из кризиса, после отмены всех ковидных ограничений, и направленных на дальнейшее развитие внутреннего туризма.

Шутков Н. И.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
магистрант*

Общие положения об ответственности в сфере предпринимательской деятельности в Республике Казахстан

1 января 2016 года вступил в силу Кодекс Республики Казахстан от 29 октября 2015 года № 375-V «Предпринимательский кодекс Республики Казахстан»¹ (далее – Предпринимательский кодекс), в преамбуле которого заявлено, что данный нормативный правовой акт определяет правовые, экономические и социальные условия и гарантии, обеспечивающие свободу предпринимательства в Республике Казахстан, регулирует общественные отношения, возникающие в связи с взаимодействием субъектов предпринимательства и государства, в том числе государственным регулированием и поддержкой предпринимательства, в связи с чем научный интерес представляет соотношение норм Предпринимательского кодекса с положениями «традиционных источников права» стран бывшего СССР в регулировании предпринимательской деятельности, в том числе и касательно вопросов ответственности в данной сфере.

Как указывается в доктрине, под предпринимательской (хозяйственной) ответственностью понимается вид санкции, заключающийся в лишении правонарушителя имущества (изъятии его в пользу кредитора в обязательстве, в пользу государства в вертикальных отношениях), а также в прекращении или ограничении права на осуществление предпринимательской деятельности либо временном запрете деятельности, принудительной реорганизации либо ликвидации хозяйствующего субъекта. В свою очередь, санкции можно определить как любые неблагоприятные последствия, которые наступают в случае нарушения требований, предъявляемых к предпринимателям государством, а также на случай неисполнения или ненадлежащего исполнения сторонами договорных обязательств². Из приведенной дефиниции следует, что категория предпринимательской ответственности, как и отрасль предпринимательского права, в частности, является комплексной и включает в себя как правоотношения, возникающие между правонарушителем и государством в области регулирования коммерческих отношений, так и обязательственные отношения. В то же время Предпринимательский кодекс сужает предпринимательскую ответственность правоотношениями между государственными органами и должностными лицами с одной стороны и субъектами предпринимательства³ с другой. В российском праве на уровне нормативного правового регулирования определение предпринимательской ответственности отсутствует, однако регулирование ответственности в сфере предпринимательской деятельности наличествует в гражданском, административном и уголовном законодательстве.

В связи с принятием Предпринимательского кодекса ожидалось, что содержащиеся в нем положения существенно затронут область регулирования ответственности, что повлекло бы неизбежную коллизию между «новым»

¹ Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2015. № 20-III. Ст. 112 // СПС «КонсультантПлюс»

² См. Ершова И. В. Современное предпринимательское право : монография М. : Проспект, 2014. С. 203.

³ Согласно ст. 23 Предпринимательского кодекса субъектами предпринимательства являются граждане, кандасы и негосударственные коммерческие юридические лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность (субъекты частного предпринимательства), государственные предприятия (субъекты государственного предпринимательства) // СПС «КонсультантПлюс»

Кодексом и уже сложившимся гражданским, уголовным и административным законодательством. Однако этого не произошло и гл. 30 Предпринимательского кодекса, которая посвящена ответственности за нарушение законодательства Республики Казахстан в сфере предпринимательства, содержит лишь бланкетные статьи, отсылающие к другим источникам права. Так, например, ч. 3 ст. 320 Предпринимательского кодекса отсылает к ст. 365 Уголовного кодекса Казахстана¹, а вопросы взыскания убытков, затронутые в ч. 2 и 4 ст. 320 Предпринимательского кодекса, регулируются Гражданским кодексом Республики Казахстан². Также и неправомерные действия должностных лиц при исполнении своих служебных обязанностей в отношении с субъектами предпринимательской деятельности регулируются не самими нормами Предпринимательского кодекса, а положениями ст. 175 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях³. Таким образом, исходя из вышеперечисленного, несмотря на заявления в преамбуле Предпринимательского кодекса, в действительности его разработчики очень осторожно подошли к устоявшейся практике регулирования ответственности в сфере предпринимательской деятельности и, несмотря на наличие целой главы и раздела, посвященной данной тематике, на сегодняшний день ограничились лишь отсылочными нормами на уже давно сложившиеся предписания. На наш взгляд, такой компромиссный подход является достаточно эффективным и отвечающим общему назначению права как инструмента предупреждения и разрешения общественно значимых конфликтов, так как в случае создания более «радикального» предпринимательского кодекса, разработчики неизбежно столкнулись бы с проблемами дублирования правовых норм и коллизии между Предпринимательским кодексом и Гражданским, Уголовным, Административным кодексами, что также привело бы к не достижению принципа правовой определенности и сложному законодательному процессу по устранению возникших недостатков в правовом регулировании. Более того, во избежание «противостояния» с критиками дуализма частного права, в ч. 2 ст. 1 Предпринимательского кодекса прямо указано, что имущественные (товарно-денежные) отношения регулируются непосредственно гражданским законодательством.

Таким образом, несмотря на наличие нового источника права, регулирование ответственности в сфере предпринимательской деятельности в Республике Казахстан является традиционным для стран СНГ⁴ и не отличается кардинально от сложившего регулирования в российском правовом порядке. Условия ответственности сторон в оперативно-хозяйственных отношениях казахстанского права не отличаются от регулирования в российском праве: в соответствии со ст. 9 Гражданского кодекса Казахстана лицо также может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, а в состав убытков входят реальный ущерб и упущенная выгода. Аналогично положение и о безвиновной ответственности, которое идентично ст. 401 Гражданского кодекса Российской Федерации⁵.

Что касается вопроса ответственности за вред, причиненный государственными органами и должностными лицами, то между российским и казахстанским правом также нет различий – вред, причиненный предпринимателям должностными лицами, возмещается пострадавшему коммерсанту независимо от наличия либо отсутствия вины причинителя вреда. В сфере уголовной ответственности Предпринимательский кодекс ссылается на статьи Уголовного кодекса о правонарушениях в сфере экономической деятельности и коррупционные правонарушения, причем акцент ставится именно на ответственности государственных органов и должностных лиц, например, ответственность за воспрепятствование законной предпринимательской деятельности, которая регулируется положениями ст. 365 Уголовного кодекса Казахстана. В ч. 4 ст. 320 Предпринимательского кодекса дополнительно указывается на то, что субъект предпринимательства в случае воспрепятствования его предпринимательской деятельности, вправе требовать полного возмещения понесенных им убытков. Отдельной статьей⁷ Законодатель выделяет ответственность за нарушение установленного порядка проверки субъекта предпринимательства, которая регулируется положениями

¹ Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1997. № 15-16, ст. 211 // СПС «КонсультантПлюс»

² Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, 1994 г., № 23-24 (приложение) // СПС «КонсультантПлюс»

³ Ведомости Парламента РК 2014 г., № 18-II, ст. 92 // СПС «КонсультантПлюс»

⁴ Содружество Независимых государств // СПС «КонсультантПлюс»

⁵ См. подробнее: Мукашева К. В. Некоторые вопросы безвиновной ответственности в гражданском праве.

Непреодолимая сила // URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35076985 (дата обращения: 13.02.2021).

⁶ Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. 5 декабря. № 32. Ст. 3301 // СПС «КонсультантПлюс»

⁷ См.: Ст. 322 Предпринимательского кодекса // СПС «КонсультантПлюс»

статей 175–175-1 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях и, аналогично с воспрепятствованием ведению законной предпринимательской деятельности, предприниматель имеет право на возмещение вреда в рамках деликтного обязательства, причем в целях упрощения доказывания размера убытков Предпринимательский кодекс устанавливает, что в объем убытков включаются суммы вознаграждений, выплаченных работникам субъектов предпринимательства за подготовку материалов для проверки, заработная плата за время вынужденной остановки производства, упущенная выгода, которую получил бы субъект предпринимательства при реализации соответствующих товаров, работ, услуг, не выпущенных вследствие приостановления производства.

Подводя итоги, несмотря на тот факт, что в сущностном аспекте правовое регулирование ответственности в сфере предпринимательской деятельности в казахстанском праве не отличается от подхода в российском праве и права других стран – членов СНГ в целом, благодаря принятию Предпринимательского кодекса юристам-практикам, ученым-правоведам и законодателям гораздо проще ориентироваться в массиве правовых норм, регулирующих такую объемную, комплексную сферу, которая включает в себя положения из различных правовых источников, а «дополняющие» нормы Предпринимательского кодекса направлены на защиту интересов предпринимателей. Наконец, в связи с наличием целого раздела и главы, посвященного ответственности за нарушение законодательства в сфере предпринимательства, стоит ожидать ее дополнение расширение за счет новелл, которые, принятия Предпринимательского кодекса, содержались бы в иных правовых источниках.

ПОДСЕКЦИЯ «ПРИРОДОРЕСУРСНОЕ И ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО»

Абдулмажидов М. А.

*Северо-Кавказский филиал Всероссийского государственного
университета юстиции (РПА Минюста России),
студент*

Проблемы обращения с отходами при пользовании недрами и пути их совершенствования

Отсутствие в действующем законодательстве четкого разграничения между отходами производства и потребления и отходами, образующихся при пользовании недрами, является одной из основных проблем в существующем правовом регулировании обращения с отходами, образующимися при пользовании недрами.

В настоящее время существующие недостатки правового регулирования обращения с отходами, образующимися при пользовании недрами, как представляется, во многом являются следствием отсутствия в действующем законодательстве единого понимания правовой природы таких отходов, и, соответственно, не завершённой дискуссии о наиболее правильном и рациональном подходе к закреплению норм, регулирующих порядок обращения с ними, – в законодательстве о недрах или в законодательстве об отходах производства и потребления, что, в конечном итоге, также приводит к низкому качеству нормативных правовых актов в указанной сфере, малой заинтересованности со стороны субъектов предпринимательской деятельности, и, как результат, к низкому показателю инвестиционной привлекательности деятельности по их использованию ввиду отсутствия ясности, четкости и стабильности правового регулирования данных отношений¹.

При этом ключевым вопросом в рассматриваемом случае является обоснованность отнесения всех веществ (компонентов), образующихся при пользовании недрами, к отходам по смыслу законодательства об отходах производства и потребления, и прежде всего обоснованности отнесения к отходам горных масс (в частности вскрышных и вмещающих пород), извлекаемых из недр при пользовании недрами (кроме собственно конкретно добываемого полезного ископаемого), и, соответственно, необходимость наиболее полного и точного законодательного определения понятия отходов, образующихся при пользовании недрами. Законодательство Российской Федерации об отходах закрепляет понятие «отходы производства и потребления», однако отдельных понятий «отходы производства» и «отходы потребления» закон не содержит

В связи с этим, применительно к вопросу отнесения веществ и предметов, образующихся при пользовании недрами, к отходам по смыслу законодательства об отходах производства и потребления, стоит отметить следующие аспекты.

Так, правовое регулирование в области обращения с отходами осуществляется не только Законом об отходах, но и другими нормативными правовыми актами различных уровней.

Наряду с этим установлены определенные исключения в регулировании отношений, связанных с обращением со специфическими видами отходов. Каких-либо исключений в правовом регулировании обращения с отходами, образующимися при пользовании недрами, законодательством не установлено².

При этом Закон об отходах относит шламохранилища, в том числе шламовые амбары, хвостохранилища, отвалы горных пород к объектам размещения отходов

Вместе с тем, нормативные правовые акты, регламентирующие постановку запасов полезных ископаемых на государственный баланс и их списание с государственного баланса, а также составление и ведение государственного

¹ Шурпо А. П. Проблемы обращения с отходами горнорудных предприятий в Российской Федерации и зарубежный опыт // International scientific review. 2015. № 2 (3). С. 42–48.

² Под горными массами обычно понимается раздробленный массив горных пород.. URL: <http://www.mining-enc.ru/g/gognaya-massa/> (дата обращения: 24.08.2020).

баланса либо не отделяют вскрышные породы и вмещающие (разобуживающие) породы от отходов горнодобывающего и связанных с ним перерабатывающих производств, то есть в принципе от отходов, либо не оперируют данными терминами ввиду каких-либо причин, например, предполагая отсутствие в них полезных ископаемых. К тому же данные акты не используют и термин «отвал»¹.

Вышеизложенный анализ показал, что хотя действующее законодательство об отходах производства и потребления и относит к отходам все вещества и предметы, образующиеся при пользовании недрами, действующее законодательство о недрах терминологически не относит к отходам вскрышные и вмещающие (разобуживающие) породы.

В действующем законодательстве вопрос определения собственника таких отходов не решен, поскольку право собственности на отходы определяется в соответствии с нормами гражданского законодательства, которое в свою очередь, отделяет отвалы и сливы горного производства от отходов производства и других отходов, как это было указано ранее в настоящей работе, а действующее законодательство о недрах определяет, что добытые из недр полезные ископаемые и иные ресурсы, к которым можно отнести данные отходы, могут находиться в любой форме собственности по условиям, закрепленным в лицензии

Основные пути совершенствования правового регулирования обращения с отходами, образующимися при пользовании недрами, и их реализация в настоящее время².

Проведенное исследование позволяет предположить, что совершенствование правового регулирования обращения с отходами, образующимися при пользовании недрами, и, соответственно, развитие законодательства в данной сфере, может следовать по одному из следующих путей:

1. введение исключительного регулирования обращения с такими отходами законодательством о недрах;
2. создание специализированного законодательства, регулирующего весь процесс обращения с данными отходами;
3. сохранение существующего регулирования обращения с такими отходами как законодательством об отходах производства и потребления, так и законодательством о недрах с определенными изменениями (уточнениями).

Учитывая вышеперечисленное нами проведенного исследования необходимо подчеркнуть, что совершенствование правового регулирования не только не может носить точечный характер, но и должно учитывать в равной мере соотношение природоресурсной составляющей и охраны окружающей среды от воздействия таких отходов.

Асташова Ю. В.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Рынок органической продукции в России: объективная реальность или далекая перспектива?

Здоровый образ жизни – это новый тренд, который культивируется в СМИ и социальных сетях, поддерживается известными людьми. Основой здорового образа жизни является пища, которую мы ежедневно потребляем, своеобразное топливо, от качества которого зависит безопасность, состояние здоровья и жизнь человека в целом. В настоящее время наиболее ярко стало проявляться тенденция к осознанному выбору продуктов питания, которые бы соответствовали понятиям экологически чистая или органическая продукция.

Но, несмотря на высокий спрос потребителей на продукцию органического происхождения, большой потенциал Российской Федерации в сфере производства экологически чистой продукции и проведение Правительством РФ

¹ Левочки В. В. Проблемы гражданско-правового режима отходов в недропользовании: теория и практика // Власть и управление на Востоке России. № 1 (78). 2017. С. 186.

² Федеральный закон от 24.06.1998 № 89-ФЗ «Об отходах производства и потребления» (далее – Закон об отходах) // Собрание законодательства Российской Федерации. 1998. № 26. Ст. 3009.

политики экологической безопасности, долгое время в нашей стране не было ни одного законодательного акта, регулирующего производство и реализацию органической продукции.

Процесс нормативного урегулирования рынка органической продукции начался только в 2019 году во исполнение поручения Президента РФ, данного в Послании Федеральному Собранию 2019 года. На основании Концепции устойчивого развития, разработанной в рамках деятельности системы ООН¹, и положений Всеобщей декларации прав человека 1948 г. был принят Федеральный закон от 03.08.2018 № 280-ФЗ «Об органической продукции и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – Закон), который вступил в силу лишь первого января 2020 году. Он впервые урегулировал отношения, связанные с обращением органической продукции. Однако, несмотря на издание отдельного федерального закона, осталось много проблем, которые по-прежнему нуждаются в правовом регулировании.

Одной из самых важных и актуальных, на мой взгляд, является проблема отсутствия правовой определенности понятийного аппарата.

В западной доктрине понятия «экологически чистый продукт» и «органические продукты» являются идентичными². В действующем Законе закреплено только понятие «органической продукции» как экологически чистой сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия, производство которых соответствует требованиям, установленным настоящим Федеральным законом. При этом законодатель не упоминает термин «экологически чистая продукция», но из закрепленного легального понятия можно сделать вывод, что термины «органическая» и «экологически чистая» продукция по своему смыслу идентичны.

Вместе с тем, закрепленное в действующем законе определение не отражает в полной мере сущность понятия «органическая продукция» и не дает представления о его значении, а лишь отсылает к требованиям, которым должна соответствовать органическая продукция³. Проверка соответствия произведенной продукции таким требованиям осуществляется посредством системы подтверждения соответствия в форме добровольной сертификации⁴. Законодатель не предусматривает контрольных функций государства в цепочке производства органической продукции, обеспечивая проверку качества только на стадии выхода продукции на рынок.

В реальности, требования, установленные законом, достаточно сложно выполнить на практике. Их соблюдение приводит повышению себестоимости органической продукции, уменьшению объёмов её производства, увеличению затрат на хранение и транспортировку и при этом снижению прибыли при её реализации.

Соответствие произведенной продукции, предъявляемым техническим требованиям, предъявляемым к продукции, подтверждается сертификатом соответствия на неё, который, в свою очередь, предоставляет право на применение знака соответствия – специальной маркировки⁵. Информация о производителе такой продукции, которых по данным Минсельхоз сейчас только 19⁶, вносится в Единый государственный реестр производителей органической

¹ URL: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/ru/sustainable-development-goals/>

² Коваленко М. А. Законодательное регулирование понятий «органическая продукция» и «экологически чистый продукт» // Научно-методический электронный журнал «Концепт». 2019. № 10 (октябрь).

³ Федеральный закон от 3 августа 2018 г. № 280-ФЗ «Об органической продукции и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2018. № 32. Ст. 5073 – ст. 4.

⁴ Федеральный закон от 27 декабря 2002 г. № 184-ФЗ (ред. от 28.11.2018) «О техническом регулировании» // СЗ РФ. 2002. № 52. Ст. 5140 – ст. 21.

⁵ Приказ Минсельхоза России от 19.11.2019 № 634 «Об утверждении формы и порядка использования графического изображения (знака) органической продукции единого образца» (Зарегистрировано в Минюсте России 19.12.2019 № 56876).. URL: <http://www.pravo.gov.ru>, 19.12.2019.

⁶ URL: <https://rg.ru/2020/02/03/kak-raspoznat-organicheskuiu-produkciu.html> (дата обращения: 28.02.2021).

продукции¹. Однако такой реестр до сих пор не функционирует². Соответственно, получение информации о производителях органической продукции в России не представляется возможным.

Еще одной важной проблемой является разграничение понятий «экологически чистый», «органический», «натуральный», «биологический», которые являются практически идентичными по своему значению. Закон закрепляет только понятие «органическая продукция», не указывая на его соотношение с иными терминами. Этот изъян юридической техники, допущенный законодателем, вызывает значительную путаницу как среди производителей органической продукции, так и среди потребителей. Обязательной сертификации подлежит только продукция, попадающая под понятие «органическая», иная же, маркируемая, например, как: «без ГМО», «биологически натуральный», «экологически чистый» и т.д., не подлежит проверке на установление соответствия требованиям законодательства, не подлежит процедуре добровольного подтверждения качества. Достаточно часто на российском рынке можно встретить такие маркировки в рекламе, таре, упаковке продукции, не прошедшей порядок подтверждения соответствия. С помощью этого многие недобросовестные производители увеличивают стоимость своей продукции в среднем на 20-400 %³, заполняя рынок товаром несоответствующего качества. Своими действиями такие производители намеренно вводят потребителей в заблуждение и подрывают у них доверие к производителям органической продукции, прошедшей сертификацию. На западе существует термин, характеризующий такие действия – «greenwashing» (пер. с англ. – «зеленое отмывание»).

Следует отметить, что производитель, продукт которого не прошел систему добровольной сертификации, либо разметивший знак соответствия после прекращения действия сертификата соответствия, несет ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации. При этом, новых составов административных правонарушений в Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях не появилось. Следовательно, к ответственности производители могут быть привлечены в соответствии со ст. 14.33 КоАП РФ⁴ (недобросовестная конкуренция).

Результаты проведенного анализа показали, что рынок экологических продуктов в нашей стране стремительно развивается. Вместе с тем, имеющееся правовое регулирование не в полной мере обеспечивает потребности растущего рынка экологической продукции.

Для более эффективного регулирования отношений в данной сфере, на мой взгляд, является целесообразным:

1. сформулировать четкое и полное понятие «органическая продукция»;
2. установить ответственность за использование маркировки «ОРГАНИК» (ORGANIC) производителями, продукция которых не прошла систему добровольной сертификации;
3. сформулировать принципы правового регулирования рынка органической продукции, которые способствовали бы более эффективному правоприменению норм Закона. Основой для формулирования принципов могут стать уже существующие международно-правовые акты: International federation of organic agriculture movements (IFOAM) – здоровье, экологию, справедливость и забота⁵ или Регламент ЕС 834/2007⁶ и т.д.;
4. гармонизировать национальное законодательство в соответствии с международными нормами с целью обеспечения интересов производителей органической продукции на мировом рынке;

¹ Приказ Минсельхоза России от 19.11.2019 № 633 «Об утверждении порядка ведения единого государственного реестра производителей органической продукции, в том числе порядка предоставления органами по сертификации сведений, предусмотренных частью 3 статьи 6 Федерального закона «Об органической продукции и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», а также порядка предоставления информации о наличии или об отсутствии сведений о производителях органической продукции в едином государственном реестре производителей органической продукции» (Зарегистрировано в Минюсте России 20.12.2019 № 56922).. URL: <http://www.pravo.gov.ru>, 20.12.2019.

² URL: <http://opendata.mcx.ru/opendata/7708075454-organicprod>.

³ URL: <https://soz.bio/events/26022014/> (дата обращения: 01.02.2021).

⁴ Михайлов А. В. Правовые способы пресечения недобросовестной конкуренции на рынке органической продукции // Конкурентное право. 2019. № 3. С. 37–39.

⁵ IFOAM Principles of Organic Agriculture.. URL: <https://www.ifoam.bio/about-us>;

⁶ Постановление (ЕС) 2018/848 Европейского парламента и Совета от 30 мая 2018 года об органическом производстве и маркировке органических продуктов и отмене постановления Совета (ЕС) № 834/2007 – ст. 4.

5. параллельно с государственной системой надзора является целесообразным создать эффективную систему саморегулирования на рынке органической продукции. При этом функции СРО не должны дублировать или заменять функции государственных органов в указанной сфере;

Частично перечисленные выше предложения нашли своё отражение в Проекте Федерального закона «Об экологически чистой сельскохозяйственной продукции, сырье и продовольствии» (ID проекта 02/04/07-19/00092979), подготовленного Минсельхозом России. Однако данный проект так и не был внесен на рассмотрение в Государственную Думу РФ.

Для Российской Федерации – это «молодой сектор» сельского хозяйства, но достаточно перспективный с учетом экономических условий нашей страны. Для его развития государство должно создать правовые рамки, которые обеспечат надлежащим образом функционирующий рынок органической продукции.

Ачковская П. А.

*Балтийский федеральный университет имени И. Канта,
студент*

Правовые проблемы создания человеческих химер

Современные биомедицинские технологии и исследования направлены на «улучшение» человека, совершенствование его возможностей, развитие и модернизацию его качеств и свойств. Одним из способов такого усовершенствования человеческого генома является химеризация.

Кто же такие химеры? В мифологии Древней Греции химера (от греч. *chimaera*) – это монстр с туловищем козы, хвостом дракона и головой льва. В науке под химерами понимают организмы, состоящие из генетически разнородных клеток. Иначе, химеры это трансгенные организмы, ими могут быть как люди с генами, клетками животных, так и животные с внедренным человеческим материалом.

Основополагающим правовым источником в исследовании человеческого генома является Всеобщая декларация о геноме человека и о правах человека¹ (Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights), которая была принята Генеральной конференцией Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры 11 ноября 1997 года.

Научное сообщество уверяет, что создание человеческих химер принесет для науки и человечества в целом много полезных результатов. Предполагается, что внесение изменений в отдельные участки ДНК необходимо для создания совершенных, безупречных, идеальных людей, путем удаления «ненужных» генов, отвечающих за негативные предрасположенности. Также химеры могут быть источниками стволовых клеток, а это позволит проводить над ними эксперименты по поиску лекарств от тяжелых генетических заболеваний, которых на данный момент нет. Благодаря экспериментам с химерами такие болезни, как рак или СПИД, в будущем не будут означать неизбежную смерть, а, возможно, станут пережитками прошлого, как бубонная чума. В теории исследование генома и его модификация могут облегчить человеческую жизнь в далеком будущем. Еще на стадии зародыша можно будет избавиться от предрасположенности к алкоголизму, ожирению или подкорректировать рост. Но вот определить какие проблемы может повлечь за собой вмешательство в геном человека, какие другие болезни или нежелательные мутации могут возникнуть, ученые биологи пока не могут.

Однако вмешательство в геном человека влечет за собой не только проблемы технологического характера, но и этического. Под одной из таких проблем некоторые ученые понимают проблему сохранения человеческого достоинства. Создавая человека из биологического материала животного или животного с элементами человеческого организма, происходит размытие границ между понятием «человек» и «животное». В научном сообществе существуют дискуссии по поводу того, является ли человек с пересаженными клетками или органами животного человеком, в общепринятом понимании. Изменяют ли клетки и гены животного в человеческом организме не только его физические

¹ Всеобщая декларация о геноме человека и правах человека (Принята 11.11.1997 на 29-й сессии Генеральной конференции ЮНЕСКО) // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

свойства, но и психологические? Немецкий ученый – философ М. Бек считает, что в случае химер – людей следует руководствоваться понятием человеческого достоинства, такие химеры имеют правовой статус человека¹. В случае же химер – животных – необходимо прибегать к понятию защиты прав животных. То есть немецкий ученый не лишает человеческую химеру прав, имеющих у обычных людей. Человек с биологическим материалом животных (частью генома животного) должен оставаться человеком, должен иметь правовой статус человека.

Однако далеко не все придерживаются данной точки зрения. Что если человеческие клетки поспособствуют развитию мозга и центральной нервной системы животного? Что, если после внедрения части человеческого генома животному, животное будет способно мыслить, размышлять и испытывать эмоции, не должно ли в этом случае животное получить статус человека? Однако это противоречит традиционным понятиям «человек» и «животное». Биологи, нейробиологи ответа на этот вопрос не дают, так как не накоплен достаточный опыт в этой сфере. В этом и заключается основная проблема закрепления в законодательстве ясного понятия химеры и определения ее правового статуса (или правового режима).

Тем не менее, выращивание человеческих органов в организмах животных – это важная цель научного сообщества. На данном этапе развития генной модификации человека наука только лишь делает первые шаги.

В Великобритании порядок и исследования по созданию химер регулируется Законом об оплодотворении и эмбриологии человека 2008 года (The Human Fertilisation and Embryology Act, 2008)². Согласно этому закону в Великобритании проведение экспериментов по созданию человеческих химер допустимо только лишь на уровне эмбриона (до 28 дней). По истечению срока химера должна быть уничтожена. Для проведения подобного рода исследований необходимо получить специальную лицензию.

В Российской Федерации нет запрета на создание химер, но регулирование проведения исследований и экспериментов с геномом человека пробельно и недостаточно. При этом согласно Приказу Роспатента № 236 «Об утверждении Руководства по осуществлению административных процедур и действий в рамках предоставления государственной услуги по государственной регистрации изобретения и выдаче патента на изобретение, его дубликата»³, способы модификации генетической целостности клеток зародышевой линии человека не могут быть объектами патентных прав. Под способом модификации генетической целостности клеток зародышевой линии человека следует понимать способы, направленные на получение организма, состоящего из наследственно различных зародышевых или тотипотентных клеток и тканей людей и животных.

Поскольку законодательством России не предусмотрен прямой запрет на исследование генома и химер, то и отсутствуют нормы уголовного права, влекущие ответственность за нарушение данного запрета. Следовательно, в настоящее время возможно проводить подобные исследования, не боясь быть привлеченным к уголовной ответственности. Поэтому, я считаю, что необходимо установить четкие границы проведения экспериментов на законодательном уровне и последующую ответственность за их нарушение. Следует определить, кто и на каком основании сможет проводить исследования, какие критерии будут выдвигаться кандидатам: наличие специальной лицензии на проведение экспериментов, оборудованной лаборатории и подготовленного персонала, а также необходимых и достаточных экономических ресурсов. Также необходимо установить какие именно действия и в каких случаях ученые могут совершать с геномом. Например, ученые предлагают производить вмешательство, если болезнь спровоцирована изменением только в одном гене.

¹ Цит. по: Кожевникова М. Гибриды и химеры человека и животного: от мифологии к биотехнологии. М. : ИФРАН. 2017. 151 с.

² Рыжова А. А. Эксперименты в области биомедицины: проблемы законодательного урегулирования // Наука. Общество. Государство. 2019. № 3 (27).. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/eksperimenty-v-oblasti-biomeditsiny-problemy-zakonodatelnogo-uregulirovaniya> (дата обращения: 31.01.2021).

³ Об утверждении Руководства по осуществлению административных процедур и действий в рамках предоставления государственной услуги по государственной регистрации изобретения и выдаче патента на изобретение, его дубликата: приказ Роспатента от 27 декабря 2018 г. № 236.. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_316428 (дата обращения: 1.02.2021).

В современном мире исследования по изучению генома человека уже далеко не являются чем-то недостижимым и далеким. С каждым годом ученые все больше узнают о генах. В некоторых странах уже проводятся эксперименты с эмбрионами человека, в других подобного рода эксперименты под жестким запретом. Связано это с неординарной природой объекта исследований, поскольку возникает немалое количество проблем разного характера. В первую очередь, конечно, технического и экономического: как изменить геном человека, не нанеся еще больший вред и понеся минимальные затраты. Но больший вес, на мой взгляд, имеют вопросы этического характера. Декларация о геноме человека допускает исследования, касающиеся генома человека, только если это не превалирует над уважением прав человека, основных свобод и человеческого достоинства. И тут именно юристы с помощью философов (с помощью биоэтики)¹ должны определить, что именно может быть отнесено к категории «унижение человеческого достоинства»: приемлема ли пересадка человеческого биоматериала в организм животного или, наоборот, неприемлема, поскольку происходит слияние правового статуса человека и правового режима животного. И мы должны, в первую очередь, защитить право на человеческое достоинство человека.

Витохина С. И.

*Балтийский федеральный университет имени И.Канта,
студент*

Некоторые проблемы правового регулирования организации спортивных соревнований по конкуру в регионе (на примере Калининградской области)

В наши дни люди не нуждаются в использовании лошадей в качестве транспорта или в промышленных целях. Но интерес к этим животным не теряет актуальности. Лошадей используют в разных целях, например, туризм, иппотерапия и спорт. Верховая езда – эффектный и красивый вид спорта. Всадник общается с лошадью посредством невидимых для зрителя команд. Конный спорт включает в себя множество дисциплин, одной из которых является конкур, который популярен в Калининградской области. На территории области расположено много конноспортивных клубов.

Конкур – олимпийский вид конного спорта, в котором спортивная пара (всадник и лошадь) должны преодолеть маршрут, состоящий из препятствий. Здесь демонстрируется скорость ловкость и повиновение лошади, а также взаимопонимание с всадником. В конкуре нет категорий, разделяющих по половому признаку.

Организация такого рода соревнований – сложный процесс. На уровне России этим занимается Федерация конного спорта России (ФКСР). Является некоммерческой корпоративной общественной организацией, основанной на членстве. Данная организация в соответствии с уставом² имеет право на создание региональных отделений.

На территории Калининградской области существует две общественных организации: «Федерация конного спорта Калининградской области» и «Калининградская Федерация конного спорта». Первая организация является аккредитованной ФКСР и является ее региональным отделением. Вторая имеет сходные полномочия с первой, но право организовывать соревнования имеет только с согласия аккредитованной организации. В уставе Калининградской Федерации конного спорта указано, уровень организуемых соревнований – любительский³.

Спортивные соревнования проводятся в соответствии с правилами вида спорта «конный спорт», утвержденными приказом Минспорттуризма России от 27 июля 2011 года № 818, а также Регламентом ФКСР. В регламенте указано, что все соревнования на территории России проводятся в соответствии с Федеральным законом от 4 декабря 2007 г. № 329-ФЗ «О физической культуре и спорте в РФ». Международные, всероссийские, межрегиональные соревнования

¹ См.: Salter B., Harvey A. Creating problems in the governance of science: Bioethics and human / animal chimeras // Science and public policy. London. 2014. Vol. 41. № 5. P. 685–696.

² Устав общероссийской общественной организации «ФЕДЕРАЦИЯ КОННОГО СПОРТА РОССИИ» от 20.03.1992 (ред.10.12.2016).. URL: <http://fksr.ru/index.php?page=38339141> (дата обращения: 27.09.2020).

³ Устав Региональной общественной организации «Калининградская федерация конного спорта» от 03.02.2015.. URL: https://c8ebaa0f-481c-4845-9430-71ecbe5d49e4.filesusr.com/ugd/352249_aeb57386088b4361934c062138852393.pdf (дата обращения: 27.01.2021).

по конному спорту могут проводиться на территории РФ только при условии согласования решений об их проведении с ФКСР, с органами исполнительной власти субъектов РФ, на территории которых планируется проведение таких спортивных мероприятий, и с федеральным органом исполнительной власти в области физической культуры и спорта. Помимо этого, соревнования должны проводиться в соответствии с Ветеринарными нормами и международными спортивными правилами, установленными Международной Федерацией конного спорта. Все указанные документы можно найти на официальном сайте ФКСР.

Соревнования, которые организует аккредитованная организация должны быть включены в календарный год в Федерации конного спорта России. В Приказе Минспорта России от 30 марта 2015 г. № 282 указано, что Минспорт России осуществляет финансовое обеспечение спортивных соревнований, включенных в Единый календарный план, за счет средств федерального бюджета. Организаторы соревнований должны подать соответствующую заявку в ФКСР для включения соревнований в календарный год. Любительские в календарный год не включаются. Помимо финансирования из бюджета организаторы соревнований получают большинство средств от спонсоров.

Таким образом, соревнования могут быть официальными и неофициальными. Первые могут послужить для спортсменов прямым доступом на Чемпионаты России. Также такие соревнования дают возможность получить спортивный разряд при выполнении необходимого норматива. Неофициальные соревнования не вносятся в календарный год. Спортсмены не имеют возможности развития так называемой «спортивной карьеры», но такие старты дают возможность подготовиться как физически, так и морально к более серьезным соревнованиям. Как правило, проводятся они конноспортивным клубом, и бывают открытыми или внутриклубными. Требования к таким соревнованиям могут быть не такие строгие как к официальным. Например, экипировка всадника или амуниция лошади может в той или иной степени отличаться от требуемой правилами (цветные бриджи у всадника).

Для проведения любого вида соревнований место их проведения должно иметь необходимую инфраструктуру: боевое и разминочное поле с необходимым грунтом, наличие безопасного ограждения, наличие зрительских мест, трибун, места для постоя лошадей, наличие мест для судей и т.д. Также обязательно в месте проведения соревнований наличие бригады скорой помощи, которая должна находиться на месте с самого старта соревнований до награждения победителей и призеров. На любом турнире всегда должно быть обеспечено непрерывное ветеринарное наблюдение.

Федерация конного спорта Калининградской области и Калининградская федерация конного спорта имеют собственные сайты, на которых находится необходимая информация в первую очередь для спортсменов. Что касается организации соревнований, то необходимую информацию можно найти только на сайте ФКСР. В связи с этим считаю, что в нормативных актах организаций должно быть урегулировано ведение официальных сайтов. Например, если нет необходимой информации, то должна быть ссылка на источник, где можно ее посмотреть. В данном случае ссылка на сайт Федерации конного спорта России.

Для допуска к участию в соревнованиях спортивная пара должна соответствовать необходимым требованиям. Лошади до 4-х лет к соревнованиям не допускаются. В зависимости от возраста лошади, спортивной паре разрешается преодолевать определенную максимальную высоту препятствий. Для лошадей 4-х лет – до 120 см, 5 лет – до 130, 6 лет- до 140, 7 и старше – 150 и выше. Всадник должен пройти обязательный медицинский осмотр в врачебно-физкультурном диспансере, а лошадь должна пройти необходимый ветеринарный осмотр. Все показания ветеринара фиксируются в спортивном паспорте лошади.

Развитие спортивного коневодства – это поддержка здорового образа жизни, и одновременно устойчивое развитие региона. На законодательном уровне закреплено достаточно условий проведения конноспортивных соревнований, что демонстрирует серьезные отношения государства к животным. Немалое количество конноспортивных клубов на территории Калининградской области демонстрирует заинтересованность людей в конном спорте, поэтому урегулирование организационных моментов должно быть доступным для всех людей. В этих целях целесообразно было бы создать на официальных сайтах единый раздел с полным перечнем нормативных правовых актов.

Гомонова Н. Д., Чекмарева А. И.

*Санкт-Петербургский филиал Всероссийского государственного
университета юстиции (РПА Минюста России),
студенты*

Подходы к модификации организационно-правового инструментария перехода экономики территории на «зеленый» курс

Изменение климата и ухудшение состояния окружающей среды являются экзистенциальными угрозами для всего мира, предотвращение которых возможно посредством развития концепции «зеленой» экономики, обеспечивающей баланс между потребностями общества, государства и экологическим потенциалом территории.

При этом последствия трансформации окружающей среды различны для всех регионов, так как их уязвимость к неблагоприятным климатическим изменениям дифференцирована. Авторами настоящей работы было проведено исследование окружающей среды регионов, входящих в Северо-Западный федеральный округ, посредством анализа социально-экономических показателей (2004–2018 годы)¹. На его основе сделан вывод о неблагоприятной экологической ситуации в них. Однако в настоящее время не уделяется надлежащего внимания вопросу борьбы с «инвалидирующей» экосредой.

Торможение перехода к «зеленой экономике» связывают с недостаточным финансированием природоохранных мероприятий. Так, объем финансового обеспечения государственной программы «Охрана окружающей среды» составляет 800,3 млн рублей с 2013 по 2024 годы, тогда как по расчетам Счетной палаты Российской Федерации величина средств, необходимых для реформирования одной лишь инфраструктуры обращения с отходами, должна составлять 428 млрд рублей². Медленный переход к экологизации также связан с консервативностью экономики России, которая основана на сырьевой модели.

Кроме того, существует ряд недостатков в нормативно-правовой базе: отсутствует регламентация мер стимулирования эколого-ориентированного бизнеса; не раскрыто понятие «экологическое предпринимательство»; не закреплены основополагающие принципы перехода к экономике полного цикла; не учтена праввосстанавливающая функция эколого-правовой ответственности; ограничены возможности гражданского общества.

В целях адаптации экономических субъектов к особенностям «зеленого» курса предлагается авторская модель перехода к нему, сочетающая в себе совокупность организационно-правовых мероприятий, в соответствии с целями устойчивого развития ООН и на основе взаимответственности и сотрудничества государства, его административно-территориальных единиц, хозяйствующих субъектов и индивидов. В механизм адаптации макро- и микросубъектов к инновационным особенностям «зеленого» курса экономики включены: стимулирование экологической ориентированности предпринимательского сектора, инвестиционной активности посредством правового регулирования и рецепции зарубежных инструментов; реформирование сложившейся системы обращения с отходами в соответствии с позитивным зарубежным опытом; повышение эколого-правовой культуры граждан.

Одним из направлений в развитии «зеленого» курса, как указано выше, является экологическая ориентация предпринимательства. В России на сегодняшний день хозяйствующие субъекты не заинтересованы в использовании «зеленых» технологий и инвестировании в экологически чистые программы, так как отсутствует видимая выгода от такой деятельности. В связи с этим необходимо внедрить механизм отчетности компаний о вкладах в природоохранные цели – обязанность публиковать и предоставлять в компетентные органы отчетность, касающуюся экологических

¹ Приложение к сборнику «Регионы России. Социально-экономические показатели».. URL: <https://rosstat.gov.ru/folder/210/document/47652> (дата обращения: 27.01.2021).

² Отчет о результатах экспертно-аналитического мероприятия «Анализ выполнения мероприятий, обеспечивающих экологическую безопасность Российской Федерации, в части ликвидации объектов накопленного вреда и формирования комплексной системы обращения с твердыми коммунальными отходами».. URL: https://ach.gov.ru/upload/iblock/41b/41b02dc50697e6fc57ec2f389a8b68f0.pdf?_ga=2.160317876.888420475.1602625887-1306256938.1602625887 (дата обращения: 07.01.2021).

инвестиций и инициатив, внедрения эколого-ориентированных технологий, энергетического и экологического перехода всех классов активов. На основе такой отчетности государство имеет возможность разработать систему стимулов для предприятий, существенно снижающих негативное влияние на окружающую среду. Таким образом, будет создан гибкий и учитывающий специфику бизнеса механизм, побуждающий к экологически чистому производству и инвестированию в него.

В то же время следует законодательно определить термин «зеленое» предпринимательство, потому что понятие «зеленый» вносит много неясностей как для потребителей, так и для предпринимателей из-за слабого государственного контроля, ввиду чего многие хозяйствующие субъекты злоупотребляют терминами «зеленый», «органический» и «экологически безопасный». Это порождает возникновение «зеленого камуфляжа» или «экологической близорукости», что влияет на ошибочный выбор потребителя. В целях ликвидации упомянутых недобросовестных явлений необходимо внедрение в законодательство Российской Федерации норм Модельного закона «Об основах экологического предпринимательства», раскрывающего понятия «зеленого» предпринимательства, продукции (работы, услуги) природоохранного назначения, статус субъектов экологического предпринимательства¹. Урегулирование экологического бизнеса посредством правовой регламентации перечисленных направлений позволит обеспечить стимулирование добросовестных предпринимателей.

Второе направление «зеленого» курса – это создание экономики полного цикла, которая может быть крайне выгодной для предпринимателей. В этой связи для реформирования системы обращения с отходами в России необходимо в Федеральном законе от 24.06.1998 № 89-ФЗ «Об отходах производства и потребления» предусмотреть норму об обязательной организации раздельного сбора твердых бытовых отходов. Кроме того, проанализировав позитивные организационно-правовые аспекты регулирования деятельности по размещению отходов в Швейцарской Конфедерации², считающейся одной из самых экологически чистых стран мира³, мы предлагаем скорректировать подходы к обеспечению экологической безопасности путем законодательной фиксации следующих позиций:

1) утилизация отходов должна стать принципом государственной природоохранной политики с тем, чтобы размещение отходов было крайним методом управления в сфере оборота отходов. Для его реализации важно разработать исчерпывающий перечень отходов, которые будет разрешено хранить или захоронять;

2) стоит закрепить принцип причинности, согласно которому производители товаров обязаны организовывать раздельный сбор отходов, а субъекты федерации должны стремиться удалять свои отходы на собственной территории.

Данные рекомендации смогут обеспечить с одной стороны защиту экономических субъектов от угроз экологической безопасности, возникающих в результате недобросовестного поведения отдельных участников, с другой – расширить возможности получения дополнительной прибыли предпринимателями, поскольку переработка отходов может служить источником энергии и других материальных ресурсов.

Третье направление «зеленого» курса – это изменение поведения населения в соответствии с природоохранными задачами. С учетом значительных масштабов территорий несанкционированных свалок отходов в России и отсутствия единообразной правоприменительной практики следует криминализировать умышленную несанкционированную эксплуатацию или строительство свалки. Стоит также установить обязанность лица, признанного виновным в правонарушении в области охраны окружающей среды и природопользования, восстановить нормальное экологическое состояние объекта, которому был нанесен вред.

К тому же требуется создание условий для развития гражданского общества. Ввиду этого в Федеральном законе от 23.11.1995 № 174-ФЗ «Об экологической экспертизе» необходимы следующие дополнения: установить, что общественное мнение должно не только формально учитываться, но и прямо влиять на корректировку проекта об

¹ Модельный закон «Об основах экологического предпринимательства» (принят на пятнадцатом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ (постановление № 15-6 от 13.06.2000)). URL: <http://docs.cntd.ru/document/901832941> (дата обращения: 05.01.2021).

² Ordinanza sulla prevenzione e lo smaltimento dei rifiuti del 04.12.2015.. URL: <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/20141858/index.html> (дата обращения: 07.01.2021).

³ Environmental Performance Index 2020.. URL: <https://nonews.co/wp-content/uploads/2020/08/epi2020.pdf> (дата обращения: 01.01.2021).

осуществлении деятельности, подлежащей экологической экспертизе; к полномочиям органов местного самоуправления отнести информирование населения о намечаемых и проводимых экологических экспертизах и об их результатах посредством использования интернет-ресурсов. Такие поправки усилят влияние гражданского общества на деятельность, негативно воздействующую на окружающую среду, и создадут более эффективную систему общественного контроля.

В целом представленные рекомендации призваны повысить уровень экологической безопасности, устранить существующие спорные аспекты в природоохранном законодательстве, качественно изменить нормы российского права в соответствии с позитивным зарубежным опытом, обеспечить рост конкурентоспособности страны посредством создания позитивного «зеленого» иммунитета.

Дременков Д. Р.

*Российский государственный университет правосудия,
аспирант*

Генезис законодательства Российской Федерации по учету экологических факторов при планировании развития территорий и перспективы его дальнейшего развития

За последнее столетие Россия пережила переосмысление двух кардинально разных подходов к планированию развития территорий. Эпоха XX века показал, насколько важными могут быть объекты территориального и городского планирования. Градостроительная деятельность, к которой относится в том числе территориальное планирование, напрямую связана с негативным воздействием на окружающую среду, поэтому от установления и соблюдения экологических требований при ее осуществлении во многом зависит дальнейшее обеспечение благоприятных условий жизнедеятельности человека.

В прошлом столетии сформировалась неоднозначная, однако достаточно прогрессивная для своего времени система научно-проектных работ по градостроительству. На уровне страны – Генеральная схема расселения. На уровне областей, краев, автономных республик градостроительное прогнозирование – схемы и проектами районной планировки. На местном уровне устанавливались генеральные планы городов и населенных пунктов, проекты детальной планировки, части городов, микрорайонов, районов.

Базовым документом по плану развития городской местности являлся генеральный план, составляемый на основе архитектурно-пространственных решений. Строительство новых и реновация существующих городов и других населенных пунктов стали происходить в соответствии с генеральными планами уже на рубеже 20–40-х годов прошлого века¹.

В Советском Союзе проблемы развития градостроительства пытались решать на разных уровнях. Это отражалось, в частности, в предплановых и плановых документах различного статуса: планах экономического и социального развития области, края, республики, страны. Важное значение получили комплексные планы социально-экономического развития городов. Уже к 70-х – середине 80-х годов был вполне достойный уровень разработки комплексных планов развития городов. Однако, как показала опыт, комплексные планы социально-экономического развития городов не смогли достаточно эффективно влиять на обстановку в городах, т.к. они не были объединены с единой системой государственного планирования, не имели нормативного статуса.

¹ В этот период были приняты такие документы, как:

– Декрет ВЦИК, СНК РСФСР от 04.10.1926 «Об обязанности для городских поселений и поселков иметь планы и проекты планировки»;

– Постановление ЦИК СССР № 70, СНК СССР № 1219 от 27.06.1933 «О составлении и утверждении проектов планировки и социалистической реконструкции городов и других населенных мест Союза ССР».

Это были одни из крупных управленческих актов в сфере градостроительства, действовавший в течение долгих лет.

Период последнего десятилетия XX века стал стартом по переходу к рыночным отношениям и формированию современной концепции недвижимости. Основным актом, регулирующим указанную сферу деятельности, является принятый в 1992 году закон «Об основах Градостроительства в Российской Федерации». Указанный закон был в большей степени декларативным, устанавливал основы федеральной градостроительной политики, наряду с нормативными правовыми РФ и субъектов РФ, формируя основу к правовому регулированию градостроительства.

Градостроительная политика государства должна была обеспечивать формирование благоприятной среды проживания населения исходя из условий сложившегося историко-политического расселения, перспектив социального и экономического развития общества и иных особенностей. Муниципальные образования и местные власти не были активными субъектами территориального планирования, которые могут реализовывать свои интересы и приоритеты. В действительности же системные действия, предполагающие работу по созданию необходимых документов, были заменены внесистемными и фрагментарно выборочными действиями по предварительному согласованию мест размещения объектов строительства, которые могли выполняться достаточно оперативно.

Генезис территориального планирования и регулирования градостроительной деятельности связан также с принятием в 1998 году первого Градостроительного Кодекса. В этот исторический этап можно говорить о формировании уже достаточно развитой системы городской застройки.

Градостроительный кодекс был принят в период, когда не было кодифицированного акта, регулирующего земельные правоотношения, и в определенной мере восполнил пробелы в регулировании этих отношений в стране. После принятия в 2001 году Земельного кодекса Российской Федерации (далее – ЗК РФ)¹ необходимость в дополнительном регулировании земельных правоотношений в поселениях исчезла: все акты, регулирующие земельные правоотношения, должны были соответствовать положениям ЗК РФ.

Последующим важным витком в развитии планирования развитии территорий стало принятие в 2004 году нового Градостроительного Кодекса Российской Федерации (далее – ГрК РФ)², который во многом старался преодолеть ограничения однообразной системы планирования. ГрК РФ декларировал определенные нововведения в градостроительную практику, имеющие принципиальное значение: изменилось содержание дефиниции градостроительной деятельности; объем градостроительной документации, который был заменен документами территориального планирования и документацией по планировке территорий; более детально представлен институт градостроительного зонирования; процессуальные нормы, которые регулировали новые процедуры подготовки, согласования, экспертизы, утверждения и выдачи различных документов.

Проявились новые виды документов в области градостроительной деятельности: документы территориального планирования; документы градостроительного зонирования; документация по планировке территории; документы архитектурно-строительного проектирования.

Кроме того, в статье 2 ГрК РФ появился фундаментальный принцип, на котором основывается регулирование всех остальных норм – обеспечение сбалансированного учета экологических, экономических, социальных и иных факторов при осуществлении градостроительной деятельности. Законодатель не просто так ставит экологический фактор на первое место, анализ юридической техники данной нормы права дает нам понять, что указанный фактор является «первым среди равных».

Одним из подходов к реализации рассматриваемого принципа является, установленный в статье 9 ГрК РФ, организационно-правовой механизм территориального планирования, что составляет одну из важнейших этапов градостроительной деятельности – территориальное планирование направлено на определение в документах территориального планирования назначения территорий исходя из совокупности факторов, в том числе экологических.

¹ «Земельный кодекс Российской Федерации» от 25.10.2001 № 136-ФЗ // «Собрание законодательства РФ», 29.10.2001, № 44, ст. 4147.

² «Градостроительный кодекс Российской Федерации» от 29.12.2004 № 190-ФЗ // Российская газета, № 290, 30.12.2004.

Современный этап развития градостроительной детальности с формированием комплексной системы стратегического планирования в России. Ее создание было определено в 2014 году с принятием закона «О стратегическом планировании в Российской Федерации»¹.

Важная концептуально новая особенность указанного нормативного правового акта – он устанавливает понятную и логичную систему стратегического планирования в России. Негативная сторона этого документа, как отмечают кортики этого закона – слишком определенная регламентация. Нормативный правовой акт подразумевает закрытый перечень документов, относящихся к системе стратегического планирования РФ, и дает описание содержания каждого из этих актов. Таким образом, территориальное планирование и регулирование в сфере градостроительства становится компонентом общенациональной системы стратегии развития государства.

Следует отметить, что несмотря на бесспорный прогресс в формировании нормативной правовой системы страны не были решены многие проблемы территориального планирования:

- отставание государственной политики в сфере градостроительства, нацеленной на рациональное сочетание стратегических и текущих задач;
- неудовлетворительный уровень управления и регулирования градостроительной деятельности, отсутствие сформировавшейся системы органов управления (в том числе нехватка профессиональных кадров);
- низкий уровень взаимодействия органов, ответственных за имущественные и земельные отношения, развитие архитектурно-градостроительного регулирования.

Следует отметить, что необходимо обеспечить консолидацию полномочий по нормативному регулированию системы пространственного планирования -стратегии развития территориального планирования и градостроительного зонирования, в одном ведомстве – Минэкономразвития России.

31.07.2020 вступил в силу федеральный закон², направленный на обеспечение согласованности документов территориального планирования всех уровней с документами стратегического планирования. Хочется верить, что это поможет преодолеть указанные выше проблемы.

Представляется также логичным, что будущее в развитии территориального планирования стоит прежде всего за современными технологиями. В городе Москве установлен беспрецедентный экспериментальный правовой режим по развитию технологий искусственного интеллекта³. Хочется надеяться, что указанные выше технологии смогут быть применимы и в сфере градостроительства, а Правительство Москвы сделает прорыв в этом направлении, в том числе по учету экологического фактора в этой сфере, путем применения комплексного анализа в этой сфере.

Елькина А. С.

*Таврическая академия Крымского федерального университета имени В.И. Вернадского,
студент*

К вопросу о кодификации норм экологического права

Осознание факта наличия обязанности у каждого из нас улучшать состояние окружающей природной среды является неотъемлемым критерием нормального функционирования человечества. В свою очередь, это вызывает

¹ Федеральный закон от 28.06.2014 № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации» // «Собрание законодательства РФ», 30.06.2014, № 26 (ч. 1), ст. 3378.

² Федеральный закон от 31.07.2020 № 264-ФЗ «О внесении изменений в Градостроительный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // «Собрание законодательства РФ», 03.08.2020, № 31 (ч. 1), ст. 5023.

³ 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» // «Собрание законодательства РФ», 27.04.2020, № 17, ст. 2701.

огромный интерес к постоянному усовершенствованию и оптимизации нормативно-правовой базы в этой области, обуславливая актуальность проведенного нами исследования.

На сегодняшний день, отрасль экологического права комплексная, то есть представляет собой совокупность отдельных и отличных по юридической силе друг от друга правовых актов, основной задачей которых выступает охрана окружающей среды и рациональное использование природных ресурсов. Очевидно, отсутствие соответствующего кодификационного акта вносит хаотичные характер в регулирование экологических правоотношений¹. Так, по мнению Садохиной Н.Е., наличие кодекса способствовало бы не только упорядочению законодательства, но и обеспечило бы единство его применения на всей территории Российской Федерации, а это играет неотъемлемую роль в осуществлении принципа законности органов государственной власти².

Тем не менее, часть исследователей пришли к выводу, что создание рассматриваемого нормативного акта на современном этапе развития не представляется возможным по ряду причин. Например, Игнатъева И.А. в своих работах указывает, что проблема создания кодекса еще не настолько «назрела», и его поспешное принятие может послужить образованием не только новых проблем с точки зрения внесения хаоса в систему законодательства, но и с точки зрения появления новых социальных конфликтов, связанных с отсутствием реализационного механизма³.

Указанная позиция представляется истинной, однако, указывает она не на отсутствие возможности создания и принятия кодификационного акта, а на необходимость тщательной подготовки и анализа уже имеющихся правовых норм с целью предания будущему кодексу актуальности и ограничения включения в него положений, реализация которых на практике неосуществима. Таким образом, вопрос о возможности принятия данного акта на современном этапе является весьма дискуссионным, но наличие необходимости структурировать систему экологического законодательства очевидно.

Сторонники приведенной выше позиции также указывают на то, что процесс разработки Экологического Кодекса будет сопровождаться рядом таких проблем как:

- огромный массив норм различных отраслей права, которые необходимо уместить в лишь один законодательный акт;
- отсутствие соответствующего механизма в исполнительной ветви власти для практической реализации принятого закона, а также органа, имеющего надзорную функцию⁴;
- определение названия будущего кодификационного акта, что обусловлено наличием двух основных «блоков» норм экологического права, направленных на урегулирование правоотношений: по охране окружающей среды и по природопользованию⁵. Тем самым, возникает вопрос о том, включать ли в будущий закон оба этих элемента, и, соответственно, как именно определить его название⁶. В теории были предложены такие наименования как: Природоресурсный Кодекс или Кодекс об охране окружающей среды, но как в первом, так и во втором случае названия отражают сущность лишь части норм экологического права.

Полагаем, что приведенные контраргументы относительно возможности создания единого кодификационного акта не являются достаточными для признания указанного процесса таковым, так как перечисленные проблемы

¹ Садохина Н. Е. К проблеме кодификации экологического законодательства // Вестник Тамбовского Университета: выпуск 1 / Политические науки и право. 2015.. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/k-probleme-kodifikatsii-ekologicheskogo-zakonodatelstva/viewer> (дата обращения: 08.02.2021).

² Гаджиев Г. А. Феномен судебного прецедента Российской Федерации // Судебная практика как источник права : сборник статей / Б. Н. Топорнин, Э. Серверэн, Г. Кюнтер [и др.] М. 2000. С. 91.

³ Игнатъева И. А. Кодификация экологического законодательства: современные проблемы и условия применения // Экологическое право. 2008. № 1. С. 16.

⁴ Кобылинская С. В. Вопросы кодификации экологического законодательства РФ / С. В. Кобылинская, З. К. Карсанова. – Текст: непосредственный // Молодой ученый. 2014. № 1 (60). С. 228.. URL: <https://moluch.ru/archive/60/8814/> (дата обращения: 09.02.2021).

⁵ Васильева М. И. Особенная часть экологического права как объект кодификации // Экологическое право. 2010. № 6. С. 15.

⁶ Игнатъева И. А. Кодификация экологического законодательства: современные проблемы и условия применения // Экологическое право. 2008. № 1. С. 18.

возникают при любом виде систематизации норм комплексных отраслей права. Более того, они могут быть решены при тщательном анализе уже имеющегося законодательства, создании новых норм с учетом объективных обстоятельств развития природной среды и общественного мнения.

Учитывая, что вопрос о непосредственном процессе и этапах разработки кодификационного акта выступает темой самостоятельного исследования, ограничимся высказыванием Боголюбова С.А.: «Кодекс должен отличаться от простого закона не только формой, не только названием, но и качественно иным наполнением, иным содержанием. Подготовку и принятие качественно нового головного экологического закона в виде Экологического кодекса необходимо сделать новой вехой в систематизации экологического законодательства, неким переломным моментом в отношениях общества и природы, а не демонстрацией бурного правотворчества и изображения видимого движения вперед»¹. С указанной позицией нельзя не согласиться.

Помимо приведенных выше преимуществ принятия единого Кодекса, а именно упорядочение экологического законодательства и единство его применения, подтвердим данную концепцию следующими аргументами:

Во-первых, в настоящий момент экология выступает одним из основных направлений деятельности Совета по стратегическому развитию и приоритетным проектам², подчеркивая важность и актуальность задачи, поставленной перед законодателем – разрешения ряда важнейших экологических проблем. Создание единого по структуре, юридической технике и языку акта, регулирующего конкретную область правовых отношений позволит в значительной мере разрешить наиболее актуальные проблемы охраны окружающей среды и здоровья человека, создать единый механизм конституционно-правового регулирования вопросов экологической безопасности.

Во-вторых, это способствовало бы гармонизации российского законодательства с международным. Затрагивая практику иных государств в данном аспекте отметим, Экологические кодексы существуют в Швеции, Франции, Казахстане и т.д.³ Обратим внимание также на то, что подобные акты, но только регионального уровня есть и в России. Например, Экологический Кодекс Санкт-Петербурга, принятый в 2016 году, что еще раз подтверждает позицию, согласно которой проблема проведения ряда кодификационных работ по экологическому праву является достаточно острой.

Анализ проведенного нами исследования позволяет убедиться в необходимости создания единого кодификационного акта – Экологического Кодекса Российской Федерации, что обусловлено целым рядом таких причин как: разрешение острых экологических проблем, усовершенствование механизма экологической безопасности, гармонизация российского и международного законодательства, упорядочение норм системы экологической отрасли права и единство их применения, и, следовательно, обеспечение режима законности в государстве.

Полагаем, создание и принятие рассматриваемого акта на сегодняшний день возможно, но только в случае тщательно проведенного анализа уже имеющихся экологических норм, устранения правовых коллизий и учета объективных обстоятельств развития природной среды и общественного мнения. Несомненно, внедрение в систему законодательства Экологического Кодекса рассчитано на благодарность не только настоящих, но и будущих поколений⁴.

¹ Боголюбов С. А. Проблемы и задачи Экологического кодекса // Экологическое право. 2010. № 6. С. 15.

² Чепурная А. Н. К вопросу о кодификации экологического права // Закон и политика: федеральные и региональные аспекты / Сборник научных трудов по материалам I Международной научно-практической конференции под ред. Красновой Н. А., Андреевой Ю. С. 2017. С. 35.

³ Анисимов А. П. Экологический кодекс: каким ему быть? // Современное право / Проблемы гражданского права. 2012. № 2. 49 – 55 с.

⁴ Боголюбов С. А. Проблемы и задачи Экологического кодекса // Экологическое право. 2010. № 6. С. 21.

Зайцева И. П.

*Удмуртский государственный университет,
студент*

Актуальные проблемы правового регулирования в сфере обращения ТКО (на примере Удмуртской Республики)

В январе 2019 года введена новая система обращения с твердыми коммунальными отходами, преследующая цель в снижении объема ТКО, направляя его на переработку и вовлекая вторичное сырье в производственный оборот¹.

На сегодняшний день в Удмуртской Республике стоит проблема в области утилизации твердых коммунальных отходов. Согласно статистическим данным, приведенным региональным оператором Удмуртской Республики, в регионе 481 несанкционированная свалка, что занимает 391 гектар, вмещающая в себя 1,4 млн тонн накопленного мусора². Текущее положение остается достаточно сложным, а также характеризуется увеличением объемов поступающих отходов.

Федеральный закон от 24 июня 1998 г. № 89-ФЗ «Об отходах производства и потребления» дает понятие «твердые коммунальные отходы» как отходы, образующиеся в жилых помещениях в процессе потребления физическими лицами, а также товары, утратившие свои потребительские свойства в процессе их использования физическими лицами в жилых помещениях в целях удовлетворения личных и бытовых нужд³.

Также названный закон дает определение понятию «региональный оператор». Региональный оператор – это юридическое лицо, которое обязано заключить договор на оказание услуг по обращению с твердыми коммунальными отходами с собственником твердых коммунальных отходов, которые образуются и места (площадки) накопления которых находятся в зоне деятельности Регионального оператора⁴.

Однако спектр его обязанностей несколько шире: он отвечает не только за заключение договора на оказание услуг. Фактически региональный оператор является организацией, ответственной за весь цикл обращения бытовых отходов: организация сбора, транспортировка, сортировка, утилизация, обезвреживание. Региональный оператор также является частной компанией, целью которой является максимизация извлеченной прибыли в процессе осуществления своей деятельности.

В Удмуртской Республике действует один региональный оператор: ООО «Спецавтохозяйство». Одним из действующих проектов оператора является «Раздельный сбор в УдГУ». Данная инициатива предполагает размещение контейнеров для дуальной системы сбора отходов внутри корпусов университета. Однако ее реализация затруднена: отсутствие ответственности и экологического просвещения привели к тому, что раздельный сбор в действительности не осуществляется. В результате этого оператор получает смешанные отходы.

Собранное вторсырье подлежит чистовой досортировке, далее подготавливается к отправке предприятиям-переработчикам Удмуртии и России. Предприятие-переработчик определяется рыночной ценой на вторсырье, что также является проблемой ввиду того, что доставка отходов предприятию России, которое готово приобрести сырье по высокой стоимости, оставляет более высокий углеродный след, чем доставка предприятию Удмуртии.

Региональный оператор определяет в регионе ряд вопросов, требующих решения. Одним из них является возникновение несанкционированных свалок, стоит отметить, что до 1 января 2019 года в регионе отсутствовала системная организация вывоза мусора. Также причиной их появления является отсутствие нормы, обязывающей жителей к заключению договора на вывоз отходов. В частности, в Завьяловском районе на период до 2019 года менее

¹ Распоряжение Правительства РФ от 25.01.2018 № 84-р «Об утверждении Стратегии развития промышленности по обработке, утилизации и обезвреживанию отходов производства и потребления на период до 2030 года» // СПС «КонсультантПлюс».

² Региональный оператор УР ООО «Спецавтохозяйство». URL: <https://регоператорудмуртии.рф> (дата обращения: 05.03.2021).

³ Федеральный закон от 24.06.1998 № 89-ФЗ (ред. от 07.04.2020) «Об отходах производства и потребления» (с изм. и доп., вступ. в силу с 14.06.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Федеральный закон от 24.06.1998 № 89-ФЗ (ред. от 07.04.2020) «Об отходах производства и потребления» (с изм. и доп., вступ. в силу с 14.06.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

половины населения оплачивали вывоз мусора. Данное явление демонстрирует проблему нежелания населения платить за услуги, предоставляемые оператором, что также может быть связано с тем, что граждане отказываются от использования данной услугой, так как самостоятельно утилизируют отходы, посредством компостирования отходов и сдачи вторсырья предприятиям-переработчикам.

Кроме того, выделяется проблема отсутствия системного вывоза мусора, которая привела к тому, что рынок перевозчиков был стихийным. Отсутствие контроля над вывозом собранных отходов, плата за размещение отходов на специализированном полигоне привели к тому, что перевозчики преимущественно вывозили мусор в леса. В результате проведенной реформы спецтехника, предназначенная для вывоза мусора, была оснащена системой глобальной навигационной спутниковой системой. Кроме того, оператор получает информацию от полигонов региона ввиду оснащённости системами весового контроля.

Согласно постановлению Правительства Удмуртской Республики от 22 мая 2017 года № 213 «Об утверждении Территориальной схемы обращения с отходами, в том числе с твердыми коммунальными отходами», в Удмуртской Республике основной массив образования отходов распределен по региону неравномерно, большая часть расположена в городе Ижевске, а также в других крупных городах республики¹.

Согласно плану, составленным Регоператором, 457 свалок будут ликвидированы ООО «Спецавтохозяйство» при содействии властей в течение 10 лет. Таким образом, ежегодно оператор намерен ликвидировать более 50 свалок. Однако 24 свалки, площадь которых превышает 3 гектара, подлежат лишь рекультивации ввиду невозможности их вывоза². Однако стоит отметить, что даже при текущем темпе ликвидации от несанкционированных свалок наносится существенный ущерб экологической обстановке региона, распадаясь на микропластик и отравляя почву.

В Удмуртии всего пять полигонов, поэтому тарифы в регионе несколько выше, чем в соседних регионах ввиду возникновения дополнительных затрат на транспортировку отходов до отдаленных полигонов. Данную проблему так же отметил Глава субъекта, поставив задачу в постройке трех новых полигонов в северной части субъекта до конца 2019 года³. Однако данная задача не была исполнена.

Согласно данным, приведенным Регоператором в период с 2018 года по 2020 год, количество собранных отходов увеличилось в два раза, что приводит к увеличению нагрузки на полигоны⁴. Данные условия являются причиной возникновения ряда проблем, связанных с отрицательным воздействием на санитарно-гигиенические условия окружающей среды в городских зонах, которые прилегают к территории полигонов.

В данном случае полигоны ТКО в перспективе являются вторичным источником загрязнения окружающей среды⁵. Для решения данной проблемы предложен ряд защитных мероприятий на прилегающей территории, мониторинг состояния системы полигонов, а также внедрение технологий обработки фильтрата. Однако данные мероприятия требуют дополнительные финансовые вложения.

Мы считаем, что ввиду сложившейся ситуации в регионе необходимо повышать уровень экологического просвещения, направленного на призыв граждан к осознанному потреблению, сортировке отходов.

На наш взгляд, обязанность по решению данной проблемы следует возложить на регионального оператора, посредством внесения поправок в постановление Правительства УР «Об утверждении Правил осуществления

¹ Постановление Правительства Удмуртской Республики от 22.05.2017 № 213 «Об утверждении Территориальной схемы обращения с отходами, в том числе с твердыми коммунальными отходами, в Удмуртской Республике» (с изм. и доп., вступ. в силу с 19.12.2019) // СПС Гарант.

² Региональный оператор УР ООО «Спецавтохозяйство». URL: <https://регоператорудмуртии.рф> (дата обращения: 05.03.2021).

³ Три новых мусорных полигона планируют построить в Удмуртии // UDMURT.MEDIA: интернет-изд. 2019. 22 янв.. URL: <https://udmurt.media/news/zkh/49327/> (дата обращения: 05.03.2021).

⁴ Региональный оператор УР ООО «Спецавтохозяйство». URL: <https://регоператорудмуртии.рф> (дата обращения: 05.03.2021).

⁵ Калюжина Екатерина Алексеевна, Самарская Наталья Сергеевна Экологические особенности воздействия полигонов твердых бытовых отходов на состояние окружающей среды в районах их расположения // ИВД. 2014. № 2.. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/ekologicheskie-osobennosti-vozdeystviya-poligonov-tverdyh-bytovykh-othodov-na-sostoyanie-okruzhayushey-sredy-v-rayonah-ih> (дата обращения: 05.03.2021).

деятельности региональных операторов по обращению с твердыми коммунальными отходами на территории Удмуртской Республики, контроля над их исполнением».

Зенин А. В.

*Саратовская государственная юридическая академия,
студент*

Принципы градостроительного зонирования: вопросы теории и правоприменительной практики

Большинство отраслей права и законодательства имеют собственные правовые принципы – основополагающие, базовые положения, определяющие сущность конкретной отрасли. Градостроительное законодательство не является исключением – ст. 2 Градостроительного кодекса Российской Федерации¹ (далее – ГрК РФ) закрепляет основные принципы законодательства о градостроительной деятельности. Отметим, из названия приведённой статьи следует, что перечень принципов градостроительного законодательства не является исчерпывающим. При осуществлении видов градостроительной деятельности, упомянутых в ст. 4 ГрК РФ, соблюдение основных принципов обязательно. Помимо этого, существуют правовые принципы, применяемые исключительно в отдельных сферах градостроительной деятельности: при осуществлении территориального планирования, градостроительного зонирования, планировки территории и т.д. Принципы законодательства о градостроительной деятельности неоднократно являлись предметом научного обсуждения², в то время как принципы осуществления отдельных видов градостроительной деятельности являются малоизученной областью. Важным направлением исследования необходимо признать определение принципов градостроительного зонирования и анализ их соблюдения при разработке правил землепользования и застройки (далее – ПЗЗ). Анализ положений, определяющих характер градостроительного зонирования как одной из основ обеспечения устойчивого развития территорий³, поможет обеспечить единообразное правоприменение в данной сфере.

Зонирование – вид градостроительной деятельности, заключающейся в выделении части (частей) из некой территории⁴. Легальное понятие градостроительного зонирования приводится в пп. 4 ст. 1 ГрК РФ – это зонирование территорий муниципальных образований в целях определения территориальных зон и установления градостроительных регламентов, являющихся частью ПЗЗ. В вышеуказанной дефиниции отмечается важный признак градостроительного зонирования – данная деятельность осуществляется на территориях муниципальных образований. В соответствии с положениями п. 20 ч. 1 ст. 14, п. 26 ч. 1 ст. 16 Федерального закона от 06.10.2003 № 131-ФЗ (ред. от 29.12.2020) «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»⁵ утверждение ПЗЗ относится к вопросам местного значения. ПЗЗ как документ градостроительного зонирования разрабатываются и принимаются представительным органом муниципального образования в форме муниципального правового акта по ч. 1 ст. 32 ГрК РФ. Таким образом, неотъемлемым свойством градостроительного зонирования является проведение данной деятельности органами местного самоуправления. Можно сформулировать принцип градостроительного зонирования,

¹ См.: Градостроительный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 № 190-ФЗ (с изм. и доп. от 30.12.2020) // Собрание законодательства РФ. 2005. № 1, ст. 16 ; Российская газета. 2021. № 2.

² См.: Актуальные проблемы земельного, градостроительного и природоресурсного права : учебное пособие / отв. О. А. Зиновьева, Н. О. Ведышева. М. : Проспект, 2020. 216 с. ; Рыженков А. Я. О принципе возмещения вреда, причиненного физическим и юридическим лицам в результате нарушений требований законодательства о градостроительной деятельности // Юрист. 2018. № 4. С. 25–32.

³ См.: Земельное право : учебник / Т. В. Волкова, С. Ю. Королёв, Е. Ю. Чмыхало. – Москва : ЮСТИЦИЯ, 2020. 306 с. – (Бакалавриат и магистратура).

⁴ См.: Градорегулирование : Правовое обеспечение градостроительной деятельности: альтернативные модели законодательства и программа исправления его ошибок / Э. К. Трутнев. – Москва : Институт экономики города, 2019. 682 с.

⁵ См.: Федеральный закон от 06.10.2003 № 131-ФЗ (с изм. и доп. от 29.12.2020) «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2003. № 40, ст. 3822 ; Российская газета. 2021. № 1.

согласно которому данный вид градостроительной деятельности признаётся результатом работы органов местного самоуправления по решению вопросов местного значения. Исключением из данного принципа является градостроительное зонирование, осуществляемое органами государственной власти субъектов федерации на территории городов федерального значения – Москвы, Санкт-Петербурга и Севастополя, а также в случае перераспределения полномочий в соответствии со ст. 8.2 ГрК РФ.

При анализе принципов градостроительного зонирования следует дать характеристику модели зонирования в современной России. Итогом градостроительного зонирования выступают ПЗЗ, поэтому зонирование по действующему законодательству носит нормативный характер. Данная модель отличается от советского подхода к зонированию, при котором органы власти определяли правовой режим земельного участка индивидуально, без заранее определённых территориальных зон. Градостроительное законодательство в социалистический период истории отсутствовало, в силу этого использование земельных участков осуществлялось в соответствии с планами использования земельного фонда, принимаемыми органами власти, что исходит из положений ч. 3 ст. 5 Земельного кодекса РСФСР¹. Это объяснялось государственной формой собственности на землю и иными факторами. В отличие от советской модели, действующая настоящее время модель градостроительного зонирования отличается универсальным характером. Универсальный характер градостроительного зонирования характеризуется общими для всех правообладателей объектов недвижимости требованиями, предъявляемыми в конкретных территориальных зонах. Очевидно, что данное свойство зонирования может существовать только в правовой системе с многообразием форм собственности на землю. На основании вышеизложенного, формулируем следующий принцип градостроительного зонирования – универсальный для всех субъектов правоотношений правовой режим территориальных зон.

В пп. 2 ст. 2 ГрК РФ декларируется принцип обеспечения сбалансированного учёта социальных и иных факторов при осуществлении градостроительной деятельности. Законодатель оставил перечень учитываемых факторов открытым. Применительно к градостроительному зонированию данный принцип трансформируется в принцип: обеспечение учёта интересов населения муниципальных образований и правообладателей недвижимости (далее – обеспечение учёта интересов). Как отмечает Романова О.А., граждане могут участвовать в данной сфере градостроительных отношений² путём направления предложений заинтересованных лиц по подготовке проекта ПЗЗ, исходя из положений п. 4 ч. 8 ст. 31 ГрК РФ. Помимо этого ч. 3 ст. 31 ГрК РФ устанавливает, что при подготовке ПЗЗ учитываются заключения о результатах общественных обсуждений или публичных слушаний. Приведённые положения развивают, закреплённый в п. 5 ст. 2 ГрК РФ, в принцип обеспечения учёта интересов при осуществлении градостроительного зонирования.

Следующий принцип градостроительного зонирования происходит от свободы использования объекта недвижимости в пределах, указанных в ПЗЗ. Так, в соответствии с п. 2 ст. 7 Земельного кодекса Российской Федерации³ (далее – ЗК РФ) вид разрешённого использования выбирается правообладателем земельного участка самостоятельно и без дополнительных разрешений. Исходя из ч. 4 ст. 37 ГрК РФ правообладатели объектов недвижимости вправе самостоятельно выбирать основные и вспомогательные виды разрешённого использования. Градостроительные регламенты устанавливаются с учётом фактического использования земельных участков, что следует из пп. 1 ч. 2 ст. 36 ГрК РФ. Таким образом, на основании ЗК РФ и ГрК РФ принципом градостроительного зонирования может считаться способность правообладателей недвижимости свободно осуществлять свои права в пределах, устанавливаемых градостроительными регламентами ПЗЗ.

Принципы градостроительного зонирования – не глубоко теоретическое и далёкое от практики правовое явление. Для анализа соблюдения или нарушения приведённых в настоящей работе принципов обратимся к Правилам

¹ См.: Закон РСФСР от 01.07.1970 «Об утверждении Земельного кодекса РСФСР» (вместе с «Земельным кодексом РСФСР») (утратил силу) // Ведомости ВС РСФСР. 1970. № 28, ст. 581.

² См.: Романова О. А. Субъекты и объекты градостроительных правоотношений. Актуальные проблемы российского права. 2019. № 12 (109). С. 53–61.

³ См.: Земельный кодекс Российской Федерации от 25.10.2001 № 136-ФЗ (с изм. и доп. от 31.07.2020) // Собрание законодательства РФ. 2001. № 44, ст. 4147 ; Российская газета. 2021. № 2.

землепользования и застройки муниципального образования «Город Саратов» от 25.07.2019 № 54-397¹ (далее – Правила). Приведённый документ является муниципальным правовым актом, разработанным и утверждённым Саратовской городской Думой, действующим на территории муниципального образования «Город Саратов». Следовательно, принцип градостроительного зонирования, согласно которому данный вид градостроительной деятельности признаётся результатом деятельности муниципальных образований, подтверждается. Согласно п. 1.1 Правил в данном документе устанавливаются территориальные зоны на территории г. Саратова. Тем самым, Правила подтверждают принцип универсальности – наличие общих требований для правообладателей недвижимости в территориальных зонах. Исходя из п. 1.2 Правил, целью их разработки является обеспечение прав заинтересованных лиц (в том числе правообладателей недвижимости). Гарантией, закрепляющей принцип обеспечения учёта интересов населения муниципальных образований и правообладателей недвижимости, выступает раздел VII Правил, регламентирующий порядок проведения общественных обсуждений. П. 3.9 Правил устанавливает принцип свободы выбора основных и вспомогательных видов разрешённого использования без получения административных разрешений (в пределах, установленных в территориальной зоне).

В заключение настоящей работы следует подвести итоги. Рассмотрены четыре принципа осуществления градостроительного зонирования, которые мы выделили в качестве главенствующих для данного вида деятельности. Изучение базовых начал зонирования позволило раскрыть сущность деятельности по определению территориальных зон и установлению градостроительных регламентов. При анализе Правил землепользования и застройки г. Саратова выявлено соответствие положений данного муниципального правового акта принципам градостроительного зонирования. Дальнейшее изучение темы работы будет способствовать углублению понимания модели зонирования, сформировавшейся в градостроительном законодательстве.

Киреева В. С.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Влияние Базельской конвенции на экологическое законодательство Российской Федерации

В настоящее время становится всё более очевидным тот факт, что состояние окружающей среды является фундаментальной составляющей безопасности общества. Однако нерациональные и непредусмотрительные действия человека, его активная антропогенная деятельность, являются основной причиной возникновения различных экологических проблем современности.

В подтверждение этому Стратегия национальной безопасности РФ называет обеспечение экологической безопасности стратегическим национальным приоритетом. Также делается акцент на том, что состояние экологии напрямую связано с положением дел в других приоритетных сферах развития: экономике, повышении качества жизни, здравоохранении, государственной и общественной безопасности².

Однако экологическая обстановка в мире не может стабилизироваться силами одного или нескольких отдельно взятых государств, для решения этих глобальных экологических проблем необходимо активное взаимодействие международного сообщества.

Начиная с 70-х годов XX века глобальные проблемы обеспечения экологической безопасности стали предметом подробного рассмотрения на международном уровне. Главным координатором их изучения и поисков возможностей регулирования таких вопросов на международной арене стала ООН, в рамках деятельности которой были заключены различные конвенции, нацеленные на минимизацию экологических угроз глобального характера. Различные

¹ См.: Правила землепользования и застройки муниципального образования «Город Саратов».. URL: <http://www.saratovmer.ru/groundusingrules> (дата обращения: 21.02.2021).

² Указ Президента РФ от 31.12.2015 № 683 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 08.02.2021).

международные организации стремятся привлечь как можно больше стран и их объединений к принятию согласованных мер в этой области. В их деятельность активно включена и Российская Федерация.

Не случайно Стратегия экологической безопасности РФ на период до 2025 года выделяет углубление международного сотрудничества в области охраны окружающей среды и природопользования в качестве своего приоритетного направления. Также в данном документе обозначены основные глобальные вызовы экологической безопасности¹. С необходимостью акцентирования внимания на них сложно спорить, ведь именно на решение этих вопросов направлено большинство международных соглашений в области охраны окружающей среды. Российская Федерация является активной участницей таких соглашений, базовых и отраслевых, сфокусированных на детализации охраны отдельных объектов окружающей среды.

Ярким примером достижений Российской Федерации в этой области является работа с Базельской конвенцией о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением.

Данная конвенция была принята для усиления контроля за трансграничной перевозкой отходов; их обоснованного использования при производстве внутри страны; ограждения здоровья человека и окружающей среды от пагубного воздействия этих отходов².

В 1995 году, через 5 лет после подписания и меньше чем через год после ратификации, было принято Постановление Правительства РФ № 670 «О первоочередных мерах по выполнению Федерального закона «О ратификации Базельской конвенции о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением». К разработке необходимых перечней отходов, положений о регулировании их перевозок, а также предложений по актуализации ранее принятых актов Правительства РФ были привлечены различные министерства и иные федеральные органы исполнительной власти.

Через 20 лет данный документ утратил силу в связи с принятием нового Постановления Правительства РФ по этим вопросам. Основные положения, закрепленные ещё в 1995 году, остались неизменными, однако была изменена и установлена компетенция федеральных органов исполнительной власти, которая сохраняется до настоящего времени³.

Важно отметить тот факт, что механизм классификации отходов, примененный Российской Федерацией, значительно, причем в лучшую сторону, отличается от предложенного Комитетом экспертов по перевозке опасных грузов Экономического и Социального Совета ООН. Ведь именно на классификацию, закрепленную им в Рекомендациях по перевозке опасных грузов, ссылается Базельская конвенция – специальный код для каждой категории веществ, который должен состоять из двух частей – класса отходов и кодового номера класса опасности.

Постановление Правительства РФ, принятое в 1996 году, содержало в себе улучшенный механизм классификации – код по Товарной номенклатуре ВЭД, код по классификации Базельской конвенции, а также код по классификации ОЭСР⁴. То есть подход к регламентации в этой области уже во время принятия данного акта был более универсальным⁵.

¹ Указ Президента РФ от 19.04.2017 № 176 «О Стратегии экологической безопасности Российской Федерации на период до 2025 года» // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 08.02.2021).

² «Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением» (Вместе с «Категориями веществ, подлежащих регулированию», «Категориями отходов, требующих особого рассмотрения», «Перечнем опасных свойств», «Информацией, которую должно содержать уведомление», «Информацией, которую должен содержать документ о перевозке» и «Арбитражем») (Заклучена в г. Базеле 22.03.1989) // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 08.02.2021).

³ Постановление Правительства РФ от 17.10.2015 № 1110 (ред. от 21.02.2019) «О мерах по обеспечению выполнения Российской Федерацией обязательств, предусмотренных Базельской конвенцией о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением» // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 08.02.2021).

⁴ Постановление Правительства РФ от 01.07.1996 № 766 (ред. от 30.11.2001) «О государственном регулировании и контроле трансграничных перевозок опасных отходов» (документ утратил силу) // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 08.02.2021).

⁵ Василевская Д. В ожидании ратификации: Участие России в международных соглашениях по охране окружающей среды // Экология и право, 2018, № 70, С. 40–43.

В дальнейшем система совершенствовалась. После принятия в 2003 году нового Постановления Правительства РФ помимо уже действовавших требований, обязательно ещё и указание кода составных элементов видов потенциально опасных отходов по классификации ОЭСР¹. Такая последовательная унификация системы классификации имеет важное значение для упрощения работы органов, в полномочия которых входит контроль за перемещением опасных отходов.

Можно сделать справедливый вывод о достойном уровне законодательства, сформированном и усовершенствованном под влиянием Базельской конвенции. Национальные органы власти не просто с большим вниманием относятся к её положениям, но и успешно развивают их, показывая пример другим государствам-участникам соглашения.

На Базельскую конвенцию нередко ссылаются российские суды. Так, Пермский краевой суд в решении № 21-1076/2018 7-1908/2018 от 15 ноября 2018 года по делу № 21-1076/2018, вынесенном вследствие рассмотрения жалобы на постановление государственного инспектора РФ в области охраны окружающей среды и решение судьи районного суда по делу об административном правонарушении, выраженном в несоблюдении требований в области охраны окружающей среды при обращении с отходами производства и потребления, также оперировал положениями данной конвенции².

Из материалов дела следует, что ООО осуществляло деятельность с несоблюдением экологических требований при обращении с отходами, не составляло и не утверждало паспорт на отходы (нефтедержущую жидкость), не определяло класс опасности, не осуществляло учет отходов, предоставляло не в полном объеме отчетность.

Доводы жалобы о том, что нефтедержущая жидкость, скопившаяся на поверхности подземных вод в линзах под промышленной площадкой предприятия, не является отходами производства, были признаны судом несостоятельными. Он указал на определение «отходов» в национальном законодательстве и в Базельской конвенции, а также на разъяснение термина «удаление» в последней.

На этом основании, нефтедержущая жидкость под технологической площадкой, образованная в результате производственной деятельности ООО и подлежащая удалению, классифицируется как отходы, при этом деятельность по извлечению нефтедержущей жидкости из мест ее скопления рассматривается в качестве разновидности деятельности по сбору, транспортированию, обработке и утилизации отходов.

Проанализировав судебную практику, можно увидеть, что суды используют положения Базельской конвенции не только при непосредственном указании на них заявителей, но и в качестве дополнительного весомого аргумента, подтверждающего обоснованность и состоятельность национального законодательства, действующего в соответствии с ней, для достижения закрепленных в этой конвенции целей.

Несомненно, результативность осуществления норм международного права во многом зависит от того, насколько качественно реализуются положения международных соглашений на национальном уровне. При этом, имплементация положений международного права не заключается лишь в правотворческой деятельности властных органов государства, она предполагает проведение широкого комплекса мероприятий организационного характера, направленных на непосредственную реализацию международно-правовых норм, поисков способов усовершенствования их положений для закрепления в национальном законодательстве.

¹ Постановление Правительства РФ от 17.07.2003 № 442 (ред. от 20.03.2018) «О трансграничном перемещении отходов» // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 08.02.2021).

² Решение Пермского краевого суда № 21-1076/2018 7-1908/2018 от 15 ноября 2018 г. по делу № 21-1076/2018 // «Судебные и нормативные акты РФ».. (дата обращения: 08.02.2021).

Козлова К. Е.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Экологический терроризм как современная угроза человечеству

В современном мире все чаще и чаще мы слышим о раскрытых, подавленных или совершенных террористических актах, с развитием науки и техники появляются новые виды терроризма, уровень его воздействия приобретает глобальный характер. Представители преступных группировок все чаще начинают использовать в своей деятельности современное оружие массового поражения, опираясь на относительную доступность материалов и сведений о передовых технологиях. Все это формирует группу рисков как для человека, так и для природы, поэтому изучение такого понятия, как экологический терроризм на текущий момент крайне важно.

Само слово «эко-терроризм» трактуется в двух смыслах. Во-первых, под экотерроризмом подразумеваются радикальные действия экоактивистов, направленные на борьбу за «зеленый мир». Это проявляется в порче имущества, срыве научных исследований, забастовках и митингах против строительства объектов, загрязняющих окружающую среду. Основная цель данных действий заключается в привлечении внимания СМИ, публики и государства на экологические проблемы. На мой взгляд, к данному толкованию термина больше подходит понятие экологического активизма, ведь «терроризм» несет в себе смысл негативного воздействия, то есть вреда, в совокупности со словом «экологический» этот термин приобретает понятие причинения вред природе и человеку. Что касается экоактивистов, то они наоборот выступают за защиту природы, поэтому, я считаю, что данные термины необходимо разделять. Во-вторых, экотерроризм – это умышленное масштабное загрязнение окружающей среды, массовое уничтожение растительного или животного мира, отравление атмосферы или водных ресурсов, а также совершение иных действий, способных вызвать экологическую катастрофу. Данная статья будет посвящена более подробному анализу понятия «эко-терроризм» именно с точки зрения насильственного воздействия на природную среду.

Появление экологического терроризма обусловлено рядом причин. Современный мир имеет проблемы планетарного масштаба, одной из них является проблема «Север-Юг», которая демонстрирует противопоставление развитых стран севера и догоняющих стран юга. В подобных условиях развитие техники, науки очень сильно отличается. Развивающиеся страны вынуждены тратить ресурсы на приобретение продовольствия у других стран, малоэффективное производство не позволяет минимизировать выбросы в атмосферу, производимые за счет высокой финансовой затратности, от чего страдает окружающая среда, загрязненные водные каналы не позволяют обеспечить население водными ресурсами, уровень развития медицины и других отраслей заметно отличается от стран севера, эти факторы оказывают значительное воздействие на общественное сознание и психологию населения, проинформированного о более развитых странах севера. Все это вызывает негодование и противоречивое восприятие действительности, что формирует благоприятную почву для создания конфликтных группировок даже на государственном уровне, которые в свою очередь, способны подорвать положение активно развивающегося севера для восстановления «справедливости», тем самым, предоставляя потенциальную мировую угрозу. Развитие науки, появление большого количества разработок оружия массового поражения и относительная доступность его получения среди террористов является источником развития экотерроризма в мире. А также увеличение количества людей, задействованных в получении образования в ядерной, биологической и химической областях и отсутствие надлежащего контроля за специалистами данных сфер. К тому же к причинам можно причислить политическую борьбу между странами. Во многих государствах проводится тайная разработка атомного оружия, выращиваются искусственные вирусы. Применение данных «средств устрашения соседей» вероятнее всего приведет к экологической катастрофе.

Экотерроризм на настоящий момент времени слишком слабо изучен, поэтому не поддается широкой огласке и требует более качественного исследования, но несмотря на это он несет в себе угрозу планетарного масштаба, последствия которой сложно предсказать, не углубляясь в изучение данного понятия. Тем не менее мировая история на практике продемонстрировала разрушительный характер от техногенных катастроф и применения оружия массового поражения.

Одним из примеров может послужить авария на Чернобыльской станции, произошедшая по причине совершения грубых нарушений правил эксплуатации АЭС. По итогам происшествия в окружающую среду было выброшено большое количество радиоактивных веществ, граждане, находящиеся в эпицентре разрушения, получили высокую дозу облучения, что привело к смерти или развитию серьезных заболеваний. К тому же радиоактивные материалы распространились на более 200 тыс. кв. км; земля, вода, леса, представители флоры и фауны - все это подверглось атаке большого количества выбросов и стало непригодным для использования. Животные начали мутировать и массово погибать. Действие и разложение активных веществ на сегодняшний день еще не закончено, в соответствии с чем территория, подвергшаяся взрыву будет недоступна для пользования еще не один десяток лет. Тем самым данное событие демонстрирует непреднамеренное проявление экологического терроризма, вследствие которого был нанесен колоссальный урон.

Ярким примером проявления экологического терроризма, резвившегося на политической основе, можно считать вооруженный конфликт в Персидском заливе. В процессе боевых действий было подорвано 1200 нефтяных скважин. Возникли крупнейшие пожары, выбросы в атмосферу и загрязненные осадки образовывали пленку на почве и проникали в сельскохозяйственные земли. Началось массовое отравление людей за счет выбросов. В Персидском заливе образовалось нефтяное пятно площадью в 10 тыс. кв. км, породившее массовую гибель водных обитателей и птиц.

Это лишь одни из немногих примеров воздействия людей на окружающую среду. Экологический терроризм только набирает обороты. Можно назвать большое количество предпринимавшихся и совершенных экологически опасных террористических актов. Например, угроза отравления городских водоисточников г. Владимира цианистым калием в 1994 г.; экологическая война США против Вьетнама, связанная с распылением химического вещества-дефолианта - на территорию Вьетнама и Камбоджи в 1966 г.; совершенный сектой «Аум Синрикё» химический теракт в Токийском метро в 1995 г.; размещение чеченскими террористами контейнера с радиоактивным цезием-137 в Измайловском парке г. Москвы в 1995 г.; угроза захвата чеченскими террористами АЭС в г. Балаково в 1996 г.; планировавшиеся использованием рицина теракты в Великобритании в 2003 г.; лесные пожары в Амазонии в 2019 г.; экологический террор между Арменией и Азербайджаном, в процессе которого было использовано фосфорное оружие; распространение сибирской язвы в США в 2001 г., вирус был помещен в письма и отправлен по почте.

К сожалению, российское законодательство не отражает самой сути экологического террористического акта, так как понятие экотерроризм не содержится в правовых источниках. Скорее всего в случае совершения экологического теракта будет применена статья 205 УК РФ (терроризм)¹ или статья 358 УК РФ (экоцид)². Санкции по этим статьям будут применяться только в случае, если действие, произведенное террористами, повлечет угрозу для человека или его имущества, нежели для окружающей среды. В связи с этим необходимо совершенствование российского уголовного закона, введение эффективного уголовно-правового запрета всех вероятных актов экотерроризма.

На мой взгляд, было бы целесообразно добавить в главу 26 УК РФ статью, раскрывающую суть «Экологического террористического акта».

Отличие экологического терроризма от обычного проявляется в масштабности, площадь поражения от аварии на техногенной станции в разы превышает площадь поражения террориста- смертника в общественном месте. Именно это и привлекает людей, преследующих цель нанесения более серьезного урона человеку.

Экологический терроризм крайне опасен в век наиболее активного развития передовых технологий. Интерес преступных группировок направлен на поражение особо крупных и опасных объектов, таких как электростанции, нефтедобывающие и перерабатывающие предприятия, хранилища сырья, свалки опасных отходов и др. В таких условиях необходимо обеспечить защиту не только на государственном уровне, но и рассмотреть данный вопрос в рамках мирового масштаба.

¹ «Уголовный кодекс Российской Федерации» от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 30.12.2020), ст. 205.. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_10699/43942021d9206af7a0c78b6f65ba3665db940264/

² «Уголовный кодекс Российской Федерации» от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 30.12.2020), ст. 358.. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_10699/31ec6d92fb1854250f7b09764276f39aec4bfa4b/

Олейник М. В.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

аспирант

Современные информационные технологии в сфере предотвращения и ликвидации пожаров в Российской Федерации

Несмотря на принимаемые меры, природные и лесные пожары по-прежнему остаются главным фактором, оказывающим негативное влияние на состояние лесов, их ресурсного и экологического потенциала.

В настоящее время вопросы лесных отношений, в том числе охраны лесов от пожаров регламентируются целым рядом законодательных и иных нормативных правовых актов. Согласно пункту «к» части 1 статьи 72 Конституции Российской Федерации¹ лесное законодательство находится в совместном ведении Российской Федерации и субъектов Российской Федерации.

Базовым документом, регулирующим указанные общественные отношения, является Лесной кодекс Российской Федерации (далее – ЛК РФ). В соответствии с частью 1 статьи 51 ЛК РФ² леса подлежат охране от пожаров. Согласно части 7 статьи 51 ЛК РФ охрана лесов от пожаров осуществляется органами государственной власти, органами местного самоуправления в пределах их полномочий, определённых в соответствии со статьями 81 – 84 ЛК РФ, если иное не предусмотрено настоящим ЛК РФ, другими федеральными законами. В современном мире внедрение инновационных технологий, призванных обеспечить эффективное государственное управление лесным фондом, является одним из наиболее актуальных вопросов.

Вследствие, это поможет решить проблемы предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций техногенного и природного характера, являющиеся одним из важнейших направлений деятельности по обеспечению национальной безопасности и устойчивости развития Российской Федерации.

Статистика по лесным пожарам на территории Российской Федерации в 2020 году демонстрирует уменьшение площади лесных пожаров на 20 % по сравнению с 2019 годом, – на 1 млн гектаров. Всего площадь, пройденная лесными пожарами за период с января 2020 – декабрь 2020 года составила 16,5 миллиона гектаров³.

Основные причины пожаров чаще всего связаны с:

- хозяйственной деятельностью людей, то есть определяется факторами антропогенного происхождения;
- почти 80 % возгораний происходит по вине местного населения.

В этих условиях необходимо применять комплекс мероприятий, обеспечивающих предупреждение возникновения, распространение и развитие лесных пожаров и должна основываться на анализе физикогеографических условий и факторов возникновения пожаров, районировании территории по лесопирологическим условиям, информации о количестве, интенсивности и классе лесных пожаров в регионе.

К перспективным технологиям обнаружения, управления и тушения лесных пожаров в краткосрочной перспективе можно отнести:

- разработку технологий оперативной доставки грузов в леса в удаленных и труднодоступных районах (на удалении свыше 100 км) на базе отечественных беспилотных авиационных систем (БАС) среднего и тяжелого классов вертолетного и самолетного типов, для решения задач логистической деятельности автономных команд пожаротушения, проведение адресных истребительных мероприятий по защите лесов от вредителей и болезней лесной растительности;

¹ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) // Официальный интернет-портал правовой информации // Электронный ресурс]. URL: <http://www.pravo.gov.ru>, 04.07.2020.

² Лесной кодекс Российской Федерации от 04.12.2006 № 200-ФЗ (ред. от 04.02.2021) // Собрание законодательства РФ, 11.12.2006, № 50, ст. 5278.

³ На основании данных официального портала Федерального агентства лесного хозяйства.. URL: <http://rosleshoz.gov.ru/fires> (дата обращения: 01.03.2021).

– создание и внедрение многофункциональных комплексов информационной и коммуникационной поддержки действий лесопожарных формирований при тушении крупных лесных пожаров на базе беспилотных авиационных систем (БАС) тяжелого класса самолетного типа с высокой продолжительностью полета (более 24 часов), а также для мониторинга пожарной опасности в удаленных и труднодоступных лесах (в зонах контроля);

– внедрение цифровой радиосвязи в лесопожарных формированиях.

Несмотря на то что технологии для раннего прогнозирования и обнаружения лесных пожаров могут стать реальной возможностью в устранении аварий, пока такие решения не получили широкого распространения на территории России.

Остается надеяться, что современные информационные технологии найдут свое применение и в будущем будет уделено большее внимание разработке решений, предназначенных для борьбы с природными катаклизмами, в частности, с лесными пожарами.

Павлова Ю. В.

*Санкт-Петербургский Политехнический университет Петра Великого,
студент*

Основные аспекты экологического законодательства в условиях глобализации

Экологическое законодательство в условиях глобализации подразумевает под собой наличие негативных факторов, носящих многосторонний характер: политический, экономический, экологический и социальный. Данное положение представляет актуальность настоящего исследования

Современное мировое пространство в условиях разрастающихся взаимосвязей, взаимозависимости и взаимного влияния государств, народов на всех уровнях, по-другому – в условиях глобализационных процессов, разворачивающихся в мировом пространстве, приводит к необходимости выделения главных проблемных факторов, негативно влияющих на исследуемую нами область. Определенное влияние на конкретные сферы жизни общества и государства, которое оказывает система экологического законодательства, выступает важным критерием ее социальной необходимости¹. Характеристика основ современного экологического законодательства определяет важные нормативные инструменты, посредством которых происходит правовое регулирование. Негативные факторы, влияющие на экологическое законодательство, на сегодняшний день находят свое отражение в пробелах, вызванных современной экологической ситуацией в мире, имеющей глобализационный характер².

Незавершенность системы экологического законодательства, на сегодняшний день является важной причиной проблем его применения. Правовые пробелы, существующие в экологическом законодательстве, выражаются в исследовании нормативных основ его осуществления и возможности применения. Выделение основных законов и иных нормативных правовых актов, определяет положение экологического законодательства на федеральном уровне и необходимость его применения в условиях современных процессов глобализации³.

Многообразие российской природы и обширность ее территории практически предполагает воздействие глобального масштаба на ее экологическое пространство⁴. Именно поэтому такое воздействие имеет противоречивый, тем самым малоизученный характер. Конституция Российской Федерации как высший правовой акт, действующий на территории России, устанавливает основы осуществления экологической политики. В частности, статья 42 гарантирует каждому жителю Российской Федерации благоприятную окружающую среду, что определяет систему действия экологической политики и защиты окружающей среды от негативных последствий⁵.

¹ Куделькин Н. С. Правовые вопросы экономической поддержки природоохранной деятельности на примере наилучших доступных технологий // Экологическое право. – № 1. 2020. С. 31.

² Боголюбов С. А. Актуальные проблемы экологического права. М. : Юрайт. 2018. С. 78.

³ Радько Т. Н. Основы экологического права. М. : Проспект. 2018. С. 112.

⁴ Белокрылова Е. А. Правовое обеспечение экологической безопасности / Е. А. Белокрылова // Феникс. 2019. С. 119.

⁵ Собрание Законодательства Российской Федерации. 2009. № 1. Ст. 2.

Министерство природных ресурсов и экологии Российской Федерации регулирует основные вопросы формирования экологической политики на федеральном уровне¹. Данный специализированный исполнительный орган выступает основным инструментом ведения экологической политики на территории государства. Именно поэтому Министерство природных ресурсов и экологии имеет определяющее значение для системного обеспечения комплексной экологической безопасности в России.

Последствие воздействий глобальных факторов на ведение национальной экологической политики в условиях глобализации становится важной проблемой для Российской Федерации². Экологическое законодательство призвано найти пути для ее возможного решения и предотвращения в будущем, а также уменьшить ее негативные последствия без утраты национальной независимости. Примерами таких решений являются: Базельский протокол об ответственности и компенсации за ущерб, причиненный в результате трансграничной перевозки опасных отходов и их удаления (Принят 10 декабря 1999 года (Базель, Швейцария), Парижское соглашение об изменении климата – итоговой документ 21-й Конференции сторон Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата (РКООНИК) (Принят 12 декабря 2015 года в Париже). Основы экологического законодательства находят свое отражение в Федеральном законе «Об охране окружающей среды» от 10.01.2002 № 7-ФЗ³. Данный закон определяет основы государственной политики в области охраны окружающей среды и экологии в условиях современного процесса глобализации. Обеспечение экологической безопасности объективно выступает нормативной базой обеспечения общенациональной экологической безопасности.

Гражданский кодекс Российской Федерации устанавливает гражданско-правовую ответственность за нарушение экологического законодательства в рамках частноправовых отношений граждан и юридических лиц. Так, статья 1064 Гражданского кодекса определяет нормы, в рамках которых назначается имущественная ответственность за причиненный вред экологической среде⁴. Однако стоит отметить, что при практическом применении этих норм возникают определенные проблемы, выражающиеся в необходимости доказывания такого вреда для экологической системы в целом⁵.

Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях также является одним из основных Федеральных законов, определяющих санкции за причинение вреда в природной среде. Указанный нормативный правовой акт в данной области носит весьма относительный характер⁶.

Уголовный кодекс Российской Федерации выступает как правовой акт, предусматривающий наиболее строгую систему наказания за совершенные преступные деяния в экологической сфере. Глава 26 Уголовного кодекса посвящена экологическим преступлениям и определяет основные меры ответственности, налагаемые на лицо, виновное в их совершении⁷. Однако меры, предусмотренные исследуемым Федеральным законом, недостаточно действенны при их практическом применении.

Наиболее серьезной проблемой реализации экологической политики является ее управленческий аспект. В него входит сложившееся в отдельных случаях отношение государства к вопросам экологии, как к второстепенной сфере, которое проявляется в недостаточных действиях, в финансировании, в общем понимании властных структур. Это – недостаточно разработанное, запаздывающее во времени, экологическое законодательство, нередко упускающее конкретные вопросы, не отражающие различные новые процессы и явления экологического характера, а также, в общем понимании, неустойчивая система государственных природоохранных органов, плохое взаимодействие между ними и общественными экологическими организациями. Это – повсеместное использование неэффективных управленческих

¹ Российская газета. 2020. № 0 (421).

² Тимирбаева З. Г. Проблемы правового регулирования обеспечения экологической безопасности / З. Г. Тимирбаева // II Всероссийская научно-практическая конференция, посвященная Дню российской науки «Безопасность в современном мире». – № 4. 2020. С. 111.

³ Собрание Законодательства Российской Федерации. 2002. № 2. Ст. 133.

⁴ Собрание Законодательства Российской Федерации. – 05.12.1994. № 32. Ст. 3301.

⁵ Радько Т. Н. Основы экологического права / Т. Н. Радько. М.: Проспект. 2018. С. 61.

⁶ Собрание Законодательства Российской Федерации. – № 1. 2002. Ст. 1.

⁷ Собрание Законодательства Российской Федерации. 2020. № 41. Ст. 5220.

технологий и механизмов, некоторые из которых превращают смысл управленческой политики в противоположный и тем самым переводят ее в разряд антиобщественной. Только преодоление таких управленческих проблем способно обеспечить эффективную реализацию экологической политики в национальных интересах России¹.

Экологической политике Российской Федерации, на наш взгляд, целесообразно придать большую политическую и нравственную актуальность, как судьбоносному направлению в развитии страны. Желательно, разработать и утвердить Национальный проект «Экология России» по типу национальных проектов «Образование», «Здравоохранение», «Сельское хозяйство»².

Для повышения гражданской и управленческой ответственности за негативные действия в отношении природы и с целью правового обеспечения Национального проекта «Экология России», считаем необходимым доктринальную и законодательную корректировку текста Федерального Закона «Об охране окружающей среды», включающую в себя введение раздела об экологической ответственности, который восполнит имеющиеся пробелы и недостатки³. Проведенная коррекция должна привести к конкретизации позиций и юридических норм в сфере экологического права, к всестороннему учету возникающих условий и обстоятельств глобального масштаба и тем самым предусмотреть меры повышения ответственности за посягательства на экологическую безопасность.

Перфильева Д. Д.

*Северо-Кавказский федеральный университет,
студент*

Кавминводский велотерренкур: «центр притяжения спортсменов, туристов и любителей активного отдыха» или угроза заказнику «Бештаугорский»

Кавказские Минеральные Воды – это территория с уникальной природой, оздоровительными свойствами, имеющая статус особо охраняемого эколого-курортного региона. В связи со все увеличивающейся антропогенной нагрузкой, природа как никогда нуждается в защите, поэтому осуществление охраны окружающей среды и обеспечение устойчивого развития территории КМВ как ООПТ – задача общегосударственного значения. Именно благодаря заповедной системе сохранилось абсолютное большинство редких и исчезающих видов растений и животных. Территория КМВ включает большое количество ООПТ, одна из них – государственный природный заказник «Бештаугорский».

Государственными природными заказниками, согласно ст. 22 ФЗ «Об особо охраняемых природных территориях»⁴, являются территории (акватории), имеющие особое значение для сохранения или восстановления природных комплексов или их компонентов и поддержания экологического баланса. Заказники могут иметь различный профиль, например быть: комплексными, предназначенными для сохранения и восстановления целых природных комплексов (ландшафтов), биологическими – для сохранения и восстановления редких и исчезающих видов растений и животных, палеонтологическими – для сохранения ископаемых объектов, гидрологическими, предназначенными для сохранения и восстановления ценных водных объектов и экологических систем, геологическими, существующими для сохранения ценных объектов и комплексов неживой природы. Заказник «Бештаугорский» имеет комплексный профиль, включает 10 гор – памятников природы краевого значения, в их числе горы Бештау, Развалка, Железная, Змейка, вокруг которых планируется проложить сеть дорог для велотерренкура. К тому же территория заказника ценна как район

¹ Рогозина С. А. Формирование эколого-правовой культуры человека в условиях экологического кризиса / С. А. Рогозина // Международная научно-практическая конференция «Экология и природопользование». – № 12. 2020. С. 92.

² Жаворонкова, Н. Г. Эколого-правовые проблемы и подходы к стратегированию в области пространственного развития Российской Федерации / Н. Г. Жаворонкова // Экологическое право. – № 30. 2020. С. 5.

³ Боголюбов С. А. Актуальные проблемы экологического права / С. А. Боголюбов. М. : Юрайт. 2018. С. 30.

⁴ Федеральный закон «Об особо охраняемых природных территориях» от 14.03.1995 № 33-ФЗ. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_6072/

формирования уникальных природных минеральных вод, особенно ими богаты г. Бештау, г. Железная¹. Растительный мир заказника один из богатейших. Здесь впервые научно описаны многие редкие виды растений – гвоздика душистая, лютик кавказский и др., в лесах произрастает около 90 видов деревьев и кустарников. На территории заказника выявлено множество редких и исчезающих видов животных, занесенных в Красную книгу РФ и Красную книгу СК, 6 видов имеют международный статус охраны, 3 – глобально редкие виды. Значение природных комплексов заказника в сохранении ландшафтного и биологического разнообразия оценивается как высокое².

Обозначив статус заказника «Бештаугорский», следует сказать о проекте велотерренкура. Планируется, что Кавминводский велотерренкур будет проходить через пять гор: Бештау, Железная, Развалка, Змейка и Машук, соединит дорожками для пешеходов и велосипедистов Минеральные Воды, Железноводск и Лермонтов. Его протяженность составит 75 км., ширина дорожек будет варьироваться от 4 до 8 метров, вдоль них установят защитные экраны от камнепада и проведут систему отведения ливневых вод. На маршруте будет более 40 остановок со смотровыми площадками, кафе, бюветами, велопрокатом. Известно, что застройка природоохранных территорий, увеличение числа населения и туристов ведет к росту антропогенной нагрузки на природные объекты и, как следствие, к постепенному уничтожению курортных свойств региона, загрязнению почв, воды и воздуха. С другой стороны, Ставропольский край – это не только система ООПТ, но и густонаселенный регион с развитым сельским хозяйством и инфраструктурой, что определяет силу антропогенного воздействия на природные экосистемы. В условиях такой нагрузки система ООПТ играет решающую роль в сохранении ландшафтного и биологического разнообразия, поддержании благоприятной окружающей среды, но это обстоятельство не явилось препятствием для властей. Постановлениями Правительства Ставропольского края от 27.01.2020 № 34-п, от 30.01.2020 № 39-п, от 30.01.2020 № 41-п из состава памятников природы «Гора Машук», «Гора Змейка», «Гора Бештау» соответственно, исключаются все дороги и участки под велотерренкур и инфраструктуру. Сознвая ценность заказника, на общественных слушаниях проект не был поддержан ни общественностью, ни экологами – они выступили против изъятия земель из Бештаугорского заказника. После последних общественных слушаний 10 ноября благодаря общественности появилась петиция в защиту уникальной природы с требованием разработки вопроса о необходимости строительства «Кавминводского велотерренкура». Такой же позиции придерживаются и краевая природоохранная прокуратура, и члены Совета по правам человека при Президенте РФ. Так, после проведения комплексного экологического обследования и оценки состояния территорий, исключенных из ООПТ, члены Совета установили, что оно крайне неудовлетворительное, а территории, которые планируется исключить, уже достаточно изменены человеком, на них уже имеются объекты инфраструктуры, по этой причине происходит постоянное антропогенное воздействие, приведшее к утрате особой природоохранной, научной, культурной, эстетической, рекреационной и оздоровительной ценности части территории³.

На наш взгляд вышеназванные постановления об изъятии земель противоречат федеральному законодательству и приведут к фрагментации и деградации природных комплексов ООПТ и, соответственно, подлежат отмене.

Согласно вышеназванным постановлениям Правительства СК, из заказника выделяются участки, планируемые для устройства велотерренкура, но при этом большинство из них – это уже существующие, частично асфальтированные дороги, не асфальтированы бывшие дороги к урановым рудникам на г. Бештау, дорога к ретранслятору на г. Машук. Помимо имеющихся дорог, исключаются участки прилегающих земель до 2 м. с каждой стороны занятых древесными и кустарниковыми насаждениями, что естественно потребует и их вырубки. Кроме земель для устройства велотерренкура, также изымаются участки, например, для строительства вспомогательных линейных объектов (водопроводов). Таким образом, увеличение ширины дорог, покрытие их асфальтом или их реконструкция, строительство иных линейных объектов повлечет увеличение количества людей и техники на территории заказника, а значит – фрагментацию мест

¹ Ивонин В. М., Ковалева Т. С., Перфильев О. В. Рекреационные ресурсы лесов Кавказских Минеральных Вод. – Ростов н/Д : Изд-во СКНЦ ВШ, 2002. 216 с.

² Положение о государственном природном заказнике краевого значения «Бештаугорский».. URL: <http://www.mpr26.ru/oopt/gosudarstvennye-prirodnye-zakazniki/beshtaugorskiy/>

³ Рекомендации Совета при Президенте РФ по развитию гражданского общества и правам человека по итогам 33-го выездного (141-го) заседания в Ставропольском крае 17–20 марта 2020 г.. URL: <http://www.president-sovet.ru/presscenter/news/read/6344/?fbclid=IwAR3873E3cZWtrUPbZsi6BnHv0Q7atS-L80clHEZGvwANmB8cClFAIWfE8Q>

обитания животных, усиление фактора беспокойства, и, следственно, причинение вреда природным комплексам ООПТ. Довод можно подкрепить позицией ВС РФ, согласно которой строительство и размещение линейных объектов, а также рубка зеленых насаждений на лесных участках, предназначенных для строительства, реконструкции и эксплуатации линейных объектов, невозможны без причинения ущерба ООПТ, позиция изложена в Обзоре судебной практики за 4 квартал 2011 года, утверждённом Президиумом ВС РФ 14 марта 2012 г. Согласно ст. 24 ФЗ «Об особо охраняемых природных территориях», на территориях государственных природных заказников постоянно или временно запрещается или ограничивается любая деятельность, противоречащая целям их создания или причиняет вред природным комплексам и их компонентам. В соответствии со ст. 27 указанного ФЗ на территориях, где находятся памятники природы, и в границах их охранных зон запрещается всякая деятельность, влекущая нарушение их сохранности. По этой причине изъятие из территории государственного природного заказника «Бештаугорский», памятников природы «Гора Машук», «Гора Змейка», «Гора Бештау» указанных участков и устройство на них велотерренкура явно противоречит ФЗ «Об особо охраняемых природных территориях».

ФЗ «Об охране окружающей среды» в ст. 58 говорит, что государственные природные заказники и иные ООПТ образуют природно-заповедный фонд, а в соответствии с ч. 4 ст. 58, изъятие земель природно-заповедного фонда запрещено¹, кроме случаев, предусмотренных федеральными законами. Федеральными законами не предусмотрены случаи, при которых возможно изъятие земель природно-заповедного фонда. Прежде чем создать ООПТ или изменить режим их особой охраны, согласно ст. 2 ФЗ «Об особо охраняемых природных территориях», органы государственной власти субъектов РФ согласовывают это решение с Министерством природных ресурсов и экологии РФ. Поскольку решения Правительства СК не были согласованы, считаем, что вышеуказанные постановления в части изъятия участков из территории заказника «Бештаугорский», памятников природы «Гора Машук», «Гора Змейка», «Гора Бештау» противоречат федеральному законодательству.

Подводя итог, можно прийти к выводу, что проект Кавминводского велотерренкура необходимо переработать, вынести проведение всех строительных мероприятий за пределы ООПТ, реализовать его без изъятия земель заповедного фонда и нарушения хрупкого экологического баланса, для сохранения которого был создан заказник. Также считаем необходимым признать исключение земель из территорий заказника «Бештаугорский» и памятников природы «Гора Бештау», «Гора Машук», «Гора Змейка» не соответствующими закону и отменить вышеназванные постановления Правительства Ставропольского края.

Плотникова Ю. А.

*Удмуртский государственный университет,
студент*

Проблема обеспечения санитарно-эпидемиологического благополучия при организации похоронного дела в России

В современном мире экологические проблемы являются особенно острыми и широко обсуждаемыми. Благоприятная экологическая ситуация складывается из многих факторов, иногда и самых неожиданных. В последнее время сторонники экологии, в том числе всемирная организация Greenpeace, поднимают тему «экологичности» похоронной индустрии. В связи с возросшей смертностью вследствие эпидемии коронавируса эта тема становится особенно актуальной.

Существует несколько способов погребения умерших. Ст. 3 Федерального Закона «О погребении и похоронном деле»² закрепляет основные способы погребения в Российской Федерации, среди которых захоронение в могилу, склеп, кремация с последующим захоронением урны с прахом, захоронение в воду.

¹ Федеральный закон «Об охране окружающей среды» от 10.01.2002 № 7-ФЗ. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_34823/

² Федеральный закон «О погребении и похоронном деле» от 12.01.1996 № 8-ФЗ // . URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_8919/ (дата обращения: 07.03.2021).

На сегодняшний день преобладающее большинство россиян (89 %) предпочитает традиционное захоронение в землю. В развитых странах при этом кремация пользуется большей, если не преобладающей популярностью. К примеру, в Китае процент кремируемого населения составляет около 95 %, как и в Японии, в Великобритании – 70 %.

Можно привести множество причин, по которым человечество начинает отказываться от традиционных похорон. Кладбища в том виде, в котором они существуют сейчас, а также вся система организации похорон в целом, наносят огромный ущерб экологии и здоровью граждан. Это происходит вследствие некоторых проблем, связанных с этой сферой.

Первая проблема – неэкологичность самого процесса похорон.

Всё начинается уже с гробов, на которые уходят миллионы гектаров леса. В них также используется сталь для каркаса, резина для герметичности и ткань для внутренней обивки. Такая конструкция может разлагаться несколько сотен лет. Различные букеты, венки, иная атрибутика похорон также наносит ущерб природе. Большую опасность представляет также бальзамирование человека, которое применяется достаточно часто. Для этого используют химические растворы, которые являются токсичными: спирт, сулема, формальдегид. Последний является опасным канцерогенным веществом, которое попадает в атмосферу и остаётся в воздухе до 250 часов. Помимо прочего, кладбища занимают огромное количество земельной площади, поскольку ежегодно умирает большое количество человек (к примеру, по данным Росстата за 2020 год умерло около 2.2 миллиона человек¹), большей части из которых соответственно выделяется место на кладбище. В итоге это складывается в колоссальные земельные площади.

Вторая проблема – отсутствие четкой регламентации организации похоронного дела в России.

Основной акт – Федеральный Закон «О погребении и похоронном деле в РФ». В нем содержатся основополагающие требования к размещению кладбищ и организации похоронного дела в наиболее общем виде.

Так, закреплены положения о землях, на которых запрещено размещение кладбищ, требования к участку, отводимому под кладбище (к примеру, такой участок должен иметь уклон в сторону, противоположную населенному пункту, открытых водоемов, иметь сухую, пористую почву (супесчаную, песчаную)), минимальные расстояния от кладбищ до жилых зон (не менее 300 метров от границ селитебной территории).

Данные требования являются явно недостаточными, содержат в себе неточные формулировки («на берегу», «вблизи» и пр.), которые затрудняют их толкование правоприменителями и оставляют большое количество вопросов на усмотрение местной власти, что способствует произволу и нарушению положений закона. Отсутствуют также требования и ГОСТы к атрибутике похорон (раствору для бальзамирования, составу гроба, помещаемым в него вещам и т.п.).

Третья проблема – нарушение вышеназванных требований.

К примеру, абсолютно не соблюдается требование к типу почвы, на которой должно располагаться кладбище. Чаще всего используется подзолистая почва, не пригодная для сельского хозяйства, а также суглинки. Примером таких кладбищ могут служить Новое Ямское, Алабушевское, Колычёвское, расположенные в Московской области и открытые для захоронения в настоящее время. Влажная почва способствует развитию различных бактерий и микроорганизмов, которые распространяют инфекции и вредные, токсичные химические соединения.

Не соблюдаются и требования относительно месторасположения кладбищ. К примеру, в Удмуртской Республике Завьяловское кладбище находится в непосредственной близости (около 200 метров) от Молдаванского пруда, используемого для купания людей и хозяйственно-бытовых нужд, при этом уклон местности с кладбища идет в сторону пруда, что также недопустимо.

Первая причина данных нарушений – названная выше проблема неточности формулировок санитарно-эпидемиологических требований к организации кладбищ. Вторая причина, из которой вытекает еще одна проблема, – отсутствие четкого контроля и надзора за деятельностью в похоронной сфере.

Согласно вышеназванному Федеральному закону, организация похоронного дела осуществляется органами местного самоуправления. В каждом муниципальном образовании местной администрацией создаются местные специализированные службы путем издания актов местного значения. Российская Федерация полностью оставляет данный вопрос в ведении местного самоуправления, что способствует нарушению требований законодательства,

¹ Естественное движение населения: Федеральная служба государственной статистики.. URL: <https://rosstat.gov.ru/storage/mediabank/TwbjciZH/edn12-2020.html> (дата обращения: 07.03.2021).

поскольку строгий контроль на федеральном уровне отсутствует. Исходя из судебной практики, наиболее эффективный надзор в данной сфере осуществляет районная прокуратура, которая вносит представления об устранении нарушений закона в органы местного самоуправления либо обращается с заявлением в суд.

Необходимо решать названные выше проблемы путем внедрения в практику (прежде всего, российскую) более экологичных видов погребений.

Наиболее популярная в настоящее время замена похоронам – кремация. Считается, что кремация более экологична, чем захоронение, поскольку она позволяет избежать эксплуатации значительных земельных площадей, вырубки лесов, не загрязняет почву ядовитыми веществами. Однако кремация вовсе не безобидна для атмосферы. В процессе сжигания вырабатываются такие вредные вещества, как диоксин, двуокись серы и углекислый газ, влияющие на климат. Кремация получает все большее распространение в России, так как доказано, что вещества, выделяемые при работе печей и сжигании, имеют не критичную концентрацию, которая является меньшей, чем, например, в выхлопных газах автомобилей, используемых гораздо чаще.

Федеральный закон не запрещает так называемое «естественное погребение», которое представляет собой более экологичную альтернативу традиционным похоронам и кремации. Естественное погребение представляет собой процесс, привычный для человека с незапамятных времен. Суть его состоит в том, что тело усопшего заворачивают в саван и опускают на небольшую глубину в землю. При этом не используется ни раствор формальдегида, ни лакированный деревянный гроб, ни другие вредные для окружающей среды вещества.

Существуют и иные варианты наиболее экологичного погребения, которые, однако, не закреплены в Федеральном законе, следовательно, неправомерны в России. К ним относятся ресомация и промессия.

Технология ресомации построена на разложении останков путем растворения в особом приборе – ресоматоре. Тело растворяется в щелочном растворе под воздействием высоких температур и давления, что гарантирует отсутствие выбросов токсичных веществ в атмосферу или почву. При ресомации также затрачивается гораздо меньшее количество энергии, нежели в кремации. В результате образуется тот же прах, который и остается родственникам умершего. Промессия же основана на замораживании тела жидким азотом и последующей просушке, в результате которых получается порошок. Он передается родственникам и при попадании в почву при рассеивании оказывает благоприятное воздействие.

Конечно, с моральной точки зрения многие люди не могут принять сам факт экологичных похорон, однако в современном мире с его тяжелой экологической ситуацией требуется решение данной проблемы.

На данный момент предпочтительным способом захоронения, на наш взгляд, является кремация, поскольку из всех видов похорон она является оптимальной по таким показателям, как экологичность, стоимость услуги и приемлемость для населения России.

Мы считаем, что необходимо внести изменения в Федеральный закон, дополнив его возможностью проведения инновационных, более экологических видов похорон, уточнив требования к размещению и содержанию кладбищ и организации похоронного дела, четко регламентировав порядок контроля и надзора. Следует также наладить экологическое просвещение по данному вопросу среди населения путем распространения информации о вреде традиционных похорон для окружающей среды и здоровья граждан. Помимо прочего, требуется обеспечить целевое финансирование из средств бюджета на строительство новых крематориев в России либо разрешить их создание в частном порядке для того, чтобы кремация стала более доступной для населения.

Таким образом, необходимо обеспечить внедрение более экологичных видов похорон в сочетании с традиционными, поскольку последние являются во многом пережитком прошлых обычаев, не подходящим современным реалиям.

Раджабханов Р. А.

*Северо-Кавказский филиал Всероссийского государственного
университета юстиции (РПА Минюста России),
студент*

Основные направления совершенствования правового регулирования обращения с отходами, образующимися при пользовании недрами

Проведенный в предыдущей работе анализ действующего правового режима обращения с отходами, образующимися при пользовании недрами, показал необходимость совершенствования правового регулирования в данной сфере ввиду особой важности использования, содержащихся в таких отходах, полезных ископаемых и полезных компонентов, а также для снижения их негативного влияния, поскольку одно из основных условий их более активного вовлечения в хозяйственную деятельность это оптимальная (в том числе четкая и ясная) правовая регламентация обращения с ними.

Существующие недостатки правового регулирования обращения с отходами, образующимися при пользовании недрами, как представляется, во многом являются следствием отсутствия в действующем законодательстве единого понимания правовой природы таких отходов, и, соответственно, не завершённой дискуссии о наиболее правильном и рациональном подходе к закреплению норм, регулирующих порядок обращения с ними, – в законодательстве о недрах или в законодательстве об отходах производства и потребления, что, в конечном итоге, также приводит к низкому качеству нормативных правовых актов в указанной сфере, малой заинтересованности со стороны субъектов предпринимательской деятельности, и, как результат, к низкому показателю инвестиционной привлекательности деятельности по их использованию¹ ввиду отсутствия ясности, четкости и стабильности правового регулирования данных отношений. При этом ключевым вопросом в рассматриваемом случае является обоснованность отнесения всех веществ (компонентов), образующихся при пользовании недрами, к отходам по смыслу законодательства об отходах производства и потребления, и прежде всего обоснованности отнесения к отходам горных масс², и, соответственно, необходимость наиболее полного и точного законодательного определения понятия отходов, образующихся при пользовании недрами³. Н.В. Силантьева отмечает, что законодательно определенное понятие отходов производства и потребления имеет только два признака⁴, необходимых для отнесения тех или иных веществ (компонентов) к отходам: «образование» и «удаление». Иных признаков действующим законодательством не установлено.

В действующем законодательстве вопрос определения собственника таких отходов не решен, поскольку право собственности на отходы определяется в соответствии с нормами гражданского законодательства, которое в свою очередь, отделяет отвалы и сливы горного производства от отходов производства и других отходов, как это было указано ранее в настоящей работе, а действующее законодательство о недрах определяет, что добытые из недр полезные ископаемые и иные ресурсы, к которым можно отнести данные отходы, могут находиться в любой форме собственности по условиям, закрепленным в лицензии. При этом применение норм гражданского права, закрепленных, в том числе в статьях 136, 220, 226 ГК РФ, при определении права собственности на отходы, образующиеся при пользовании недрами, может быть оправданным только при условии включения таких отходов в понятие «иные ресурсы», используемое в законодательстве о недрах, что само по себе является дискуссионным ввиду отсутствия

¹ Шурпо А. П. Проблемы обращения с отходами горнорудных предприятий в Российской Федерации и зарубежный опыт // International scientific review. 2015. № 2 (3). С. 42–48.

² Под горными массами обычно понимается раздробленный массив горных пород.. URL: <http://www.mining-enc.ru/g/gornaуа-massa/> (дата обращения: 24.08.2020).

³ Левочкин В. В. Проблемы гражданско-правового режима отходов в недропользовании: теория и практика // Власть и управление на Востоке России. № 1 (78). 2017. С. 186

⁴ Среди таких признаков Н. В. Силантьева выделяет: 1) такие вещества или предметы образуются в процессе производства, выполнения работ, оказания услуг или в процессе потребления; 2) такие вещества и предметы удаляются, предназначены для удаления или подлежат удалению / Силантьева Н. В. Там же. С. 32.

единого понятийного аппарата в законодательстве, а также поскольку с одной стороны к данной категории обычно относят геотермальные и лечебные ресурсы, а с другой стороны, образующиеся при пользовании недрами вещества (компоненты), могут являться как полезными ископаемыми, попутно залегающими с добываемыми полезными ископаемыми, но не используемыми в данном технологическом цикле, так и горными породами, в которых остаются не извлеченные в ходе первичной переработки полезные ископаемые, а также горными породами, не содержащими полностью или частично полезные ископаемые, и с этой позиции могут являться иными ресурсами¹. Проведенный анализ законодательства, правоприменительной практики, а также юридической литературы по вопросу права собственности на отходы, образующиеся при пользовании недрами, позволяет предложить, что при его разрешении и, соответственно, при совершенствовании правового регулирования в данной сфере, стоит учитывать не только происхождение таких отходов из недр, как из собственности государства², но и их негативное воздействие на окружающую среду, а также необходимость соблюдения принципа рационального использования и охраны недр. В этой связи представляется целесообразным рассматривать отходы, образующиеся при пользовании недрами, государственной собственностью вне зависимости от постановки содержащихся в них полезных ископаемых на государственный баланс как в соответствии с концепцией государственной собственности на недра, так и в частноправовом смысле, учитывая при этом необходимость ограничения в обороте этих объектов права собственности в соответствии с законодательством о недрах. Обязанность по содержанию таких отходов наряду с правом их использования следует законодательно закрепить за пользователем недр.

В 2017 году в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации был внесен проект федерального закона № 238185-7 «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О недрах»³. Указанным законопроектом предлагалось конкретизировать понятие отходов добычи полезных ископаемых и связанных с ней перерабатывающих производств посредством указания поименованного перечня таких отходов – «скопления минеральных образований, горных масс, жидкостей и смесей, находящихся в отвалах, эфелях, терриконах, прудах-накопителях, разливах и иных специальных формах». Одновременно законопроект предусматривал введение механизма предоставления отходов добычи полезных ископаемых и связанных с ней перерабатывающих производств для добычи (извлечения) полезных ископаемых (компонентов) по заявительному принципу. Вместе с тем, законопроектом не устанавливался характер правомочия такого предоставления, хотя и предусматривалось отнесение таких отходов к государственному фонду недр, неоправданно предлагалось закрепить полномочия по предоставлению отходов добычи полезных ископаемых и связанных с ней перерабатывающих производств за федеральным органом управления федеральным фондом недр или его территориальным органом, а также необоснованно исключались необходимость проведения государственной экспертизы запасов полезных ископаемых до предоставления в пользование таких отходов и требование о государственном учете запасов полезных ископаемых, содержащихся в отходах добычи полезных ископаемых и связанных с ней перерабатывающих производств. Стоит отметить, что хотя указанный законопроект был отклонен и не учитывал многих аспектов обращения с отходами, образующимися при пользовании недрами, требующих четкой нормативной правовой регламентации, нельзя не отметить важность самой попытки совершенствования правового регулирования в данной сфере.

Проведенная работа позволяет предположить, что совершенствование правового регулирования обращения с отходами, образующимися при пользовании недрами, прежде всего, должно начинаться с законодательного определения понятия таких отходов, что позволит наиболее четко закрепить в законодательстве их особый правовой режим. Вторым

¹ В данном контексте по аналогии с высказанной О. С. Свиридовой позицией о том, что после отделения от недр полезные ископаемые приобретают иной правовой режим, в большей части подпадающий под действие норм частного права, представляется допустимым сделать вывод о том, что отходы, образующиеся при пользовании недрами, могут подпадать под действие норм частного права [Свиридова, 2012: 69].

² В соответствии со сложившейся концепцией государственной собственности на недра / См. подробнее: Свиридова О. С. Право государственной собственности на недра в Российской Федерации: понятие, содержание и особенности // Дис.... канд. юрид. наук. М. : 2012.

³ Законопроект подготовлен и внесен Магаданской областной Думой.. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/238185-7> (дата обращения: 31.08.2020).

значимым вопросом, требующим урегулирования, касается права собственности на отходы, образующиеся при пользовании недрами. При этом при его разрешении и совершенствовании законодательства стоит учитывать не только происхождение таких отходов из недр, как из собственности государства, но и их потенциальное негативное воздействие. В этой связи представляется, что такие отходы должны быть закреплены в государственной собственности как в соответствии с концепцией государственной собственности на недра, так и в частноправовом смысле. Вышеизложенное показывает, что совершенствование правового регулирования обращения с отходами, образующимися при пользовании недрами, должно носить комплексный характер, и в том числе предусматривать меры финансово-экономического стимулирования для лиц использующих такие отходы. Одновременно решению задачи использования отходов, образующихся при пользовании недрами, будет способствовать включение в документы стратегического планирования на федеральном уровне мероприятий и показателей соответствующих их вовлечению в хозяйственный оборот.

Учитывая обозначенные выше результаты проведенного исследования необходимо подчеркнуть, что совершенствование правового регулирования не только не может носить точечный характер, но и должно учитывать в равной мере соотношение природоресурсной составляющей и охраны окружающей среды от воздействия таких отходов.

Скрябина Н. И.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Переход России на траекторию низкоуглеродного развития и сокращения выброса парниковых газов

В 2015 году в целях борьбы с изменением климата и его негативными последствиями 196 государств на 21-й сессии Конференции Сторон Рамочной конвенции ООН об изменении климата (КС-21 РКК ООН) приняли Парижское соглашение¹. Согласно документу, государства-участники обязуются обеспечить сокращение глобальных выбросов парниковых газов и ограничить повышение глобальной температуры до 2 градусов Цельсия (при одновременном поиске средств для еще большего ограничения этого повышения до 1,5 градуса). Соглашение можно назвать одним из важнейших документов двадцать первого века, которое стало ориентиром для национальных законодателей. Статья 4 Парижского соглашения² предусматривает разработку сторонами долгосрочных стратегий развития с низким уровнем выбросов парниковых газов с принятием во внимание своей общей, но дифференцированной ответственности и возможностей в свете различных национальных условий.

Парижское соглашение было принято и от имени России в 2019 году³ (согласно пресс-релизу Правительства РФ⁴: «соглашение не содержит предусмотренных российским законодательством оснований для ратификации, и в соответствии с Федеральным законом «О международных договорах Российской Федерации» согласие России на обязательность для нее Парижского соглашения выражается в форме его принятия»). Далее, в соответствии с Указом Президента РФ № 666 «О сокращении выбросов парниковых газов»⁵, в целях реализации Россией Парижского соглашения должна быть разработана и утверждена Стратегия социально-экономического развития Российской

¹ Что такое Парижское соглашение? // . URL: <https://unfccc.int/ru/peregovornyy-process-i-vstrechi/parizhskoe-soglashenie/chto-takoe-parizhskoe-soglashenie> (дата обращения: 21.02.2021).

² Paris Agreement Russian // . URL: https://unfccc.int/sites/default/files/russian_paris_agreement.pdf (дата обращения: 21.02.2021).

³ Постановление Правительства РФ от 21.09.2019 № 1228 «О принятии Парижского соглашения» // Собрание законодательства РФ № 39, ст. 5430, 30.09.2019.

⁴ Об участии России в Парижском соглашении по климату // . URL: <http://government.ru/docs/37917/> (дата обращения: 21.02.2021).

⁵ Указ Президента РФ от 04.11.2020 № 666 «О сокращении выбросов парниковых газов» // Российская газета № 250, 06.11.2020.

Федерации с низким уровнем выбросов парниковых газов до 2050 года, а также обеспечено создание условий для реализации мер по сокращению и предотвращению выбросов парниковых газов и по увеличению поглощения таких газов.

В настоящий момент ведется уже довольно длительное обсуждение проекта Стратегии долгосрочного развития Российской Федерации с низким уровнем выбросов парниковых газов до 2050 года. В марте 2020 года Минэкономразвития разработало проект Стратегии¹, которым предусмотрены два основных сценария низкоуглеродного развития: базовый и интенсивный.

Однако, по мнению некоторых исследователей², при составлении государствами национальных стратегий, упускается из виду необходимость невероятного роста затрат на энергию – с текущих восьми процентов мирового ВВП до почти тридцати к 2035–2040 гг. Следовательно, при низком экономическом росте быстрое и масштабное сокращение выбросов парниковых газов практически невозможно – с учетом того, что Парижское соглашение предусматривает как активность со стороны развитых стран, так и развивающихся. При этом существует риск использования экологического фактора в качестве основания для определённого рода дискриминации углеродной энергетики.

В 2020 году Россия оказалась на 58 месте в рейтинге стран мира по индексу экологической эффективности, составленного Центром экологической политики и права при Йельском университете³. Данный индекс демонстрирует состояние экологии и управление природными ресурсами в государствах мира на основе 32 показателей в 11 категориях, которые отражают состояние окружающей среды и её экологических систем, сохранение биологического разнообразия, противодействие изменению климата, а также эффективность государственной политики в области экологии. Россия медленно теряет позиции: так, в 2018 году по данным того же Центра экологической политики и права, РФ занимала 52 место, а в 2016 – 32. Сокращение выброса парниковых газов и углеродного следа позволяет повышать значения страны в рейтинге и влечет такие положительные моменты, как снижение затрат на импорт углеводородов, укрепление энергобезопасности, снижение риска смертности от загрязнения воздуха. Снижение показателей РФ в рейтинге доказывает необходимость скорейшего перехода России на траекторию низкоуглеродного развития. Однако при этом, экономисты отмечают⁴, что Россия не войдет в число стран, которые смогут добиться эффективности реализации агрессивного перехода на низкоуглеродную траекторию развития. Это обусловлено как размерами территории страны, так и темпами экономического роста.

В январе 2021 года появилась новость о том, что Сахалинская область выбрана в качестве пилотного региона для создания торговой системы для операций с углеродными единицами на внешних и внутренних рынках⁵. Заместитель Председателя Правительства РФ Виктория Абрамченко заявила, что предполагается создание так называемой «правовой песочницы», где планируется проработка системы верификации учета выбросов и поглощения парниковых газов.

Проект дорожной карты по реализации эксперимента подготовили Минэкономразвития России совместно с Правительством Сахалинской области⁶, который уже утвердило Правительство РФ. В рамках проекта

¹ Минэкономразвития России подготовило проект Стратегии долгосрочного развития России с низким уровнем выбросов парниковых газов до 2050 года // . URL: https://economy.gov.ru/material/news/minekonomrazvitiya_rossii_podgotovilo_proekt_strategii_dolgosrochnogo_razvitiya_rossii_s_nizkim_urovнем_vybrosov_parnikovyh_gazov_do_2050_goda_.html (дата обращения: 21.02.2021).

² Порфирьев Б. Н., Широв А. А., Колпаков А. Ю. Стратегия низкоуглеродного развития: перспективы для экономики России // *Мировая экономика и международные отношения*. 2020. Т. 64. № 9. С. 15–25.

³ Рейтинг стран мира по индексу экологической эффективности // . URL: <https://gtmarket.ru/ratings/environmental-performance-index> (дата обращения: 21.02.2021).

⁴ Порфирьев Б. Н., Широв А. А., Колпаков А. Ю. Стратегия низкоуглеродного развития: перспективы для экономики России // *Мировая экономика и международные отношения*. 2020. Т. 64. № 9. С. 15–25.

⁵ Виктория Абрамченко утвердила план мероприятий по проведению эксперимента по торговле углеродными единицами // . URL: <http://government.ru/news/41350/> (дата обращения: 21.02.2021).

⁶ Максим Решетников: принятая Правительством «дорожная карта» позволит на примере Сахалинской области оценить эффективность региональных мер углеродного регулирования // . URL:

предусматриваются: инвентаризация выбросов и поглощения парниковых газов, создание кадастра парниковых газов области, создание инфраструктуры поддержки климатических проектов и, соответственно, само формирование системы торговли выбросами парниковых газов.

В результате эксперимента планируется обеспечить достижение углеродной нейтральности Сахалинской области к 2025 году. Согласно дорожной карте, размещенной на сайте Минэкономразвития России¹, в июле 2021 года планируется внесение в Государственную Думу РФ проекта федерального закона о проведении этого эксперимента. Основной инструмент по его концепции – «зеленое» финансирование. Отсюда возникает вопрос, не спровоцирует ли стимулирование «зеленых» секторов экономики уже упомянутую возможную дискриминацию углеродных производств и застой экономики, который будет тормозить сам переход на низкоуглеродное развитие и сокращение выброса парниковых газов? По мнению министра экономического развития России Максима Решетникова, участие в эксперименте будет интересно инвесторам зеленых проектов и компаниям, которые планируют повышать амбициозность своих климатических действий. Можно сделать вывод, что подобная «пробная версия» перехода в рамках одного субъекта – наиболее удачное решение для внушительной территории РФ, которая даст ответы насчёт дальнейшего развития «зеленой» экономики и при необходимости позволит скорректировать курс перехода на низкоуглеродное развитие.

Кроме того, планируется принятие и иных актов, необходимых для реализации проекта федерального закона, в том числе внесение изменений в Стратегию социально-экономического развития Сахалинской области до 2035 года, а также разработка Климатической программы и Комплексного плана действий по реализации этой программы. Однако, в соответствии с дорожной картой эксперимента, все это займет длительное время, что является существенными минусом проекта, который реализуется в рамках Парижского соглашения, принятого Россией еще в 2019 году.

Остаётся надеяться на успешные результаты столь организованного эксперимента, которые покажут, смогут ли другие заинтересованные субъекты РФ интегрироваться в данную систему торговли, и, следовательно, как быстро наше государство сможет полностью перестроиться на эффективный путь сокращения выброса парниковых газов. Шаги, предусмотренные в рамках эксперимента на территории Сахалинской области, можно с уверенностью назвать новым этапом в переходе России на траекторию низкоуглеродного развития, на который возлагаются большие надежды.

Старков С.М.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

аспирант

Некоторые аспекты правового регулирования деятельности по обращению с отходами в угольной промышленности в России и Европейском Союзе

Согласно Государственному докладу «О состоянии и об охране окружающей среды Российской Федерации в 2019 году»² в угольной промышленности за указанный год было использовано 378067,4 тыс. тонн отходов. Серые снега, частицы угольной пыли в воздухе, загрязнённые водоемы и почвы – все это может привести к необратимым последствиям.

На наш взгляд, в разрезе указанной проблемы является актуальной неопределённость в правовом регулировании деятельности по обращению с отходами в угольной промышленности, ставшая причиной формирования указанных отходов в колоссальных масштабах и отсутствия механизмов их своевременной ликвидации. Поэтому полагается

https://economy.gov.ru/material/news/maksim_reshetnikov_prinyataya_pravitelstvom_dorozhnaya_karta_pozvolit_na_primere_sahalinskoy_oblasti_ocenit_effektivnost_regionalnyh_mer_uglerodnogo_regulirovaniya.html (дата обращения: 21.02.2021).

¹ План мероприятий «Дорожная карта» по реализации на территории Сахалинской области эксперимента по установлению специального регулирования // . URL:

https://economy.gov.ru/material/file/faf1abaae1e3f2be140971c9e934d0ab/dorozhnaya_karta.pdf (дата обращения: 21.02.2021).

² О состоянии и об охране окружающей среды Российской Федерации в 2019 году. Государственный доклад. М. : Минприроды России; МГУ имени М. В. Ломоносова, 2020.

целесообразным в рамках настоящего обзора рассмотреть правовое регулирование деятельности по обращению с отходами в угольной промышленности в России и Европейском Союзе в сравнительном аспекте.

Данная проблема носит весьма комплексный характер. Еще в период индустриализации в дореволюционной России были предприняты попытки включения ее регламентации в законодательную базу: закрепление правового регулирования отношений в сфере угольной промышленности в России на законодательном уровне началось еще в первой половине XIX в. Отдельные разделы по добыче каменного угля были упомянуты в Уставе Горном 1842 г., включающим в себя Инструкции Горного Департамента 1829 и 1832 гг.¹ В те времена, поиски и добыча угля представляли интерес для государства, в связи с чем оно оказывало содействие в их реализации. В законе устанавливались обязательные требования, касавшиеся системы отчетности о производимых работах, объемах добычи и использования угля.

О значении угля в настоящее время свидетельствует тот факт, что по сравнению с дореволюционной Россией в СССР и РФ объем добычи угля был в разы меньше².

Программой развития угольной промышленности России на период до 2035 года, утвержденной распоряжением Правительства РФ от 13.06.2020 № 1582-р отмечается, что угольная промышленность, обладая значительными разведанными и прогнозными запасами угля, имеет все возможности для эффективного их извлечения и использования в целях стабильного обеспечения внутренних потребностей в угольной продукции и развития экспортных поставок.

Вместе с тем при осуществлении процедур добычи и обогащения угля окружающей среде наносится ущерб по определенным устойчивым формам. За углем пытаются закрепить «призвание» самого вредного топливно-энергетического ресурса. Угольная промышленность в целом, оказывает отрицательное влияние на окружающую среду и особое внимание заслуживают порча и загрязнение земель, забор воды из водоемов для технических мероприятий, а также загрязнение водных объектов сточными водами, загрязнение атмосферного воздуха, посредством выброса загрязняющих веществ. Все эти мероприятия происходят, как правило, в ходе обогащения угля³.

В то же время на сегодняшний день, нет единого акта, который позволял бы с определенной точностью заявить, каким образом урегулирована деятельность по обращению с отходами угля.

Современное законодательство Российской Федерации о недрах, берущее начало в Законе РФ от 21.02.1992 № 2395-1 «О недрах»⁴, затрагивает отношения возникающие в области использования отходов добычи полезных ископаемых и связанных с ней перерабатывающих производств весьма рамочно.

Более специфическим и конкретизирующим актом служит Федеральный закон от 24.06.1998 № 89-ФЗ «Об отходах производства и потребления»⁵. В нем среди прочего устанавливаются отношения по установлению нормативов и лимитов образования и размещения отходов.

Порядок разработки и утверждения нормативов образования отходов и лимитов на их размещение утвержден приказом Минприроды России от 08.12.2020 № 1029. Приказом Минприроды России от 08.12.2020 № 1026 утвержден порядок паспортизации и типовых форм паспортов отходов I – IV классов опасности. Кроме этого приняты порядок ведения государственного кадастра отходов, утвержденный приказом Минприроды России от 30.09.2011 № 792 и федеральный классификационный каталог отходов, который утвержден приказом Росприроднадзора от 22.05.2017 № 242.

Этими актами установлен лишь ряд процедур в области управления отходами. В то же время правовая регламентация обращения с отходами угольной промышленности, учитывающая специфические особенности данных объектов, далеко не совершенна и не системна.

¹ Перчик А. И. Горное право : учебник. Изд. 2-е, перераб. и доп. М. : ФИЛОЛОГИЯ ТРИ. 2002.

² Килимник В. Г. Радионовский В. Л., Григорьев А. В. Уголь в экономике России // Горная Промышленность. 2004. № 2.

³ Горное дело. Терминологический словарь / под науч. Ред. акад. РАН К. Н. Трубецкого, чл.-корр. РАН Д. Р. Каплунова. – 5-е изд., перераб. и доп. М. : Горная книга, 2016.

⁴ О недрах: федер. закон от 21 фев. 1992 г. № 2395-1 // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 10. Ст. 823 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Федеральный закон от 24.06.1998 № 89-ФЗ «Об отходах производства и потребления» // Собрание законодательства Российской Федерации от 1998 г., № 26, ст. 3009 // СПС «КонсультантПлюс».

Хотелось бы отметить, что рецепция Европейского законодательства в данной сфере – это один из возможных способов усовершенствования действующих норм, посредством их модернизации и частичного или полного замещения. В Европейском законодательстве принят ряд директив, которые регулируют вопросы обращения отходов недропользования.

Общераспространённая практика предусматривает множественность способов урегулирования этой проблемы, но наибольшим спросом пользуются две основные модели. Первая – это налоговая система регулирования обращения с отходами, при которой уполномоченные государственные органы взимают налог с производителей и импортеров отходов. Вторая модель получила закрепление в положениях Директивы 2008/98/ЕС Европейского парламента и Совета от 19 ноября 2008 года «Об отходах и отмене ряда директив». Нормы документа предусматривали создание частного оператора, который отвечает за сбор и переработку отходов. Такая модель сегодня успешно применяется в 27 из 28 стран Евросоюза.

Среди нормативных правовых актов Европейского Союза, регулирующих порядок переработки отходов, можно также назвать следующие:

1) Директива «По обращению с Отходами Добывающих Отраслей Промышленности»¹ применяется к отходам, полученным в результате добычи, переработки, хранения минеральных ресурсов и деятельности карьеров. Отходы добывающей промышленности должны складироваться в специальных сооружениях в соответствии с определенными правилами, установленными Директивой;

2) Директива Совета Европейских сообществ 96/82/ЕС от 9 декабря 1996 г. «О контроле за опасностью крупных аварий, связанных с опасными веществами». Документ предусматривает обязательства для промышленных операторов вводить в действие системы управления безопасностью, включая подробную оценку рисков с использованием возможных сценариев аварий. Такая оценка риска играет ключевую роль в предотвращении крупных аварий;

3) Директива Совета 85/337/ЕЭС от 27 июня 1985 г. «Об оценке воздействий некоторых государственных и частных проектов на окружающую среду». Директива перечисляет заинтересованные проекты, информацию, которые должны быть предоставлены, и третьих лиц для консультаций в связи с одобрением такого проекта.

По нашему мнению, для правовой регламентации в сфере угольной промышленности перечисленные меры могут являться одними из направлений совершенствования законодательства.

В завершение хотелось бы отметить, что общераспространённая международная экологическая практика позволяет нормотворчеству развиваться в гибком направлении. Поэтому, полагаем целесообразным отнестись с должным вниманием к положениям, урегулированным Европейским Союзом в сфере деятельности по обращению с отходами горнодобывающих производств.

Харченко Д. В.

*Институт законоотворчества и сравнительного правоведения при Правительстве РФ,
аспирант*

Умный договор в сельскохозяйственном страховании как новация в системе современного российского права

В настоящее время актуальной является проблематика в области развития договорных отношений в сельскохозяйственном страховании, осуществляемом с государственной поддержкой с учётом возможностей законодательного использования цифровых платформ при заключении и исполнении договоров страхования.

В 2020 г., в условиях мощнейшего влияния фактора неустойчивости на общественные отношения вызванном глобальной пандемией COVID-19, трансграничное партнерство субъектов экономических отношений подверглось критическому стресс-тесту. Развитие инновационных цифровых технологий оказывает сильное воздействие как на показатели эффективности в экономических отношениях, так и на механизм осуществления правоотношений в области юриспруденции. Те страны, которые имели в своём наборе «гибридную» правовую среду, сочетающейся в себе как

¹ Европейская практика обращения с отходами: проблемы, решения, перспективы. Системные требования: Adobe Acrobat Reader.. URL: <https://www.waste.ru/uploads/library/wb2.pdf>.

традиционные юридические конструкции, так и созданные за последнее десятилетие «цифровые правовые новеллы» применяемые в действующих законодательствах, имели обоснованное преимущество выраженное в условиях пандемии, правовой возможности оказывать социальные услуги своим гражданам, поддерживать экономические отношения бизнес-сообщества при помощи элементов «информационной государственной правовой архитектуры». К таким государствам, мы полагаем возможным отнести Великобританию, США, Сингапур, Японию, Южную Корею и Россию.

Не исключением положительного влияния такой «информационной государственной правовой архитектуры» стали и отношения, сложившиеся в сельскохозяйственном страховании, осуществляемом с государственной поддержкой.

Необходимо подчеркнуть, что договор сельскохозяйственного страхования (по условиям которого может быть оказана государственная поддержка) по своей правовой природе относится к договорам имущественного страхования также, как и сельскохозяйственное страхование относится соответственно к имущественному. Следует добавить, что к договору сельскохозяйственного страхования законодателем предъявляется ряд специальных требований и условий, по исполнению которых страхователем – сельскохозяйственным товаропроизводителем¹ может быть получена государственная поддержка. К таким специальным правилам отнесены, например требования по ежегодному утверждению локальным актом уполномоченного органа (Министерства сельского хозяйства РФ) – *плана сельскохозяйственного страхования* в котором содержится перечень объектов страхования и предельные размеры ставок для расчета размера субсидий. Одновременно с вышеуказанным, специальный императив предъявляется к объектам страхования (сельскохозяйственные животные, объекты товарной аквакультуры, урожай сельскохозяйственных культур, посадки многолетних насаждений), выраженный в требованиях к 1) срокам: а) действия договора сельскохозяйственного страхования; б) окончания сева или посадки сельскохозяйственной культуры; в) до момента прекращения вегетации многолетних насаждений; 2) финансовым условиям вступления в действие договора сельскохозяйственного страхования (если сельскохозяйственным товаропроизводителем уплачено не менее 50 процентов начисленной по этому договору страховой премии, если заключен на страховую сумму в размере не менее 70 процентов страховой стоимости объекта сельскохозяйственного страхования) и другими.

Однако, законодатель, регулирует взаимодействие страховщика и страхователя в страховом деле и сельскохозяйственном страховании в частности, «по старинке», используя нормы о классическом «традиционном» договорном праве содержащиеся в гражданском законодательстве РФ.

Введение режима повышенной готовности на примере пандемии, начавшейся в начале 2020 г., доступно нам показывает, что государству и обществу, необходимо обратиться к дополнительной форме договорных отношений, частично уже введенной в российский правовой оборот, практике заключения «умных договоров» в сельскохозяйственном страховании, осуществляемым с государственной поддержкой (Smart-contracts).

Принимая во внимание значимость придаваемой в юриспруденции терминологии, попробуем проанализировать термин «умный договор» который до сих пор, по сути не закреплен в российском праве. Так, первопроходцем в юридической науке стал американский юрист по информационным технологиям Ник Жабо, который в первой половине 1990-х г. г., в своих научных исследованиях представил дефиницию «умного контракта» как «совокупность обещаний в цифровой форме, включая протоколы, с помощью которых стороны исполняют данные обещания»². На наш взгляд, представляется возможным дополнительно обратить внимание на международный опыт по определению термина «Smart-contract» («умного договора»), сложившийся в американской юридической научной мысли – «договор, исполняемый автоматическим/автоматизированным образом (смарт-контракт), представляет собой набор

¹ Признанным таковым в соответствии с Федеральным законом от 29 декабря 2006 года № 264-ФЗ «О развитии сельского хозяйства».

² Szabo N. Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets. 1996.. URL: http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html (дата обращения: 09.02.2021).

договоренностей сторон, на основании которых осуществляется сделка между ними»¹. Таким образом, по нашему мнению, «Smart-contract» или «умный договор» гармонично имплементируется в традиционную для России романо-германскую правовую семью, где фактически имеет равное значение перед классическим договором. В России, на наш взгляд, более комплексное определение данному термину, было дано ученым А. И. Савельевым в 2016 г., который предложил такую дефиницию «умного контракта» – «это договор, существующий в форме программного кода, имплементированного на платформе Blockchain, который обеспечивает автономность и самоисполнимость условий такого договора по наступлении заранее определенных в нем обстоятельств»².

В 2019 г., законодателем для реализации осуществления гражданско-правовых сделок объектом которых выступают «цифровые права», была предложена норма в Гражданский кодекс РФ, фиксирующая существенный юридический факт: факт совершенный компьютерной программой исполнения сделки, не оспаривается (кроме случаев вмешательства в действие программы). Вышеуказанный тезис, был закреплен в ст. 309 ГК РФ³. Таким образом, вследствие завершения процесса идентификации пользователя в системе (например на платформе «Blockchain»), последующий его образ действия, подчиняется криптографическому алгоритму децентрализованной распределенной базы данных, а лицо приобретающее цифровой актив, получает его автоматически, в соответствии с наступлением указанных в договоре обстоятельств его исполнения. На примере работы на платформе «Blockchain», сделка вышеописанным образом, машинально исполняется, без специальных распоряжений продавца списывается его «цифровой актив» в пользу покупателя, взамен получая зафиксированное в договоре вознаграждение. По общему правилу, оспорить подобную сделку становится невозможным. Таким образом, можно сделать вывод о том, что воля сторон сделки, направленная на её заключение, фактически отождествляется с волей сторон, по её исполнению.

Как известно, в правовой основе сельскохозяйственного страхования, лежат договорные отношения. Учитывая недавно возникшую законодательную основу по заключению «умных договоров» между субъектами гражданско-правовых отношений, по нашему мнению, необходимо в практическом русле «оцифровывать» заключение договоров сельскохозяйственного страхования, осуществляемого с государственной поддержкой.

В заключение следует сказать, что создание отдельной государственной цифровой архитектуры (единой государственной информационной системы или интеграция в уже действующие системы) с использованием платформы «Blockchain», позволит привнести в страховой процесс, участниками которого являются страхователь, страховщик, уполномоченный орган осуществляющий государственную поддержку по договорам сельхозстрахования и уполномоченный орган в области фиксации наступления страховых случаев (например Росгидромет, ветеринарные службы и др.), принципы прозрачности и транспарентности. Потенциал в области применения «умных договоров» (или «Smart-contract») в сельскохозяйственном страховании, позволяет решить главным образом задачу целевого и законного использования государственных субсидий используемых на возмещение части затрат сельскохозяйственных товаропроизводителей на уплату страховых премий, что несомненно положительным образом отразится как на эффективном расходовании средств бюджета РФ, так и на добросовестном страхователе, который своевременно сможет получить причитающиеся ему страховую выплату без длительных и дорогостоящих судебных разбирательств. Юридическому сообществу еще предстоит сформулировать термин «платформа Блокчейн (Blockchain)», закрепить правовые тезисы по использованию, применению и главным образом по осуществлению информационной защиты этой передовой для своего времени цифровой платформы, а также иных юридических конструкций «цифровых прав».

¹ Alabi F. Taking Contracting Digital: Examination of the Smart Contracts Experiment. New York University. Elsevier. 2017. 9 August, P. 8–9.

² Савельев А. И. Договорное право 2.0: «умные» контракты как начало конца классического договорного права // Вестник гражданского права. 2016. № 3. С. 11.

³ Федеральный закон от 18.03.2019 № 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета, № 60, 20.03.2019.

ПОДСЕКЦИЯ «АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ НОТАРИАТА»

Гумерова А. Ш.

*Российский государственный университет правосудия,
студент*

Коллизионные аспекты правоотношений нотариусов и лиц, страдающих психическими расстройствами

Одним из способов узаконения появившегося в правовой природе юридического факта, требующего легализации для дальнейшего оборота в правоотношениях, является нотариальное удостоверение нового правового состояния. В данной связи важно указать, что важным элементом юридической силы подобного удостоверения является закрепленный в статьях Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) критерий дееспособности у заявителя¹. Подобного рода суждение нашло свое отражение в статьях Федерального Закона «Основы законодательства Российской Федерации о нотариате» (далее – Федеральный Закон), в которых указывается неспособность недееспособных граждан лично требовать нотариального удостоверения того или иного правового действия².

Статьей 43 Федерального Закона за нотариусами закрепляется необходимость проверки дееспособности граждан без регламентации механизма такой проверки. Пробел теории права в данной области порождает массу коллизий, а также правонарушений на практике³. Укажем, что реализация нотариальных функций о проверке дееспособности заявителя может проводиться не только эмпирическим путем, через использование визуального, вербального и органолептического методов, но и через запрос в Федеральную регистрационную службу «Росреестр» за получением выписки о дееспособности гражданина. Высказываются предположения о некорректности проведения такой проверки, с точки зрения охраны личных данных лица, закрепленных в Федеральном Законе «О персональных данных»^{4,5}. Отметим, что нотариус, согласно статье 15 Федерального Закона, имеет право истребовать у физических лиц документы, в том числе содержащие информацию о персональных данных личности, необходимые для совершения нотариальных действий. Вместе с этим, важно разграничивать сведения о лице, хранящиеся в Федеральной базе данных «Росреестр», основанные на уже принятых судебных решениях о признании лица недееспособным, и информации, полученной в ходе медицинского обследования и составляющей категорию врачебной тайны, распространение которой без согласия лица допускается лишь в случаях, установленных в статье 13 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»⁶. Вследствие этого считаем обоснованным положение о том, что нотариусу дано право получения информации из Росреестра, сведения в которой относятся к персональным данным, доступ к которым нотариусу предоставлен.

Укажем, что нестабильность состояния лица, страдающего психическими расстройствами, обуславливает зачастую немотивированный отказ нотариуса в проведении нотариальных действий, например, в удостоверении сделок.

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 05.05.2014) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.09.2014) // СЗ РФ. 1994. № 32 – Ст. 3301

² Основы законодательства Российской Федерации о нотариате: Федеральный Закон (утв. ВС РФ 11.02.1993) № 4462-1 ред. от 27.12.2019 с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2020 // РГ. 1993. № 49

³ См.: Нотариус отказывается принимать заявление о вступлении в наследство URL: <https://pravoved.ru/question/393192/> (дата обращения: 19.09.2020)

⁴ О персональных данных: Федеральный Закон от 27.07.2006 № 152-ФЗ // СЗРФ. 2006. № 31 (ч. 1) – Ст. 3451

⁵ См.: Ичеткина Н. Э. Проверка нотариусом дееспособности гражданина как условие для совершения нотариального действия URL: <http://conf.omua.ru/content/proverka-notariusom-deesposobnosti-grazhdanina-kak-uslovie-dlya-soversheniya-notarialnogo> (дата обращения: 19.09.2020)

⁶ Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации: Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ // СЗРФ. 2011. № 48. Ст. 6724

Так, в статье 48 Федерального Закона приводится закрытый перечень оснований для отказа в совершении нотариальных действий, который не может трактоваться расширительно. Одним из оснований является установленная судом недееспособность гражданина, обратившегося за нотариальным удостоверением. Факт гражданской недееспособности устанавливается лишь вследствие хронических и тяжелых психических заболеваний, при которых лицо неспособно понимать значение своих действий и руководить ими. Однако существуют психические заболевания, предполагающие лишь незначительные рецидивы при благоприятном течении болезни, например, паранойяльная шизофрения, сходная с бредовыми расстройствами, при которых суд может лишь ограничить в дееспособности гражданина на основании пункта 2 статьи 30 ГК РФ, но подобного рода ограничение требуется не всегда вследствие длительных ремиссий у лица. Для сделок, которые совершают полностью дееспособные лица, страдающие подобными психическими заболеваниями при рецидивах их болезней, предусмотрен порядок признания её недействительной на основании статьи 177 ГК РФ. В случае признания такой сделки недействительной судебно-психиатрической экспертизой устанавливается факт неспособности лица, причем такое гражданско-правовое состояние лица является временным и основывается лишь на решении суда.

В области работы нотариусов факты отказа нотариального удостоверения сделок, основанных лишь на подозрениях о психической нестабильности лица, полученных через эмпирическое взаимодействие с заявителем, могут быть основанием развития правонарушений. С одной стороны, нотариально удостоверить тот или иной гражданско-правовой акт дееспособного лица, находящегося в фазе рецидива своего психического заболевания, нецелесообразно, так как возможно развитие неблагоприятных для заявителя обстоятельств при удостоверении акта. С другой стороны, законных оснований для такого отказа у нотариуса не имеется. Законодатель, стремясь преодолеть подобного рода пробел в теории права, установил, что с 29.12.2020 нотариусы, помимо проверки дееспособности гражданина будут обязаны установить наличие у него волеизъявления на нотариальное действие. Однако подобное положение является не совсем корректным вследствие того, что критерий воли на совершение того или иного действия носит достаточно субъективный характер и может трактоваться неоднообразно. Считается, что для преодоления подобной коллизии необходимо реформирование некоторых статей смежных нормативных правовых актов в области регулирования правового положения нотариусов при их взаимодействии с лицами, страдающими психическими заболеваниями. Так, считаем необходимым внесение в перечень лиц, имеющих доступ к указанным в статье 13 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» информации, государственных нотариусов, с предоставлением им права на получение сведений о наличии у заявителя психических отклонений. Видится, что таким образом нотариус может наиболее полно получить информацию о лице. Так, при наличии рецидива заболевания, установленного на основании медицинского заключения, нотариус должен отказать в совершении нотариального удостоверения на основании медицинской документации, что необходимо закрепить в статье 48 Федерального закона. Подобного рода положение необходимо как для защиты самих заявителей от неблагоприятных для них последствий, так и для соблюдения законности совершения действий нотариального характера.

Такое нововведение также решит проблему взаимодействия нотариусов с пожилыми гражданами, которые в отличие от молодых людей имеют более высокий риск когнитивных нарушений¹. Одним из наиболее распространенных заболеваний у лиц пожилого возраста является деменция, при которой теряется нормальное функционирование памяти у человека. Однако даже при распространении такого заболевания у пожилых людей старше 65 лет оно встречается лишь около 7,1-10,2 %, а у лиц младше 65 лет такой диагноз ставится еще реже². Безусловно, диагноз деменции влияет на способность лица понимать и осознавать в полной мере. Более того, установленный в медицинском порядке диагноз деменции, является одним из оснований для признания лица недееспособным, так как подобного рода заболевание относится к тяжким психическим отклонениям. Некоторыми исследователями предлагается установить, что после 65 лет граждане при обращении за нотариальным удостоверением обязаны предоставить нотариусу справку об отсутствии

¹ Киселевская Л. Е. Дисциркуляторная энцефалопатия -анахронизм или медицинский критерий определения неспособностей лиц позднего возраста? // Медицинское право. 2018. № 3. С. 49–53 Библ. 5 назв.

² Киселевская Л. Е. Дисциркуляторная энцефалопатия -анахронизм или медицинский критерий определения неспособностей лиц позднего возраста? // Медицинское право. 2018. № 3. С. 49–53 Библ. 5 назв.

психических отклонений¹. По нашему мнению, введение подобного положения будет нарушать генеральный принцип презумпции дееспособности гражданина, так как априори предполагается, что лицо страдает каким-либо психическим расстройством, даже если такой справкой проявляется излишняя осмотрительность нотариуса.

В данной связи видится уместным рассмотреть частичную дихотомию понятий дееспособности и недееспособности в Федеральном Законе. Так, в статье 43 Федерального закона устанавливается необходимость проверки дееспособности, а на основании статьи 48, как уже говорилось ранее, лицу может быть дан отказ в совершении нотариальных действий на основании факта его недееспособности. Однако в данном Федеральном законе во многом не оговаривается состояние ограниченно дееспособности лица. Положения, затрагивающие такое состояние отражены частично в статье 2 Федерального Закона, где устанавливается, что ограниченные в дееспособности лица не могут занимать должность нотариуса. А в абзаце 3 статьи 43 лишь косвенно упоминается о не полной дееспособности лица, причем по смыслу статьи можно сделать вывод о том, что такая не полная дееспособность относится к дееспособности, определяемой по критерию возраста гражданина, а не по его психическому состоянию. В данной связи считаем необходимым регламентировать правовой статус ограниченно дееспособных лиц в области регулирования правоотношений нотариусами, что необходимо также для унификации и систематизации законодательной базы Российской Федерации.

Отметим, что вопрос определения и законодательной регламентации правового статуса физического лица носит межотраслевой характер, что предопределяет необходимость не только системного рассмотрения законов, но и их системного толкования для преодоления коллизий и пробелов в теории права.

Калагина А. Е.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Проблемы подтверждения дееспособности граждан нотариусом

Современный гражданский оборот продолжает свое бурное развитие. Каждый день заключается значительное число сделок. Гражданское законодательство дает свободу выбора совершения сделок с нотариальным сопровождением либо без такового. Поскольку большинство участников сделок желают быть уверенными в своих контрагентах, они прибегают к первому варианту и посещают нотариуса в надежде, что это гарантирует законность и неоспоримость сделки. Особенно часто вопрос касается установления факта наличия дееспособности физического лица, являющегося участником сделки. Стоит отметить, что данная тема – установление факта дееспособности физического лица в нотариальном порядке вызывает ожесточенные споры уже не одно десятилетие, не прекращаясь до сих пор, что говорит об особой актуальности исследуемой темы.

Ст. 21 ГК РФ под дееспособностью определяет способность гражданина своими действиями приобретать и осуществлять гражданские права, создавать для себя гражданские обязанности и исполнять их, возникающая в полном объеме с достижением лицом совершеннолетия². То есть фактически это возможность вступать в любые сделки, совершать любые юридически значимые действия. Ст. 29 ГК РФ также определяет, что, если лицо в силу психического расстройства не может понимать значения своих действий или руководить ими, может быть лишен дееспособности в судебном порядке и помещен под опеку. Стоит отметить, что порядок признания лица недееспособным предполагает в достаточной мере сложную процедуру, в которую, прежде всего, входит проведение специальной психолого-психиатрической экспертизы, подтверждающие наличие психических патологий у исследуемого лица.

¹ См.: Ичеткина Н. Э. Проверка нотариусом дееспособности гражданина как условие для совершения нотариального действия URL: <http://conf.omua.ru/content/proverka-notariusom-deesposobnosti-grazhdanina-kak-uslovie-dlya-soversheniya-notarialnogo> (дата обращения: 19.09.2020)

² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 08.12.2020) // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

Поэтому норма ст. 43 Основ законодательства о нотариате¹, в соответствии с которой нотариус обязан проверить дееспособность лица, участвующего в сделке, вызывает множество вопросов. Для проверки дееспособности нотариус задает несколько вопросов, на которые лицо должно внятно ответить. После этого нотариус, основываясь на своих субъективных предположениях, подтверждает или отрицает дееспособность лица. Однако является ли это корректным для правового оборота?

Многие ученые отмечают, что нотариус – это лицо с юридическим образованием, у него нет специальных медицинских познаний в области неврологии и психиатрии. Поэтому он не может сделать полноценных суждений о том, является ли лицо полностью дееспособным или нет. К тому же не учитывается тот факт, что лицо, имеющее психические отклонения, может находиться в состоянии временной ремиссии, правильно ответить на все вопросы и своим поведением создать впечатление абсолютно здорового человека, понимающего все свои действия и их последствия. Но фактически такая сделка будет совершена больным человеком, с пороком воли и нарушением законных прав всех ее участников.

На основании вышесказанного О.С. Сорокина отмечает, что суды, при решении дел об оспаривании сделок, в том числе завещаний, предпочитают опираться на соответствующие медицинские заключения, не принимая выводы нотариусов о дееспособности лица за весомое доказательство².

Современная судебная практика подтверждает доводы О.С. Сорокиной.

Так, по одному из дел истец подал иск о признании завещания его деда недействительным на том основании, что умерший в момент подписания не мог понимать своих действий и руководить ими. Для подтверждения своих слов он представил многочисленные медицинские документы, включая заключение посмертной судебной психолого-психиатрической экспертизы. В Решении Советского районного суда г. Нижний Новгород (Нижегородская область) № 2-121/2020 2-121/2020(2-3212/2019;)-М-2413/2019 2-3212/2019 М-2413/2019 от 30 июля 2020 г. по делу № 2-121/2020 было указано, что «нотариус не обладает специальной квалификацией, не может достоверно свидетельствовать о состоянии здоровья гражданина, оценивать его дееспособность в момент совершения сделки»³. Решающее значение в данном деле имели медицинские документы. Феодосийский городской суд Республики Крым в своем решении от 22 июля 2020 года назначил проведение дополнительной посмертной судебной психолого-психиатрической экспертизы, а также принял во внимание и тот факт, «что имеются противоречия относительно места составления оспариваемого завещания. Так, в завещании указано, что завещание совершено вне помещения нотариальной конторы: <адрес> (место жительства наследодателя). Однако, в судебном заседании ответчик Абдуллаев С.А. и третье лицо Абдуллаева Л.Э. пояснили, что завещание было составлено и подписано Азмиевым Э. не по месту его проживания, а в автомобиле, который находился по месту нахождения нотариальной конторы». Все сказанное также стало причиной признания завещания недействительным⁴.

Такая же позиция просматривается, к примеру, в Решении Динского районного суда № 2-120/2020 2-120/2020(2-3084/2019;)-М-2936/2019 2-3084/2019 М-2936/2019 от 21 июля 2020 г. по делу № 2-120/2020⁵, Решении

¹ Основы законодательства Российской Федерации о нотариате (утв. ВС РФ 11.02.1993 № 4462-1) (ред. от 30.12.2020) // Российская газета. – № 49. – 1993.

² Сорокина О. С. Особенности и проблемные аспекты оценки нотариусами дееспособности гражданина // Наука. Общество. Государство. 2018. Т. 6. – № 2 (22). URL: <http://esj.pnzgu.ru> (дата обращения: 04.02.2021).

³ Решение Советского районного суда г. Н. Новгород (Нижегородская область) № 2-121/2020 2-121/2020(2-3212/2019 ;)-М-2413/2019 2-3212/2019 М-2413/2019 от 30 июля 2020 г. по делу № 2-121/2020 // URL: <https://sudact.ru/regular/doc/RV9UU8wWCA1/> (дата обращения: 04.02.2021).

⁴ Решение Феодосийского городского суда (Республика Крым) № 2-100/2020 2-100/2020(2-2124/2019 ;)-М-2036/2019 2-2124/2019 М-2036/2019 от 22 июля 2020 г. по делу № 2-100/2020 // URL: <https://sudact.ru/regular/doc/C5IWub22ZuQo/> (дата обращения: 04.02.2021).

⁵ Решение Динского районного суда (Краснодарский край) № 2-120/2020 2-120/2020(2-3084/2019 ;)-М-2936/2019 2-3084/2019 М-2936/2019 от 21 июля 2020 г. по делу № 2-120/2020 // URL: <https://sudact.ru/regular/doc/kxCjZ9jfkV1w/> (дата обращения: 04.02.2021).

Феодосийского городского суда (Республика Крым) № 2-2688/2019 2-309/2020 2-309/2020(2-2688/2019;)-М-2812/2019 М-2812/2019 от 21 июля 2020 г. по делу № 2-2688/2019¹ и пр.

Все вышесказанное позволяет говорить о том, что удостоверение нотариусом дееспособности участника сделки не дает гарантий того, что это лицо действительно способно отвечать за свои действия и руководить ими. Иначе говоря, нотариусы совершают формальность, которая на практике не показала ни эффективности, ни возможности защиты по спорам относительно таких сделок.

Это говорит о необходимости решения данной проблемы. О.А. Серова предложила разработать перечень специальных вопросов, благодаря которым можно было бы определить наличие дееспособности человека². Однако стоит согласиться с позицией Г.В. Костиковой, которая не разделяла мнение О.А. Серовой, мотивировав это тем, что проведение любого тестирования, также, как и его интерпретация, все равно потребуют от нотариуса наличия специальных знаний в области психиатрии, а это не представляется возможным³.

Относительно достоверным источником, позволяющим установить наличие или отсутствие дееспособности у человека, выступает Единый государственный реестр недвижимости, в котором должна содержаться соответствующая пометка об утрате дееспособности собственника имущества. Однако и здесь можно столкнуться с рядом трудностей. Во-первых, несмотря на законодательные требования, информация в данном реестре не всегда оперативно актуализируется. А во-вторых, не все сделки связаны с невидимостью или необходимостью установления права собственности того или иного человека. Так, возвращаясь к удостоверению завещания, нотариус лишь фиксирует волю человека, который может оставить своим наследникам любое имущество, даже то, которое еще не приобрел в собственность.

На сегодняшний день в Государственной Думе рассматривается законопроект, в соответствии с которым в России предлагается создание реестра недееспособных граждан РФ в рамках единой системы нотариата⁴. Стоит отметить, что данная идея не лишена здравого смысла и будет более информативной. Однако она будет реализуема только в том случае, если данный реестр будет постоянно актуализироваться, а также, если нотариусы будут иметь все возможности для получения информации из такого реестра.

Также все равно существует риск того, что сделка будет совершена человеком с психическими отклонениями, если он не был признан в суде недееспособным. Однако есть все основания полагать, что данная мера минимизирует количество сделок, совершаемых недееспособными гражданами.

Мишечкина С. С.

*Российский технологический университет МИРЭА,
студент*

Перспективы внедрения электронного апостилирования нотариально удостоверенных документов в Российской Федерации

Динамика социально-экономических изменений, цифровизация экономической и правовой сферы детерминировали тенденцию упрощения и ускорения действий, совершаемых нотариусами, с сохранением при этом

¹ Решение Феодосийского городского суда (Республика Крым) № 2-2688/2019 2-309/2020 2-309/2020(2-2688/2019 ;)-М-2812/2019 М-2812/2019 от 21 июля 2020 г. по делу № 2-2688/2019 // URL: <https://sudact.ru/regular/doc/5ibmScgu3nLK/> (дата обращения: 04.02.2021).

² Серова О. А. О проблеме оценки нотариусами дееспособности гражданина // Нотариус. 2016. № 3. С. 18–20.

³ Костикова Г. В. Установление дееспособности граждан при совершении нотариальных действий // Нотариус. 2019. № 4. С. 3–6.

⁴ Законопроект № 925889-7 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации (о реестре лиц, признанных судом недееспособными или ограниченно дееспособными, а также о реестре уведомлений об отмене доверенностей, совершенных в электронной форме)» // URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/925889-7> (дата обращения: 04.02.2021).

«юридической чистоты» сделок. В результате рецепции публично-правовых институтов стран общего и континентального права современный нотариат в Российской Федерации обогатился новыми юридическими конструкциями: наследственный фонд, совместное завещание супругов, наследственный договор и многими другими. Однако стоит отметить – модернизация нотариального права не означает окончание новеллизации данной отрасли: цифровизация правовой сферы переживает лишь первоначальный этап. В связи с этим, для определения дальнейшего вектора совершенствования электронного нотариата в России необходим компаративистический подход. Как отмечают исследователи, процесс становления электронного нотариата в странах континентальной Европы осуществлялся поступательно на протяжении длительного времени, в отличие от России, где внедрение информационных технологий происходило в более сжатые сроки, но не менее эффективно¹. С 2018 по 2020 года перечень предоставляемых нотариусами электронных услуг в значительной степени расширился, что позволило гражданам в кратчайшие сроки, во многих случаях даже без личной явки, получить квалифицированную юридическую помощь и воспользоваться нотариальными услугами. Однако не все нотариальные действия могут быть осуществлены посредством электронных сервисов: отсутствуют не только специализированные системы, но и нормативно-правовая база, устанавливающая возможность их совершения. Одной из актуальных перспективных новелл стала перспектива внедрения в российскую правовую систему электронного апостиля для его проставления на нотариально удостоверенных документах, в настоящее время широко используемого в зарубежных странах.

Согласно норме ст. 2 Федерального закона от 28.11.2015 № 330-ФЗ «О проставлении апостиля на российских официальных документах, подлежащих вывозу за пределы территории Российской Федерации», апостиль представляет собой штамп, соответствующий требованиям Конвенции и настоящего Федерального закона, проставляемый компетентным органом на российском официальном документе или на отдельной листе, скрепляемом с этим документом, и удостоверяющий подлинность подписи и должность лица, подписавшего документ, и в надлежащем случае подлинность печати или штампа, которым скреплен этот документ. Апостилирование документов пришло на замену консульской легализации в результате принятия в 1961 году Гагской конвенции, отменяющей требование легализации иностранных официальных документов. С целью ускорения проведения процедуры проставления специализированного штампа многие зарубежные страны перешли к практике электронного апостиля или е-апостиля. Так, с 1 мая 2018 года в Королевстве Бельгия апостиль издается только в электронном формате, что приравнивается к бумажной форме: документ, подписанный нотариусом и подлежащий апостилированию, не может быть направлен в федеральную службу легализации по почте или принят непосредственно в данном учреждении. Заявку на апостиль может оставить через специально созданный для осуществления данного действия электронный сервис аккредитованный партнер, выдавший указанный документ. Нотариус оформляет обращение посредством информационно-коммуникационной сети на сайте eLegalization (обрабатывается в течение 24 часов), и ответ направляется на электронную почту заявителя. Оплата пошлины за совершения данного действия также происходит в режиме онлайн. Выше обозначенная процедура значительно сокращает и временные, и материальные затраты на ее проведение.

Для исследования обозначенного правового феномена стоит обратиться и к международному опыту его правового регулирования. Так, в 2016 году Гагская конференция по международному частному праву провела заседание специальной комиссии по рассмотрению практического действия Гагской конвенции 1961 года. В соответствии с единогласно одобренными Выводами и рекомендациями была реализована программа электронного апостиля (e-APP), способствующая использованию электронных апостилей и функционированию их специализированных реестров, которые могут быть доступны в режиме онлайн для проверки их происхождения. Сервис e-APP состоит из двух компонентов, первый из которых непосредственно апостиль, представленный в виде электронного файла с цифровой подписью и не имеющий срока своего действия, второй – электронный регистр для

¹ Кочкина О. В., Тябина Ю. А. Зарубежный опыт становления и функционирования электронного нотариата // Нотариус. 2020. № 5. С. 44.

проверки причины его возникновения¹. Благодаря данной программе значительно сокращаются возможности совершения мошеннических действий и расходы, связанные с апостилированием бумажных документов.

В настоящий момент в Российской Федерации широко используются гражданами нотариальные услуги подачи с помощью электронных сервисов сведений в ФНС, в Росреестр для регистрации права собственности на объект недвижимости в случае оформления сделки, и прочее. Как отмечает Е.А. Кириллова, спрос на данный вид услуг в 2019 году увеличился на 30 %, что говорит о положительной динамике не только проявления интереса к возможностям цифрового нотариата, но и доверия при их использовании механизму защиты своих прав². Таким образом, внедрение в нотариальную деятельность возможности направления удостоверенных документов с помощью электронных систем на проставление апостиля никоим образом не стало бы противоречить действующему законодательству и складывающейся практике.

18 февраля 2021 года Министерством юстиции РФ подготовлен проект Постановления Правительства Российской Федерации «Об особенностях обращения с запросом о проставлении апостиля, проставления апостиля и направления запросов, предусмотренных статьей 9 Федерального закона от 28 ноября 2015 г. № 330-ФЗ «О проставлении апостиля на российских официальных документах, подлежащих вывозу за пределы территории Российской Федерации», в электронном виде и (или) с использованием информационно-телекоммуникационных сетей, ведения реестра апостилей в электронном виде, обеспечения дистанционного доступа к сведениям о проставленных апостилях», в соответствии с которым на Минюст России возложена обязанность не позднее 1 июля 2022 года создать сводный реестр проставленных апостилей и утвердить порядок его ведения в электронном виде, предусматривающий предоставление компетентными органами сведений о проставленных апостилях, а также обеспечение доступа заинтересованных лиц к сведениям о проставленных апостилях; утвердить форму запроса о проставлении апостиля через федеральную государственную информационную систему «Единый портал государственных и муниципальных услуг (функций). Полномасштабное внедрение услуг в цифровую реальность создает фундамент для обеспечения направления нотариального запроса в компетентные органы для проставления апостиля на нотариально удостоверенных документах, как и любой иной вопрос, связанный с использованием информационных технологий, он требует не только динамичности, но и качества внедрения преобразований. В связи с чем, любой законопроект, относящийся к электронному нотариату, должен пройти серьезную правовую проверку для исключения возможности совершения недобросовестных действий со стороны правонарушителей.

Рисовская С. С.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
магистрант*

Роль и значение нотариата в преодолении цифровых рисков

Рост потребности в системе облачных технологий, совершенствование технологии блокчейн и смарт-контрактов названы главными IT-трендами в 2021 году³. Потребность во внедрении данных технологий и их совершенствовании продиктованы цифровой действительностью. Институт нотариата остается передовым в вопросах внедрения новейших информационных технологий. Целью такого внедрения является преодоление и решение складывающихся в обществе правовых и цифровых рисков.

¹ Conclusions & Recommendations of the special commission on the practical operation of the apostille convention (2 – 4 November 2016) accepted by Hague Conference on private international law. URL: <https://assets.hcch.net/docs/274103ec-0086-46a3-adc5-c192993304f6.pdf> (дата обращения: 22.02.2021).

² Кириллова Е. А. Состояние российского нотариата: внедрение цифрового формата // Нотариус. 2020. № 6. С. 35.

³ Blockchain trends in 2021: recovery anchored by trust Статья // URL: <https://www.bangkokpost.com/business/2060511/blockchain-trends-in-2021-recovery-anchored-by-trust#:~:text=In%202021%2C%20blockchain%20will%20play,a%20number%20of%20important%20sectors.&text=We%20expect%20to%20see%20increased,and%20food%20safety%2C%20among%20others> (дата обращения: 01.03.2021)

Благодаря развитию системы облачных технологий, файлы, которые большинство пользователей хранили на флеш-носителях, дисках или в памяти компьютера, были перенесены в «облако». Облачное хранилище данных представляют собой модель онлайн-хранилища, в котором хранятся данные на серверах, предоставляемых в пользование клиентам¹. Почти две трети россиян пользуются облачными приложениями для хранения данных². Согласно статистике экспертно-аналитического центра группы компаний, InfoWatch более половины информации в мире утекает из облачных сервисов³. Проблема утечки данных – мировая проблема нынешнего времени, решения которой, несмотря на все усилия технических специалистов, усиления систем кибер-безопасности, так и не было найдено.

Потребность в электронном хранении юридически важных документов физических и юридических лиц нотариусами продиктована тем, что существующие облачные сервисы не обеспечивают необходимого уровня защиты конфиденциальных данных. Данные могут быть похищены как во время их загрузки в облачный сервис, так как публикуются не по защищенным каналам связи, так и после выгрузки, по причине отсутствия надлежащей защиты системы.

Принятие на хранение электронного документа нотариусом – новое нотариальное действие, способное решить проблему безопасного хранения данных. Институт нотариата совершенствует технологии облачных хранилищ, обеспечивая безопасность и сохранность файлов, предлагает законную и прозрачную альтернативу коммерческому интернет-хранению. Нотариус принимает документы по защищенным линиям (каналам связи) через сервис на сайте Федеральной нотариальной палаты или портал Госуслуг, что исключает возможность незаконного вмешательства в хранилище и кражи персональных данных⁴.

С появлением в мире такого понятия, как «блокчейн» в экспертных сообществах ведутся дискуссии о гибели юридической профессии, в том числе профессии нотариуса. Причиной споров о возможной замене нотариусов на современную умную технологию стал широкий набор функций изобретенного программного кода, возможности которого сходны с обязанностями нотариуса. Блокчейн сохраняет данные в открытом реестре, защищает их от уничтожения и кражи путем криптографического шифрования, подтверждает подлинность соглашения и гарантирует, что информация не будет изменена, обеспечивая прозрачность при заключении договора⁵. При удостоверении сделки нотариус разъясняет смысл и значение представленного проекта сделки, права и обязанности сторон, возможные правовые последствия. И, на первый взгляд, исходя из этих базовых положений, блокчейн представляется реальной угрозой институту нотариата.

Тем не менее, на сегодняшний день ни современные технологии, ни боты, ни умные электронные помощники и программы не способны в полной мере самостоятельно обеспечить безопасность, стабильность и законность гражданских правоотношений. Проверка отсутствия порога воли, фиксирование дееспособности граждан и действительных намерений сторон невозможны без участия квалифицированного специалиста – нотариуса. Блокчейн платформы, несмотря на их потенциал, имеют ограниченное программным кодом количество функций. Они не отвечают реалиям гражданского российского законодательства ввиду наличия различных и сложных, постоянно меняющихся правоотношений.

¹ Правовая характеристика договора, регламентирующего отношения по использованию облачного хранилища информации в России и США Статья // URL: http://www.elibrary.az/docs/JURNAL/jrn2018_704.pdf (дата обращения: 01.03.2021)

² Выяснилось, где большинство россиян хранят личные данные Статья // URL: <https://ura.news/news/1052401279> (дата обращения: 01.03.2021)

³ Более половины конфиденциальной информации в мире утекает из облачных сервисов статья // URL: <https://ru-bezh.ru/press-releases/35830-bolee-polovinyi-konfidencialnoj-informaczii-v-mire-utekaet-iz-o> (дата обращения: 01.03.2021)

⁴ Цифровой «тайник» у нотариуса позволит безопасно хранить архивы семейных документов. Статья Российская газета – Столичный выпуск № 79 (8133) // URL: <https://rg.ru/2020/04/12/cifrovoj-tajnik-pozvolit-bezopasno-hranit-arhivy-semejnyh-dokumentov.html> (дата обращения: 01.03.2021)

⁵ Блокчейн и нотариусы: как изменится нотариат в будущем Статья Bitbon.Today // URL: <https://bitbon.today/ru/staty/blokchejn-i-notariusy-kak-izmenitsya-notariat-v-budushem/> (дата обращения: 01.03.2021)

Необходимо говорить не о полной замене института нотариата программным кодом, а о внедрении современных блокчейн технологий в работу нотариуса. Это будет выгодно государству, юридическим и физическим лицам. Федеральная нотариальная палата может выступить оператором системы нотариального блокчейна, а нотариус – занять роль майнера, вносящего информацию в блокчейн реестр.

Внедрение блокчейн технологий в гражданский оборот позволит также гражданам и юридическим лицам совершать безопасные, законные сделки – смарт-контракты. Смарт-контракт – это один из перспективных векторов развития блокчейна, представляющий собой программный код, имплементированный на платформе системы распределенного хранения данных и обеспечивающий самоисполнимость и автономность условий заключаемого договора в случае наступления заранее определенных в нем обстоятельств. Внести изменение в смарт-контракт невозможно, благодаря чему отпадает возможность подделки подписанного сторонами смарт-контракта.

В то же время, невозможность внесения изменений в смарт-контракт, полная автономность и саморегулируемость, предоставленная участникам сделки, может породить множество негативных последствий. Указанные проблемы решаются благодаря внедрению юридически грамотной третьей стороны – арбитра, который будет гарантировать законность и бесспорность совершаемого смарт-контракта. Этим арбитром, преодолевающим важнейшие юридические и цифровые вызовы сегодняшнего времени, должен выступить нотариус, остающийся гарантом законности при совершении нотариальных действий.

При отсутствии правильного правового регулирования смарт-контракт будет нести те же риски для сторон, что и простая письменная форма сделки: высокий процент оспоримости, что впоследствии породит распространение различных мошеннических схем в цифровой среде; ответственность, полностью возложенная на участников сделки, не имеющих нужной квалификации и знаний для совершения смарт-контрактов.

Тезис о том, что блокчейн и смарт-контракты могут стать новейшими удобными инструментами для нотариусов при совершении нотариальных действий, подтверждается и зарубежным опытом. В 2019 году во Франции был запущен пилотный проект «Нотариальный блокчейн», налаживающий не только систему межведомственного взаимодействия, но и предлагающий новые нотариальные действия¹. Первыми доступными функциями стал обмен файлов между нотариусами, государственными и частными организациями². Также в систему нотариального блокчейна внедрена удобная для физических и юридических лиц система хранения электронных файлов и юридически значимых документов, доступ к которым предоставляется гражданам через нотариуса³. Нотариальная палата Франции выступила оператором «Нотариального блокчейна». Была также создана новая Комиссия, отвечающая за внесение информации в реестр блокчейна.

Российский нотариат наглядно демонстрирует свое участие в цифровизации гражданского оборота и готовность к дальнейшему внедрению новейших технологий, инструментов. Федеральная нотариальная палата оперативно реагирует на вызовы нынешнего времени в целях поддержки цифрового прорыва Российской Федерации. Новейшие электронные технологии должны стать надежным инструментом, используемым нотариусом при совершении нотариальных действий и открывающим новый вектор развития электронного нотариата. Нотариус должен оставаться гарантом законности прав граждан, используя современные технологии во благо участников гражданских правоотношений.

¹ Notaires du Grand Paris : présentation du tout premier dispositif de Blockchain Notariale Статья // URL: <https://www.affiches-parisiennes.com/notaires-du-grand-paris-presentations-du-tout-premier-dispositif-de-blockchain-notariale-10653.html>

² Блокчейн и нотариусы: как изменится нотариат в будущем Статья Bitbon.Today // URL: <https://bitbon.today/ru/staty/blokchejn-i-notariusy-kak-izmenitsya-notariat-v-budushem/> (дата обращения: 01.03.2021)

³ PRÉSENTATION DE LA BLOCKCHAIN NOTARIALE (BCN) // URL: <https://notairesdugrandparis.fr/sites/default/files/2020-07-07%20-%20DP%20-%20Pr%C3%A9sentation%20de%20la%20Blockchain%20Notariale%20VF2.pdf> (дата обращения: 01.03.2021)

Сергеева Д. В.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Нотариальное удостоверение согласия супруга на совершение сделки: теоретические и практические аспекты

Статья 35 Основ законодательства о нотариате¹ (далее – Основы) содержит 33 пункта открытого перечня нотариальных действий, что подтверждает заключительное предложение статьи: законодательными актами Российской Федерации могут быть предусмотрены и иные нотариальные действия. В качестве примеров установления таких «иных» нотариальных действий следует привести, в первую очередь, норму п. 3 ст. 35 СК. Данную норму можно назвать *мерой защиты* интересов сособственников общего имущества супругов.

Семейным кодексом предусмотрены три случая, когда для совершения сделки требуется нотариальное согласие супруга (п. 3 ст. 35 СК): 1) для заключения одним из супругов сделки по распоряжению имуществом, права на которое подлежат государственной регистрации (права на недвижимость, на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации); 2) сделка, для которой законом установлена обязательная нотариальная форма (например, рента); 3) сделка, подлежащая обязательной государственной регистрации (купля-продажа предприятия как имущественного комплекса). Согласие супруга обладает всеми квалифицирующими признаками, присущими сделкам. То есть нотариус удостоверяет согласие супруга по правилам, предусмотренным для удостоверения сделок. Поскольку ст. 35 СК установлена конкретная форма получения согласия на сделку – исключительно нотариальная форма, оно не может быть выражено каким-либо иным способом². В подзаконном акте Минюста³ предусмотрена соответствующая форма для удостоверения согласия супруга на совершение сделки с недвижимым имуществом.

Перечень случаев, когда на совершение сделки необходимо получить предварительное нотариальное согласие супруга, является исчерпывающим. Однако все остальные сделки, которые не подпадают под предусмотренный законом перечень, могут совершаться участниками гражданского оборота без ограничений (поскольку законодатель установил презумпцию согласия супруга), но сторонам в любом случае не запрещено обратиться к нотариусу за удостоверением сделки.

Законодатель не требует нотариального удостоверения согласия супруга для: для отчуждения имущества, права на которое не подлежит государственной регистрации, даже если оно обладает высокой стоимостью⁴; для распоряжения личным имуществом супруга (если имущество, являющееся предметом сделки получено по наследству или в дар); для совершения сделки по приобретению прав⁵ (например, покупка земельного участка); для заключения договора поручительства, несмотря на то что в будущем при нарушении должником обеспеченных поручительством обязательств может возникнуть риск обращения взыскания на общее супружеское имущество по требованиям кредитора, который не получил исполнение от основного должника, однако на все супружеское имущество при недостаточности у

¹ «Основы законодательства Российской Федерации о нотариате» (утв. ВС РФ 11.02.1993 № 4462-1) (ред. от 30.12.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

² См. об этом: п. 55 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

³ См. Форма № 2.1 Приложения 2 к Приказу Минюста России от 30.09.2020 № 226 «Об утверждении форм реестров регистрации нотариальных действий, нотариальных свидетельств, удостоверительных надписей на сделках и свидетельствуемых документах и порядка их оформления» // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Апелляционное определение Ставропольского краевого суда от 28.06.2016 по делу № 33-5012/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Определение Верховного Суда РФ от 04.02.2016 по делу № 308-КГ15-13732, А32-45693/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

поручителя личного имущества для удовлетворения требований кредитора взыскание не может быть обращено, оно допускается только в части причитающейся ему доли¹.

Согласно ч. 3 статьи 157.1 ГК в предварительном согласии на совершение сделки должен быть определен предмет сделки, на совершение которой дается согласие. Названная статья была введена в 2013 году, поэтому кажется странным определение Верховного суда от 2016, которое содержит следующие указания: если имущество состоит из нескольких частей (например, помещения в здании), то при наличии согласия на отчуждение всего такого объекта отчуждение его не по одной сделке, а по частям или продажа всего лишь одной или нескольких частей не будет являться нарушением полученного согласия, поскольку супруг изначально выразил волю на отчуждение всего объекта². По мнению автора данного исследования, названные сделки являются взаимосвязанными и у каждой из них собственный предмет.

В случае отсутствия нотариального удостоверенного согласия на момент совершения сделки при подаче документов на госрегистрацию (к примеру, договора ипотеки) регистратор вправе приостановить совершение регистрационных действий до получения нотариального удостоверенного согласия. В этом случае супруг обратится в нотариальную контору за удостоверением согласия об одобрении сделки, то есть последующего согласия или одобрения, и эта возможность также предусмотрена ст. 157.1 ГК. Указанное положение закрепляет возможность вмешательства в совершение сделки уполномоченных государственных органов на более ранней стадии до судебного разбирательства³. Как говорилось выше, при совершении сделок с объектами недвижимого имущества регистрирующий орган, которому представлен пакет документов на регистрацию их участниками, при отсутствии нотариального согласия со стороны супругов приостанавливает регистрацию сделки или перехода прав по ней с предоставлением возможности устранить нарушение, а в случае неустранения причин, препятствующих проведению государственной регистрации прав, – принимает решение об отказе в государственной регистрации. Как показывает судебная практика, суды отказы в государственной регистрации по данному основанию признают допустимыми⁴. Требования об указании цены отчуждения имущества в согласии законом не предусмотрено, однако продажа квартиры по цене ниже ее рыночной стоимости со значительным отклонением будет рассматриваться судом (в случае возникновения спора) как злоупотребление правом, что даст основания считать сделку недействительной в силу ст. 168 ГК⁵, даже несмотря на наличие нотариально удостоверенного согласия супруга. Для признания сделки недействительной и применения тех или иных последствий недействительности требуется установление определенных фактов. Как мы знаем, основанием недействительности сделки выступает ее порок, т.е. несоблюдение условия действительности сделки. В нашем случае установление факта отсутствия нотариально удостоверенного согласия супруга является основанием для признания сделки недействительной. Супруг, чье нотариально удостоверенное согласие на совершение сделки в указанных в ст. 35 СК случаях не было получено, вправе требовать признания сделки недействительной в судебном порядке в течение года со дня, когда он узнал или должен был узнать о совершении такой сделки.

Расторгуева А.А. указывает и на то, что в этих случаях супруг не обязан доказывать, что контрагент знал или должен был знать о том, что супруг против сделки. Это риск контрагента, которому следовало удостовериться в том, что противная сторона не состоит в браке, а если состоит – получить нотариальное согласие⁶.

Остается спорным вопрос о необходимости рассматриваемого согласия бывшего супруга. По мнению А.И. Бычкова, требование об обязательном получении нотариального согласия на сделку касается не только случая, когда продавец состоит в браке, но также и случая, когда он был разведен, но с бывшим супругом не изменил режим общей

¹ Определение Верховного Суда РФ от 12.04.2016 № 18-КГ16-23 // СПС «КонсультантПлюс».

² Определение Верховного Суда РФ от 31.05.2016 № 18-КГ16-33 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Письмо Росреестра от 28.08.2013 № 14-сх/07892-ГЕ/13 «О проведении территориальными органами Росреестра правовой экспертизы представленных на государственную регистрацию прав документов» // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Апелляционное определение Новосибирского областного суда от 28.06.2016 по делу № 33-6436/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Определение Верховного Суда РФ от 17.03.2015 № 18-КГ15-17 // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ А. А. Расторгуева. Раздел имущества между супругами и наследниками: правовые аспекты. М. : Редакция «Российской газеты», 2019. Вып. 4. 144 с.

совместной собственности. Это связано с тем, что расторжение брака само по себе не изменяет законный режим имущества супругов¹. Если после расторжения брака раздел имущества не производился, в отношении его сохраняется режим общего имущества и для его отчуждения требуется соблюдение п. 3 ст. 35 СК, т.е. получение нотариального согласия на общих основаниях². Однако, по мнению А.А. Расторгуевой, положение п. 3 ст. 35 СК о необходимости получения нотариально удостоверенного согласия супруга в данном случае больше не применяется, потому что супруга нет, есть бывший супруг. Отношения между бывшими супругами по поводу совместной собственности регулируются ст. 253 ГК, в п. 3 которой установлено, что каждый из участников совместной собственности вправе совершать сделки по распоряжению общим имуществом, если иное не вытекает из соглашения всех участников. Совершенная одним из участников совместной собственности сделка, связанная с распоряжением общим имуществом, может быть признана недействительной по требованию остальных участников по мотивам отсутствия у участника, совершившего сделку, необходимых полномочий только в случае, если доказано, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать об этом. По мнению А.А. Расторгуевой, бывшему супругу ничего не мешает совершить сделку. Исходя из изученной нотариальной практики, на наш взгляд, что большинство нотариусов идут по первому пути, предложенным А.И. Бычковым.

Кроме того, на практике возникает вопрос о возможности отозвать согласие супруга. Супруг, давший свое согласие по установленной законом форме на распоряжение имуществом, нажитым в период брака, вправе его отозвать, согласно взаимному толкованию статей 173.1 ГК и 35 СК. Однако нотариальная практика, а также действующее законодательство не содержат разъяснений, касающихся формы отзыва согласия и обязанности уведомить второго супруга об отзыве указанного согласия. Отзыв предварительного согласия после совершения сделки, равно как и отзыв осуществленного последующего согласия (одобрение) не могут служить основанием для признания сделки недействительной³.

Таким образом, несмотря на регламентированность нотариального удостоверения согласия супруга на сделку, как в теории, так и на практике остаются спорные и неразрешенные вопросы.

Стажила М. Ю.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Нотариальное обеспечение доказательств в виде информации, размещенной в сети «Интернет»

Правовое регулирование нотариальной деятельности претерпело значительные изменения, существенно изменяющие правоприменительную практику, адаптируя ее к требованиям времени. Изменения коснулись в том числе и регламентации порядка обеспечения доказательств нотариусом.

Принятием Федерального закона от 29.12.2014 № 457-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» законодатель исключил из ст. 102 Основ законодательства РФ о нотариате п. 2, в соответствии с которым нотариус не имел права обеспечивать доказательства по делам, которые на момент обращения заинтересованных лиц к нотариусу, находятся в производстве суда или административного органа. Нотариус получил право обеспечения доказательств не только на досудебной стадии, но и после возбуждения гражданского или административного судопроизводства.

Толкуя нормы ГПК РФ, также нельзя не заметить, что обстоятельства, установленные при совершении нотариального действия, не требуют доказывания, кроме установленных законом случаев. Данный факт свидетельствует об особом доказательственном значении нотариального акта.

¹ Бычков А. И. О рисках и спорах по кредитному договору. М. : Инфотропик Медиа, 2016. 332 с.

² Определение Приморского краевого суда от 09.07.2014 по делу № 33-5797 // СПС «КонсультантПлюс».

³ См. п. 57 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

Обеспечение доказательств нотариусом является бесспорным, так как нотариус удостоверяет только бесспорные факты, в наличии которых он может убедиться непосредственно, либо на основе документов¹.

На сегодняшний день основной площадкой фиксации, передачи и систематизации информации является сеть «Интернет». Имея такое масштабное значение, встает вопрос о надлежащей процессуальной фиксации информации, размещенной и передаваемой при помощи сети «Интернет». В связи с этим, необходимо иметь представление о механизме размещения и передачи информации при помощи всемирной сети.

Пользователи всемирной сети имеют возможность размещать, передавать и получать информацию, а также имеют доступ к различным формам коммуникации друг с другом. Но особенное внимание необходимо обратить на возможность изменения и удаления размещенной и переданной ранее информации. Данное обстоятельство вызывает необходимость надлежащей процессуальной фиксации факта размещения, передачи или получения информации в определенный момент времени.

На сегодняшний день растет востребованность нотариальных действий по обеспечению нотариусом доказательств, размещенных в сети «Интернет» в связи с распространением нарушения прав физических и юридических лиц посредством всемирной сети.

К числу такой информации, подлежащей фиксации посредством нотариальных действий, относится:

- фото, аудио- и видеозаписи, размещенные на интернет-сайтах;
- переписка по электронным почтовым адресам (e-mail), мессенджерам (WhatsApp, Viber, Telegram и иные) и иному ПО, позволяющему пользователям обмениваться электронными сообщениями;
- информация, содержащаяся в Социальных сетях (например, размещенная в социальных сетях информация диффамационного характера²);
- рекламные объявления в сети «Интернет» (например, нарушающие права правообладателей товарных знаков) и многое другое.

По процессуальной форме обеспечение нотариусом доказательств, размещенных в сети «Интернет», является протоколированием (фиксацией) наличия информации в определенный момент времени на конкретном информационном ресурсе («Интернет-адресе») сети «Интернет». Данное нотариальное действие по обеспечению доказательств производится по заявлению заинтересованного лица по в рамках Основ законодательства Российской Федерации о нотариате в форме осмотра информационного ресурса в сети «Интернет».

Обеспечение нотариусом доказательств посредством осмотра информационного ресурса в сети «Интернет» осуществляется в связи с конкретными фактами размещения информации в сети «Интернет», нарушающими права и законные интересы физических и юридических лиц (Письмо Федеральной нотариальной палаты от 13.01.2012 № 12/06-12 «Об обеспечении нотариусом доказательств»³).

Законодательство не содержит процедуры, каких-либо ограничений при производстве рассматриваемого нотариального действия, а также определения объема содержания составленного нотариусом протокола осмотра информационного ресурса в сети «Интернет».

В практической деятельности нотариусы руководствуются по аналогии ст. 229 и 230 ГПК РФ и п. 45 утративших силу Методических рекомендаций по совершенствованию отдельных видов нотариальных действий нотариусами Российской Федерации, утвержденных приказом Минюста России от 15.03.2000 № 91⁴. Согласно сложившейся практике в протоколе осмотра указывается:

- дата и место производства осмотра;

¹ Шеменова О. Н. Проблемы обеспечения доказательств в свете нового процессуального законодательства // Российское правовое государство: итоги формирования и перспективы развития. Воронеж, 2004. С. 280.

² Обзор практики рассмотрения судами дел по спорам о защите чести, достоинства и деловой репутации (утвержден Президиумом Верховного Суда РФ 16.03.2016) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 10.

³ Нотариальный вестник. 2012. № 4.

⁴ Сучкова Н. В. Обеспечение нотариусом доказательств, размещенных в информационно-телекоммуникационной сети Интернет // Комментарий судебной практики / отв. ред. К. Б. Ярошенко. М. : ИЗИСП, КОНТРАКТ, 2020. Вып. 26. С. 139.

- фамилия и инициалы нотариуса, производящего осмотр, дата и номер приказа органа юстиции о назначении на должность нотариуса, нотариальный округ или наименование государственной нотариальной конторы;
- сведения о заинтересованных лицах, участвующих в осмотре (ФИО, дата рождения, документ, удостоверяющий личность и его реквизиты, адрес постоянного места жительства или преимущественного пребывания, гражданство (подданство иностранных граждан));
- сведения о технических средствах, используемых при проведении осмотра письменных доказательств;
- обстоятельства, обнаруженные при осмотре;
- дата составления протокола.

В силу специфики осмотра доказательств, размещенных в сети «Интернет», представляется необходимым расширение обязательных требования к данному протоколу осмотра. К таким требованиям необходимо отнести обязательное указание конкретной интернет-страницы с точным адресом размещения информации, так как ссылка на адрес веб-сайта не является достаточной, а также точное описание всей последовательности действий при открытии интернет-страницы, получении экранного изображения. Перечень информации, которую необходимо указать в протоколе не может быть закрытым, а содержание протокола обязательно должно быть достаточным для четкого представления о размещенной информации в сети «Интернет». При необходимости нотариусы должны указывать любую дополнительную информацию, которая будет иметь значение применительно к каждому конкретному случаю.

Также необходимо обратить внимание на проблему толкования ст. 103 Основ законодательства о нотариате, согласно которой обеспечение доказательств без извещения одной из сторон и заинтересованных лиц производится лишь в случаях, не терпящих отлагательства, или, когда нельзя определить, кто впоследствии будет участвовать в деле. Специфика функционирования сети «Интернет» заключается в существовании возможности редактирования или удаления информации заинтересованным лицом. Так, например, пользователи мессенджера «Telegram» имеют возможность удаления как собственных электронных сообщений, так и электронных сообщений собеседника, что существенно может исказить содержащуюся в переписке информацию. По этой причине видится логичным, что обеспечение доказательств, размещенных в сети «Интернет», по объективным причинам подпадает под требование п. 4 ст. 103 Основ законодательства РФ о нотариате и должно осуществляться безотлагательно в целях незамедлительной фиксации. В случае извещения нотариусом заинтересованных лиц сохранение информации, имеющей доказательственное значение ставится под угрозу.

Подобной позиции придерживается Пленум Верховного Суда РФ в Постановлении от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации», акцентируя внимание на возможности обеспечения доказательств посредством удостоверения содержания сайта в сети «Интернет» по состоянию на определенный момент.

Необходимо обратить внимание, что законодатель не определяет возможные причины, по которым представление доказательств в последующем может стать невозможным или затруднительным. Поэтому именно нотариус самостоятельно определяет наличие указанных оснований применительно к каждому конкретному случаю.

Однако, по мнению некоторых исследователей¹, несмотря на очевидную необходимость и востребованность рассматриваемого нотариальных действий многие нотариусы не готовы к их реализации, так как это требует познаний не только в рамках Основ законодательства о нотариате, но и в других областях, непосредственно связанных с предметом осмотра. Также отмечается недостаточная осведомленность нотариусов о процедуре производства рассматриваемых нотариальных действий. Представляется необходимым повышение практических знаний нотариусов, а также формирование актуальной правоприменительной практики при совершении нотариальных действий, связанных с современными информационными технологиями.

Необходимо отметить, что с принятием Федерального закона от 27.12.2019 № 480-ФЗ с 29 декабря 2020 г. обеспечение доказательств, размещенных в сети «Интернет» возможно совершить удаленно, что нельзя не оценить с положительной стороны. Данный механизм позволит значительно упростить и ускорить процесс обеспечения доказательств, размещенных в сети «Интернет», будет способствовать справедливому и обоснованному разрешению дел.

¹ Кириллова Е. А. К вопросу о доказательственной презумпции информации, размещенной в сети Интернет // Нотариус. 2018. № 5. С. 10.

Харитонов Т. А.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Расширение полномочий нотариусов и должностных лиц, имеющих право осуществлять нотариальную деятельность

Согласно статистике, представленной судебным департаментом за 2019 год, в суды общей юрисдикции поступило более 1 млн дел, вытекающих из семейных правоотношений. При этом из 888 906 рассмотренных судами семейных дел почти половина – это дела о расторжении брака¹.

В настоящее время список нотариальных действий, имеющих относительно открытый характер, определен в Основах законодательства Российской Федерации о нотариате. Однако Основами определяется возможность установления иных нотариальных действий другими нормативными правовыми актами Российской Федерации². Относительная открытость перечня нотариальных действий объясняется тем, что перечень открыт лишь для его дополнения, а не для расширительного толкования, так если лицо обращается к нотариусу за совершением нотариального действия, прямо не предусмотренного федеральным законом, нотариус должен объяснить лицу неправомерность его обращения либо отказать в совершении такого действия.

В настоящее время общеизвестным является факт загруженности российских судов. Более того, наблюдается тренд на упрощение юрисдикционных процедур, который создаёт для граждан дополнительные возможности при получении государственных услуг и совершении юридически значимых действий.

Одним из многообещающих направлений может стать нотариальное оформление развода.

Так, уже на сегодняшний день расторгнуть брак через нотариуса можно в некоторых европейских государствах. Например, во Франции, Латвии и Эстонии граждане вправе расторгнуть брак с помощью более простой процедуры через нотариуса, минуя судебные органы, даже при наличии несовершеннолетних детей. Стоит отметить, что в Латвийской республике после наделения в 2011 году нотариусов полномочием по расторжению брака количество разводов, производимых в судах, сократилась более чем на 60 %, что показывает чрезвычайный спрос именно на такой способ расторжения брака, а также демонстрирует действенность упрощенной процедуры расторжения брака³.

Инкорпорирование нотариального расторжения брака в законодательство Российской Федерации в случае отсутствия у супругов несовершеннолетних детей или при наличии между ними заключенного соглашения о детях, а также при наличии брачного договора либо соглашения о разделе совместно нажитого имущества может оптимизировать процедуру расторжения брака, сделав ее более удобной для обычных граждан, тем самым мотивировав семейные пары к заключению брачных договоров. В добавок внедрение такого нотариального действия поможет в разгрузке судебных органов. Более того, на практике часто возникают ситуации, когда супруги находятся в разных субъектах Российской Федерации и не имеют возможности или желания совместно присутствовать при расторжении брака. Так, в связи с внесением в Основы статьи 53.1 «Сделки, удостоверяемые двумя и более нотариусами» представляется возможным применение данной нормы так же и к процедуре расторжения брака по аналогии, как непротиворечащей духу права.

¹ Большинство гражданских и административных дел в 2019 г. связаны со взысканием различных долгов с граждан advgazeta.ru – Орган Федеральной палаты адвокатов РФ // URL: <https://www.advgazeta.ru/obzory-i-analitika/bolshinstvo-grazhdanskikh-i-administrativnykh-del-v-2019-g-svyazany-so-vzyskaniem-razlichnykh-dolgov-s-grazhdan/> (дата обращения: 09.01.2021).

² Косенко А. А. Правовое регулирование совершения нотариальных действий в РФ / А. А. Косенко // Евразийский союз ученых. 2016. № 6. С. 18.

³ Расторжение брака через нотариуса: зарубежный опыт и перспективы в России lfacademy.ru – онлайн-курсы для юристов // URL: <https://lfacademy.ru/sphere/post/rastorzhenie-braka-cherez-notariusa-zarubezhnyi-opyt-i-perspektivy-v-rossii> (дата обращения: 09.01.2021)

В связи с вышесказанным, видится целесообразным наделение нотариусов полномочием по расторжению брака. Для этого требуется внести изменения в статью 35 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате и дополнить перечень нотариальных действий пунктом 34 – «расторгают брак»¹, а также внести в Основы Главу XXII. Расторжение брака, в которой будет оговорена процедура данного нотариального действия, в частности, выдача нотариусом свидетельства о расторжении брака.

В развитие данного положения необходимо так же внести изменения в Семейный кодекс Российской Федерации (Далее – СК РФ), а именно дополнить положения главы 4 СК РФ статьей 19.1 – «Нотариальное расторжение брака», в который будет указан перечень условий, при которых возможно нотариальное расторжение брака, например, «1. Брак может быть расторгнут нотариусом: при наличии брачного договора или соглашения о разделе совместно нажитого имущества, соглашения о детях и взаимного согласия на расторжения брака супругов, имеющих общих несовершеннолетних детей, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 2 статьи 19 Семейного Кодекса Российской Федерации. 2. Брак может быть расторгнут двумя нотариусами без совместного присутствия супругов при их взаимном согласии на расторжение брака, в случае если: а) Отсутствует спор о разделе имущества, а супруги не имеют общих несовершеннолетних детей; б) Отсутствует спор о разделе имущества, а супруги, имеющие общих несовершеннолетних детей, имеют соглашение о детях.»

Изменения так же необходимо внести в Федеральный закон «Об актах гражданского состояния» от 15.11.1997 № 143-ФЗ, а именно в статью 31, указав в качестве основания для государственной регистрации расторжения брака «совместное заявление супругов, удостоверенное нотариусом». Дополнить Федеральный закон статьей 35.1 – «Порядок государственной регистрации нотариального расторжения брака», в которой будет предусмотрена процедура выдачи нотариусом свидетельства о расторжении брака.

Говоря о другой проблеме, связанной с расширением полномочий должностных лиц, имеющих право осуществлять нотариальные действия, стоит сказать, что она тесно связана с развитием цифрового нотариата, которое началось с принятие в 2006 году Федеральной нотариальной палатой «Концепции информатизации внебюджетного нотариата в Российской Федерации»². В свою очередь, в 2014 года началась цифровизация деятельности нотариусов, а именно был создан электронный реестр «Единая информационная система нотариата», в котором регистрируются все совершаемые действия, в 2018 году переход к электронному документообороту, а также повсеместному использованию «Единой информационной системы нотариата» был окончен. Сегодня данная система имеет основополагающее значение, так как без постоянного доступа к ней невозможно гарантировать соблюдения принципа законности, а также надлежащего совершения нотариальных действий.

Сведения о некоторых нотариальных действиях, например, об удостоверении доверенности, совершенное должностным лицом органа местного самоуправления, в соответствии с нормативными правовыми актами, в четко определенные сроки должны подаваться в нотариальную палату региона, где они уже вносятся в реестры информационной системы. Однако при этом создаются дополнительные временные и технические затраты, а на нотариальные палаты возлагается дополнительная нагрузка. Таким образом, возникает ситуация, которая может негативно повлиять на качество совершаемых нотариальных действий и сущность которой заключается в том, что должностные лица органов местного самоуправления и должностные лица консульских учреждений имеют право совершать определенные нотариальные действия, но при этом не имеют право доступа к единой информационной системе³.

В связи с этим в целях нивелирования нагрузки, возлагаемой на нотариальные палаты, а также своевременного внесения ими в реестр сведений о нотариальных действиях представляется необходимым предоставить таким лицам ограниченный доступ к ЕИС.

¹ Основы законодательства Российской Федерации о нотариате // Ведомости съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. – 11 марта 1993 г. № 10. Ст. 357.

² Махнонос Э. В., Линьков Г. С. Формирование единого информационного пространства нотариата в РФ / Э. В. Махнонос, Г. С. Линьков // Правовая информатика. 2013. № 1. С. 57.

³ Антрушина Д. А. Электронный документооборот в нотариате: правовое регулирование и проблемы практики / Д. А. Антрушина // Вопросы российской юстиции. 2020. № 5. С. 337.

Так, президентом Нотариальной палаты Самарской области Г.Ю. Николаевой предлагалось распространить единые требования, предъявляемые к порядку внесения таких сведений нотариусами, на глав местных администраций и специально уполномоченных должностных лиц местного самоуправления. При этом главным аргументом здесь является тот факт, что в компетенцию нотариусов, и должностных лиц органов местного самоуправления входит разрешение одинаковых вопросов, регулирование которых происходит в рамках одного закона, однако при этом последние не несут никакой личной имущественной ответственности¹.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что в настоящее время законодатель имеет реальную возможность упростить некоторые процедуры. В особенности актуальным в связи с перегруженностью судебной системы и возникновением ситуацией, когда супруги не имеют возможности совместно присутствовать при расторжении брака, видится введение возможности нотариального расторжения брака. Предоставление ограниченного доступа к ЕИС должностным лицам местного самоуправления и должностным лицам консульских учреждений позволит повысить качество совершаемых ими нотариальных действий, а также снизит нагрузку с нотариальных палат.

Шустова В. А.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Актуальные проблемы нотариата

В условиях нашего времени, двигателем, который дал толчок к развитию всех сфер жизни общества является новая коронавирусная инфекция, которая оказала влияние и на нотариат – важнейшего общественно-правового института, и особенной системы органов и должностных лиц, занимающихся обеспечением соответствия различного рода действий и намерений людей требованиям закона, свидетельствованием различных фактов – будь то прав на наследство, верность копии документа, выявлением воли субъектов права с целью точного понимания их действительных намерений и на данной основе совершения нотариальных действий, которые в целом направлены на обеспечение законности, проверку юридической чистоты, сведение юридически значимых действий к единому образцу. В настоящей статье я постаралась затронуть актуальные проблемы и новшества нотариальной практики, которые особо проявились в течение 2020–2021 годов в связи с пандемией. Переходя к конкретике, перечислю основные аспекты данных нововведений: цифровизация деятельности нотариусов; вопрос компетентности и высокого профессионализма лиц, занимающихся нотариальной практикой; оперативность – как одна из целей и средств, которые делают деятельность нотариата успешной и полезной. Именно эти вопросы после изучения «Основ законодательства о нотариате в РФ» и практики, по моему мнению, выходят сегодня на первый план, когда речь идет о нотариальной деятельности, и я бы хотела подробнее ознакомить с сущностью каждого из них.

Рассмотрим первую затронутую мной проблему – цифровизация нотариата. Данный процесс начался еще задолго до пандемии – с появлением усиленной квалифицированной электронной подписи документов «для совершения нотариальных действий с электронными документами и передачи сведений в единую информационную систему нотариата»². Это значительно упрощает документооборот и позволяет совершать юридические действия на значительных расстояниях (например, передача в электронном виде доверенности для регистрации права на недвижимое имущество, когда доверитель находится в одном регионе, а поверенный – в другом, но при этом доверитель должен подписаться лично). Но в течение года, цифровые процессы стали еще более актуальными, в связи с чем возникает необходимость усовершенствования электронного документооборота, и увеличение потребностей

¹ Нотариат и органы юстиции решали проблемы ведения реестров ЕИС нотариата уполномоченными лицами органов местного самоуправления notariat.ru – официальный сайт Федеральной нотариальной палаты РФ // URL: <https://notariat.ru/ru-ru/news/notariat-i-organy-iustitsii-reshali-problemy-vedeniia-reestrov-eis-notariata-upolnomochennymi-litsami-organov-mestnogo-samoupravleniia> (дата обращения: 09.01.2021).

² Статья 11. Личная печать, штампы и бланки нотариуса. Электронная подпись нотариуса и удостоверение нотариуса. «Основы законодательства Российской Федерации о нотариате» (утв. ВС РФ 11.02.1993 № 4462-1) (ред. от 30.12.2020)

людей в передаче документов именно в электронном виде («По просьбе лица, обратившегося за совершением нотариального действия, нотариус может совершить нотариальное действие путем изготовления нотариального документа в электронной форме»¹). Это различного рода электронные запросы в банки для установления наследственной массы, запросы о розыске завещаний, подаваемые в электронной форме. Это могут быть различного рода обеспечения доказательств, так как закон допускает этот момент по статье 103 Основ, с целью приобщить их к судебному делу, что также позволяет не назначать личные встречи с нотариусом, подвергая риску здоровье своё и окружающих, избегать мест большого скопления людей. Увеличение нотариальных действий, которые могут совершаться удаленно электронным способом делает доступной возможность обращения людей к нотариусам лиц с ограниченными возможностями, а также даже тех, у кого возникла срочность с оформлением документа, но данное лицо обязано находиться в режиме самоизоляции. Однако помимо обеспечения удобства, должны также создаваться все условия, которые направлены на обеспечение юридической силы, правомерности и законности совершения данных действий удаленно, что можно достичь за счет внедрения в специальные автоматизированные системы нотариата дополнительные программы по проверке документов, запрашиваемых сведений, обременений, принадлежности к особым экстремистским группам, усиление контроля со стороны Федеральной нотариальной палаты за деятельностью лиц и правильным порядком ведения реестров действий. Кроме того, в одной из статей мне удалось узнать, что в странах Европы увеличилась практика по признанию завещаний, которые пишут самоубийцы в смс-сообщениях у себя в телефоне, и, возможно даже не отправленные ими, имеющими силу и признанию их в качестве документа, подтверждающего основание наследования. Пока данный вопрос имеет спорный характер, поэтому о введении такого рода электронного завещания, я считаю, говорить еще преждевременно. Также вопросы цифровизации 4 февраля обсудили в Совете Федерации участники научно-практической конференции «Формирование единой цифровой среды доверия в обществе», на которой обсуждались как ранее возможные способы деятельности нотариата удаленно, так и появляющиеся сегодня средства, при которых существует гарантия законности, и отсутствует необходимость выявлять волю лица. «Другим перспективным направлением использования потенциала нотариата во благо безопасности цифровых форматов гражданского оборота может стать, к примеру, дистанционное удостоверение решения собраний участников АО и ООО. Такой законопроект уже рассматривается в Госдуме»². В целом, повышение электронного оборота, я считаю, не усложнит деятельность нотариусов, поскольку сейчас ими используется Единая информационная система нотариат (определение понятия данной системы дано в «Основах законодательства Российской Федерации о нотариате» – статье 34.1), позволяющая упорядочить совершение всех нотариальных действий и контролировать порядок их совершения, не допустить волокиты с огромным количеством бумаг.

Следующий вопрос, которому я хотела посвятить часть статьи – это компетентность лиц, имеющих статус нотариуса. В настоящее время изредка появляются случаи, когда лица, обращаясь за помощью к тому или иному нотариусу могут столкнуться с некомпетентностью, отсутствием знаний о практике и изменениях, которые часто имеют место. Также, в повседневной деятельности все чаще люди сами организуют множество подловок, подделок документов с целью повернуть ту или иную незаконную сделку, но, как правило, совершение тех или иных действий, направленных на создание, изменение и прекращение правоотношений не всегда возможно без обращения к нотариусам. Законность и юридическая чистота, достоверность сведений – именно эти цели преследует компетентный нотариус в своей деятельности, проверяя различные юридические факты на предмет их соответствия закону. Кроме того, при обращении к ним частных лиц, они всесторонне изучают поставленный перед ними вопрос, разъясняют клиентам порядок надлежащего совершения действий, а также объясняют риски и правовые последствия, которые могут наступить за нарушение той или иной формальности. Данный вопрос является актуальным, поскольку законодательство совершенствуется с большой скоростью, поэтому лица, имеющие право на совершение нотариальных действий от своего имени, должны отвечать этим изменениям, изучать их и знакомить с ними своих клиентов с целью приведения к

¹ Статья 44.2. Совершение нотариальных действий в электронной форме. «Основы законодательства Российской Федерации о нотариате» (утв. ВС РФ 11.02.1993 № 4462-1) (ред. от 30.12.2020)

² Потенциал нотариата для безопасной цифровизации обсудили в Совете Федерации // Федеральная нотариальная палата URL: <https://notariat.ru/ru-ru/news/potencial-notariata-dlya-bezopasnoj-cifrovizacii-obsudili-v-sovete-federacii> (дата обращения: 10.02.2021).

единообразию практику. При подозрительности запроса, сомнении в отношении законности нотариусы обеспечивают решение данной проблемы с целью достижения верховенства закона и упорядочения общественных отношений, ликвидации незаконности и произвола, недопущения рисков. Поэтому, как всем известно, так важно сейчас данным должностным лицам проходить различные курсы повышения квалификации, – чтобы совершать качественные юридически значимые действия. Это, по моему мнению, наиважнейшая цель, которой должен придерживаться каждый, кто имеет лицензию на совершение нотариальных действий. Проблемы компетентности в небольшой части решает институт ответственности нотариусов, которые совершая ошибки по своей вине, впоследствии должны возместить ущерб потерпевшей стороне. Так, «по сведениям компании Ингосстрах, вследствие ошибок нотариусов в 2020 году ею всего было выплачено 8 убытков на общую сумму 7,5 млн рублей. 5,1 млн рублей составил ущерб из-за признания недействительной удостоверенной нотариусом доверенности на продажу квартиры»¹.

Заключительная поднимаемая мной проблема данной статьи – оперативность – с каждым днем увеличивается число людей, которые стремятся обеспечить законность юридического действия, добровольно подкрепить ту или иную сделку подписью и печатью нотариуса, обеспечить уверенность «в завтрашнем дне», юридическую чистоту сделки. В наши дни данная потребность, несомненно, растет, в связи с чем увеличивается и число обращений, поэтому, как мне удалось заметить, преимуществом в деятельности нотариусов также является быстрое решение проблемы многозадачности – именно это подтверждает факт профессионализма, высоких знаний в области права. Для того чтобы достичь данного качества, в помощь нотариусам приходят их помощники, секретари и иные работники, имеющие юридическое образование и навыки в данной сфере, которые также должны повышать уровень своего опыта.

Подводя итоги, сделаю вывод: цифровизация, компетентность, оперативность – преимущественные направления, которые прослеживаются в данный период в нотариальной практике, что удалось мне выявить при ее изучении. Именно это является тем новшеством, той целью – к которой необходимо стремиться, и которая является заслуженным показателем, так как профессия нотариуса – это огромный труд, заключающийся в бесперебойном изучении законодательства, порядка совершения тех или иных действий.

Ярошенко А. Ф.

*Северо-Кавказский федеральный университет,
студент*

Актуальные вопросы организации деятельности нотариата в условиях цифрового общества

Цифровизация на сегодняшний день является основным направлением и трендом развития всего общества. Она преобразует не только жизнь граждан и юридических лиц и возникающие между ними правовые отношения, но и систему права в целом. Совершенствование правовых механизмов путём внедрения электронных технологий в деятельность практически всех правоприменительных органов, в том числе в деятельность нотариата – одно из приоритетных направлений осуществляемое в рамках национальной программы «Цифровая экономика», утверждённой распоряжением Правительства Российской Федерации от 28 июля 2017 г. № 1632-р.

Строгие ограничительные меры, введённые в связи с распространением коронавирусной инфекции COVID-19, изменили привычную жизнь и продемонстрировали значимость цифровизации. Во время пандемии нотариат стремился обеспечить население своевременной и квалифицированной юридической помощью. Для этого Федеральной нотариальной палатой была открыта линия правовой помощи гражданам и бизнесу. Создание горячей линии было необходимым инструментом обеспечения доступности нотариальной помощи, в связи с тем, что значительно сократилась или отсутствовала возможность личного обращения граждан в нотариальные конторы². По тем же причинам была организована система «дежурных нотариальных контор», позволившая постоянно оказывать нотариальные услуги.

¹ Реально отвечают за ошибки: гарантии нотариусов подтверждает статистика // Федеральная нотариальная палата. Нотариат. рф: средств массовой информации URL: <https://notariat.ru/ru-ru/news/realno-otvechayut-za-oshibki-garantii-notariusov-podtverzhdaet-statistika> (дата обращения: 10.02.2021).

² Лынов А. А. Цифровизация нотариальной деятельности в период пандемии // StudNet. 2020. № 7. С. 650.

Стоит сказать, что нотариат является новатором в области цифровизации. Так, президент Федеральной нотариальной палаты Константин Анатольевич Корсик подчёркивает, что «нотариат по собственной инициативе разрабатывает и внедряет в работу новейшие цифровые сервисы, чтобы отвечать потребностям общества эпохи высоких технологий»¹.

Президент нотариальной палаты Ставропольского края Николай Иванович Кашурин отмечает, что «в процессе цифровизации общества и возрастающих темпов современности в Российской Федерации происходят стремительные изменения. Меняется и нотариат, а именно «происходит поступательное расширение сферы полномочий нотариуса – ответ законодателя на потребность времени, бизнеса, государства»². Так, появляются новые нотариальные действия, которые дают возможность усилить защиту гражданских прав и интересов, что помогает каждому субъекту гражданских правоотношений идти в ногу со временем, уверенно смотреть в будущее.

Отметим, что внедрение цифровых технологий началось с принятия Федеральной целевой программы «Информационное общество», утвержденной Постановлением Правительства от 15 апреля 2014 г. № 313. Однако уже в 2013 году Федеральным законом от 21 декабря 2013 года № 379-ФЗ «О внесении изменения в отдельные законодательные акты Российской Федерации» было введено такое нотариальное действие, как удостоверение равнозначности документа на бумажном носителе электронному документу и наоборот, что подчёркивает новаторский характер нотариата³.

Важным этапом в развитии цифрового нотариата послужило создание в 2014 году Единой информационной системы нотариата (далее – ЕИСН). ЕИСН стала уникальным высокотехнологичным инструментом, меняющим характер нотариальной деятельности, а также послужившим основой для развития всей цифровой инфраструктуры нотариата. За время работы ЕИСН большинство нотариальных действий стали осуществляться посредством её использования, а с 2018 года нотариат полностью перешел на электронную регистрацию в этой цифровой системе.

ЕИСН позволяет обеспечить оперативную проверку юридически значимых сведений, предотвратить мошеннические действия с нотариальными документами и, как следствие, стабилизировать гражданский оборот. Немаловажным является и то, что с её помощью обеспечивается внешнее взаимодействие нотариусов с другими компетентными органами. Это позволяет обеспечить оперативный обмен информацией нотариата с Федеральной налоговой службой, Росреестром, Центральным Банком России, Центральным каталогом кредитных историй, Министерством внутренних дел РФ⁴.

С 29 декабря 2020 года вступил в силу Федеральный закон РФ от 27.12.2019 № 480-ФЗ «О внесении изменений в Основы законодательства Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – Федеральный закон от 27.12.2019 № 480-ФЗ), с помощью которого продолжается трансформация российского нотариата. Закон устанавливает перечень и порядок совершения нотариальных действий, которые могут быть совершены в электронной форме. Помимо этого, он открывает путь внедрению новых цифровых сервисов нотариата, многие из которых уже сегодня очень востребованы во многих сферах нашей жизни⁵.

Для реализации данного Федерального закона от 27.12.2019 № 480-ФЗ Министерство Юстиции Российской Федерации разработало проект приказов, который состоит из 12 нормативных актов, направленных на оптимизацию нотариальной деятельности в условиях развития цифрового общества. Документами определяются порядок взаимодействия нотариусов при совершении нотариальных действий удалённо и порядок ведения электронного

¹ Сайт Федеральной нотариальной Палаты. URL: <https://notariat.ru> (29.10.2020)

² Николай Кашурин: «Потребность в помощи нотариуса очевидна» – URL: <https://kavkaz.mk.ru/social/2020/05/12/nikolay-kashurin-potrebnost-v-pomoshhi-notariusa-ochividna.html> (дата обращения: 01.11.2020)

³ Федеральный закон от 21.12.2013 № 379-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // «СПС «КонсультантПлюс»».

⁴ Тарасова Е. А. Современный нотариат = электронный нотариат? (цифровизация нотариальной деятельности) // Пермский юридический альманах. 2019. № 2. С. 341.

⁵ Федеральный закон от 27.12.2019 № 480-ФЗ «О внесении изменений в Основы законодательства Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // «СПС «КонсультантПлюс»».

реестра соответствующих нотариальных действий. Следует обратиться к приказу Минюста России от 30.09.2020 № 224 «Об утверждении Требований к содержанию реестров единой информационной системы нотариата», согласно ему, цифровые нотариальные услуги будут предоставляться через портал «Госуслуги» на базе ЕИСН. Предусмотрен обмен сведений ЕИСН с другими информационными системами. Так, нотариус может идентифицировать клиента (например, при отсутствии паспорта или при наличии сомнений относительно личности гражданина, предъявившего документ) с помощью уже действующей единой биометрической системы, которая сейчас применяется банками¹.

Наиболее значимой новеллой законодательства в сфере цифрового нотариата является возможность удостоверения сделки двумя и более нотариусами, находящимися территориально в разных субъектах, что в силу большой территории Российской Федерации весьма актуально. Данное нововведение позволит существенно сэкономить время и транспортные расходы. Взаимодействие сторон сделки и нотариусов обеспечивается средствами ЕИСН с использованием видео-конференц-связи.

Становление цифрового нотариата – важнейший этап в его развитии, за которым стоит будущее. Все существующие идеи и предложения в этой сфере нуждаются в доработках и обсуждении, чтобы выйти на законодательный уровень. Но тем не менее очевидно, проводимая цифровизация с каждым годом всё больше ускоряет гражданский оборот, способствует снижению правовых и экономических рисков и обеспечивает надёжную защиту прав. Это выводит нотариальные действия на новый уровень, делая их качественно более доступными и удобными для всех субъектов гражданского оборота.

Президент Федеральной нотариальной палаты отмечает, что «нотариусы не только обеспечат защиту прав и законных интересов участников этих правоотношений, но и предоставят новые возможности комфортного и быстрого совершения юридически значимых действий, обеспеченных правовыми гарантиями нотариата»².

В будущем нотариус, по мере становления цифрового общества, сможет выступать в качестве правового посредника, обладающего необходимыми цифровыми познаниями. Его задачей должно стать придание легитимности действиям, совершаемым в цифровом обороте, и обеспечение защиты прав граждан.

Тем не менее, помимо положительных сторон, любые законодательные новеллы содержат и негативные аспекты. Внедрение информационных технологий в общество порождает такой негативный фактор как цифровое мошенничество. Данное деяние может заключаться в создании фальшивой электронной подписи физического или юридического лица, а также похищения такой подписи.

Следует подчеркнуть, что при использовании информационных технологий в деятельности нотариата необходимо уделять внимание обеспечению защиты персональных данных лиц, обращающихся за нотариальным действием. В этой связи особую роль может иметь обязательная биометрическая идентификация личности, позволяющая должным образом удостоверять личность того, кто обращается за совершением нотариального действия. Кроме того, необходимо создать надёжную и эффективную защиту информационных систем от любого несанкционированного вмешательства третьих лиц, в том числе преступного. Особое значение в этом направлении имеет повышение уровня информационной культуры населения.

Таким образом, значимость цифровизации нотариата вполне ясна и очевидна. Внедрение информационных технологий в деятельность нотариата является реакцией на изменение современной жизни, и способствует оптимизации нотариальной деятельности, повышению доступности нотариальных услуг при гарантированности законности соблюдения интересов граждан и юридических лиц.

¹ Приказ Минюста России от 30.09.2020 № 224 «Об утверждении Требований к содержанию реестров единой информационной системы нотариата». URL: // URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202010050063> (01.11.2020)

² Сайт Федеральной нотариальной Палаты. URL: <https://notariat.ru> (01.11.2020)

ПОДСЕКЦИЯ «ГРАЖДАНСКОЕ И АДМИНИСТРАТИВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО»

Афанасьева В. В.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Групповые иски в гражданском судопроизводстве

Экономические условия современности диктуют необходимость совершенствования правовых норм и создания наиболее благоприятных условий для их реализации на практике. В настоящее время в Российской Федерации проводится ряд реформ, направленных на обеспечение надлежащего осуществления и защиты прав и свобод человека, и гражданина.

Для понимания особенностей подобного иска, необходимо обратиться к истокам возникновения практики его применения.

Впервые о групповых исках было упомянуто еще во времена римского права. В частности, в Дигестах Юстиниана говорилось, что «совокупность людей могла назначить представителя, подающего иск от их лица, а не от лица отдельных граждан. Кроме того, такой представитель должен был защищать интересы данной совокупности людей»¹. Тем не менее, как таковой этот институт возник лишь в XX веке.

Первые групповые иски возникли в Великобритании, затем – в Соединенных Штатах Америки, где в силу особенностей правоотношений нашли широкое распространение. Понятие и правила применения группового иска закреплены в Федеральных правилах гражданского судопроизводства в федеральных районных судах США. Данные правила впервые предусмотрели обращение в суд как одного, так и нескольких лиц со стороны истца или ответчика, при условии, что группа обращения достаточно многочисленна, а иск затрагивает интересы всех указанных лиц.

Стремительное развитие экономических отношений в России в конце XX века явилось предпосылкой возникновения групповых исков. В суды стало поступать большое множество аналогичных исков с требованиями к одному ответчику. Довольно часто возникали ситуации, при которой требования первых истцов были удовлетворены, однако последующие истцы уже не могли истребовать взысканные суммы ввиду разорения ответчика, что сильно подрывало доверие к судебной системе.

Практика рассмотрения множества отдельных исков с аналогичными требованиями к одному и тому же ответчику показала всю сложность и неприспособленность права для защиты истцов на всех стадиях дела от его возбуждения до исполнения решения суда.

В связи с этим появилась необходимость законодательно закрепить возможность подачи группового искового заявления.

В 2009 году в Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации² (далее Арбитражный процессуальный кодекс РФ) была закреплена отдельная глава 28.2, регламентирующая порядок обращения в суд группы лиц, в связи с чем, требования о защите прав и законных интересов группы лиц долгое время имели экономический, предпринимательский характер.

Впрочем, указанные иски долгое время не находили широкого применения в юридической практике Российской Федерации, в том числе в связи с отсутствием практики применения предложенных законодателем норм и неразрывно связанного с этим наличия «пробельности» законодательства. Этому также способствовала прежде существовавшая в ст. 225.10 Арбитражного процессуального кодекса РФ концепция «единого правоотношения», которая являлась

¹ Суд и судьи в избранных фрагментах из Дигест Юстиниана // пер. с лат. Москва. 2006. С. 293–295.

² Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2002 г. № 30. Ст. 3012.

условием признания наличия группы лиц. Соответствующее положение препятствовало реализации права на судебную защиту путем подачи группового иска. Это поспособствовало тому, что достаточно большое количество дел были оставлены без рассмотрения.

В частности, один из таких исков дошел до Высшего Арбитражного суда, однако так и не был рассмотрен по существу. В Арбитражный суд г. Москвы был подан иск одним из учредителей общих фондов банковского управления, к которому, в последствии, присоединились и иные учредители. «Отношения участников данных спорных правоотношений были урегулированы на основании самостоятельных договоров присоединения в отношении различных фондов.

Группа лиц требовала взыскать убытки, причиненные в результате ненадлежащего исполнения банком договора доверительного управления имуществом.

Вместе с тем, суд первой инстанции производство по делу прекратил ввиду неподведомственности дела арбитражному суду. Прекращая производство, Арбитражный суд г. Москвы также указал, что истец и лица, в интересах которых заявлен иск, не являются участниками одного правоотношения, поскольку их требования о взыскании убытков основаны на самостоятельных договорах, в связи с ненадлежащим исполнением подлежат определению отличные друг от друга по размеру и составу убытки»¹. Данная позиция была поддержана судом апелляционной и кассационной инстанции. Определением ВАС РФ от 20.07.2012 по делу № А40-106587/11-6-913 дело было передано в Президиум для рассмотрения в порядке надзора, поскольку участие данных лиц в общих фондах банковского фонда имеет своей целью получение прибыли, что позволяет квалифицировать такую деятельность в качестве экономической. Тем не менее, Суд оставил определения без изменения.

В связи с этим, Федеральным законом от 18 июля 2019 № 191-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты»² был усовершенствован институт групповых исков в арбитражном судопроизводстве, и данное положение было устранено. Кроме того, в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации³ также была введена новая глава с аналогичным названием. Подобное реформирование законодательства позволило расширить возможности судебной защиты граждан.

Правовой системе России уже известна такая коллективная форма защиты как иск в защиту прав, свобод и законных интересов других лиц. Последний институт известен гражданскому процессуальному законодательству довольно давно. Его суть заключается в том, что государственные органы, прокурор, общественные объединения могут подать иск в защиту прав, свобод и законных интересов граждан, неопределенного круга лиц или публично-правовых образований. Мнения ученых относительно соотношения данных институтов рознятся. Ряд полагает, что они тождественны, однако, на мой взгляд, эту позицию нельзя назвать верной. Безусловно, данные институты сходны, в частности, не персонифицированностью группы лиц, подавшей заявление, на момент возбуждения дел.

Е. Уксуова полагает, что «иски в защиту неопределенного круга лиц имеют особый предмет защиты – некие общие блага (ценности). Эта защита, направлена на обеспечение правового, экономического, социального, экологического благополучия общества»⁴. Все, что «выходит за пределы интересов конкретного лица, есть защита публичного интереса, в том числе и в случаях предъявления исков в интересах неопределенного круга лиц»⁵, считают Р. Гукасян и Н. Ченцов.

С внесением изменений в действующее законодательство, появилась возможность подачи уже частного группового иска.

¹ Определением ВАС РФ от 20.07.2012 по делу № А40-106587/11-6-913 // Банк решений арбитражных судов. URL: <https://kad.arbitr.ru/>.

² Федеральный закон от 18 июля 2019 г. № 191-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2019. № 29. Ст. 3858.

³ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2002. № 46. Ст. 4532.

⁴ Уксуова Е. Дела о защите прав неопределенного круга лиц // Российская юстиция. 1997. № 11. С. 42.

⁵ Гукасян Р., Ченцов Н. Защита чужого интереса: старые правила и новые подходы // Российская юстиция. 1994. № 5. С. 30.

При рассмотрении дела по иску в защиту неопределенного круга лиц не производится удовлетворение индивидуальных материальных требований заинтересованных лиц, для этого необходимо возбуждать самостоятельное производство. В этом и проявляется недостаток данной системы, поскольку разные суды за нарушение однородных прав могут присудить разную компенсацию, кроме того, приводит к увеличению количества дел, а значит и загруженности судов. При групповом же иске судом принимается решение о конкретном возмещении в пользу каждого пострадавшего участника группы.

Следовательно, также можно сделать вывод о том, что данные процессуальные институты являются различными.

Таким образом, можно сказать, что институт группового иска отличается от иных форм коллективной защиты, а также имеет веское значение в системе исковой защиты прав

Таким образом, можно сделать вывод, что институт групповых исков известен современному российскому законодательству, но в то же время в нашей стране эти процедуры почти не применяются, так как это связано с недостаточной изученностью данного института правоприменительной деятельности. Необходим более детальный анализ возможности применения данной формы защиты.

Бахилин И. В.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
магистрант*

Некоторые проблемы применения новых правил подсудности на примере споров, вытекающих из жилищных правоотношений

Одним из важнейших направлений процессуальной реформы, вступившей в силу в октябре 2019 года, было расширение сферы действия института подсудности гражданских и административных дел путем его распространения на разграничение компетенции общих и арбитражных судов. Необходимость таких изменений в литературе объясняют, в том числе, повышением доступности судебной защиты для граждан и организаций¹.

Несмотря на то что само по себе такое реформирование стоит оценить положительно, нельзя не учитывать и те проблемы, которые возникают при применении нового законодательства и которые негативным образом сказываются, в том числе, и на доступе к правосудию для некоторых категорий «непрофессиональных» субъектов. Рассмотрим данный вопрос на примере жилищных споров, которые, наверное, наиболее наглядно иллюстрируют обозначенную проблему.

С учетом относительно старых, но действующих до сих пор разъяснений Верховного Суда, согласно которым защита нарушенных жилищных прав осуществляется судом общей юрисдикции в соответствии с подведомственностью дел, установленной ГПК РФ², может показаться, что рассмотрение жилищных споров арбитражными судами невозможно. Однако такое толкование было бы ошибочным, как минимум, в силу двух причин.

Во-первых, критерием выделения жилищных дел является материально-правовой объект, по поводу которого спор возник, а не то, какие права защищает заявитель в процессе (предмет иска). Законодательство не исключает споров по поводу жилых помещений и без участия физических лиц, которым принадлежат жилищные права.

Во-вторых, в российских реалиях большое количество дел, возникающих из жилищных правоотношений, рассматривается в рамках дела о банкротстве, что полностью исключает компетенцию судов общей юрисдикции.

Поэтому в литературе справедливо отмечают, что дела, связанные с жилыми помещениями, уполномочены разрешать суд общей юрисдикции, арбитражный суд. Однако делается не менее справедливая оговорка, что

¹ Смагина Е. С. Новеллы подсудности дел судам общей юрисдикции и арбитражным судам // Арбитражный и гражданский процесс. 2019. № 11. С. 35–41. СПС «КонсультантПлюс».

² Пункт 2 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 02.07.2009 № 14 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при применении Жилищного кодекса Российской Федерации» // БВС. 2009. № 9.

подавляющее большинство данных дел уполномочен разрешать суд общей юрисдикции¹. Здесь рассмотрим первый из двух обозначенных аспектов.

В первую очередь, в судебной практике по указанной категории дел сложности при выборе компетентной подсистемы судов возникают в связи с участием в них собственников жилых помещений – физических лиц.

С одной стороны, их участие в споре в качестве стороны делает невозможным рассмотрение дела в арбитражном суде. С другой стороны, поскольку определение субъектного состава в момент предъявления иска осуществляет истец, то именно в зависимость от воли последнего ставится по сути и применение тех или иных правил подсудности. Тем не менее, в рамках правил о соучастии и подсудности, в том числе ч. 1 ст. 39 и ч. 6 ст. 46 АПК РФ, у суда, на первый взгляд, есть возможность устранить лишь первую ошибку, в то время как в соответствии с утратившими силу нормами о судебной подведомственности было возможным решение и второй проблемы.

Так, в одном рассмотренном в тот период времени деле по иску организации к предпринимателю о сносе самовольно возведенного многоквартирного дома, суд по своей инициативе привлек соответчиками физических лиц, которым принадлежали квартиры в данном доме и за которыми было зарегистрировано право общей долевой собственности на земельный участок под этим домом, после чего пришел к выводу о нарушении правил подведомственности и, как следствие, прекратил производство по нему².

С расширением сферы действия норм о подсудности к рассматриваемой ситуации могли бы применяться, в том числе, и положения ч. 1 ст. 39 АПК РФ, согласно которым дело, принятое арбитражным судом к своему производству с соблюдением правил подсудности, должно быть рассмотрено им по существу, хотя бы в дальнейшем оно стало подсудным другому суду.

В рамках данной нормы передача в суды общей юрисдикции дел при привлечении к участию в качестве ответчиков граждан (в данном случае – собственников жилых помещений) была бы невозможной, поскольку здесь компетенция судов изначально была формально соблюдена. Думается, что в такой ситуации нарушались бы права таких лиц, которые попадут в арбитражный суд по той лишь причине, что истец, вероятно специально, указал в своем заявлении не всех ответчиков по делу.

Однако с учетом формулировки ч. 4 ст. 39 АПК РФ, согласно которой передача дел в другую подсистему судов происходит, «если при рассмотрении дела в арбитражном суде выяснилось, что оно подлежит рассмотрению судом общей юрисдикции» в рассмотренном выше случае у суда имеется возможность применить данную норму. То есть, ч. 4 ст. 39 АПК является специальной нормой по отношению к ч. 1 данной статьи и по сути – единственным исключением из нее. На практике по таким делам суды проверочной инстанции иногда ставят применение обеих данных норм в зависимость от того, насколько обоснованным, по их мнению, было привлечение в первой инстанции физических лиц в качестве соответчиков. Например, в одном деле о сносе фундамента крыльца, который был предназначен только для входа в нежилое помещение в многоквартирном доме, апелляционный суд применил ч. 1 ст. 39 АПК и отменил определение о передаче дела в общую юрисдикцию, несмотря на то, что суд первой инстанции привлек к участию в деле граждан – собственников жилых помещений в данном доме³.

Думается, что такое решение вопроса подсудности в апелляционной инстанции являлось ошибочным, поскольку при принятии арбитражным судом решения об отказе в удовлетворении требований данные граждане лишатся возможности предъявления аналогичного иска в суд общей юрисдикции (п. 2 ч. 1 ст. 134 ГПК), в то время как общие правила арбитражного процесса считаются менее приспособленными для участия физических лиц без статуса предпринимателей.

В этой связи представляется необходимым исключить двойственное толкование указанных норм, дополнив ч. 1 ст. 39 АПК РФ словами «за исключением случаев, установленных ч. 4 настоящей статьи».

¹ Невоструев А. Г. Процессуальные особенности рассмотрения и разрешения жилищных дел : учебное пособие. М. : Статут, 2015. 174 с.

² Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 18.06.2019 № 308-ЭС18-25496 по делу № А32-12361/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 20.10.2020 по делу № А07-14656/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

Рассмотренная проблема не возникает, к примеру, по административным делам, по которым факт принадлежности квартир в многоквартирном доме физическим лицам, на выбор подсистемы судов не влияет¹.

При этом, стоит учесть, что в отличие от приведенного выше случая со сносом многоквартирного дома, на земельный участок под которым было зарегистрировано право собственности граждан, иски администрации к застройщику о сносе дома, являющегося объектом долевого строительства, рассматриваются как подсудные арбитражным судам, а граждане – дольщики привлекаются в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований².

Следующей важной проблемой, связанной с разграничением компетенции общих и арбитражных судов по жилищным делам, является вопрос о подсудности споров с участием управляющих организаций, включая товарищества собственников жилья (ТСЖ). Последние субъекты в силу прямого указания п. 2 ст. 123.1 ГК РФ относятся к корпоративным некоммерческим организациям. То есть дела, связанные с созданием ТСЖ, управлением им или участием в нем, благодаря изменениям, внесенным в процессуальное законодательство Федеральным законом от 28.11.2018 № 451-ФЗ теперь в силу прямого указания ГПК РФ (п. 8 ч. 1 ст. 22) относятся к компетенции судов общей юрисдикции, что подтвердило позицию, давно сформулированную практикой³.

Несколько сложнее видится решение вопроса о компетенции по делам с участием ТСЖ, которые не являются корпоративными спорами и к которым применяются общие правила подсудности. Так, недавно Верховный Суд РФ, отменил судебные акты, которыми в суд общей юрисдикции передано дело по иску о защите деловой репутации ТСЖ. В обоснование данного вывода указано, что критерием отнесения таких дела к компетенции арбитражного суда, независимо от статуса участников правоотношений, является экономический характер спора, то есть защита деловой репутации субъекта именно в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

В свою очередь, деятельность ТСЖ, по мнению Высшей судебной инстанции, преследует такую цель как эффективное управление общей собственностью, что является по своей сути экономической деятельностью⁴. Данный вывод суда представляется правильным и обоснованным, поскольку исходит не из формального признака субъектного состава, а из сущности спорных материальных правоотношений. Однако сам вопрос о том, насколько рассмотрение в арбитражном процессе в его нынешнем виде дел с участием таких субъектов, соответствует такой цели процессуальной реформы как повышение доступности правосудия, остается открытым. На наш взгляд, решить его можно лишь путем внесения в АПК норм-льгот, учитывающих материальное положение сторон (например, о допуске «непрофессиональных» представителей, неприменении правила процессуального эстоппеля и т.д.).

¹ См., например: Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 09.12.2010 № ВАС-16089/10 по делу № А53-16646/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

² См., например: Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 19.12.2019 № 308-ЭС19-14740 по делу № А63-2078/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Подробнее об этом: Бахилин И. В. Реализация новых правил о подсудности на примере разграничения компетенции судов по корпоративным и иным спорам, возникающим из деятельности организаций // Традиции и новации в системе современного российского права : материалы XIX Международной научно-практической конференции молодых ученых : сборник тезисов. Москва: РГ-Пресс, 2020. С. 904–906.

⁴ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 16.09.2020 № 305-ЭС20-4513 по делу № А40-240512/2018 // СПС «КонсультантПлюс».

Варчук А. А.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Медиация в российском праве: проблемы и перспективы совершенствования

Медиация в современном понимании появилась во второй половине двадцатого века в странах англосаксонского права. Несмотря на непродолжительный период существования медиация стала неотъемлемым институтом во многих правовых системах, в том числе и в России.

В настоящем исследовании автор исходит не только из сущностного понимания медиации, как посредничества, закрепленного в отечественном законодательстве, но и рассматривает ее через призму международных источников. Согласно Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН 73/198 «Медиация» означает процедуру, независимо от того, как она именуется, и от основы, на которой она проводится, посредством которой стороны пытаются достичь дружественного урегулирования своего спора при содействии третьего лица или лиц («медиатор»), не обладающих полномочиями предписывать сторонам разрешение спора¹.

В зависимости от целей в доктрине обычно выделяют два вида посредничества:

1) Медиация, предупреждающая возникновение спора;

2) Медиация возникшего спора². Указанный вид в свою очередь является альтернативой судебному разрешению споров, в этом отношении и заключается изучение института медиации в науке гражданского процессуального права.

Медиация как альтернативная процедура разрешения спора (далее – АРС) на первый взгляд кажется бесспорно эффективным механизмом в виду упрощенного и быстрого урегулирования спора, сохранения текущего правоотношения между сторонами и т.д. Однако по сравнению с другими государствами в России контрагенты реже обращаются к данной процедуре. Это объясняется несколькими объективными факторами: медиация существует в российском праве сравнительно небольшой срок, и это обуславливает наличие определенных проблем, связанных с ее применением. Для осмысления некоторых из них в работе предлагается рассмотреть отдельные положения зарубежного законодательства, в частности Германии, Франции и Сингапура с целью поиска механизмов по совершенствованию медиации как АРС.

Первой из рассматриваемых проблем является недостаточно активная роль суда в процессе медиации, поскольку большая часть его возможностей сводится к «разъяснению преимуществ примирительных процедур»³. Однако суду не подвластна сама процедура медиации, в том смысле, что судья не может выступать в качестве медиатора или иным образом содействовать спорящим сторонам. Следовательно невозможность судом выполнять данные функции фактически указывают на отсутствие какой-либо государственной системы медиации.

Однако в большинстве развитых системах права в том или ином виде наряду с частной существует и судебная медиация. Например, в немецком процессуальном законодательстве (§ 278 ZPO) предусмотрена возможность передачи дела судье (*Güterichter*), который не был назначен для дела, находящегося на рассмотрении, применить медиацию в качестве способа разрешения спора⁴. Отличие от частной медиации в данном случае заключается в том, что в компетенцию судьи входит проведение юридического анализа дела и возможность предложить сторонам его решение.

¹ Конвенция Организации Объединенных Наций о международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации // [Электронный ресурс]: URL: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/mediation_convention_r.pdf (дата обращения: 18.01.2021).

² Бенова В. И. Медиация как альтернативный способ разрешения международных коммерческих споров : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2013. 34 с.

³ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ // «Собрание законодательства РФ», 18.11.2002, № 46, ст. 4532.

⁴ Гражданский процессуальный кодекс Федеративной Республики Германия // : URL: <https://dejure.org/gesetze/ZPO/278a.html> (дата обращения: 23.01.2021).

Процессуальное законодательство Франции, напротив, предусматривает возможность судьи по своему усмотрению, хотя и с согласия сторон, назначить третье лицо для проведения медиации (131-1 CPC). Кроме того, закон № 2019-222 от 23 марта 2019 года предусматривает обязанность сторон до обращения в судебные инстанции применить процедуры примирения, в частности медиацию, в определенных законом категориях дел. Также отметим, что модель судебной медиации широко распространена в Скандинавских странах, Сингапуре, КНР и многих других государствах.

В свою очередь, независимо от того какая из описанных моделей является более предпочтительной, думается, что сам факт изменения роли суда на более активную в рамках применения медиации, если и не повысит ее эффективность, то как минимум будет способствовать более частому обращению лиц к данному способу разрешения споров. Также судебная медиация способна стать неким ориентиром для повышения качества оказываемых услуг частными медиаторами. Указанные последствия могут служить определенной предпосылкой для частичной разгрузки судей.

Вторая проблема – это профессиональные требования, предъявляемые к медиаторам, а также лицензирование данного вида деятельности. Согласно Федеральному закону от 27.07.2010 № 193 «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» медиация может осуществляться на непрофессиональной основе². Между тем, сам факт данного обстоятельства в субъективном восприятии снижает уровень ожиданий от самой процедуры. В данном контексте обратимся к Федеральному закону Австрии «О медиации», который закрепляет повышенные требования для осуществления посреднической деятельности: возрастной ценз – 28 лет, а также обязательное страхование профессиональной ответственности³.

Также, в развитых правовых системах существует определенная система аккредитации деятельности медиаторов. Согласно немецкому закону о медиации закреплён статус «сертифицированного медиатора» (*zertifizierter Mediator*). С одной стороны, есть определенные сходства с российским аналогом – профессиональным медиатором. Однако рассматривая вопрос, не отрываясь от контекста права Германии несложно отметить целый ряд более существенных требований. Так, на федеральном уровне «законом о подготовке сертифицированных медиаторов» (*verordnung über die Aus-und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren*) установлена единая система теоретической и практической подготовки⁵. Кроме того, в течение двух лет после завершения обучения медиатор должен быть подвергнут индивидуальной проверке по итогам как минимум четырех процедур медиации, которые он провел. Более того, закон требует от «сертифицированных медиаторов» регулярное (не менее 40 часов в течение 4 лет) прохождение курсов по повышению квалификации.

Другим примером может служить законодательство Франции, в котором лишь в некоторых отраслях предусмотрена система аккредитации или государственного контроля деятельности медиаторов.

Во-первых, данная система предусмотрена в спорах о защите прав потребителей – в указанной сфере свою деятельность ведет комиссия по оценке и контролю медиации (*Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation*).

¹ Гражданский процессуальный кодекс Республики Франция // : URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006117226/#LEGISCTA000030360395 (дата обращения: 18.01.2021).

² Федеральный закон от 27.07.2010 № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» // Российская газета от 30 июля 2010 г. № 168.

³ Федеральный закон Республики Австрия «О медиации» // : URL: https://www.viac.eu/images/law/Austrian_Mediation_Act.pdf (дата обращения: 22.01.2021).

⁴ Закон Федеративной Республики Германия «О медиации» // : URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/mediationsg/BJNR157710012.html> (дата обращения: 20.01.2021).

⁵ Закон Федеративной Республики Германия «Закон о подготовке сертифицированных медиаторов» // : URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/zmediatausbv/BJNR199400016.html> (дата обращения: 24.01.2021).

Во-вторых, для осуществления деятельности в качестве медиатора в семейных спорах требуется наличие диплома семейного медиатора (*médiateur familial*). Кроме того, медиаторы обязаны руководствоваться Этическим кодексом академии профессиональных семейных медиаторов (*APMF*).

В-третьих, особым случаем является набирающая популярность онлайн медиация. Так, уже упомянутый закон № 2019-222 устанавливает определенные рамки в деятельности лиц, оказывающих данные услуги, предусматривает санкции за неисполнение обязанностей, а также вводит факультативную (не обязательную) систему сертификации.

С учетом зарубежного опыта для развития и совершенствования медиации как АРС в России необходимо исключить возможность оказания посреднических услуг непрофессиональными медиаторами, а также опираясь на опыт других государств, разработать собственную систему аккредитации профессиональных медиаторов.

Таким образом, отечественному законодателю предлагается с учетом проведенного исследования внести изменения в нормативную базу института посредничества, используя положительный опыт зарубежных правовых порядков:

Во-первых, внедрение механизма судебной медиации. Однако в данном случае требуется комплексный анализ для определения роли суда в рамках проведения самой процедуры. Также предлагаем в качестве разумной меры по введению обязательной процедуры медиации по определенным категориям дел перед обращением в судебные органы.

Во-вторых, необходим усиленный контроль со стороны государства над лицами, оказывающими посреднические услуги, а именно: разработка системы аккредитации, а также возможность проверки деятельности медиаторов.

В заключение, реформирование рассматриваемой сферы позволит не только повысить уровень института посредничества в России, но и как следствие привлечь лиц к более активному использованию медиации и соответственно снижению нагрузки на суды.

Васук А. Ш., Брагина М. Н.

*Российский государственный университет правосудия,
студенты*

Новые доказательства в гражданском процессе: скриншот, видео и affidavit

XXI век был объявлен веком информационных технологий, в настоящее время правят технологии, а товаром выступает информация. То, что вчера было новым и неизведанным, сегодня потеряло свою актуальность. Совершенствуются все сферы деятельности, в том числе и судебная система, а также весь процесс реализации правосудия, появляются новые методы и виды доказательств. Такими «новшествами» в гражданском процессе являются скриншоты, видео и affidavit.

Пленум Верховного Суда в апреле 2019 года своим постановлением утвердил то, что использование скриншотов законно и может беспрепятственно использоваться как доказательство нарушения исключительного права. Данное постановление определяет факт того, что в законодательстве отсутствует перечень допустимых доказательств, которые бы являлись основанием для вынесения судом решения о наличии или отсутствии нарушения¹. Таким образом, суд правомочен принимать любое доказательство, которое предусмотрено ГПК РФ.

Следует отметить, что скриншоты официально не включены в перечень доказательств, с помощью которых лица, участвующие в деле могут осуществлять доказывание в гражданском процессе. Но как показывает практика, суды используют скриншоты в качестве доказательств, поскольку запрета на это нет. Однако порядок их заверения и иные правила представления таких доказательств в судах законом не установлены.

Пунктом 1 ст. 55 Гражданского процессуального кодекса РФ² (далее – ГПК РФ) установлено определение доказательств. Доказательства – это сведения о фактах, которые были получены в предусмотренном законом порядке. Исходя из этих сведений суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, которые могут обосновать

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс»

² Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ (ред. от 17.10.2019) // Официальный интернет-портал правовой информации. – www.pravo.gov.ru

требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения дела. Природа данных сведений может быть различна, они могут быть получены из объяснений сторон и третьих лиц, показаний свидетелей, письменных и вещественных доказательств, аудио- и видеозаписей, заключений экспертов.

Суд может принять в качестве доказательств распечатки материалов, которые были опубликованы, скриншоты интернет-страниц, распечатки переписки из социальных сетей, для подстраховки такие электронные доказательства следует заверить у нотариуса. Однако, когда дело «не терпит отлагательств» судья может ознакомиться с электронными материалами во время судебного разбирательства.

Скриншот – это изображение, полученное устройством и показывающее в точности то, что видит пользователь на экране монитора или другого визуального устройства вывода.

В последнее время, в судебной практике все чаще начали появляться случаи, когда доказательствами выступают аудио и видео материалы.

При приобщении к делу и использовании в качестве доказательств аудио и видеозаписи должно быть указано: персональные данные лица, которое осуществляло аудио- или видеозапись, а также условия, в которых она была создана.

Гражданское процессуальное законодательство устанавливает правовое регулирование аудио- и видеозаписи в качестве средства доказывания. Основными нормами, регламентирующими применение данных доказательств являются ст. 77 и 185 ГПК РФ¹. На основании ч. 3 ст. 185 ГПК РФ для выяснения содержащихся в аудио- или видеозаписи сведений суд может привлечь специалиста. Также, в необходимых случаях суд может назначить экспертизу.

Аффидевит является достаточно молодым средством доказывания в гражданском процессе. Данный вид доказательств принадлежит англо-американской правовой системе. Аффидевит – это вид письменных доказательств, представляющий собой показания данные под присягой и заверенные уполномоченным лицом. Между аффидевитом и свидетельскими показаниями ставится знак равно, отметим, что аффидевит может стать самостоятельным основанием для действий в судебном процессе. Аффидевит имеет очень много схожести с письменным заявлением лиц, которое заверено нотариусом. Однако у судов сложилось неоднозначное мнение по поводу аффидевитов, и не все судьи рассматривают их как надлежащее доказательство по делу.

На практике суды периодически принимают аффидевиты в качестве доказательств содержания иностранного права так и в качестве подтверждения фактических обстоятельств.

Правовая природа аффидевита неоднозначна, поскольку, анализируя ст. 162 ГК РФ, можно сделать вывод, что на аффидевит можно ссылаться также при подтверждении условий сделки.

Приведем в качестве примера дело № 02-4416/2019 Батенев М.Ю. против ООО «Музыкальный лейбл «Блэк Стар»», в котором доказательствами выступают только скриншоты, видео и фото материалы. «Блэк стар» незаконно использовал фотографию в коммерческих целях, не указав авторство. В качестве доказательств нарушенного права Батенев М.Ю. приводит видеоролик, на котором виден скриншот экрана с его фотографией, так же к протоколу прилагаются скриншоты поисковика, в котором набрали исполнителя и название трека, страницы на ютубе с привязкой ко времени и скриншот даты и времени на ПК, через который происходило нотариальное удостоверение данных, а также скриншоты переписки с исполнителем трека PablA в социальной сети Instagram, удостоверенные нотариально.

Это говорит о том, что в настоящее время нарушение прав человека, может случиться в виртуальном пространстве, и все доказательства будут носить электронный вид. Они должны признаваться законными и надлежащими доказательствами в судебном процессе.

Еще раз отметим, что скриншот может оформить и представить в качестве доказательства любое заинтересованное лицо.

Приведем пошаговый алгоритм оформления скриншота в качестве доказательства:

1. Приглашение независимых лиц с целью осмотра интернет-страницы

¹ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ (ред. от 17.10.2019) // Официальный интернет-портал правовой информации. – www.pravo.gov.ru

2. Необходимо иметь два компьютера, так как один послужит для осмотра страницы, а другой для составления протокола.

3. Процедуру осмотра страницы и составления протокола необходимо записывать на видео.

4. Следует распечатать все нужные страницы интернет-сайта.

5. Лица, проводящие данную процедуру, должны расписаться в протоколе и в прошивке.

Заверять скриншоты у нотариуса необходимо только в том случае, если имеются основания полагать, что в дальнейшем информация с сайта может быть удалена и представление доказательств станет невозможным или затруднительным.

Скриншот может оформляться как у нотариуса, так и в простой письменной форме самим заинтересованным лицом.

В законодательстве до сих пор отсутствует определение термина «скриншот» и порядок его использования. Однако, есть нормативные правовые акты, которые упоминают о скриншоте, как доказательстве в суде. В связи с распространенной практикой применения судами скриншотов, следует законодательно закрепить данный термин, ввести критерии его надлежащего вида и порядок использования.

Вышеизложенное позволяет сделать вывод, что гражданам стоит серьезнее относиться к материалам, которые они размещают в информационно-телекоммуникационной сети, так как данная информация может повлиять на их судьбу и быть использована в качестве доказательства того или иного преступления, либо послужить фактом, на который будет опираться судья при вынесении судебного решения.

Вонарха А. О.

*Уральский государственный юридический университет,
студент*

Дистанционное правосудие: будущее судебной системы или вынужденная необходимость

Актуальность темы статьи обусловлена особенным использованием судами цифровых технологий в период пандемии «COVID-19» с марта 2020 года, так как оказалось сложно соблюсти все меры защиты от распространения коронавирусной инфекции. Количество обращений граждан к ГАС «Правосудие» за 2020 год превысило 3 миллиарда раз, а количество документов, поданных в суды в электронном виде, составило более 3 миллионов (тогда как за 2019 год более 1 миллиона)¹. Особое значение имеет видео-конференц-связь (*далее, ВКС*), которая применяется в судебной системе России с 19 апреля 2000 года, в гражданском процессе с апреля 2013 года, а с 2018 года стали подключаться мировые участки судей. Постепенно ВКС стала все чаще применяться и пользоваться спросом у населения, оказалась востребована в пандемию. Так, за весь 2020 год суды провели по ВКС 400 тысяч судебных заседаний (из 38,5 миллионов дел всего, то есть 1,04 %) ¹.

Однако, соединение по ВКС устанавливается из других судов России (к сожалению, нет взаимодействия с судебными органами других государств), а также в местах содержания под стражей или местах лишения свободы, последние применяются, в основном, в уголовном судопроизводстве. Стоит отметить, что даже нахождение в другом суде при меньшем количестве участников судебного разбирательства хотя уменьшает, но не исключает риски заражения. Также граждане заинтересованы принимать участие в ВКС когда до суда, где происходит рассмотрение дела, большое расстояние, иначе легче принимать участие в обычном порядке. Поэтому хотя число заседаний по ВКС возросло, но уровень 1,04 % процента использования ВКС недостаточен. Более привлекательной системой связи для граждан является веб-конференция.

Некоторые суды уже попытались организовывать веб-конференции путём использования мессенджеров и открытых систем видеосвязи, доступных в сети «Интернет». Например, при рассмотрении дела Невьянским городским судом Свердловской области 30 марта 2020 г. было использовано приложение «WhatsApp», а Смольнинский районный

¹ Итоги работы судов за 2020 год // Официальный сайт Верховного Суда Российской Федерации. URL: http://www.supcourt.ru/press_center/mass_media/29651/ (дата обращения: 03.03.2021).

суд г. Санкт-Петербурга трижды в апреле 2020 года подключал участников судебного разбирательства через мессенджер «Skype». Намного лучше происходит практика в арбитражных судах (АС). К 1 февраля 2021 года у 99 (из 115) арбитражных судов есть возможность проведения онлайн-заседаний используя интерфейс ИС «Картотека арбитражных дел» портала «Мой арбитр».

Возможность применения веб-конференции прорабатывает ВС РФ с 2019 года. В частности, 21.04.2020 было успешно рассмотрено 6 дел безотлагательного характера с использованием технологии отечественной системы веб-конференции компании «Vinteo».

29.04.2020 ВС РФ высказал позицию, рекомендовав судам при наличии технической возможности с учетом мнений участников процесса проводить судебные заседания по делам и материалам безотлагательного характера с использованием системы ВКС и (или) системы веб-конференции¹.

Представляется, начатая практика ВС РФ очень удачная, в одном из заседаний лицо успешно вышло на связь из США, что сложно представить с ВКС, поэтому, уверен, необходимо другим судам, прежде всего, СОЮ активно использовать сервисы веб-конференции.

При повсеместном введении системы веб-конференции, очевидно, возникнет множество проблем, требующих нормативно правового регулирования и регламентации деятельности судов в Постановлениях Пленума Верховного Суда России. Сначала необходимо доработать и принять законопроект Правительства России от 19 октября 2020 г. «О внесении изменений в АПК РФ, ГПК РФ, КАС РФ и иные законодательные акты Российской Федерации» (далее, законопроект)². В данном законопроекте предлагается с 1 января 2022 года добавить понятие веб-конференция, ввести для её регулирования ст. 153.2. АПК РФ и ст. 155.2. ГПК РФ практически идентичные ВКС, предоставить возможность ознакомления сторон со всеми материалами дела в электронном виде, а не как сейчас в СОЮ только с документами, представленными другой стороной в ГАС «Правосудие».

Попытаюсь выделить и предложить решение некоторых проблем, пока не решенные законопроектом: проблема программного обеспечения и оборудования. Уверен, должна быть программа отечественного производства, максимально защищённая и доступная обществу. Отличным примером является интеграция веб-конференции в портал «Мой арбитр», однако необходимо также включить видеосвязь в ГАС «Правосудие». В законопроекте надо конкретно прописать, пока используется формулировка «через информационную систему, определенную ВС РФ». Необходимо оснастить практически все залы судебных заседаний системой видеосвязи, использовав оборудования для ВКС.

Проблема технических неполадок. Что делать, если лицо, участвующее в деле, внезапно отключилось от видеосвязи? Сначала можно объявить перерыв. Во время него секретарю, по возможности, выяснить причину отсоединения и возможность возобновления судебного заседания после перерыва. Если причина неизвестна или неважительна, необходимо поставить вопрос о возможности продолжения судебного заседания. Например, согласно ч. 1 ст. 169 ГПК РФ и ч. 5 ст. 158 АПК РФ, в случае возникновения технических неполадок возможно отложение разбирательства процесса. Законопроект предполагает добавление оснований отложения: возникновения у суда обоснованных сомнений относительно аутентификации лица, участвующего в судебном заседании путем использования системы веб-конференции. Если неполадка будет не устранена, следует перейти к обычному рассмотрению дела.

Проблема гласности. Как обеспечить доступ публики? Практически невозможно, соответственно необходимо предусмотреть публикацию на сайтах судов записей таких веб-заседаний, хотя бы на определенное время (один год, пол года), так как сохранение всех судебных заседаний потребует много места на серверах и нет необходимости хранить записи постоянно. Не допускается рассмотрение по видеосвязи и ВКС в закрытом судебном заседании, в силу ч. 6 ст. 10 ГПК РФ и п. 2 ч. 5 ст. 153.1 АПК РФ. Законопроектом предлагается также запретить использовать веб-конференции в закрытом процессе.

Представляется, дистанционно «правильно» разрешить дело, всесторонне разобраться без живого взаимодействия возможно не по всем делам, а наиболее простым. Например, считаю необоснованно рассматривать дела о несостоятельности (банкротстве) из-за их сложности и продолжительности. Предлагаю законодателю определить категории дел и ситуации, в которых возможно рассмотрение с помощью веб-конференций: подготовка дела к

¹ Постановление Президиума Верховного Суда РФ и Президиума Совета судей РФ от 8 апреля 2020 г. № 821

² Федеральный портал проектов нпа. URL: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=109498> (дата обращения: 03.03.2021).

судебному разбирательству; предварительное судебное заседание; некоторые гражданские дела, подсудные мировому судье, в которых участвуют стороны (наиболее легкие, позволит частично снизить колоссальную нагрузку на мировых судей); некоторые дела, подсудные Суду по интеллектуальным правам; рассмотрение дел с участием сторон в вышестоящих судах: в областных и приравненных к ним судах, АС округов, апелляционных судах, кассационных судах, ВС России (так как они могут находиться на большой дистанции, из-за чего доступность судопроизводства может ограничиться); рассмотрение административных правонарушений; дела по спорам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений.

Таким образом, нельзя однозначно ответить на вопрос, содержащийся в теме, что есть «дистанционное правосудие: будущее судебной системы или вынужденная необходимость?». С одной стороны, использование систем ВКС и, тем более, системы веб-конференции подходит в тренд внедрения повсеместной цифровизации, увеличит доступность правосудия и его удобство для населения, в том числе, снизит расходы граждан на транспорт.

С другой стороны, по мнению автора, полный переход на дистанционное правосудие невозможен даже в долгосрочной перспективе, также как и возможность заменить судью на искусственный интеллект. Начиная с того, что никак нельзя проводить закрытые судебные заседания дистанционно. Далее, существуют сложные судебные разбирательства, длящиеся годами, в которых рассматривается колоссальное количество доказательств, их точно нельзя разрешать дистанционно без ущерба для качества правосудия. Более того, не все граждане владеют и будут владеть в достаточной степени техническими навыками. Дистанционное участие в рассмотрении дела должно быть только по согласию участника судебного заседания, скорее всего, лица, имеющие свой юридический интерес, более заинтересованы посещать очные заседания.

Уверен, нужно выработать более сбалансированный подход, создать систему веб-конференции для определенных категорий дел на постоянной основе, продумать решения основных проблем, прежде всего, путем правотворчества (принятия законопроекта) и разъяснения позиции ВС РФ. Успешное внедрение системы должно качественно улучшить судебную систему России и увеличить общую удовлетворенность нашим правосудием.

Днепров А. А.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
магистрант*

Проблемы применения электронных доказательств в гражданском процессе

Современный уровень развития информационных технологий не мог не оказать существенного влияния на процесс доказывания в гражданском судопроизводстве. Так, 26 ноября 2020 года в ходе конференции «Цифровое будущее адвокатуры и уголовного судопроизводства в контексте конституционных новелл», были намечены три этапа цифровизации судопроизводства: цифровизация доступа к правосудию, цифровизация процесса доказывания, цифровизация процессуальных аспектов, связанных с коммуникацией¹.

«Одним из перспективных направлений реализации концепции электронного судопроизводства является возможность предъявления и исследования в судах общей юрисдикции и арбитражных судах электронных доказательств, т.е. доказательств, представленных в форме электронного документа или полученных с использованием информационно-телекоммуникационных технологий»².

Развитие цифровых технологий предоставило возможность представления суду новой формы сведений, имеющих значение, в том числе в виде сообщений в прикладных программных обеспечениях Whatsapp, Viber, Telegramm, скриншотов, аудио- и видеозаписей. В связи с чем в гражданском судопроизводстве актуален вопрос о применении новых средств доказывания, каких как электронные доказательства. В Ассоциации юристов России также

¹ Плюсы и минусы цифровизации // Адвокатская газета, № 23 (328) 1–15 декабря 2020 г. // URL: <https://www.advgazeta.ru/novosti/plyusy-i-minusy-tsifrovizatsii/> (29.01.2021)

² Шубина Е. А. Особенности предъявления и исследования некоторых видов электронных доказательств в гражданском и арбитражном судопроизводстве // Арбитражный и гражданский процесс. 2020. № 4. С. 28.

отмечают, что в 2020 году существенно выросла роль электронных доказательств. По мнению В.Голенева, «на практике ясно видно, что в сознании рядовых судей происходят серьезные сдвиги по отношению к электронным технологиям...электронные доказательства перестают быть экзотикой в процессе»¹.

Несмотря на то что электронные доказательства в соответствии со ст. 71 ГПК РФ отнесены законодателем к письменным доказательствам, они имеют явную специфику, а именно форму существования такой информации в качестве записи на электронном носителе.

Рассматриваемые доказательства в отличие от письменных и вещественных не имеют материальной формы, носителями этих документов являются файлы различных видов, которые могут передаваться от одного носителя другому или одновременно существовать на нескольких носителях².

При этом все документы, полученные посредством электронной связи и представляемые в суде в качестве электронных доказательств, можно разделить на две группы: электронные документы и электронные сообщения. Основное отличие их в том, что электронное сообщение не содержит электронную подпись. ГПК РФ не раскрывает понятий электронного документа и электронного сообщения, но они закреплены в ст. 2 ФЗ от 27 июня 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», и не противоречат положениям ГПК РФ. Однако для того, чтобы стать доказательством, электронный документ, должен содержать не любую информацию, а лишь необходимую для установления наличия или отсутствия обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела. При этом он должен быть получен с соблюдением всех процессуальных правил собирания доказательств. Не содержит в настоящее время в ГПК РФ и требований относительно порядка и формы предоставления сведений в электронной форме, порядка исследования электронных доказательств и порядка приобщения их к гражданскому делу. Как правило, электронное доказательство представляется суду в распечатанном виде на бумажном носителе ввиду отсутствия возможности фиксации электронного доказательства без специальной техники. Для того чтобы сведения из социальных сетей или переписка в мессенджерах были признаны в качестве допустимого доказательства, должны выполняться условия, связанные с подтверждением: принадлежности аккаунта, телефонного номера, сайта соответствующему лицу (стороне спора); факта опубликования материала, направления его соответствующим лицом. Доказательства такого рода во многих случаях могут подтвердить факт только в совокупности с другими доказательствами и с учетом обстоятельств конкретного дела. Поскольку процессуальное законодательство не содержит специальных правил оценки электронных доказательств и самого понятия «электронное доказательство», то при рассмотрении гражданских дел суды оценивают электронные документы и образы на своё усмотрение в рамках правил оценки доказательств в целом и письменных в отдельности. При этом суд нередко оценивает доказательства, основываясь на своем внутреннем убеждении, что приводит к неоднозначной судебной практике. В одних случаях подобные доказательства судом признаются допустимыми и достоверными. Так, в Определении Седьмого кассационного суда общей юрисдикции от 12 декабря 2019 г. указано, что «представленная ответчиком в обоснование возражений электронная переписка с использованием мессенджера «WhatsApp», из которой следует, что К.И. добровольно перечислял денежные средства ответчику, без наличия на то правовых (договорных) оснований, соответствует требованиям ч. 1 ст. 71 ГПК РФ, в связи с чем, обоснованно принята судом во внимание»³. В Определении Первого кассационного суда общей юрисдикции от 11 декабря 2019 г. установлено, что, «поскольку электронная переписка, представленная на бумажном носителе (как совокупность электронных сообщений сторон), с учетом положений части 1 статьи 71 ГПК РФ, может рассматриваться судом в качестве письменного доказательства (иного документа, полученного посредством электронной или другой связи либо иным, позволяющим установить достоверность документа, способом), в материалах дела отсутствуют

¹ Куликов В. Из чата в суд // Российская газета. – № 284 (8338) от 16.12.2020.

² Морозова Г. А., Губайдуллина Э. Х. Электронные документы в гражданском процессе: проблемы в способе и форме предоставления в суд // Международный журнал гуманитарных и естественных наук. 2020. № 43. С. 193–197.

³ Определение Седьмого кассационного суда общей юрисдикции от 12 декабря 2019 г. № 88-996/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

доказательства, опровергающие достоверность переписки, то у суда первой инстанции не имелось оснований исключить как не соответствующее требованиям допустимости данный вид доказательств»¹.

В иных случаях суд не признаёт электронные доказательства допустимыми. Так, в апелляционном определении Московского городского суда от 30 сентября 2020 г. судебная коллегия указала, что «соглашается с выводами суда о том, что представленные истцом в качестве подтверждения возникновения трудовых отношений переписка в мессенджере Whatsapp с директором магазина фио..., не являются по смыслу ст. 71 ГПК РФ надлежащим допустимым доказательством по делу, поскольку данные доказательства в подлиннике представлены суду не были...»². В Определении Восьмого кассационного суда общей юрисдикции от 21 мая 2020 г. установлено, что «апелляционная инстанция обоснованно пришла к выводу, что приложенные к иску истцом распечатки текста страниц из Интернета не являются допустимыми доказательствами, поскольку не отвечают требованиям, предъявляемым ст. 71 ГПК РФ к письменным доказательствам, не имеют надлежащего заверения и даты, нотариально не удостоверены, что не позволяет установить период переписки, их подлинность и ее соответствие тексту фактической переписки в указанной группе, достоверность содержащихся в них сведений не подтверждена.»³.

Верховный Суд РФ в апреле 2019 года разъяснял, что при рассмотрении дел о защите нарушенных интеллектуальных прав судам следует учитывать, что допустимыми доказательствами являются в том числе сделанные и заверенные лицами, участвующими в деле, распечатки материалов, размещенных в информационно-телекоммуникационной сети (скриншот), с указанием адреса интернет-страницы, с которой сделана распечатка, а также точного времени ее получения⁴. Указанные разъяснения на могут учитываться и при разрешении иных категорий споров, поскольку касаются общих положений о доказательствах и доказывании в гражданском процессе.

Для того чтобы электронные доказательства получили больший вес, их необходимо удостоверить у нотариуса. С учётом поправок в Основы законодательства о нотариате, вступивших в силу с 29.12.2020, удостоверить электронные доказательства можно удаленно, без личной явки к нотариусу. Но даже такое нотариальное удостоверение в некоторых случаях, в частности, при значительном объеме электронных доказательств, существенно увеличивает расходы лица, представляющего суду данные доказательства, что по сути затрудняет в таком случае доступ к правосудию. Учитывая динамичное развитие цифровых технологий, очевидно, что доля электронных доказательств будет и дальше неуклонно увеличиваться, что вызывает необходимость законодательного установления единых требований к предоставляемым в суд электронным доказательствам и критериев их достоверности и допустимости.

Для определения достоверности информации, являющейся содержанием электронного документа, необходимо обеспечить возможность ее аутентификации, то есть проверки целостности и неизменности содержания электронного документа, и идентификации, то есть установления факта отправления или получения его лицом, указанным, соответственно, в качестве отправителя или получателя. Данная задача требует законодательного решения.

Таким образом, необходимость включения в гражданское процессуальное законодательство понятия электронного доказательства, закрепление правовых гарантий его использования, установление формы предоставления электронных документов, порядка их исследования судом и приобщения к гражданскому делу, гарантий достоверности, являются необходимыми условиями развития института доказательств и доказывания.

¹ Определение Первого кассационного суда общей юрисдикции от 11 декабря 2019 г. № 88-2331/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

² Апелляционное определение Московского городского суда от 30 сентября 2020 г. по делу № 33-36486/2020, 2-172/2020 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Определение Восьмого кассационного суда общей юрисдикции от 21 мая 2020 г. № 88-6999/2020 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 10 от 23.04. 2019 г. «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

Зрумова М. Г.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Институт судейского усмотрения в теории гражданского процесса: вызовы и перспективы

Принципы цивилистического процесса являются базисом осуществления правосудия. Однако, вопросы качественного и эффективного осуществления правосудия по-прежнему до конца не решены. Среди них особняком выделяется проблема пределов судебного усмотрения при рассмотрении и разрешении гражданских дел.

Вопрос определения судебного усмотрения в науке является дискуссионным. В общем понимании под судебным усмотрением подразумевается элемент судебной правоприменительной деятельности, заключающийся в выборе мотивированного законного и обоснованного решения, совершаемого уполномоченным субъектом (судьей) по конкретному юридическому делу в пределах, установленных нормой права¹.

А. Т. Боннер определил судебное усмотрение как предоставленное суду правомочие решать правовые вопросы, исходя из обстоятельств дела, общих положений закона, принципов права, экономических законов социализма и норм коммунистической морали².

Элемент судейского усмотрения присущ современному судебному процессу в России. В некоторых процессуальных нормах прямо указывается на применение судейского усмотрения, но чаще необходимость «смотреть» и, как следствие, «усматривать» вытекает из диспозиции той или иной процессуальной нормы. При этом открытым остается вопрос о законных границах судейского усмотрения, о возможности его законодательного ограничения.

Пределы судебного усмотрения рассматриваются как правовые рамки, установленные управомоченными субъектами с помощью правовых юридических средств, четко ограничивающие объем применения права³.

К сожалению, содержание понятия «пределы судебного усмотрения» российским законодательством не раскрывается, является оценочной категорией, что в практической деятельности может служить источником появления ошибок, как неумышленных, так и совершенных в целях злоупотреблений.

Общеизвестно, что принципы гражданского процесса направлены на соблюдение равноправия сторон. Исходя из этого, указанное выше определение необходимо дополнить положением о том, что суд должен выносить свои решения с учетом принципов законности, справедливости, целесообразности, а также категорий нравственности, добросовестности и разумности. Будучи независимым и беспристрастным, суд должен слушать обе стороны и делать выводы объективно основываясь на нормах закона.

Судейское «усмотрение», появляясь в процессе, посягает на процессуальное равноправие. Например, это предусмотрено при рассмотрении вопроса о выдаче судебного приказа⁴. Так, в гражданском процессе судья отказывает в принятии заявления о вынесении судебного приказа, если из заявления и представленных документов усматривается наличие спора о праве (ст. 125 ГПК РФ)⁵. Другой пример по ст. 179 ГПК РФ «допрос свидетеля в возрасте до четырнадцати лет, а по усмотрению суда и допрос свидетеля в возрасте от четырнадцати до шестнадцати лет производится с участием педагогического работника, который вызывается в суд».

Иная ситуация – необходимость «усмотрения», вытекающая из смысла нормы, – встречается чаще. Например, в п. 3 статьи 179 ГПК РФ указано: «Свидетель, не достигший возраста шестнадцати лет, по окончании его допроса

¹ Берг Л. Н. Судебное усмотрение и его пределы (общетеоретический аспект) : дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008. С. 61–62.

² Боннер А. Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе / А. Т. Боннер. М. : Юрид. лит., 1980. 160 с.

³ Берг Л. Н. Судебное усмотрение и его пределы (общетеоретический аспект) : дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008. С. 61–62.

⁴ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 18.11.2002. № 46. Ст. 4532 ; Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 29.07.2002. № 30. Ст. 4532

⁵ См.: там же

удаляется из зала судебного заседания, за исключением случая, если суд признает необходимым присутствие этого свидетеля в зале судебного заседания»¹. Прямо на необходимость проявить здесь усмотрение вроде бы законодатель суду не указал, но в начале ст. 179 порядок допроса уже определен «усмотрением». Логично, что и завершать эту процедуру суд будет подобно тому, как начал. Аналогично норма сформулирована в ст. 162 КАС РФ² и ст. 280 УПК РФ³.

Обращаясь к истории института судебного усмотрения, стоит отметить, что ранние советские авторы положительно относились к предоставлению суду возможности усмотрения. Позднее в советской процессуальной науке сформировалось отрицательное отношение к подобному явлению.

Так, И. А. Покровский под судебским усмотрением понимал «право более свободного истолкования, восполнения и даже исправления закона сообразно требованиям справедливости и велению судебской совести»⁴.

Американские правоведы указывают на свободное усмотрение судей как в вопросе установления фактов по делу, так и в вопросе применения норм права⁵. Опираясь на свободу судебного усмотрения, в прецедентной системе права они пришли к выводу о возможности создания юстиции без права.

По мнению российских ученых, в частности профессора К. И. Комиссарова, назначение судебного усмотрения как процессуального явления заключается в том, чтобы в случаях отсутствия прямого, абсолютно определенного указания найти такое из ряда предполагаемых законом решений, которое наиболее точно соответствует идее законодателя⁶.

Что же касается судебной практики, то она неоднозначна. Зачастую Верховный Суд РФ и Конституционный Суд РФ рассматривают дела об оспаривании решений, которые напрямую связаны с превышением, или же игнорированием судами возможности применения диспозитивных норм законодательства. Председатель Конституционного Суда Российской Федерации В.Д. Зорькин отмечает, что в настоящее время встречаются нарушения норм права на уровне их интерпретации в конкретных ситуациях⁷. Достаточно часто содержание законов допускает их неоднозначное толкование. Однако, как показывает практика, нередко приходится сталкиваться с ситуациями, в которых решающую роль играет внутреннее убеждение суда. Необходимо согласиться с мнением о том, что субъективные пределы судебного усмотрения чрезвычайно сложны по своей природе в силу своей связи с индивидуальным восприятием конкретного правоприменителя окружающей действительности⁸, что в итоге порождает проблему несоответствия судебного усмотрения и итогового судебного акта действующему закону.

¹ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 18.11.2002. № 46. Ст. 4532 ; Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 29.07.2002. № 30. Ст. 4532

² Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 24.02.2021) // Собрание законодательства РФ. 07.01.2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

³ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ (ред. от 24.02.2021) // Собрание законодательства РФ. 24.12.2001. № 52 (ч. 1). Ст. 4921.

⁴ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права [Главные проблемы цивилистики]. Petrograd, Legal Book Store «Pravo» Publ., 1917. 234 p

⁵ Frank J. Courts on trial: Myth and Reality in American Justice / J. Frank // Indiana Law Journal. 1949. № 114. URL: https://books.google.ru/books?id=UJgmr316SVoC&pg=PA14&hl=ru&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false.

⁶ Комиссаров К. И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства / К. И. Комиссаров. – Свердловск: Издательство Свердловского юридического института, 1971. 167 с.

⁷ Интервью с Председателем Конституционного Суда Российской Федерации Валерием Дмитриевичем Зорькиным // Юрист. 2018. № 12. С. 13.

⁸ Интервью с Председателем Конституционного Суда Российской Федерации Валерием Дмитриевичем Зорькиным // Юрист. 2018. № 12. С. 13.

Подводя итоги можно сказать, что институт судейского усмотрения прочно интегрирован в современный процесс. При этом современное общество, основывающееся на конституционном строе (ст. 16 Конституции РФ), не имеет четких и однозначно общих культурно-идеологических ориентиров¹.

Применение судейского усмотрения зависит главным образом от личности судьи. Судьи же все меньше подвергаются влиянию строгой формы процессуального закона. Благодаря внедрению процессуальной аналогии форма смягчена, а пробелы в ней судья закрывает «своим усмотрением». Данная тенденция социально опасна. Деятельность судебной власти не должна подрывать веру в правосудие, порождать правовой нигилизм в сознании людей.

Кадиева М. Ф.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Актуальные проблемы реализации судебной реформы 2018 года в связи с созданием апелляционных и кассационных судов общей юрисдикции

30 июля 2018 года вступил в силу Федеральный конституционный закон от 29 июля 2018 года № 1-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации» и отдельные федеральные конституционные законы в связи с созданием кассационных судов общей юрисдикции и апелляционных судов общей юрисдикции», в соответствии с которым было создано пять апелляционных судов общей юрисдикции и девять кассационных судов общей юрисдикции².

Апелляционные суды общей юрисдикции рассматривают дела в качестве суда апелляционной инстанции по жалобам, представлениям на судебные акты областных и приравненных к ним судов, принятые ими в качестве суда первой инстанции и не вступившие в законную силу, а также дела по новым или вновь открывшимся обстоятельствам³. Кассационные суды общей юрисдикции рассматривают дела в качестве суда кассационной инстанции по жалобам и представлениям на вступившие в законную силу судебные акты федеральных судов общей юрисдикции и мировых судей, а также дела по новым или вновь открывшимся обстоятельствам.

Основная цель судебной реформы 2018 года – создание условий для независимости судов от региональных органов власти, как следствие – снижение коррупционных рисков в судебной системе Российской Федерации. Эта цель обеспечивается тем, что расположение новых судов не совпадает с административно-территориальным делением РФ. Помимо этого, цель данной реформы – разгрузить суды от огромного количества дел, что позволит повысить эффективность отправления правосудия.

В соответствии с итогами работы судов за 2020 год, которые подвел Верховный суд, «сплошная кассация» показала свою эффективность – процент жалоб по гражданским делам, которые были удовлетворены новыми судами, увеличился с 4 до 13⁴. Несмотря на все преимущества этой реформы, можно выделить проблемные аспекты нововведений.

Как было сказано ранее, одной из целей этой реформы является уменьшение коррупционных рисков, благодаря независимости апелляционных и кассационных судов общей юрисдикции от региональных властей. Однако реформой

¹ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 01.07.2020 № 11-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ, 01.07.2020, № 31, ст. 4398.

² См.: Федеральный конституционный закон от 29.07.2018 № 1-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации» и отдельные федеральные конституционные законы в связи с созданием кассационных судов общей юрисдикции и апелляционных судов общей юрисдикции» // Собрание законодательства РФ. 30.07.2018. № 31. Ст. 4811.

³ См.: Федеральный конституционный закон от 07.02.2011 № 1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 14.02.2011. № 7. Ст. 898.

⁴ См.: URL: http://www.supcourt.ru/press_center/mass_media/29651/ (дата обращения: 07.03.2021).

не была решена следующая проблема. В соответствии со статьями 23.7 и 23.15 Федерального конституционного закона от 07.02.2011 № 1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации», председатели апелляционных и кассационных судов общей юрисдикции назначаются на должность сроком на 6 лет¹. Их переназначение возможно неограниченное количество раз. Справедливо возникает опасение, что из-за несменяемости председателей судов зависимость рядовых судей от своего руководства будет только расти². У председателей судов сохранится возможность по-прежнему давить на решения, которые будут выносить судьи³. Данная проблема может привести к возникновению новых коррупционных схем. Это первый проблемный аспект, который ставит под сомнение результативность данной реформы.

Вторая проблема, которая так и не была в полном объеме решена нововведениями – загруженность судов. В рамках реформы апелляционные суды общей юрисдикции рассматривают жалобы на решения областных и приравненных к ним судов, принятые в качестве суда первой инстанции. Кассационные суды общей юрисдикции рассматривают кассационные жалобы на решения нижестоящих судов. Действительно, это способствует «разгрузке» судов, однако проблема загруженности мировых судей и районных судов не была решена. А по статистике, приведенной самим же Верховным Судом РФ в пояснительной записке к законопроекту, наиболее остро стоит вопрос загруженности количеством дел именно мировых судей и районных судов⁴. Исходя из этого, для решения проблемы загруженности судов, представляется наиболее целесообразным увеличение штата действующих мировых судей и районных судов, что позволит уменьшить количество дел, приходящихся на одного судью.

Кроме того, реализация принципа «отдельный суд для каждой инстанции» была произведена непоследовательно, так как, несмотря на пересмотр системы в отношении апелляционной и кассационной инстанций, вторая кассация и надзор в отношении всех категорий дел по результатам реформы так и остались сосредоточены в Верховном Суде РФ⁵.

Третий проблемный аспект судебной реформы 2018 года – непропорциональность деления судебных округов, на которые распространяются полномочия новых апелляционных и кассационных судов общей юрисдикции. Так, практически 2/3 территории России закреплено за единственным Пятым апелляционным судом общей юрисдикции. Это влечет за собой, во-первых, слишком большое расстояние от регионов до суда, как следствие – увеличение судебных расходов лиц, участвующих в деле, а во-вторых, осложнение проведения судебных заседаний в связи с большой разницей в часовых поясах⁶. Помимо этого, не стоит забывать о такой проблеме, как не вполне развитая транспортная инфраструктура многих регионов России. Все вышеперечисленные факторы в совокупности приводят к ограничению доступа граждан к правосудию.

Эту проблему можно решить благодаря использованию системы видео-конференц-связи. Однако, во-первых, не всегда суды технически оснащены необходимым оборудованием, а во-вторых, в России есть регионы, в которых Интернет работает с существенными перебоями. На пленарном заседании Совета судей на недостаточное использование судами цифровых технологий также обращал внимание председатель Совета судей Виктор Момотов⁷.

Для решения проблемы непропорциональности деления судебных округов следует обратиться к зарубежному опыту. Так, в США судебные коллегии периодически выезжают для рассмотрения дел в другие населенные пункты округа⁸. Американские судьи постоянно не находятся на одном месте в офисе по месту дислокации суда, а

¹ См.: Федеральный конституционный закон от 07.02.2011 № 1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 14.02.2011. № 7. Ст. 898.

² См.: Пронина М. П. проблемы реформирования институтов апелляции и кассации // Вестник Российского университета кооперации. 2018. № 4 (34). С. 130–135.

³ См.: там же.

⁴ См.: Коршунов Ю. А. Создание апелляционных и кассационных судов: некоторые итоги масштабной реформы // Юридическая наука. 2019. № 4. С. 71–75.

⁵ См.: там же.

⁶ См.: Тимофеева, Е. А. Проблемные аспекты проведённой реформы по созданию в системе судов общей юрисдикции новых апелляционных судов непосредственный // Молодой ученый. 2020. № 24 (314). С. 343–346.

⁷ См.: URL: <https://pravo.ru/story/228106/> (дата обращения: 07.03.2021).

⁸ См.: Коршунов Ю. А. Зарубежный опыт создания апелляционных судов: на примере Соединенных штатов Америки и Французской Республики // Юридическая наука. 2019. № 2. С. 45–51.

перемещаются по округу, пересматривая дела там, где это в настоящий момент нужно¹. Не граждане идут за судьями, а судьи сами приходят к гражданам. Благодаря этому, решается проблема доступа граждан к правосудию.

В соответствии со статьями 23.1 и 23.9 ФКЗ от 07.02.2011 № 1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» в составе апелляционного суда общей юрисдикции и кассационного суда общей юрисдикции может быть образовано постоянное судебное присутствие, расположенное вне места постоянного пребывания суда². Однако этот институт недостаточно развит в российской судебной системе, поэтому для его совершенствования предлагается перенять зарубежный опыт организация работы судов.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что реформа 2018 года положительно сказалась на судебной системе РФ, однако существуют определенные проблемы, которые необходимо решить. Для устранения данных недостатков предлагается, во-первых, увеличить штат мировых судей и районных судов, во-вторых, устранить возможность зависимости рядовых судей от своего руководства, в-третьих, развить институт постоянного судебного присутствия в России. Эти проблемные аспекты требуют их корректировки со стороны законодателя, в том числе с учетом имеющегося опыта зарубежных стран.

Калашьян А. А.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Роль и место решений высших судебных инстанций в цивилистическом судопроизводстве

На сегодняшний день юридическая наука не может дать единого ответа на вопрос о месте и роли судебного прецедента в системе источников российского права. Так, некоторые ученые отвергают идею включения решений судебных органов в число источников права в силу того, что руководящие разъяснения Верховного Суда РФ в части содержания отдельных процессуальных норм, их конкретизации, детализации или преодоления пробелов в правовом регулировании с использованием аналогии закона или права – исключительно акты толкования норм права, а никак не его источник³. Другие ученые, напротив, признавая влияние актов высшей судебной инстанции на регулирование общественных отношений, указывают на возможность их признания в качестве источника права, отмечая при этом их вспомогательный, дополнительный характер по отношению к нормативному правовому акту⁴.

Для ответа на вопрос о месте и роли судебного прецедента в системе источников гражданского процессуального права представляется целесообразным разграничивать такие понятия, как «судебный прецедент» и «судебная практика». Не останавливаясь подробно на многочисленных спорах относительно различий указанных терминов, отметим, что в целях настоящей работы под судебной практикой предлагается понимать «совокупность всех судебных постановлений, принятых судами при рассмотрении и разрешении конкретных дел, представляющую собой обобщенный результат правоприменительной деятельности судов разного уровня»⁵.

Судебный прецедент, в свою очередь, в рамках данного исследования представляет собой «опыт применения законодательства, выраженный в решениях высших судебных органов по конкретным делам, имеющим принципиальный характер и поэтому наиболее остро отражающим спорные вопросы применения закона, вызывающие затруднения у нижестоящих судов, а, следовательно, создающий образец толкования нормы, выработку определенного положения о применении нормы права по аналогичным делам, а также опыт применения законодательства,

¹ См.: там же.

² См.: Федеральный конституционный закон от 07.02.2011 № 1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 14.02.2011. № 7. Ст. 898.

³ См., например: Боннер А. Т. Источники советского гражданского процессуального права. М., 1977. С. 19.

⁴ См., например: Васильковский Е. В. Учебник гражданского процесса. М., 1917. С. 14

⁵ Самсонов Н. В. К вопросу о месте и значении судебной практики и судебного прецедента в отечественном гражданском процессуальном праве // Вестник СПб.ГУ. Серия 14 : Право. 2019. № 2. С. 297.

выраженный в особых актах судебных органов (постановлениях Пленума Верховного Суда РФ), в которых данные практики обобщенно, вторично формулируются в виде конкретизирующих норм предписаний»¹.

Таким образом, именно акты высших судебных органов могут быть рассмотрены нами в качестве судебного прецедента, судебная же практика, будучи лишь совокупностью судебных актов, в связи с изложенным выше по объективным причинам источником гражданского процессуального права быть не может.

Как было отмечено ранее, юридическая наука, в том числе цивилистическая, не дает четкого ответа на вопрос о наличии судебного прецедента в числе источников российского права. Тем не менее, выделим основные позиции, обосновывающие возможность и невозможность отнесения судебного прецедента к источникам гражданского процессуального права.

Говоря о сторонниках позиции возможности включения судебного прецедента в число источников гражданского процессуального права, отметим, что российское законодательство не содержит ни указаний на судебный прецедент как на источник права, ни ограничений его включения в их число. Более того, статья 392 Гражданского процессуального кодекса РФ, статья 311 Арбитражного процессуального кодекса РФ содержит такое основание пересмотра судебных постановлений, вступивших в законную силу, как «определение либо изменение в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации или постановлении Президиума Верховного Суда Российской Федерации практики применения правовой нормы, если в таком постановлении содержится указание на то, что сформулированная в нем правовая позиция имеет обратную силу применительно к делам со сходными фактическими обстоятельствами»², что, безусловно, говорит о влиянии, оказываемым судебным прецедентом на регулирование общественных отношений.

Помимо указанного выше, особого внимания заслуживают положения Постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 30 июня 2020 г. № 12 и № 13³. Так, суд апелляционной инстанции, проверяя правильность применения судом первой инстанции норм материального и процессуального права, суд кассационной инстанции, проверяя правильность применения судами первой и апелляционной инстанций норм материального и процессуального права «применительно к части 4 статьи 170 АПК РФ устанавливают, соответствуют ли выводы судов практике применения правовых норм, определенной постановлениями Пленума Верховного Суда Российской Федерации и сохранившими силу постановлениями Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по вопросам судебной практики, постановлениями Президиума Верховного Суда Российской Федерации и сохранившими силу постановлениями Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, а также содержащейся в обзорах судебной практики, утвержденных Президиумом Верховного Суда Российской Федерации»⁴. Фактически данными положениями Верховный Суд РФ обязал нижестоящие судебные инстанции придерживаться практики, выработанной им же и ныне упраздненным Высшим Арбитражным Судом РФ, закрепив тем самым элементы судебного прецедента в системе российского права.

Переходя к рассмотрению вопроса невозможности отнесения судебного прецедента к источникам гражданского процессуального права, отметим следующие позиции. Так, В.В. Молчанов отмечает, что положения, содержащиеся в актах Верховного Суда РФ источниками права не являются, поскольку они лишь конкретизируют и разъясняют

¹ Там же.

² Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 18.11.2002. № 46. Ст. 4532 ; Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 29.07.2002. № 30. Ст. 3012.

³ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 30.06.2020 № 12 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции» // Российская газета. № 156. 17.07.2020; Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 30.06.2020 № 13 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде кассационной инстанции» // Российская газета. № 156. 17.07.2020.

⁴ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 30.06.2020 № 12 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции» // Российская газета. № 156. 17.07.2020; Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 30.06.2020 № 13 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде кассационной инстанции» // Российская газета. № 156. 17.07.2020.

действующие нормы права, хотя и оказывают при этом регулирующее воздействие на правоприменительную деятельность¹. Д.А. Туманов, в свою очередь, также отрицая принадлежность судебного прецедента к источникам российского гражданского процессуального права, расценивает акты высших судебных органов как «нормы о нормах» или как «прецедент правоприменения»². Под последним при этом понимаются «выраженные в актах высших судебных инстанций позиции по решению того или иного юридического вопроса (например, о применении процессуальной аналогии), которые рассматриваются нижестоящими судами как образец при решении этих вопросов в последующем»³.

Более того, еще в 1998 году Конституционный Суд РФ в своем Постановлении от 16 июня 1998 г. № 19-П «О толковании отдельных положений статей 125, 126 и 127 Конституции Российской Федерации» отметил, что «только Конституционный Суд Российской Федерации выносит официальные решения, имеющие общеобязательное значение», в то время как «решения судов общей юрисдикции и арбитражных судов не обладают такой юридической силой. Они не обязательны для остальных судов по другим делам, так как суды самостоятельно толкуют подлежащие применению нормативные предписания, следуя при этом Конституции Российской Федерации и федеральному закону»⁴.

Тем не менее, особого внимания заслуживает тот факт, что в 2010 году Конституционный Суд РФ вынес иное постановление, в котором пришел к выводу, что такое основание для пересмотра вступившего в силу судебного акта, как формирование по делу определенной правовой позиции (в отношении ныне упраздненного Высшего Арбитражного Суда РФ) не противоречит Конституции РФ, а также, что на основании правовых позиций высших судебных инстанций могут не только пересматриваться уже вынесенные по конкретному делу судебные акты, но также разрешаться и «будущие» дела⁵. Этим постановлением Конституционный Суд указал на наличие в российской правовой системе судебного прецедента как источника права.

Таким образом, исходя из всего вышеизложенного, отметим, что существующие разногласия в вопросе отнесения судебного прецедента к источникам гражданского процессуального права, в том числе ввиду отсутствия формального закрепления судебного прецедента в числе таковых, пока не могут быть устранены цивилистической наукой. Тем не менее, нельзя отрицать тот факт, что на сегодняшний день судебный прецедент приобретает все более существенное значение в гражданском процессуальном праве, что подтверждается правовыми позициями как Конституционного Суда РФ, так и Верховного Суда РФ, и, как следствие, расширяет возможности рассмотрения судебного прецедента в качестве источника гражданского процессуального права.

Кириченко В. В.

*Всероссийский государственный университет юстиции (РПА Минюста России),
магистрант*

Судебные расходы при рассмотрении дел по групповым искам: основные вопросы

Основная цель процедуры рассмотрения дел по групповым искам состоит в том, чтобы упростить доступ к судебной защите большим группам лиц, предъявляющих однородные требования, предоставив им возможность

¹ Гражданский процесс : учебник (5-е издание, переработанное и дополненное) / под ред. М. К. Треушникова. М. : Статут, 2014. С. 28.

² См.: Туманов Д. А. Пробелы в гражданском процессуальном праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва. 2007. С. 9–10.

³ Там же.

⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 16.06.1998 № 19-П «По делу о толковании отдельных положений статей 125, 126 и 127 Конституции Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. № 25. 22.06.1998. Ст. 3004.

⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 21.01.2010 № 1-П «По делу о проверке конституционности положений части 4 статьи 170, пункта 1 статьи 311 и части 1 статьи 312 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами закрытого акционерного общества «Производственное объединение «Берег», открытых акционерных обществ «Карболит», «Завод «Микропровод» и «Научно-производственное предприятие «Респиратор» // Собрание законодательства РФ. 08.02.2010. № 6. Ст. 699.

объединять усилия и совместно добиваться защиты прав, прежде всего в случаях, когда отдельными исками интерес каждого не может быть эффективно защищен.

Довольно важным обстоятельством в таком судебном процессе являются судебные расходы. Безусловно, производство по групповым искам – это большой, трудоёмкий процесс, который довольно часто означает существенные затраты на экспертизы, которых может быть несколько, переводчиков, и специалистов. Складывается закономерный вопрос, как это финансируется?

Частью 1 Статьи 244.27 Гражданского процессуального кодекса (далее – ГПК РФ) предусмотрено, что лицо, которое ведет дело в интересах группы лиц, и лицо (лица), присоединившееся к требованию о защите прав и законных интересов группы лиц, вправе заключить в нотариальной форме соглашение, которое определяет порядок несения его сторонами судебных расходов (соглашение группы лиц). Требования об изменении и о расторжении соглашения группы лиц могут быть предъявлены только в суд, который рассматривает дело о защите прав и законных интересов группы лиц¹.

Соглашение группы лиц об определении порядка несения судебных расходов – это официальный документ, удостоверяемый в нотариальной форме, в соответствии с которым все участники группового производства определяют порядок несения судебных расходов. Это соглашение является актуальным как для истцов с незначительным, несущественным размером требований, ради которого затевать самостоятельный судебный процесс зачастую нецелесообразно (получение компенсаций за задержку вылета самолета: обращаться в суд с самостоятельным иском долго и дорого), так и для истцов по серьезным, трудно затратным делам (о причинении вреда экологическими катастрофами). В настоящее время такие дела рассматриваются длительное время, требуют большого количества дорогостоящих экспертиз, так что для одного пострадавшего судебный процесс опять же нецелесообразен, а для участников коллективного иска – вполне. Безусловно, групповые иски актуальны и по делам о возмещении вреда в результате несчастных случаев с большим количеством жертв, например, техногенных, авиа- и дорожно-транспортных катастроф, терактов².

Однако, заключенное соглашение еще не означает, что дело с судебными расходами решено окончательно. На практике нередко возникает ситуация, в которой одним участников инициируется несколько судебных экспертиз, но заключения экспертов были отклонены как недостоверные и в иске было отказано, должны ли лица, присоединившиеся к групповому иску, нести такие расходы?

В соответствии с частью 2 ст. 244.27 ГПК РФ в случае заключения группой лиц соглашения, суд после распределения судебных расходов по правилам, установленным главой 7 ГПК РФ, решает вопрос об отнесении на лиц, присоединившихся к требованию о защите прав и законных интересов группы лиц, судебных расходов в соответствии с заключенным между ними соглашением либо в случае, если решение по делу о защите прав и законных интересов группы лиц принято в пользу группы лиц, о взыскании судебных расходов в пользу лиц, присоединившихся к требованию о защите прав и законных интересов группы лиц, которые понесли эти расходы в соответствии с условиями такого соглашения.

Следовательно, суд самостоятельно не может распределять судебные расходы без учета соглашения, что может стать камнем преткновения в вышеописанной ситуации. Законодательно данное обстоятельство по-прежнему остается неурегулированным.

Еще один значимый с точки зрения доступа к правосудию вопрос требует внимания – о распределении судебных расходов в случае, если групповой иск будет проигран. Так, по общему правилу, при отказе в удовлетворении требований судебных расходы должны распределяться между всеми участниками группы – это может поставить под угрозу возможность предъявления иска в защиту интересов группы малоимущих граждан, которые будут опасаться предъявлять иск из-за риска выплат обременительных для них сумм в случае неуспеха дела. В таком случае из

¹ «Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации» от 14.11.2002 № 138-ФЗ (ред. от 08.12.2020, с изм. от 12.01.2021)

² Статья: Групповые иски в цивилистическом процессе России (Ярков В., Кудрявцева Е., Малешин Д., Туманов Д., Смола А., Володарский Д., Суторин Н., Кондрашов И., Бирюков В., Бевзенко Р., Авилкин В., Фаст И., Молчанов А.) («Закон», 2019, № 8)

инструмента, облегчающего судопроизводство, доступ к нему и финансовую составляющую, групповой иск может превратиться в недоступное и дорогое удовольствие. Например, в ситуации, где группа жителей поселка решает вопрос, предъявить ли иск к крупному хозяйствующему субъекту, нанесшему ущерб окружающей среде, в которой они проживают, или даже их здоровью, перспектива проиграть иск и возмещать судебные расходы ответчика будет вызывать у них серьезные сомнения в том, стоит ли обращаться в суд¹.

В данном случае, подобные ситуации следуют тщательному разбору со стороны законодателя, и разрешать ее надо на основании принципа состязательности, но прежде всего с учетом интересов защиты публичного интереса подобными исками. Как один вариант, это возложение судебных расходов ответчика разумно на истца в небольшом, заранее установленном законом размере, так как полное освобождение от несения таких расходов противоречит принципам гражданского судопроизводства.

Таким образом, новый институт группового производства в гражданском процессе все ещё остается не идеальным. Конечно, в целом, появление подобной возможности участия в судебном процессе является большим шагом навстречу, но требует детальной проработки законодателем некоторых важных вопросов, чтобы обеспечить еще более открытый и простой доступ к правосудию.

Князева А. С.

*Уральский государственный юридический университет,
студент*

Необходимое примирение: «второе дыхание» медиации

Роль медиативных процедур в современном гражданском процессе. Медиативные процедуры – «жемчужина» разрешения конфликтов в судебном, в том числе и гражданском, процессе. Несомненная важность проведения и развития медиации в российском цивилистическом процессе отмечалась ведущими учёными-процессуалистами². Особо стоит отметить, что именно медиация позволяет в ходе судебного разбирательства достичь гармонизации социальных отношений, найти «золотую середину», приемлемую для спорящих сторон. Кроме того, данная процедура может иметь и превентивный эффект – в случае заключения досудебного медиативного соглашения, а также заключения такого соглашения у нотариуса, что позволит также придать документу силу исполнительного листа.

Новеллы в медиативных процедурах. В настоящее время Министерством юстиции Российской Федерации (далее – Минюст РФ) подготовлен проект Федерального закона «Об урегулировании споров с участием посредника (медиации) в Российской Федерации»³, предусматривающий глубинные новеллы в сфере медиативных процедур. В планах заменить действующий Федеральный закон 27 июля 2010 года № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)».

Законопроект предусматривает более детальную регламентацию проведения медиации, вводит определённую дифференциацию примирительных процедур, что, на мой взгляд, является его безусловным достоинством. Эффективность медиации напрямую зависит от уровня образования, опыта, навыков медиатора, поскольку именно медиатор является флагманом всей процедуры. Конечно же, сами стороны также активно участвуют в обсуждении всех

¹ Доступ к правосудию больших групп лиц (Лукьянова И. Н.) («Законы России: опыт, анализ, практика», 2018, № 9)

² Ярков В. В. Минимальные стандарты досудебного урегулирования и примирительных процедур (постановка вопроса) // Закон. 2012. № 2/3. С. 45–50 ; Загайнова С. К. О комплексном подходе к развитию медиации в России // Закон. 2013. № 3. С. 51 ; Носырева Е. И. О тенденциях развития практики медиации в России // Третейский суд. 2015. № 2/3. С. 135–141 ; Загайнова С. К. Концепция создания российской системы примирительных процедур: основные идеи // Арбитражный и гражданский процесс. 2018. № 7. С. 51–55 ; Загайнова С. К. Совершенствование института примирения в гражданском процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2019. № 7. С. 24–28 ; Ярков В. В. Медиация и нотариат: «долгая дорога в дюнах» // Судебные и несудебные формы защиты гражданских прав : сборник статей к юбилею Е. И. Носыревой / отв. ред. Д. Г. Фильченко. М. : Инфотропик Медиа, 2020. С. 287–293.

³ https://www.advgazeta.ru/upload/medialibrary/3a9/Zakon_o_mediatsii_ot_MinYUsta.pdf

нюансов, но поиск компромиссных направлений и конечных решений осуществляется именно медиатором. В связи с этим дифференциация процедур, учитывающая особенности различных категорий споров, становится более привлекательной для сторон. Нить дифференциации медиативных процедур, заложенная в анализируемом законопроекте, не должна прерываться. Говоря о тенденциях и перспективах медиативных процедур в гражданском процессе, хочется отметить необходимость дальнейшего разграничения медиации в зависимости от категории споров. Кроме того, для повышения эффективности поведения примирения представляется рациональным введение условия наличия опыта участия/примирения медиатора в той или иной категории споров, поскольку каждый вид спора многогранен, а каждый спор – по-своему уникален. Необходимый опыт и навыки медиатора позволят как проанализировать все особенности конфликта, так и найти скорейший путь к медиативному соглашению.

Дифференциация медиации напрямую касается и гражданского процесса. В рассматриваемом проекте Минюста РФ особое внимание уделено медиации в гражданских, семейных, трудовых спорах, а также спорах о защите прав потребителей¹. Выделение данных категорий для проведения медиации предполагает повышение роли медиации в урегулировании конфликтов в этих сферах, увеличение количества медиативных соглашений. Выбор именно этих категорий логичен, поскольку именно в таких спорах наиболее часто заключаются медиативные соглашения².

Медиация в семейных спорах. В части семейных споров значимость медиации обсуждалась на международном уровне³. Так, рекомендации по имплементации медиации в семейных спорах были изложены в отдельной Рекомендации (CE Рек(98)1Е) Совета Европы. Особое значение придаётся бракоразводным процессам при наличии несовершеннолетних детей. Подобная тенденция прослеживается в рассматриваемом законопроекте.

Настоящим переворотом в сфере медиативных процедур в рамках гражданского процесса является попытка введения обязательной медиации по бракоразводным делам в случае наличия несовершеннолетних детей⁴. Действительно, в таких конфликтах заложена глубокая, тонкая психологическая ткань, поэтому архиважно учитывать все нюансы, все детали хрупких отношений, учитывая при этом интересы не только спорящих сторон, но и их несовершеннолетних детей. С правовой точки зрения урегулирование такого конфликта и достижение консенсуса возможно. Однако подготовкой соглашения сторон должен заниматься медиатор-профессионал. Уникальность медиатора заключается в том, что он соединяет в себе и юридический, и психологический функционал. Синкретизм, неразрывная связь юридического и психологического начал является первопричиной высокого медиативного потенциала в рамках гражданского процесса. Обязательная медиация – это тот ключик, с помощью которого станет возможным повысить, во-первых, интерес к медиации, а во-вторых – её роль в гражданском процессе.

Медиативные процедуры в трудовых спорах. В отдельную категорию по проведению примирительных процедур законодатели выделили трудовые споры. Примирение с помощью медиатора в трудовых спорах активно используется во французской системе⁵. Велика роль медиатора и в Великобритании. По моему мнению, такой путь представляется верным. Во-первых, как и в других спорах, проведение медиации позволит снизить нагрузку на российскую судебную систему, во-вторых – что характерно именно для трудовых споров – сохранить «атмосферу трудового коллектива, доверительные отношения с коллегами и с работодателями»⁶. Полагаю, введение обязательной медиации в данной категории споров будет выгодно как работнику, так и работодателю.

¹ ст. 23-26 проекта Федерального закона «Об урегулировании споров с участием посредника (медиации) в Российской Федерации»

² Например, по отчётным данным Свердловского областного суда: URL: <http://usd.svd.sudrf.ru/modules.php?name=stat&id=69>

³ Веняляйнен М. Медиация и юридическая помощь в трансграничных семейных спорах // Семейное и жилищное право. 2014. № 1.

⁴ ст. 24 проекта Федерального закона «Об урегулировании споров с участием посредника (медиации) в Российской Федерации»

⁵

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006072050/LEGISCTA000018486165/#LEGISCTA000018534840

⁶ Лескина Э. И. Перспективы и проблемы деятельности судебных примирителей и медиаторов при урегулировании трудовых споров // Арбитражный и гражданский процесс. 2019. № 4.

Медиация в спорах по защите прав потребителей. В данной категории споров медиация использовалась с самого зарождения медиации в России¹. В то же время споры с участием потребителей зачастую решаются во внесудебном порядке². Велика роль такого урегулирования споров по защите прав потребителей в сфере финансовых услуг³. В онлайн-пространстве внесудебное решение возникшего конфликта также является довольно популярным⁴. Подобное «примирение» осуществляется на специальной платформе путём обсуждения различных деталей спора⁵. Такой способ решения конфликта нельзя назвать совершенным. На мой взгляд, урегулирование спора с помощью профессионального медиатора позволит достичь более транспарентного, эффективного решения, нежели разрешение того же спора на подобных платформах. Квинтэссенцией эффективности примирения в данном случае могло бы стать введение обязательной медиации в спорах по защите прав потребителей.

Нотариат и медиация. Наличие медиативных функций у нотариуса неоднократно отмечалось в российской доктрине⁶. В проекте Федерального закона «Об урегулировании споров с участием посредника (медиации) в Российской Федерации» медиативный потенциал нотариата, который может использоваться для примирения в рамках гражданского процесса, не учитывается. Большинство споров, рассматриваемых в судах общей юрисдикции, в том числе вышеупомянутые семейные, трудовые и иные споры, представляется возможным разрешать через систему нотариата в силу наличия у нотариуса всех качеств, необходимых профессиональному медиатору.

Заключение. Обязательная медиация – наиболее результативный способ достижения компромисса в судебном споре. Анализируемый в настоящей статье проект можно было бы считать настоящим переворотом в сфере медиативных процедур, однако на данный момент, к сожалению, не учтены многие нюансы, повышающие продуктивность проведения примирительных процедур, а также – что самое важное – не принят во внимание нотариальный потенциал в медиативных процедурах. На мой взгляд, именно продвижение по такому пути выведет медиацию на новый – высочайший – уровень. В то же время данный законопроект «оживляет» медиацию, делает её более гибкой и комфортной для сторон гражданского процесса. Всё это с уверенностью позволяет сказать, что приведённые новеллы – «второе дыхание» медиации.

Корякова Е. А.

*Уральский филиал Российского государственного университета правосудия,
студент*

Электронные документы как доказательства в гражданском судопроизводстве

Вот уже двадцать лет, как начался и продолжается век информационных технологий. Каждый день, человек находится в информационном потоке со стороны средств массовой информации, интернета, различных рекламных интеграции. Можно смело сказать, что информационные технологии и «электронная торговля» затрагивают каждую сферу жизнедеятельности человека, не исключение и политическая сфера, в частности право. В настоящее время, технологии широко используются в юриспруденции и судебной системе Российской Федерации. В целях

¹ Справка о практике применения судами Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» за период с 2013 по 2014 г. (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 01.04.2015) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 6.

² Чельшев М. Ю., Валеев Д. Х. О совершенствовании судебного и внесудебного порядков защиты прав потребителей // Законы России: опыт, анализ, практика. 2010. № 5. С. 16–20. Досудебное урегулирование споров предусматривает и п. 6 ст. 13 Закона РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей».

³ Свирин Ю. А. Процессуальные предпосылки права на предъявление иска // Современное право. 2020. № 2.

⁴ E-commerce и взаимосвязанные области (правовое регулирование) : сборник статей // (рук. авт. кол. и отв. ред. М. А. Рожкова // Статут. 2019.

⁵ Например, на платформе программы ODR eBay: URL: <https://resolutioncenter.ebay.com/ru/ru-ru/>

⁶ Ярков В. В. Нотариат и медиация: постановка вопроса // Третейский суд. 2005. № 5. С. 151 ; Ярков В. В., Ренц И. Г. Действительность принципов нотариата в XXI веке: новые вызовы // Закон. 2019. № 7 ; Ярков В. В. Медиация в нотариальной деятельности: новые возможности и их пределы // Нотариус. 2020. № 1.

информатизации деятельности системы Судебного департамента при Верховном Суде РФ и деятельности федеральных судов общей юрисдикции была введена в действие Государственная автоматизированная система «Правосудие»¹. Для арбитражных судов действует аналогичная система – «Арбитр».

В российском законодательстве, предусмотрено, что с помощью систем видео-конференц-связи судебные заседания могут проводиться в режиме реального времени, согласно ст. 151.1 ГПК РФ. Правовые нормы ст. 230 ГПК РФ предусматривают, что в процессе судопроизводства ведется аудиопотоколирование, это еще раз доказывает, что электронные технологии широко применяются в судебной сфере.

Изучая судебную практику, можно заметить, что в настоящее время в качестве одного из средств доказывания используется электронный документ. С помощью документов данного типа повышается эффективность доказывания в гражданском судопроизводстве. Согласно п. 11.1 ст. 2 ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» документированная информация, представленная в электронной форме, является электронным документом. С помощью электронно-вычислительных машин, информация, содержащаяся в них, становится пригодной для восприятия человеком. Несмотря на законодательное закрепление определения электронного документа, в правоприменительной практике возникает множество вопросов. Большинство из них связано с определением электронного документа как доказательства, его характерных черт и признаков.

В статье 71 ГПК РФ письменными доказательствами являются документы, полученные посредством факсимильной, электронной связи в форме, цифровой, графической записи, но несмотря на это, существуют различные подходы к определению электронного документа как доказательства.

Ряд ученых определяет электронные доказательства как письменные, основываясь на прямом указании закона (ст. 71 ГПК РФ). По мнению Вершинина А.П. электронные доказательства можно отнести как к вещественным, так и к письменным доказательствам. Электронный документ можно считать письменным доказательством если в нем имеются мысли т.е суждения, умозаключения человека, которые имеют доказательственное значение; приобщая к вещественным доказательствам, документ будет представлять собой: «фотоснимок либо иное отражение реальной действительности, которое не содержит мысль»². Третья точка зрения заключается в том, чтобы выделить электронные средства доказывания и в частности электронные документы в обособленную, самостоятельную группу. По мнению М.В.Горелова, «электронные документы в гражданском судопроизводстве имеют отличительные признаки и не только форму, но и особый процесс создания и закрепления информации на материальном носителе»³. Разделяет эту точку зрения Е.А. Нахова, она считает: «электронные доказательства обладают иной правовой природой, нежели письменные и вещественные доказательства. Общим признаком, свидетельствующим о допустимости и достоверности электронных доказательств, предлагается считать возможность идентификации автора, от которого исходит электронное доказательство»⁴.

В настоящее время, российское законодательство предусматривает способ оформления электронного документа, при соблюдении которого, суд признает такой документ допустимым и приобщит его к материалам дела в качестве доказательства. Для признания судом данного документа допустимым, он должен содержать электронную цифровую подпись⁵. М.Д.Олегов, предлагает свой способ проверки достоверности документа, он считает: «для определения истинности документа, посредством электронной почты, возможно исследование в судебном заседании с помощью

¹ Приказ Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации от 18 апреля 2012 г. № 90.

² Вершинин А. П. Электронный документ: правовая природа и доказательства в суде. М. : Городец, 2000. С. 106 // URL: <https://www.prlib.ru/item/463081> (дата обращения: 29.01.2021)

³ Горелов М. В. Электронные доказательства в гражданском судопроизводстве России: вопросы теории и практики : автореф. канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005. С. 9.

⁴ Нахова Е. А. Проблемы электронных доказательств в цивилистическом процессе // Ленинградский юридический журнал. 2015. № 4. С. 310.

⁵ Федеральный закон «Об электронной подписи» от 06.04.2011 № 63-ФЗ (ред.от 08.06.2020) // Собрание законодательства РФ. 2011. № 15. Ст. 2036.

привлеченного судом специалиста электронного документа не на магнитном носителе (диске), а непосредственно на компьютере получателя»¹.

В качестве подтверждения того, что в настоящее время электронные документы являются неотъемлемой составляющей судопроизводства, ознакомимся с Постановлением Арбитражного суда Северо-Западного округа от 25 марта 2016 г. по делу № А56-19748/2015. ООО «ТНП Групп» обратилось в суд с иском к ООО «Новострой» о взыскании задолженности по оплате работ по договору подряда. При заключении договора, стороны предусмотрели условие, по которому подрядчик должен уведомить заказчика о сдаче результата работы. После получения соответствующего уведомления в течение трех дней заказчик обязан осмотреть и принять результат выполненной работы. Из материалов дела, следует, что данное электронное письмо было направлено истцом 24.11.2014, истец направил по электронной почте уведомление о вручении документов, счета и счет – фактуры. 26 ноября 2014 г. данные документы заказчиком так и не были подписаны. Таким образом, считая, что ООО «Новострой» уклонилось от исполнения своих обязательств, ООО «ТНП Групп» обратилось с иском в суд. Изучив все данные, суд приходит к решению полностью удовлетворить исковые требования. Не согласившись с решением суда, дело было отправлено на рассмотрение кассационной инстанцией. Изучив материалы дела, Кассационный суд приходит к следующим выводам.

Апелляционный суд, пришел не к правильному решению, отказав во взыскании с ответчика суммы задолженности за выполнение работ. Данное решение суд вынес по следующим основаниям: во-первых, суд посчитал, что направленные подрядчиком акты выполненных работ с помощью электронного письма является ненадлежащим доказательством; во-вторых, акты выполненных работ не были приняты заказчиком. По решению суда, электронное письмо, направленное истцом, является ненадлежащим извещением подрядчика о готовности работы. Кассационным судом было принято решение изменить постановление апелляционного суда. Суд в качестве обоснования своей позиции указал, что способ уведомления электронным способом о готовности сдачи результата работы был предусмотрен условиями договора, заключенного между подрядчиком и заказчиком².

Таким образом, мы можем сделать вывод, что зачастую в правоприменительной практике возникают трудности в признании электронного документа в качестве допустимого и достоверного доказательства, что затрудняет приобщать такие документы к материалам дела.

Проанализировав нормы гражданского и гражданско-процессуального права, рассмотрев судебную практику, мы можем сделать вывод, что электронные доказательства получают широкое распространение в гражданском судопроизводстве. Необходимо ввести в ГКП РФ норму, устанавливающую требования к электронным доказательствам с целью приобщения их к материалам дела, для того, чтобы устранить пробелы в гражданско – процессуальном законодательстве и выделить электронные доказательства в отдельную самостоятельную группу.

Кулакова Е. А.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Право на обращение в суд по групповым искам в гражданском процессе России, США, Швеции

Институт групповых исков в гражданском процессуальном праве России – одно из нововведений судебной реформы 2019 года. До вступления в силу Федерального закона от 18.07.2019 № 191-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»³ групповое производство уже закрепилось в Арбитражном процессуальном кодексе РФ (с 2010 года) и Кодексе административного судопроизводства РФ (с 2015 года). Однако более подробную регламентацию получило только в 2019 году. Но по оценкам некоторых учёных-процессуалистов

¹ Седельникова Д. В. Проблемы применения электронного доказательства в гражданском и арбитражном процессах // Правопорядок: история, теория, практика. 2017. № 2. С. 33.

² Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 25 марта 2016 г. № Ф07-2348/2016 по делу № А56-19748/2015 // URL: <http://www.consultant.ru> (дата обращения: 29.01.2021)

³ СЗ РФ. 2019. № 29 (Ч.1). Ст. 3858.

такая «обновленная модель может по ряду причин носить промежуточный характер»¹. В отличие от российского правопорядка, групповое производство в ряде зарубежных стран как англо-американской, так и романо-германской правовых систем – достаточно распространенный механизм защиты прав и законных интересов коллективов.

Одной из первых стран, где закрепился и активно развивается по настоящее время институт групповых исков, признаётся страна общего права – США. Среди стран континентального права успешно заимствовала американскую модель защиты прав группы лиц Швеция, приняв в 2002 году Закон о групповом разбирательстве (Group Proceedings Act)². Анализ норм главы 22³ Гражданского процессуального кодекса РФ (далее – ГПК РФ)³ о групповом производстве позволяет сделать вывод, что Россия, разрабатывая собственную концепцию группового иска, опирается, в том числе, на опыт США и Швеции. В частности, законодательство трёх стран сходным образом раскрывает условия права на обращение в суд по групповым искам. Не исключаются и особенности в каждой из моделей группового производства.

«По правилам вовлечения участников группы в групповое производство»⁴ выделяют две модели групповых исков: «opt-out» и «opt-in»⁵. Групповые иски «opt-out» – это модель, при которой лицу, обладающему правом на предъявление иска по конкретному делу, не требуется подтверждать своё присоединение к группе; её участником оно становится автоматически; предполагается, что решение суда распространяет свою силу на данное лицо, если оно самостоятельно не заявило о выходе из группы. Групповые иски «opt-in» – модель, которая требует от субъекта, обладающего правом на предъявление иска, подтверждения присоединения к группе; до этого момента лицо является лишь потенциальным участником группового производства и решение суда на него не распространяется. Такая модель более формализована и несколько замедляет процесс присоединения к иску. По модели opt-out построено групповое производство в США. Швеция приняла модель opt-in. Ей последовали и законодатели России, закрепив в ст. 244²⁰ ГПК РФ письменную форму подачи заявления о присоединении к требованию о защите прав группы лиц.

В обеих формах можно проследить как достоинства, так и недостатки. Модель opt-out позволяет ускоренно обеспечить возможность защиты прав тех лиц, которые этого желают. Однако автоматически присоединившиеся лица, у которых отсутствует заинтересованность в исходе дела (возможно, считающие спор незначительным и согласившиеся с нарушением со стороны ответчика) для выражения отказа от вступления в процесс должны будут вовремя заявить о выходе из состава группы. Для российской модели гражданского судопроизводства такой порядок противоречит принципу диспозитивности, так как вступление в процесс в большинстве случаев зависит от действий истца и его желания защитить свои права. Групповой иск по модели opt-in, хотя и затягивает процесс присоединения к производству, «является менее радикальным, но правильным при апробировании института, не имевшего ранее аналогов в отечественной правовой системе»⁶. Кроме того, такая модель подтверждает зависимость зарождения и развития гражданского дела от распорядительных действий сторон, а также даёт возможность лицу, желающему присоединиться к процессу, взвесить необходимость и оправданность такого присоединения.

ГПК РФ, Федеральные правила гражданского судопроизводства США (Federal Rules of Civil Procedure)⁷ и Закон о групповом разбирательстве Швеции 2002 года равным образом определяют, что субъектами права на обращение в суд в защиту интересов группы лиц могут быть как граждане, так и организации. Но для возникновения такого права требуется соблюсти совокупность условий.

¹ Звиер П., Ярков В. В. Групповые иски в правовой истории США и России: в поисках оптимальной модели // Вестник гражданского процесса. 2020. № 1. Т. 10. С. 145.

² Group Proceedings Act. URL: https://www.government.se/49d550/contentassets/ee615abb083742e88b9fd4fac8f82183/group-proceedings-act-2002_599.pdf (дата обращения: 24.02.2021)

³ СЗ РФ. 2002. № 146. Ст. 4532.

⁴ См.: Гражданское процессуальное право : учебник : в 2 т. Т. 2. Особенная часть. Производство по отдельным категориям дел / под ред. П. В. Крашенинникова. М. : Статут, 2020. С. 277.

⁵ См.: Там же.

⁶ Малешин Д. Я. Новеллы групповых исков // Журнал российского права. 2020. № 5. С. 98.

⁷ Federal Rules of Civil Procedure. URL: <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iv-parties/rule-23-class-actions/> (дата обращения: 24.02.2021)

Первое условие, которое можно выделить в качестве общего, – сходство фактических обстоятельств, являющихся основанием группового иска. Таким образом, законодательство трех стран требует наличия близких по содержанию или идентичных юридических фактов в материально-правовых отношениях, в силу которых у каждого члена группы возникло право требования, а у ответчика обязанность исполнения данного требования.

Вторым общим условием права на групповую защиту является типичность исковых требований. В российском законодательстве оно охватывает два пункта ГПК РФ и предполагает наличие общих или однородных прав и законных интересов членов группы и использование ими одинакового способа защиты прав. Данные признаки отражают однородность предмета и содержания иска.

Таким образом, вышеперечисленные критерии позволяют говорить о схожести элементов иска как о необходимом условии права на обращение в суд в групповом производстве, что подтверждается судебной практикой¹.

Одним из основополагающих и отличительных условий права на предъявление группового иска является фактор множественности лиц на стороне истца, т.е. наличие группы. Данный критерий в гражданском процессуальном законодательстве России, США и Швеции раскрывается по-разному. В самом общем виде его трактует Закон Швеции, устанавливая в качестве обязательного условия «надлежащую определенность группы». Закон не называет ни минимальной, ни максимальной численности группы, но при этом указывает, что она должна быть определяемой, на основе чего можно сделать вывод, что под групповую защиту не подпадает защита неопределённого круга лиц. Процессуальное законодательство США в критерий многочисленности вкладывает фактор невозможности участия в разбирательстве всех членов группы. Правило 23 также не устанавливает требований к числу её участников. Прослеживается тенденция к защите максимально возможного количества лиц. Более формализованный подход к численности группы содержится в ГПК РФ – к инициатору процесса должно присоединиться не менее 20 лиц. С одной стороны, это правило не даёт суду действовать по собственному усмотрению, что не приведет к злоупотреблениям, например, в отказе в рассмотрении искового заявления по причине малочисленности. С другой стороны, строгая регламентация численности может помешать коллективу выбрать наиболее удачный механизм защиты прав посредством группового производства (например, по действующему ГПК РФ для группы из 18 человек рассмотрение дела не начнётся). Как справедливо отмечает В. А. Колотов, «любое число, указанное в законе, будет страдать определенным субъективизмом»².

В качестве отличительного условия права на обращение в суд в защиту прав группы лиц в Швеции можно выделить критерий целесообразности группового производства и невозможности отстаивать индивидуально интересы лиц, входящих в состав группы, лучше, чем при групповом производстве (приоритетности). На наш взгляд, данные условия в сочетании с «надлежащей определённой численности группы» являются оптимальными для определения права на обращение в суд в защиту прав группы лиц. Поэтому в ГПК РФ помимо уже имеющихся условий, можно было бы закрепить критерий целесообразности и приоритетности, а также заменить формализованное условие о численности группы соответствующим критерием шведского закона.

Несмотря на недавнее появление института групповых исков в России, в ст. 244²⁰ ГПК РФ содержится отсутствующее в законодательстве США и Швеции условие об общем ответчике. Если в отношении основания и предмета иска использовались термины «схожесть» и «однородность», то для определения ответчика не допускается вариативности, что представляется логичным, т. к. предъявление иска к несопадающим ответчикам создаст риск усложнения процесса, увеличения времени разбирательства, что противоречит одной из целей создания механизма групповой защиты – процессуальной экономии.

Общим для предъявления групповых исков в США и Швеции является условие об адекватности защиты истцом-представителем интересов группы лиц, то есть отношение истца-представителя к защите интересов группы как к защите собственных интересов. В российской концепции группового иска данное обстоятельство не стало условием права на обращение в суд. Однако принцип добросовестности предусмотрен ст. 244²² ГПК РФ, посвященной процедуре ведения

¹ См.: Решение Нефтекамского городского суда от 10 июля 2020 г. по делу № 2-333/2020. URL: <https://sudact.ru/regular/doc/nozMDUYsobLC/> (дата обращения: 24.02.2021)

² Колотов В. А. Реформирование института группового иска в российском праве: отдельные вопросы // Актуальные проблемы российского права. 2020. Т. 15. № 7. С. 70.

дел в интересах группы, что представляется обоснованным, поскольку фактор добросовестности не всегда можно оценить на этапе обращения.

На основании вышеизложенного можно сделать вывод, что в каждой модели групповых исков встречаются как эффективные и целесообразные условия права на обращение в суд, так и менее эффективные и требующие доработки условия. Не стал исключением и механизм групповой защиты в российском гражданском процессе. Но как справедливо отметили П. Звиер и В. В. Ярков, «всё проверяется на практике»¹. Поэтому объективно оценить целесообразность «критериев-индикаторов»² права на обращение в суд по групповым искам в Российской Федерации можно будет с наработкой судебной практики по групповому производству в гражданском процессе.

Литвинова Т. А.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
магистрант*

О некоторых проблемах защиты прокурором прав и законных интересов больших групп лиц³

1. Проблемы, возникающие в правоприменительной практике в связи с рассмотрением дел по искам прокурора в защиту неопределенного круга лиц, обусловлены в большей степени отсутствием легального определения понятия неопределенного круга лиц и, как следствие, его единообразного толкования.

М.С. Шакарян выделяла следующие характерные черты иска в интересах неопределенного круга лиц: наличие публичного интереса, в котором нет субъекта материального правоотношения (определенного истца); отсутствие необходимости соблюдать досудебный порядок урегулирования спора, поскольку прокурор не является стороной в нем; невозможность прокурора распоряжаться материальным правом⁴. Е.М. Артамоновой было предложено определять иск в защиту прав и законных интересов неопределенного круга лиц как требование, предъявляемое в защиту прав и законных интересов многочисленной группы лиц, общность которой обусловлена наличием одного ответчика, единством требований, тождеством предмета и основания иска, предмета доказывания, наличием общего способа защиты судом нарушенных прав, при котором круг лиц, в интересах которых предъявляется иск, численно и персонально не определен, но является столь многочисленным, что делает невозможным установление и привлечение к участию в деле всех потенциальных истцов⁵.

Верховный Суд сделал попытку устранить неопределенность и указал, что «под неопределенным кругом лиц понимается такой круг лиц, который невозможно индивидуализировать (определить), привлечь в процесс в качестве истцов, указать в решении, а также решить вопрос о правах и обязанностях каждого из них при разрешении дела»⁶.

В литературе отмечается, что такое понятие нельзя считать исчерпывающим и полностью отражающим сущность явления. Так, М.О. Долова обращает внимание на то, что такое толкование характеризует неопределенность только с точки зрения невозможности определения каждого лица, чьи права предполагаются нарушенными, в то время как

¹ Звиер П., Ярков В. В. Групповые иски в правовой истории США и России: в поисках оптимальной модели // Вестник гражданского процесса. 2020. № 1. Т. 10. С. 172.

² Ярков В. В., Долганичев В. В. Групповые иски: сравнительный анализ // Herald of the Euro-Asian Law Congress. 2020. № 1. С. 129.

³ Термин «большие группы лиц», который не закреплен в законодательстве, в данном контексте употребляется умышленно, и включает в себя две категории массовых субъектов – неопределенный круг лиц и группы, количественно большие, но поддающиеся исчислению и идентификации их членов.

⁴ Гражданское процессуальное право : учебник под ред. М. С. Шакарян. М. : Проспект, 2005. С. 94–96.

⁵ Артамонова Е. М. Защита прокурором прав и законных интересов неопределенного круга лиц в гражданском судопроизводстве : автореф. дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.11 / Науч.-исслед. ин-т проблем укрепления законности и правопорядка при Генер. прокуратуре РФ. – Москва, 2004. 27 с. стр. 6

⁶ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за первый квартал 2004 года, утв. Постановлением Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 23 и 30 июня 2004 года // «Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации», 2004, № 11.

определяющим является критерий широты и изменчивости круга лиц, определяющий наличие угрозы нарушения прав неопределенного круга граждан¹.

Разными исследователями предлагаются такие критерии квалификации группы лиц в качестве неопределенной как: невозможность заранее предвидеть ее поименный состав применительно к любому отдельно взятому моменту времени²; количественная неопределенность и предполагаемая многочисленность состава потенциальных истцов, не позволяющего привлечь в процесс всех пострадавших от действия (бездействия) одного и того же ответчика, объединенных общностью предмета и основания иска³.

Следует поддержать мысль о том, что неопределенным является круг лиц, установить персональный состав которых невозможно в конкретный период времени в связи с его широтой и изменчивостью, когда существует угроза нарушения прав любого субъекта. Также стоит сделать вывод о том, что существующая проблема в большей степени обусловлена слишком большой сферой судебного усмотрения, позволяющего «творчески» подходить к оценке неопределенности круга лиц. Решение данной проблемы видится не столько в законодательном изменении, легальном закреплении понятия неопределенного круга лиц, сколько в ориентации практики нижестоящих судов на формирование единообразных подходов к оценке неопределенного круга лиц.

Еще одним вариантом решения проблемы может стать отмена столь строго законодательного разграничения правовых последствий, наступающих в случае, когда суд не усматривает неопределенности круга лиц путем наделения прокурора полномочием предъявлять иск в том числе в защиту групп лиц, участников которой возможно идентифицировать в конкретный момент времени.

2. Статья 45 ГПК РФ предусматривает, что право прокурора обратиться в суд с иском в интересах гражданина может быть обусловлено только обращением гражданина к прокурору с заявлением о нарушении его прав. Поскольку специальная норма, которая позволяла бы прокурору инициировать возбуждение судебного производства в интересах нескольких граждан, образующих множественность лиц, без их специального обращения к прокурору, отсутствует, следует сделать вывод, что таким полномочием в силу закона прокурор не наделен. На практике это означает отказ в судебной защите прав тех граждан, в интересах которых прокурор инициировал судебное производство, но не подтвердил (в том числе и по причине отсутствия факта) обращение к нему соответствующих граждан. В данном случае речь не идет о пороке судебной практики, напротив, она в полной мере согласуется с действующим правовым регулированием.

Сложно не задаться вопросом о той точке, которая может четко отграничить определенный круг лиц от неопределенного. Представляется, что практически обнаружить точку разграничения неопределенного круга лиц от определенно большего невозможно. Именно поэтому столь строгое разделение законодателем стоит признать необоснованным.

В соответствии с действующим процессуальным законодательством суд не вправе рассматривать по существу дело по иску прокурора, предъявленного в защиту неопределенного круга лиц, в то время как возможна персональная идентификация лиц, права которых защищает прокурор, однако, указанные лица к нему не обращались с соответствующим заявлением.

На практике довольно часто нарушения прав нескольких лиц выявляются прокурором либо при проведении контрольно-надзорного мероприятия (далее – КНМ) по совершенно иному предмету, либо по обращению иного лица. В таком случае складывается ситуация, когда защита прокурором прав лиц, которые лично не обращались к нему, в судебном порядке невозможна.

¹ Долова М. О. Практика применения норм о защите неопределенного круга лиц в гражданском судопроизводстве // Комментарий судебной практики / отв. ред. К. Б. Ярошенко. М. : ИЗИСП при Правительстве РФ, КОНТРАКТ, 2019. Вып. 24. С. 119–131.

² Бахарева О. А. Некоторые вопросы судопроизводства по делам о защите прав, свобод и интересов неопределенного круга лиц // Администратор суда. 2013. № 2. С. 16–18 ; Эрделевский А. М. О неопределенном круге лиц в гражданском процессе // СПС «КонсультантПлюс». 2013.

³ Батаева Н. С. Необходимо ввести институт группового иска // Российская юстиция. 1999. № 10. С. 44.

В описанной ситуации, когда при проведении КНМ или уже при подготовке к обращению в суд в защиту одного лица (которое обращалось к прокурору), прокурором выявляются нарушения прав иных лиц, есть несколько возможных альтернатив для дальнейших действий прокурора с точки зрения действующего законодательства: 1) ждать обращения к нему этих лиц, тем самым игнорируя нарушение в момент выявления, либо предложить им в установленной форме сделать это (что само по себе абсурдно); 2) в защиту лица, которое обращалось к прокурору, обратиться в суд, а в отношении иных лиц – использовать меры прокурорского реагирования. Возникает очевидное несоответствие цели прокурорской деятельности имеющихся у прокурора правовых возможностей.

Отсутствие у прокурора возможности защищать в исковом порядке права определенного круга лиц порождают ненужную «вторую попытку». Речь идет о том, что если суд не согласится с квалификацией круга лиц, в интересах которых прокурор инициировал судебное разбирательство, как неопределенного и укажет на возможность определения персонального состава, то возникнет необходимость доработать первоначальный материал, направленный в суд, либо обжаловать определение об отказе в принятии иска к производству. Такое положение процессуального закона явно не отвечает цели оперативной защиты права и методично проводимому законодателем принципу процессуальной экономии.

Положительное решение вопроса о наделении прокурора полномочиями по защите прав определенного круга лиц без обращения каждого из них к прокурору поможет обходиться без «второй попытки» и в значительно более короткий срок предоставлять судебную защиту нарушенному праву.

О том, что законодательный барьер для обращения прокурора с иском в защиту определенного круга лиц необходимо преодолеть, уже высказывались предложения в юридическом сообществе. Учеными предлагались различные решения, в том числе закрепление возможности защиты прокурором прав и законных интересов значительного числа граждан (многочисленной группы лиц, состав которой возможно определить и индивидуализировать)¹; внедрение в практику новых механизмов, основывающихся на старых нормах либо активное использование нового института групповых исков².

Представляется разумным отойти от критерия массовости при решении вопроса о возможности наделения прокурора полномочием инициировать судебное производство в защиту группы лиц и предоставить ему право на предъявление иска в том числе в защиту нескольких лиц без условия об обязательном для них обращении с заявлением к прокурору.

Цель института групповых исков не согласуется с институтом процессуального участия прокурора, поэтому только специальный механизм позволит решить описанную выше проблему. В противном случае, при попытке «вместить» полномочия прокурора в существующие механизмы, например, групповых исков, есть шанс прийти к неоправданной конструкционной экономии, о которой А.А. Пиленко писал как о порождении неразвитого юридического мышления³.

Мироненко А. В.

*Санкт-Петербургский государственный университет,
аспирант*

Доказательственная сила обстоятельств, подтвержденных нотариусом при совершении нотариального действия по удостоверению сделки в арбитражном процессе (анализ судебной практики)

Федеральным законом от 29 декабря 2015 года № 391-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» статья 69 АПК РФ была дополнена частью 5 следующего содержания:

¹ Токарева Е. В. Защита прокурором публичного интереса в гражданском процессе : автореф. дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.15 / [Ин-т государства и права РАН]. – Санкт-Петербург, 2014. 25 с.

² Например, внедрить в практику подачу прокурором на основании п. 4 ст. 27, п. 3 ст. 35 Закона о прокуратуре и ч. 1 ст. 46 ГПК исков в защиту интересов определенного круга лиц. См. Сушина Т. Е. Защита прокурором прав граждан – участников долевого строительства многоквартирных домов // Законность. 2016. № 3. С. 21–25.

³ Пиленко А. А. Право изобретателя. Т. 2 с.-Пб., 1903 С. 590

«Обстоятельства, подтверждённые нотариусом при совершении нотариального действия, не требуют доказывания, если подлинность нотариально оформленного документа не опровергнута в порядке, установленном статьей 161 настоящего Кодекса, или если нотариальный акт не был отменен в порядке, установленном гражданским процессуальным законодательством для рассмотрения заявлений о совершенных нотариальных действиях или об отказе в их совершении.»

Данная норма стала воплощением в российском арбитражном процессе базового принципа латинского нотариата – принципа законности и достоверности нотариального действия. Согласно пункту 9 Базовых принципов системы Латинского нотариата (утверждены 18 января 1986 г. Бюро при Комиссии по Международному Сотрудничеству Нотариата и Постоянным Советом в Гааге 13–15 марта 1986 г.), нотариальные документы имеют как презумпцию законности, так и презумпцию достоверности. В соответствии с презумпцией законности, юридическое действие или документ для того, чтобы иметь силу, должны объединять в себе установленные законом условия. Презумпция достоверности означает, что факты, изложенные в документе и произошедшие в присутствии нотариуса или о которых нотариусу доподлинно известно, признаются достоверными.

Данный принцип существовал и использовался в правоприменительной практике и до принятия ч. 5 ст. 69 АПК РФ. Введением данной нормы законодатель лишь подтвердил на уровне позитивного регулирования то, что и ранее признавалось в российском правопорядке: особую доказательственную силу нотариального акта в судебном процессе.

За время, прошедшее с момента введения в АПК РФ нормы ч. 5 ст. 69 АПК РФ, успел сформироваться устойчивый подход арбитражных судов к применению данной нормы. Анализ практики показал, что арбитражные суды «формально»¹ подходят к применению ч. 5 ст. 69 АПК РФ. Строится данный подход на формальном следовании букве закона, что вкуче с чрезвычайно широкой трактовкой приводит к тому, что статус нотариально подтверждённых получает самый широкий круг обстоятельств.

«Формальный» подход характеризуется двумя аспектами. Первый заключается в том, что до того момента, пока само нотариальное действие по удостоверению спорной сделки не оспорено в порядке Главы 37 ГПК РФ или не установлена фальсификация нотариального акта, арбитражные суды отказывают в удовлетворении требований о признании такой сделки недействительной. Второй аспект формального подхода состоит в том, что установленные при удостоверении сделки нотариальные факты рассматриваются в качестве действительных даже при наличии в деле опровергающих их доказательств. При этом, как показало исследование практики, даже ярко выраженные пороки сделки, которые в «обычной» ситуации (в отсутствии нотариальной формы) свидетельствовали бы о ее недействительности, при наличии нотариального удостоверения могут игнорироваться судами в отсутствие эффективного оспаривания нотариального действия.

Если говорить о первом аспекте «формального» подхода (необходимости отдельного оспаривания нотариального действия в порядке Главы 37 ГПК РФ), то, как представляется, требование о необходимости отдельного оспаривания нотариального акта не следует распространять на все случаи оспаривания нотариальных сделок. Изначальной целью законодателя при введении нормы ч. 5 ст. 69 АПК РФ было обеспечить презумпцию доказанности нотариально подтверждённых обстоятельств за счёт специальной процедуры опровержения нотариального доказательства. Ссылаясь на необходимость предварительного оспаривания нотариального действия арбитражные суды не учитывают, что в порядке Главы 37 ГПК РФ нотариальные действия оспариваются только по процедурным основаниям, то есть только в связи с нарушением нотариусом процедуры совершения нотариального действия. Таким образом, предметом оспаривания в данном случае является нотариальная процедура и ее соблюдение. В свою очередь, чаще всего, оспаривание сделки происходит по материальным основаниям. Системное толкование норм процессуальных кодексов может натолкнуть на вывод, что предварительное оспаривание нотариального действия в порядке 37 Главы ГПК РФ необходимо только тогда, когда при оспаривании сделки сторона ссылается на нарушение процедуры совершения нотариального действия. В ситуации, когда оспаривание проводится в связи с пороками юридического состава сделки,

¹ См., например, Постановление Двадцать первого арбитражного апелляционного суда от 22 июня 2018 г. по делу № А84-2909/2017, Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 30 мая 2017 г. по делу № А56-28088/2016, Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 31.08.2020 № 13АП-17197/2020 по делу № А56-18306/2020. Режим доступа : СПС «КонсультантПлюс».

не касающихся соблюдения нотариальной процедуры, представляется, что отдельное оспаривание в порядке 37 Главы ГПК РФ не требуется.

Таким образом, позиция арбитражных судов о распространении ч. 5 ст. 69 АПК РФ на все случаи оспаривания нотариальной сделки является спорной.

Что касается второго аспекта «формального» подхода – особой доказательственной силы нотариально подтверждённых фактов, то и здесь нельзя признать подход практики бесспорным. Очевидно, что ч. 5 ст. 69 АПК РФ регулирует вопросы доказывания в арбитражном процессе. Обязанность доказывания в арбитражном процессе возложена на стороны судебного разбирательства в силу принципа состязательности (часть 1 статьи 9 АПК РФ). Ч.5 ст. 69 АПК РФ развивает данный принцип, снимая с участника процесса обязанность по повторному доказыванию в судебном разбирательстве тех обстоятельств, которые ранее были подтверждены в нотариальном процессе. Такой статус нотариального акта в арбитражном процессе полностью оправдан с учётом публичной функции, которую исполняют нотариусы в Российской Федерации (ч. 1 ст. 1 «Основ законодательства Российской Федерации о нотариате» (утв. ВС РФ 11.02.1993 № 4462-1)).

При попадании в арбитражный процесс нотариально подтверждённый факт становится доказательством по делу. При этом, как указывает Конституционный Суд Российской Федерации в Определении от 1 октября 2019 г. № 2572-О, положения статьи 103 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате, предусматривающие порядок действий нотариуса по обеспечению доказательств, – с учётом того, что такие доказательства наравне с другими представленными сторонами доказательствами не имеют для суда заранее установленной силы и подлежат оценке с точки зрения относимости, допустимости и достоверности каждого доказательства в отдельности, а также достаточности и взаимной связи доказательств в их совокупности.

Несмотря на то что в данном Определении Конституционный Суд говорит о действиях нотариуса по обеспечению доказательств в гражданском процессе, представляется, что не будет ошибкой распространить данную правовую позицию на любой иной нотариальный факт, используемый как доказательство в процессе.

Таким образом, в правовой позиции Конституционного Суда мы находим подтверждение тому, что нотариальная форма должна быть оценена судом с учетом иных доказательств по делу.

Если в дополнении к этому учесть, что, согласно ч. 1 ст. 133 и ч. 1 ст. 168 АПК РФ, арбитражный суд должен самостоятельно определить характер спорного правоотношения, возникшего между сторонами, нормы права, подлежащие применению (дать правовую квалификацию), а также общие требования АПК РФ к оценке доказательств арбитражным судом (ст. 71 АПК РФ), сомнения в правильности «формального» подхода в части неопровержимости нотариальных доказательств без оспаривания самого нотариального действия усиливаются. Представляется, что, если нотариальное доказательство опровергается другими доказательствами в деле арбитражный суд не может и не должен отвергать «ненотариальные» доказательства в угоду тому, что нотариальное доказательство проистекает из не оспоренного нотариального акта, необходимость отдельного оспаривания которого, как было рассмотрено выше, является спорным.

Благо, что в практике арбитражных судов, все же находятся немногочисленные судебные акты, в которых арбитражные суды отступают от формального толкования ч. 5 ст. 69 АПК РФ¹.

Делая выводы, необходимо отметить, что, как представляется на данный момент, практика арбитражных судов в части применения ч. 5 ст. 69 АПК РФ страдает от излишне формального подхода к её толкованию. Особый статус нотариально подтверждённых обстоятельств, который существует в арбитражном процессе, не следует распространять на все обстоятельства составляющие нотариальную сделку. Ч.5 ст. 69 АПК РФ подлежит применению только в отношении обстоятельств, установленных в нотариальном процессе, потому арбитражным судам при принятии решений следует более избирательно подходить к определению круга данных обстоятельств. Представляется необходимым, чтобы Верховный Суд выступил с разъяснениями, касающимися данной проблемы.

¹ См., например, Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 26 сентября 2017 г. делу № А13-17440/2016, Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 02.06.2020 № 13АП-6125/2020 по делу № А42-10553/2017. СПС «КонсультантПлюс».

Петуниц К. А.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Правовая квалификация иска в теории и практике

Практическую значимость для индивидуализации иска, определения его внутреннего и внешнего тождества, имеют 2 элемента иска: предмет и основание. В зависимости от того, что понимается под данными элементами, определяются и действия суда после принятия искового заявления. Если под предметом иска понимается способ защиты субъективного права или охраняемого законом интереса¹, то иск должен включать в себя конкретный способ защиты, который по мнению истца может привести к восстановлению нарушенного права. Способы защиты права перечислены в ст. 12 ГК. Получается, что просительная часть иска должна включать в себя правовое наполнение: «прошу взыскать убытки...» (ст. 393 ГК РФ), «прошу истребовать из чужого незаконного владения...» (ст. 1102 ГК РФ) и т.д. Если под предметом иска понимается материально-правовое требование истца к ответчику, возникающее из спорного правоотношения, по поводу которого суд должен вынести решение², то требование истца может быть сформулировано следующим образом: «прошу вернуть истцу...», «прошу выселить...».

Основание иска также можно рассмотреть с разных позиций. Если считать, что в основание иска входят только юридические факты, с которыми материальный закон связывает возникновение, изменение и прекращение прав и обязанностей его субъектов³, то основание иска должно содержать ссылки на нормы объективного права. Выделение юридического основания наряду с фактическим обуславливается процессуалистами в связи с необходимостью обосновать существование в правовой действительности субъективного права, нуждающегося в судебной защите⁴. Другая часть процессуалистов под основанием иска понимают факты, обосновывающие требование истца. В соответствии с данным толкованием, истцу достаточно описать факты реальной действительности. Соответственно, правовая квалификация иска может выводиться либо из предмета иска, либо из его основания.

Так как в России у сторон нет обязанности участвовать в процессе только с профессиональным представителем в силу непрофессионального процесса, действующее гражданское и арбитражное процессуальное законодательство не требует обязательного указания в исковом заявлении соответствующей нормы права. В профессиональном процессе ошибка стороной выбора нормы права влечет отказ в удовлетворении иска. В соответствии со ст. 131 ГПК РФ истец не обязан ссылаться на норму права в исковом заявлении, суд сам определяет, какой закон должен быть применен по данному делу (ч. 1 ст. 196 ГПК РФ).

Несмотря на то что в соответствии с АПК РФ указание истцом требований к ответчику со ссылкой на закон является обязательным (пп. 2 ч. 2 ст. 125 АПК РФ), в арбитражном процессе тоже действует модель непрофессионального иска: «в мотивировочной части решения должны быть указаны... законы и иные нормативные правовые акты, которыми руководствовался суд при принятии решения, и мотивы, по которым суд не применил законы и иные нормативные правовые акты, на которые ссылались лица, участвующие в деле» (пп. 3 ч. 4 ст. 170 АПК РФ). Это значит, что суд не связан конкретными нормами, указанными истцом, но отсутствие ссылок на нормативные акты в исковом заявлении является поводом для возвращения искового заявления по причине несоблюдения ст. 125 АПК РФ.

Известно, что право изменять элементы иска в ходе одного процесса принадлежит только истцу (ч. 1 ст. 39 ГПК), при этом одновременно изменять и предмет, и основание иска – нельзя, так как это повлечет изменение внутреннего тождества. На протяжении всей судебной защиты иск должен быть равен самому себе, а судебное решение должно

¹ Осокина Г. Л. Гражданский процесс. Общая часть : учебник / Г. Л. Осокина. – 3-е изд., перераб. – Москва: Норма: НИЦ Инфра-М, 2013. С. 467

² Гражданский процесс : учебник (5-е издание, переработанное и дополненное) / под ред. М. К. Треушникова. М. : Статут, 2014. С. 215

³ Осокина Г. Л. Гражданский процесс. Общая часть : учебник / Г. Л. Осокина. – 3-е изд., перераб. – Москва: Норма: НИЦ Инфра-М, 2013. С. 468

⁴ Там же. С. 468

содержать ответ на вопрос, поставленный истцом при возбуждении дела¹. В соответствии с ч. 3 ст. 196 ГПК суд принимает решение по заявленным истцом требованиям. Суд имеет право выйти за пределы заявленных истцом требований только в случаях, предусмотренных федеральным законом, и к таким случаям относится защита некоторых особо социально значимых прав. Во всех остальных случаях суд не может менять элементы иска. Это связано с тем, что основу института изменения иска составляет идея защиты определенного интереса и его неизменности².

В данном случае возникает вопрос: что будет, если истец ошибся в квалификации способа защиты, неверно или неясно сформулировал иски требования? Вышеупомянутые подходы напрямую влияют на последующее действие суда при неправильной квалификации иска. В случае, если под предметом иска понимается способ защиты, то суд должен рассмотреть именно заявленное истцом требование. Если истец ошибся и вместо взыскания неосновательного обогащения указал в исковом заявлении требование о взыскании убытков, или если вместо иска о регистрации перехода права собственности просит признать право собственности, то суд не имеет права самостоятельно переqualифицировать иск по своему усмотрению, и ввиду отсутствия этого права, обязан отказать в иске. Если под предметом иска понимается материально-правовое требование, то суд, не связанный указанной квалификацией, удовлетворяет обоснованный иск независимо от указанных истцом формулировок. Такую же параллель можно провести и с основанием иска. Если под основанием понимаются юридические факты, то суд не может повлиять на данную истцом квалификацию. Если в обоснование требования о взыскании денежных средств истец сослался на норму о неосновательном обогащении (ст. 1102 ГК) вместо нормы, обуславливающей обязанность заёмщика возратить сумму займа (ст. 807, 808, 810 ГК), то изменение судом квалификации будет означать изменение одного из элементов иска, а так как это недопустимо, суд вынужден отказать в иске. Если основание иска – это фактические обстоятельства, то суд никак не связан данной истцом квалификацией указанных обстоятельств, ведь само правовое обоснование истцом не является обязательным. Суд самостоятельно определяет нормы права, необходимые для разрешения спора в каждом конкретном случае, и выносит решение. При таком понимании основания иска ошибка истца не влечет негативных последствий в виде отказа в удовлетворении иска.

Как уже было отмечено, и в гражданском, и в арбитражном судопроизводстве в России суд не связан данной истцом правовой квалификацией, и, как уже не раз высказывался Верховный Суд, «отказ в иске в связи с ошибочной квалификацией недопустим, поскольку не обеспечивает разрешение спора...»³. Суд квалифицирует спор по своему внутреннему убеждению, и, соответственно, только после вынесения мотивировочного решения стороны узнают о «правильной» квалификации данного спора. Является ли такой расклад справедливым? Не нарушает ли он принцип диспозитивности, равенства и состязательности, ведь ответчик выстраивает тактику защиты на основании квалификации, данной истцом? Как действовать сторонам, если они хотят оспорить решение, а суды разных инстанций определили различные способы защиты по одному спору? Какой способ защиты оспаривать в кассационной жалобе?

Для решения данных вопросов стоит обратить внимание на зарубежный опыт. В частности, в первоначальной редакции ст. 12 НГПК Франции был п. 3, в соответствии с которым: «Суд может по своей инициативе приводить доводы «чистого права» (только правового характера), вне зависимости от правового основания, на которое ссылаются стороны», однако в 1979 году Государственный совет Франции признал данную норму не соответствующей закону по мотиву нарушения принципа состязательности, норма была отменена. После этого в НГПК Франции появился п. 3 ст. 16, согласно которому «суд не имеет права мотивировать свое решение правовыми доводами, которые он выдвинул по своей инициативе, не предложив предварительно сторонам представить свои соображения»⁴.

Представляется, что и в России будет актуально закрепить на законодательном уровне норму, запрещающую суду самостоятельно переqualифицировать спор и избирать иной способ защиты, если на это не было согласия истца.

¹ Курс гражданского процесса / Т. В. Сахнова. – 2-е изд., перераб. и доп. М. : Статут, 2014. С. 34

² Блажеев В. В. Гражданский процесс : учебник для бакалавров / отв. ред. В. В. Блажеев, Е. Е. Уксусова М. : Проспект, 2015. С. 231

³ «Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (2019)» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 17.07.2019): Разрешение споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав

⁴ Аргунов А. В. Правовое основание спора во французском гражданском процессе // Вестник экономического правосудия Российской Федерации № 4/2015. С. 151

В случае, когда суд посчитает указанный в исковом заявлении способ защиты не подходящим, он может предложить сторонам иную правовую квалификацию. Истец по своему усмотрению может с ней согласиться или не согласиться: например, истец ошибочно подал виндикационный иск, а суд, ознакомившись с делом, квалифицировал иск как реституционный и предложил истцу изменить способ защиты. Если истец не согласится с квалификацией, предложенной судом, то в иске будет отказано, а так как возможности предъявить тождественный иск (с тем же предметом и основанием, но другой правовой квалификацией) нет, то истец лишается возможности восстановить нарушенное право.

Как считают многие ученые, применение конструкции альтернативных исков также позволило бы защитить права истца при соблюдении баланса интересов ответчика с обеспечением необходимого уровня информационной открытости и процессуальной экономии¹. Легализация исковых требований с альтернативным основанием позволит повысить шансы на удовлетворение иска, причем различные правовые основания могут быть как изначально представлены истцом, так и принятые им в ответ на предложение суда. Альтернативная квалификация в данном случае способна предупредить негативные последствия для истца в виде отказа в иске в случае ошибочной квалификации иска.

Скорина В. П.

*Всероссийская академия внешней торговли Минэкономразвития РФ,
магистрант*

Взыскание «гонорара успеха» в качестве судебных расходов: опыт России и Германии

В настоящее время одной из самых острых проблем, связанных с взысканием судебных расходов, является возможность взыскания гонорара успеха в качестве понесенных стороной расходов на оплату услуг представителя.

Российская судебная практика долгое время не признавала соглашения, в соответствии с условиями которых выплата вознаграждения адвокату или его размер зависит от исхода дела. Данная позиция основывалась на разъяснениях, содержащихся в п. 2 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 сентября 1999 г. № 48 «О некоторых вопросах судебной практики, возникающих при рассмотрении споров, связанных с договорами на оказание правовых услуг», в котором указано, что требование исполнителя о выплате вознаграждения не подлежит удовлетворению, если вознаграждение должно выплачиваться согласно условию договора, которое ставит размер оплаты в зависимость от будущего решения, принимаемого судом или иным государственным органом².

23 января 2007 года Конституционным Судом РФ было принято Постановление № 1-П, в котором был рассмотрен вопрос о соотношении публично-правовых интересов, связанных с конституционными гарантиями на получение квалифицированной юридической помощи и свободы договора, которая проявляется, в том числе, в возможности согласовать условие об оплате юридических услуг по усмотрению сторон договора. Конституционный Суд РФ пришел к выводу, что условие о предмете договора возмездного оказания услуг, являющееся существенным условием для данного типа договоров, не включает в себя достижение какого-либо результата. В связи с этим включение в предмет договора возмездного оказания услуг условия о том, что выплата вознаграждения или его размер зависит от принятого судом решения, фактически означает включение в договор нового условия о предмете, не предусмотренного гражданским законодательством. Более того, включение в соглашение об оказании юридических услуг условия о «гонораре успеха», по мнению Конституционного Суда РФ, означает распространение принципов договорного права на публичную сферу, связанную с осуществлением государственной власти³.

¹ Кашкарова И. Н. К вопросу о возможности предъявления альтернативных (факультативных) исков в состязательном процессе // «Закон» № 3, 2014 г. С. 9

² п. 2 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 сентября 1999 г. № 48 «О некоторых вопросах судебной практики, возникающих при рассмотрении споров, связанных с договорами на оказание правовых услуг» // СПС «Гарант». (дата обращения: 24.02.2021).

³ Постановление Конституционного Суда РФ от 23 января 2007 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 779 и пункта 1 статьи 781 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами

В указанном Постановлении Конституционный Суд РФ подтвердил невозможность включения в соглашение об оказании юридической помощи условия о «гонораре успеха». Учитывая, что в соответствии с данной позицией само по себе согласование условия о выплате гонорара в зависимости от результата рассмотрения дела следует считать лишенным правовой защиты, взыскание условного гонорара в качестве судебных расходов в порядке, предусмотренном процессуальным законодательством, также считается невозможным.

В дальнейшем в судебной практике укрепился подход, согласно которому требование о взыскании «гонорара успеха» в составе издержек, связанных с рассмотрением дела, по общему правилу не допускается. Так, например, в Определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 26 февраля 2015 г. № 309-ЭС14-3167 указано, что вознаграждение, выплата которого поставлена в зависимость исключительно от положительного итога рассмотрения дела, не может быть взыскано в качестве расходов на представительство, понесенных лицом, участвующем в деле¹. Данный вывод основан на том, что соглашение об оказании юридической помощи, содержащее пункт об условном гонораре, заключается непосредственно между клиентом и представителем. Так как процессуальный оппонент клиента стороной такого соглашения не является, на него не может быть возложена обязанность по возмещению расходов на оплату условного гонорара.

1 марта 2020 года вступили в силу поправки в законодательство об адвокатуре, разрешающие соглашения об условном гонораре. 2 апреля 2020 года Решением Совета ФПА РФ были утверждены «Правила включения в соглашение адвоката с доверителем условия о вознаграждении, зависящем от результата оказания юридической помощи», разрешающие включать в соглашение об оказании юридической помощи положения об условном вознаграждении. Адвокат обязан предупредить доверителя о том, что взыскание гонорара успеха в качестве судебных расходов не гарантировано.

В Германии возможность взыскания условного гонорара с проигравшей стороны также ограничена. В целом следует отметить, что состав судебных расходов, их размер, порядок взыскания подробно урегулированы в германском гражданском процессе.

Согласно положениям германского гражданского процессуального законодательства процессуальные расходы состоят из судебных расходов и внесудебных расходов. К судебным расходам относятся расходы по уплате государственной пошлины и иные пошлины и сборы, взимаемые в бюджет государства. К внесудебным расходам, именуемым также «подготовительными»² относятся, в частности расходы на представителей.

Расходы на представителей регулируются Законом о вознаграждении адвокатов. Согласно положениям данного закона, в случае, если лицо заключает с адвокатом договор на представление интересов, адвокат имеет право на получение вознаграждения, размер которого определяется в соответствии с § 2 II 1 Закона о вознаграждении адвокатов, а также исходя из каталога гонораров, являющегося приложением к данному закону. Указанным законом определяется размер вознаграждения адвоката с учетом различных критериев (например, сложности дела, цены иска, стадии, до которой дошло дело при его рассмотрении судом)³, устанавливается возможность заключения соглашения о гонораре успеха и указываются случаи, когда это возможно. Ставки оплаты, установленные данным законом, применяются в том случае, если стороны соглашения не установили иное.

Процессуальное законодательство Германии длительное время не допускало возможности включения в соглашение о юридической помощи положения об условном гонораре. В абз. 2 § 49b Федерального уложения об адвокатуре в редакции, действовавшей до 12 июня 2008 года, было указано, что соглашения, в соответствии с условиями которых сам факт выплаты гонорара адвокату или его размер поставлены в зависимость от исхода дела

общества с ограниченной ответственностью «Агентство корпоративной безопасности» и гражданина В. В. Макеева» // СПС «Гарант». (дата обращения: 03.02.2021).

¹ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 26 февраля 2015 г. № 309-ЭС14-3167 // СПС «Гарант». (дата обращения: 03.02.2021).

² Prütting / Gehrlein, ZPO Kommentar, 12. Auflage 2020. URL: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/c67677c0-9707-3b45-8bb8-ab696ba378df> (дата обращения: 24.01.2021).

³ Michael Wendler, Bernd Tremml, Bernard Beucker (Eds.). Key Aspects of German Business Law. Third edition. Springer, 2006. P. 263

(условный гонорар) или адвокат получает право на часть присужденной стороне денежной суммы (*quota litis*), не допускаются.

В 2006 году Федеральный Конституционный Суд ФРГ признал данный запрет противоречащим абз. 1 ст. 12 Основного закона, гарантирующему свободу выбора профессии. Как указал Конституционный суд ФРГ, запрет гонорара успеха является неконституционным, так как не предусматривает исключений для таких случаев, когда в связи с имущественным положением доверителя согласование положения об условном гонораре является его единственной возможностью для получения квалифицированной юридической помощи¹.

Согласно п. 1 § 4а Закона о вознаграждении адвокатов, соглашение о гонораре успеха может быть заключено в исключительных случаях, когда в противном случае доверитель в силу своего имущественного положения будет лишен доступа к правосудию. Такое соглашение может предусматривать, что в случае проигрыша дела вознаграждение уплате не подлежит или оно уплачивается в размере, меньшем, чем предусмотрено законом.

Судебная практика исходит из того, что согласование гонорара успеха в тех случаях, которые не предусмотрены Законом о вознаграждении адвокатов, недопустимо. Более того, возмещению в качестве процессуальных издержек подлежат только суммы, ограниченные ставками указанного закона. Расходы, превышающие установленные законом, в принципе, не подлежат возмещению².

Представляется, что такое регулирование способствует расширению доступа к правосудию для лиц, не имеющих возможности оплатить оказание юридической помощи иным образом.

Примечательно, что несмотря на то, что заключение соглашения об оказании юридической помощи с условием о гонораре успеха допустимо, взыскание его в качестве судебных расходов в России невозможно. С одной стороны, сама возможность заключения подобного соглашения предполагает, что лица, не имеющие достаточных средств на оплату юридической помощи, не лишаются возможности ее получения. С другой стороны, невозможность взыскания суммы гонорара успеха с проигравшей стороны ущемляет интересы лица, понесшего указанные расходы, так как их несение было обусловлено необходимостью защиты нарушенного права.

Для разрешения данной проблемы представляется возможным учесть опыт правового регулирования данного вопроса в Германии. Законодательное закрепление алгоритма расчета минимальной стоимости услуг представителей позволило бы взыскивать хотя бы частично понесенные расходы на представителя в форме «гонорара успеха», а значит более эффективно реализовать компенсационную функцию института судебных расходов.

Украинцев С. В.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Полномочия представителя по назначению в гражданском судопроизводстве

Рассматривая представителя в гражданском процессе, сперва стоит дать его определение. Так, судебным представителем является лицо, допущенное судом к участию в рассмотрении дела для совершения процессуальных действий в пределах предоставленных ему полномочий за другое лицо³.

В гражданском судопроизводстве существуют ситуации, когда определить место жительства ответчика, а следовательно и известить его невозможно. В случаях, когда ответчик отсутствует добросовестно, и не знает о возбуждении гражданского дела, то ему может быть судом назначен адвокат в качестве представителя для защиты его прав, поскольку очевидно, что ответчик не может самостоятельно защищать свои интересы в процессе, о возникновении которого он не знает.

¹ BVFG 12.12.2006, 1 BvR 2576/04, Rn 100. NJW 2007, 979.

² BGH, Beschl. v. 24.01.2018 – VII ZB 60/17 // URL: www.burhoff.de (дата обращения: 24.02.2021).

³ Блажеев В. В. Гражданский процесс : учебник для бакалавров / отв. ред. В. В. Блажеев, Е. Е. Уксусова М. : Проспект, 2015. – 736 с

Поскольку в статье 50 ГПК в качестве представителя по назначению императивно указан адвокат, то мы можем говорить об оформлении его полномочий как представителя ордером адвоката, выданным адвокатским образованием. Исходя из толкования статей 53 и 54 ГПК следует, что ордер адвоката в данном случае будет способом оформления так называемых «общих» полномочий представителя. В науке устоялось мнение, что осуществление «специальных» полномочий без оформления доверенности является нарушением принципа диспозитивности¹, с чем нельзя не согласиться. Таким образом, для осуществления «специальных» полномочий, указанных в статье 54 ГПК требуется оформление представляемым лицом доверенности на осуществления конкретных действий. Однако исходя из самой сути представительства по назначению, мы не можем получить доверенность от представляемого лица, поскольку мы не знаем о его месте жительства и не можем знать его волю на осуществление конкретных действий.

В редакции гражданского процессуального кодекса до 2014 года в статье, регулиющей положение представителя по назначению, не было названо ни одного полномочия. Простая редакция лишь устанавливала само существование института представительства по назначению. Такое положение говорило о существовании пробела в законодательстве. Но в 2014 году законодатель внес в текст статьи изменения. А именно предоставил адвокату по назначению право обжаловать судебные постановления по данному делу. Такое решение мне представляется сомнительным. Хотя такое изменение и скорректировало спорное положение абзаца 7 пункта 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении», в котором указывалось на то, что адвокат, назначенный судом, вправе обжаловать решение суда в кассационном (апелляционном) порядке и порядке надзора, не разрешая вопрос об обжаловании определений суда первой инстанции, законодателем была фактически поставлена точка в определении круга полномочий представителя по назначению, поскольку если раньше мы могли списать отсутствие прописанных полномочий на законодательный пробел, то теперь законодатель ограничил «специальные» полномочия представителя по назначению только обжалованием, создав на первый взгляд исчерпывающий список.

Возможное расширение перечня полномочий представителя по назначению могло бы способствовать более эффективной защите представляемого лица².

Соглашаясь с позицией Верховного Суда РФ, который указывает, что признание иска представителем по назначению помимо воли ответчика может привести к нарушению его прав, предполагается разумным было бы не предоставлять адвокату по назначению и такие права как: заключение мирового соглашения, передача спора на рассмотрение третейского суда. Предоставление таких полномочий противоречило бы самой цели представительства по назначению, поскольку в таком случае затрагивались бы материальные права ответчика и не обеспечивалась бы должная защита его прав.

В это же время автором считается спорным отсутствие полномочий у представителя по предъявлению встречного иска. Встречный иск является одним из способов защиты интересов ответчика наряду с представлением возражений, и отсутствие этого полномочия может препятствовать полноценной защите прав представляемого лица.

Потенциально затрагивая, с одной стороны, материально-правовые интересы представляемого лица, необходимо рассматривать и возможность предъявления встречных исков. Хотя необходимо учитывать и рассматривать возможные последствия предъявления для ответчика исков о присуждении, преобразовательных исков, это не является препятствием для предъявления таких встречных исков как негативные иски о признании³. Удовлетворение таких исков не будет влечь для представляемого лица тех последствий, которые могут быть для него обременительны. Такой иск не порождает у ответчика обязанностей, новых прав, обязанностей воздержаться от совершения определенных действий,

¹ Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) // Е. А. Борисова, В. М. Жуйков, С. А. Иванова [и др.] ; под ред. В. М. Жуйкова, М. К. Треушниковой. (Автор комментария к ст. 50 ГПК В. М. Шерстюк). М. : Городец, 2007 – 933 с.

² Карпухина Е. В. Полномочия представителя по назначению суда в гражданском процессе // Тенденции развития современного общества: экономико-правовой аспект – Пенза: Изд-во Пенз. гос. технол. ун-та., 2016. С. 256–261.

³ Казиханова С. С. К вопросу о полномочиях представителя по назначению суда в гражданском судопроизводстве // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 1. С. 77–82.

и носит исключительно защитную направленность. Предполагается, что последствия предъявление такого иска будут носить благоприятный для ответчика характер.

Отдельно хотелось бы отметить введение в статью 56 КАС РФ в 2018 году части 4, в которой для представителя по назначению устанавливается ряд «специальных» полномочий, которые должны оформляться доверенностью по части 2 статьи 56. Среди этих полномочий есть и право на подачу встречного административного искового заявления. Данные изменения говорят о готовности законодателя к изменениям и подвижности границ полномочий представителя по назначению.

Подводя итог, следует обратить внимание на то, что вопрос полномочий представителя по назначению в гражданском процессе требует дальнейшей проработки. Реформы законодателя от 2014 имели определенные предпосылки и являлись вполне логичными, однако по мнению автора не являются законченными и окончательными. Определяя круг полномочий представителя по назначению хотелось бы отметить, что предъявление встречного иска как способ защиты интересов ответчика суда нуждается в дальнейшем исследовании в рамках расширения полномочий представителя по назначению в гражданском судопроизводстве, и было бы обоснованно включить предъявление встречного иска в список полномочий представителя по 50 статье ГПК.

Хайруллин Д. Г.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
студент*

Цель процесса: истина или справедливость

Современная отечественная процессуальная наука видит назначением процесса достижение объективной истины. Процессуалисты считают, что активные полномочия суда необходимы для установления объективной истины¹. Не затрагивая вопроса о возможности установления объективной истины (что, по-моему, невозможно), хотелось бы усомниться в другом аспекте. Действительно ли назначением процесса служит установление истины, а не что-то другое?

Предлагаю начать рассуждение с вопроса о том, для чего же суду необходимо достичь объективную истину. Доминирующая доктрина говорит о том, что объективная истина необходима для установления действительных обстоятельств дела. Однако при такой формулировке возникает ощущение, что объективная истина нужна ради объективной истины. Здравый смысл же подсказывает, что нельзя делать что-либо, чтобы просто делать. У каждого действия есть своя конечная цель, определенная мотивом действия.

Я считаю, что целью отправления правосудия является не установление объективной истины, а достижение справедливости в акте правосудия – судебном решении.

Исторически мы наблюдаем явление, где субъект, имеющий судебную власть, преодолевает формализм права для достижения справедливости. Именно таким образом претор наравне со строгим правом формировал другое – право справедливости². Такое происходило не только в римском государстве, но и в других правовых порядках на протяжении всей известной нам истории развития права.

Подобное происходит, как мне кажется, в связи с тем, что право находится в извинительном положении перед моралью. Право как система обязательных норм возникла исторически из норм морали. Именно поэтому суды, установив «объективную истину», могут разрешить правовой конфликт не так, как следовало бы, а так, как это было бы справедливым.

Вопрос о том, что есть справедливость и как понять достиг ли ее суд, требует отдельного подробного обсуждения. Может показаться, что он относится к сфере ведения философов, а не юристов. Я считаю, что так как нормы права отличаются от всех других норм обязательностью, то каждому юристу следует разбираться в азах моральной философии. Это связано с тем, что именно мы как юристы определяем обязательную для всех справедливость.

¹ См.: Туманов Д. А., Алехина С. А. О некоторых тенденциях развития гражданского процессуального права // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 3. С. 12–28.

² Новицкий И. Б. Основы римского гражданского права : учеб. М. : Проспект, 2015 – С. 19–24

Интересным кажется представление о справедливости как об условном чемодане с разными подходами, которыми суд может руководствоваться при отправлении правосудия¹. Естественно, что нельзя говорить о справедливом решении, не собрав как можно больше доказательств, подтверждающих значимые для дела обстоятельства. При таком подходе можно увидеть, что принцип справедливого разрешения дела поглощает содержание «объективной истины». Следовательно, нет никакого смысла дробить категории.

Такое направление духа права можно обнаружить в законодательстве в отличие от объективной истины. Объективную истину выводят лишь из активных полномочий суда. При этом активные полномочия можно интерпретировать разным образом. Следы принципа справедливого разрешения дела уже наоборот недвусмысленно могут быть обнаружены *de lege lata*. Разберем эту интенцию права на некоторых примерах, которые мне кажутся наиболее интересными.

Первым примером, где можно проследить дух права к справедливому разрешению правового спора можно обнаружить в части 3 раздела VI Гражданского кодекса РФ² (Далее – ГК), который регулирует отношения МЧП. Суть самого МЧП заключается в том, что если субъективное право где-то возникло, то остальные правопорядки также должны его признавать. Существуют коллизионные нормы, направляющие нас к необходимой материальной норме для получения знания о том, возникло ли право.

Интересным в этом аспекте кажутся положения ст. 1191 ГК, обращенные к установлению содержания норм иностранного права.

П.1 соответствует доктрине объективной истины и предписывает суду устанавливать содержание норм в соответствии с официальным толкованием, практикой и доктриной иностранного правопорядка.

П.2 продолжает линию объективной истины и говорит о том, что суд может обратиться за содействием в органы исполнительной власти, а также к эксперту (специалисту).

Не только суд направлен на то, чтобы достичь объективной истины, но и п. 3 предоставляет возможность лицам, участвующим в деле предоставить документы в подтверждение содержания норм.

Кажется, что правопорядок действительно выступает за объективную истину. Однако п. 4 той же статьи идет дальше и устанавливает: «Если содержание норм иностранного права, несмотря на предпринятые... меры, в разумные сроки не установлено, применяется российское право».

Возникает ситуация, в которой суд пытался достичь объективную истину. Достичь он ее в итоге не смог. Но будет ли справедливо отказывать стороне в требованиях из-за того, что суд не смог установить содержание иностранного права? Законодатель посчитал, что это будет несправедливым решением, поэтому предписал суду разрешить дело, применяя российское право, хотя то и не будет соответствовать объективной истине.

Второй пример касается ст. 431 ГК³, которая, безусловно, является процессуальной. Абз. 1 нормы направлен на достижение объективной истины содержания договора. Норма предписывает лестницу толкования: сначала буквальное, затем систематическое. Если это не помогло выяснить истинную волю сторон, то законодатель предписывает установить волю сторон с помощью других способов.

Вопрос толкования уходит в дискуссию о соотношении воли и волеизъявления. Дискуссия гораздо глубже чем может показаться и продолжается в юриспруденции еще с XIX века. Но даже не углубляясь в неё, на примере норм отечественного правопорядка можно увидеть интенцию в сторону справедливого разрешения спора, а не установления воли.

¹ Карапетов А. Г., Савельев А. И. Свобода договора и ее пределы. Т. 1: Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений. М.: Статут, 2012 С. 296

² «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья)» от 26.11.2001 № 146-ФЗ // «Парламентская газета», № 224, 28.11.2001, Российская газета, № 233, 28.11.2001, «Собрание законодательства РФ», 03.12.2001, № 49, ст. 4552.

³ «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994 № 51-ФЗ // «Собрание законодательства РФ», 05.12.1994, № 32, ст. 3301, Российская газета, № 238-239, 08.12.1994.

Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора¹» (далее – ПП ВС) разворачивает прицел с объективной истины на справедливое разрешение спора о праве.

Например, Абз 3. П. 43 ПП ВС предписывает, что условия договора подлежат толкованию таким образом, чтобы никто не мог извлекать преимущество из незаконного или недобросовестного поведения. Подобное правило идет вразрез с объективной истиной, поскольку может ей не соответствовать.

Другой способ толкования, раскрытый в п. 45 ПП ВС вводит в наш правопорядок толкование *contra proferentem*. Согласно этому способу при невозможности установить общую волю, толкование осуществляется в пользу контрагента стороны, предложившей проект договора или соответствующую формулировку. Естественно, при таком подходе итог также может оказаться не соответствующим объективной истине.

В качестве третьего примера следует сказать, что некоторое время назад в ходе реформирования гражданского законодательства принцип добросовестности был возведен в ранг отраслевых (в Швейцарии такое правило, например, содержится в конституции).

Чтобы показать взаимосвязь принципа добросовестности и объективной истины также предлагаю обратиться, например, к правилам толкования договора. П. 43 ПП ВС устанавливает, что толковать нужно во взаимосвязи с общими принципами гражданского права, к которым также относится принцип добросовестности. Следовательно, толкуя любое положение договора суд всегда должен соотносить его с добросовестностью вне зависимости от того как все обстояло в действительности.

Вмешательство правопорядка в свободу договора также происходит не просто так, а из потребности справедливого урегулирования отношений. Отсюда появляются конструкции публичного договора, договора присоединения, право суда снизить неустойку, потребительское право и так далее.

Завершая рассуждение о цели процесса, можно сказать, что главным назначением судебной деятельности, включая все активные полномочия, которыми суд обладает, является справедливое разрешение спора о праве. Действительно, для справедливого разрешения суду необходимо будет собрать как можно больше доказательств, но только установлением «объективной истины» правосудие не завершается.

Чижикова Д. С.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

магистрант

Процессуальное положение органов опеки и попечительства, участвующих в делах, связанных с воспитанием детей

Вопрос о процессуальном положении органов опеки и попечительства, участвующих в делах, связанных с воспитанием детей является дискуссионным в гражданском процессуальном праве.

Статья 4 Конвенции о правах ребенка устанавливает, что на государство возложены обязанности принимать все меры для защиты прав ребенка.

Поскольку органами опеки и попечительства являются органы исполнительной власти субъекта Российской Федерации², то вышеуказанная норма распространяет на них обязанность по защите прав ребенка.

Деятельность органов опеки и попечительства направлена на защиту прав и законных интересов несовершеннолетних и недееспособных лиц от имени государства.

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора» // Российская газета, № 4, 11.01.2019, «Бюллетень Верховного Суда РФ», № 2, февраль, 2019

² Федеральный закон от 24.04.2008 № 48-ФЗ (ред. от 08.12.2020) «Об опеке и попечительстве» // СПС «КонсультантПлюс»

В российском законодательстве норма конвенции корреспондирует п. 1 ст. 78 Семейного Кодекса Российской Федерации, согласно которому при рассмотрении судом споров, связанных с воспитанием детей, к участию в деле независимо от того, кем предъявлен иск в защиту интересов ребенка, должен быть привлечен орган опеки и попечительства.

Однако в судебной практике возникает проблема определения процессуального положения органов опеки и попечительства.

В Обзоре практики разрешения судами споров, связанных с воспитанием детей (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 20.07.2011) прослеживается общая тенденция судов к привлечению органов опеки и попечительства в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельные требования.

Нельзя согласиться с такой практикой судов, которая отражена в Обзоре Верховного Суда Российской Федерации.

Стоит вспомнить, что третьи лица, не заявляющие самостоятельные требования относительно предмета спора, вступают в процесс на стороне истца или ответчика до вынесения судом первой инстанции судебного решения по делу, которое может повлиять на их субъективные права и обязанности по отношению к одной из сторон правового конфликта¹.

Таким образом, для третьего лица, не заявляющего самостоятельные требования, является важным, чтобы будущее решение суда не повлияло отрицательно на его материальные права и обязанности, поскольку между третьим лицом и истцом (ответчиком) присутствует автономное материальное правоотношение, что может потом привести к предъявлению регрессного иска. Здесь мы видим, что органы опеки и попечительства абсолютно не подходят под процессуальный статус третьего лица, не заявляющего самостоятельные требования.

Рассмотрим пример из судебной практики, в Канавинском районном суде г. Нижнего Новгорода рассматривался спор бабушки (истец) к матери ребенка (ответчик) об определении порядка общения с ребенком², бабушка хотела определить порядок общения с внуком, поскольку мать ребенка препятствовала их общению, в обязательном порядке суд привлек органа опеки и попечительства как третье лицо.

Если суд привлек его, как третье лицо, не заявляющего самостоятельные требования, то на стороне кого он выступает? И каким образом вынесенное решение об определении порядка общения с ребенком может повлиять на органы опеки и попечительства? Можем ли мы говорить о наличии каких-либо материальных отношений между органами опеки и попечительства как третьим лицом и сторонами? Какими процессуальными правами и обязанностями будут наделены органы опеки и попечительства? Смогут ли они реализовать все свои права?

В случае с органами опеки и попечительства нужно вспомнить, что они осуществляют государственно важную функцию по защите интересов детей, в этой связи они реализуют публичный, общественный интерес, без осуществления которого невозможно удовлетворение частных интересов ребенка и его родителей (лиц, их замещающих), поэтому судебное решение, вынесенное о порядке общения конкретной бабушки и внука никак не влияет на органы опеки и попечительства, привлеченных в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельные требования.

Тогда возникает вопрос, какой же процессуальный статус у органов опеки и попечительства в гражданском судопроизводстве?

Согласно ст. 47 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации органы опеки и попечительства вступают в дело по своей инициативе либо по инициативе лиц, которые участвуют в деле, для дачи заключения по делу в целях осуществления возложенных на них обязанностей и защиты законных интересов, свобод и прав несовершеннолетних детей.

Следовательно, это отдельная категория участников гражданского процесса, которая вступает в процесс с целью дачи заключения по существу спора. К этой категории участников гражданского процесса могут быть отнесены субъекты, которые соответствуют определенным требованиям, согласно ст. 47 ГПК РФ:

¹ Гражданское процессуальное право России : в 2 т. Т. 1 : учебник для бакалавриата и магистратуры / С. Ф. Афанасьев [и др.] ; под ред. С. Ф. Афанасьева. – 2-е изд., перераб. и доп. – Москва : Юрайт, 2019. 444 с. – (Бакалавр и магистр. Академический курс).

² Решение Канавинского районного суда г. Нижнего Новгорода от 11 февраля 2019 г. по делу № 2-277/2019 (2-4646/2018 ;) ~ М-3362/2018 // Судебные и нормативные акты РФ. URL: <http://sudact.ru/> (дата обращения: 11.02.2021).

- субъекты должны быть государственными органами или органами местного самоуправления;
- цель их участия должна являться осуществлением возложенных на эти органы обязанностей и защиты прав, свобод и законных интересов других лиц или интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований.

Кроме того, должно быть указание в федеральном законе на обязательное участие данных органов в гражданском деле, что порождает у суда обязанность их привлечь в процесс (например: п. 2 ст. 66, п. 2 ст. 70, п. 2 ст. 72, п. 4 ст. 73, п. 2 ст. 140 СК РФ), помимо этого должно быть указание на участие, что позволяет суду привлечь данные органы к участию в деле по своей инициативе или инициативе лиц, участвующих в деле, а также на участие, что позволяет данным органам вступить в процесс по своей инициативе.

Таким требованиям и отвечает орган опеки и попечительства, однако будь он в качестве третьего лица, то, как объяснить наличие права составления и предоставления в суд заключения по существу спора, основанного на актах обследования?

Данное заключение является профессиональным мнением компетентного органа в сфере защиты прав и законных интересов детей. Цель такого заключения – создание условий для принятия судом законного и обоснованного решения, соответствующего интересам ребенка.

К сожалению, тенденция привлечения органов опеки и попечительства в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельные требования, прослеживается до сих пор. С последнего Обзора Президиума Верховного Суда РФ¹ вот уже как 10 лет ничего не изменилось. У судов нет единой позиции, что приводит к дискуссиям в юридическом сообществе.

Верховный Суд РФ до сих пор в своих определениях использует формулировки нижестоящих судов, которые привлекают органы опеки и попечительства в качестве третьего лица, например: «Кроме того, суд сослался на отсутствие в исковом заявлении указания на привлечение к участию в деле в качестве третьего лица органа опеки и попечительства, а также копий искового материала для ответчика и органа опеки и попечительства.»²

На практике сами истцы при подаче искового заявления ошибочно указывают органы опеки и попечительства в качестве третьих лиц, при этом суды не обращают внимания на допущенную ошибку и продолжают использовать ту же формулировку в своих решениях, не принимая во внимание вопрос о том, какое процессуальное положение на самом деле.

В вышеуказанном Определении Верховного Суда РФ ошибку допустили суды первой инстанции, при этом Верховный Суд РФ не заметил этого и в своем определении применяет все те же понятия. Если бы суды вышестоящих инстанций, рассматривали данное нарушение как существенное и в этой связи с таким допущением отменяли судебные постановления, то в судебной практике было бы единое понимание процессуального положения органов опеки и попечительства, участвующих в делах, связанных с воспитанием детей.

Чугунова К. С.

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),

студент

Замена судьи в гражданском процессе: пробелы законодательства и проблемы практики

Неизменность состава суда в гражданском судопроизводстве является механизмом обеспечения непосредственности исследования судом доказательств по делу, процессуальной гарантией справедливого и беспристрастного разрешения судебного дела. Необходимость такого механизма понимается и международным сообществом. Так, согласно п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (далее –

¹ Обзор практики разрешения судами споров, связанных с воспитанием детей (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 20.07.2011) // СПС «КонсультантПлюс»

² Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 17.03.2020 № 18-КГ19-182 // СПС «КонсультантПлюс»

Конвенция)¹ каждый в случае спора имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основе закона. Из комплексного анализа международных и национальных норм можно увидеть, что принцип независимости и беспристрастности обеспечивается в том числе и порядком формирования законного состава суда, включая основания и порядок замены состава суда или судьи.

Проанализировав нормы Гражданско- процессуального кодекса Российской Федерации (далее – ГПК РФ)², а именно ст. 14, ч. 2 ст. 157 ГПК РФ, можно убедиться в том, что на сегодняшний день ГПК РФ не предусматривает конкретные основания замены судьи, состава суда, не связанные с отводом и самоотводом, прекращением или приостановлением полномочий, а также не предусматривает оформления какого-либо процессуального документа замены судьи и помещения его в материалы дела, а потому, на взгляд автора настоящей статьи, фактически допускает произвольную замену состава суда. При этом отсутствие в материалах дела процессуального документа о замене состава суда не свидетельствует о незаконности состава суда, принявшего решение, а потому не влияет на законность самого решения. Данный законодательный пробел является актуальной проблемой, в практике судов не раз отмечались случаи произвольной замены судьи и состава суда, которые выявлялись только в высших инстанциях. В настоящей статье автором приведутся примеры из судебной практики, доказывающие серьезные проблемы в данной сфере, и некоторые пути решения этого законодательного упущения.

Сегодня все процессуальные кодексы, а именно Арбитражный процессуальный кодекс (далее – АПК РФ)³ в ч. 3 ст. 18, Уголовно- процессуальный кодекс (далее – УПК РФ)⁴ в ч. 2 ст. 242, Кодекс административного судопроизводства (далее – КАС РФ)⁵ в ч. 3 ст. 28, регламентируют вопрос замены состава суда так, как бы это соответствовало основной идее ч. 1 ст. 47 Конституции РФ⁶, гарантировавшей своим содержательным смыслом неизменность судебного состава. Таким образом, только ГПК РФ, не содержит императивной регламентации вопроса замены состава суда. Упоминание в ч. 2 ст. 157 ГПК РФ правила о том, что «разбирательство дела происходит устно и при неизменном составе судей» и дальнейшая оговорка «в случае замены одного из судей в процессе рассмотрения дела разбирательство должно быть произведено с самого начала», не отвечают прямо на многие вопросы: какие основания позволяют произвести замену судьи и каким процессуальным документом.

Проблема замены состава суда отмечалась в правоприменительной практике ЕСПЧ. Так, в деле «Моисеев против Российской Федерации» (жалоба № 62936/00) ЕСПЧ признал нарушенным п. 1 ст. 6 Конвенции неоднократными заменами состава суда без объяснения оснований и причин замены судей, без вынесения какого-либо процессуального решения (§ 181 Постановления ЕСПЧ от 9 октября 2008 г.)⁷. В процессе проверки дела заявителя выяснилось, что произошло 11 замен судей, при этом настороженность ЕСПЧ вызвало не только слишком частые замены, но и то, что причины таких замен были приведены только дважды. Несмотря на то что дело являлось уголовным, замечание ЕСПЧ является важным для гражданского судопроизводства.

¹ См.: Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г.) (с изм. и доп. от 21 сентября 1970 г., 20 декабря 1971 г., 1 января 1990 г., 6 ноября 1990 г., 11 мая 1994 г.) // Бюллетень международных договоров. – март 2001 г. – № 3.

² Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ (ред. от 08.12.2020, с изм. от 12.01.2021). № 46. Ст. 4532.

³ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ (ред. от 08.12.2020) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 30. Ст. 3912 ; 2016. № 26. Ст. 3889.

⁴ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ (ред. от 24.02.2021) / Собрание законодательства РФ, 24.12.2001, № 52 (ч. 1), ст. 4921

⁵ Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации: федеральный закон от 8 марта 2015 г. № 21-ФЗ (ред. от 8.12. 2020 г.) // СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1391.

⁶ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 01.07.2020 № 11-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ, 01.07.2020, № 31, ст. 4398.

⁷ См.: Постановление ЕСПЧ от 9 октября 2008 г. по делу «Моисеев против Российской Федерации» (жалоба № 62936/00) (см. § 158, 162, 164, 185, 186, 189, 190, 192, 193).

Подобные явления замены состава суда можно увидеть и в недавней судебной практике. В ходе рассмотрения страхового спора¹ состав суда, рассматривающего дело по первой инстанции, был изменён трижды. При этом замена не объяснялась объективными причинами, например, болезнью, увольнением, отводом. В заявлении истец просила заменить судью, при этом аргументировала истец тем, что, по ее мнению, судья часто занимает позицию страховых компаний и отказывает в выплате страхового возмещения. Заявление было удовлетворено. За месяц до судебного заседания, истец просила ускорить производство по делу в связи с тем, что на день рассмотрения дела ее представитель будет в командировке. Данное заявление было удовлетворено и дело передано в производство другой судьи. В процессе кассационного производства судом обнаружилось множество нарушений при рассмотрении дела – в том числе в части «переброски» дел от одного судьи другому. В определении Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации (далее – ВС РФ) отреагировала на нарушения процессуального законодательства, выразившиеся в неоднократной и немотивированной замене судей по делу². ВС РФ отметил, что определения об отводе судей, либо их замене, основанные на нормах действующего гражданского процессуального законодательства, в материалах дела отсутствуют. Судебные заседания проводились новыми судьями, но разбирательство по делу не было начато заново, а было продолжено, что является нарушением ст. 157 ГПК РФ.

Суды проверяют законность и обоснованность судебных постановлений, в большинстве случаев не подвергают анализу уважительность причин замены состава суда и возможность рассмотрения дела первоначальным составом суда, указывая лишь на то, что нормы гражданского процессуального законодательства не определяют развернутый перечень оснований, по которым возможна замена судьи. Отсутствие в гражданском процессуальном законодательстве регламентации порядка разрешения вопроса о замене судьи, на что указывают некоторые суды общей юрисдикции, не должно освобождать суд от обязанности указывать конкретные уважительные причины, послужившие основанием для замены состава суда, рассматривающего дело с приложением соответствующих процессуальных документов.

Важным вопросом в рассматриваемой проблематике является: «с какой стадии процесса новый состав суда должен начинать рассматривать дело после замены прежнего состава?». Согласно ч. 2 ст. 157 ГПК разбирательство должно быть произведено с самого начала. Большинство исследователей придерживается того, что рассмотрение дела после замены состава суда должно начинаться со стадии судебного разбирательства, без повторной подготовки дела к судебному разбирательству. Как отмечал ВАС РФ, под рассмотрением дела с самого начала понимается судебное разбирательство, а не стадия подготовки дела к судебному разбирательству³. При этом, что важно отметить, суд и участники процесса в целях обеспечения правильного и своевременного рассмотрения дела вправе ставить вопрос об исследовании на стадии судебного разбирательства обстоятельств, охватываемых стадией подготовки дела к судебному разбирательству. По мнению Двадцатого арбитражного апелляционного суда⁴, рассмотрение дела с самого начала предоставляет право участвующим в деле лицам, обозначить свою позицию в споре, представить доказательства в обоснование заявленных требований и возражений. Однако, существует мнение, что состав суда должен быть неизменным и на стадии подготовки дела к слушанию⁵. В целях установления единообразной практики необходимо разъяснение ВС РФ с какого момента состав суда должен оставаться неизменным.

¹ Решение № 2-8544/2017 2-8544/2017-М-8207/2017 М-8207/2017 от 2 ноября 2017 г. по делу № 2-8544/2017 Вахитовский районный суд г. Казани (Республика Татарстан). URL: <https://sudact.ru/regular/doc/ftpEZYiWZbt/>

² См.: Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 19.03.2019 № 11-КГ19-2. URL: https://vsrf.ru/stor_pdf.php?id=1751896

³ См.: Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 18 июля 2012 г. № ВАС-7287/12 «Об отказе в передаче дела в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации». URL: https://www.vsrfr.ru/stor_pdf_ec.php?id=767932

⁴ См.: Постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 17.07.2015 № 20АП-3045/2015 по делу № А09-10092/2013 Требование: о признании торгов, договора купли-продажи недействительными, применении последствий недействительности сделки, обязанности заключить договор купли-продажи. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=RAPS020&n=45045#056350803122144>

⁵ См.: Управление анализа и обобщения судебной практики ВАС РФ. Справка по вопросам применения части 2 статьи 18 АПК РФ (для заседания секции арбитражного процессуального законодательства Научно-консультативного совета при ВАС РФ от 28 октября 2009 г.). С. 2, 3 (http://www.arbitr.ru/_upimg/B64C4AF82BA29BAE8A24768FF5A16F60_nks.pdf).

Сегодня проблема замены состава суда обсуждается и на законодательном уровне. Так, поправки в ст. 14 и 157 Гражданского процессуального кодекса предложила Самарская губернская дума¹. Авторы законопроекта в пояснительной записке ссылаются на определение Конституционного Суда РФ², в котором указывается, что установленный ч. 2 ст. 18 АПК РФ порядок замены судьи служит гарантией от произвольной передачи дела от одного судьи другому судье этого же суда либо от произвольной замены судей при коллегиальном рассмотрении дела, при этом презюмируется, что замена в составе суда является незаконной, если произведена без наличия на то установленных процессуальным законом оснований. Принятие законопроекта устранил пробел, образовавшийся в ГПК РФ, и исключит практику произвольной передачи дела от одного судьи другому. В законопроекте предлагается дополнить ст. 14 ГПК конкретными основаниями замены судьи: «замена судьи возможна в случае его самоотвода или отвода, длительного отсутствия из-за болезни, отпуска, учёбы, командировки, прекращения или приостановления полномочий, перехода к рассмотрению дела по правилам гражданского судопроизводства»³. Таким образом, приведенная выше практика судов о замене состава суда не соответствует закону, противоречит Конституции РФ и должна быть изменена. С целью устранения законодательного пробела необходимо нормативно закрепить основания замены в составе суда. Любая замена состава суда, произведенная без обоснования причин невозможности рассмотрения дела первоначальным составом и неоформленная документально, должна признаваться незаконной.

Эрзин А. Д.

*Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
магистрант*

Соотношение замены ненадлежащего ответчика и процессуального правопреемства

Соотношение ненадлежащего ответчика и процессуального правопреемства практически значимо поскольку правильное применение того либо иного института способно повлиять на развитие процесса и реализацию его участниками предоставленных прав.

Различны предпосылки и основания для перемены лица в гражданском процессе применительно к указанным институтам. Предпосылки для двух видов преобразования процессуального положения лиц, участвующих в деле, лежат в различных областях правового регулирования – материального (в случае с процессуальным правопреемством) и процессуального права (когда речь идет о предпосылках замены ненадлежащего ответчика). Такое положение объясняется различными основаниями замены ненадлежащего ответчика и процессуального правопреемства. В первом случае ненадлежащий и надлежащий ответчик материальным правоотношением не связаны⁴, в то время, как процессуальное правопреемство допустимо только после того, как произойдет замена субъектов в материальном правоотношении. Исключением, то есть ситуацией, в которой связь между надлежащим и ненадлежащим ответчиком в материальном правоотношении может существовать, является замена ненадлежащего ответчика на том основании, что правопреемство в материальном праве было осуществлено до предъявления иска в суд⁵.

¹ См.: Законопроект № 978395-7 «О внесении изменений в статьи 14 и 157 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации». URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/978395-7>

² См.: Определение Конституционного Суда РФ от 03.04.2014 № 656-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда о проверке конституционности статьи 18 и пункта 1 части 4 статьи 288 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации». URL: <https://legalacts.ru/doc/opredelenie-konstitutsionnogo-suda-rf-ot-03042014-n-656-o-ob/>

³ Законопроект № 978395-7 «О внесении изменений в статьи 14 и 157 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации». URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/978395-7>

⁵ См. Комментарий к статье 48 АПК РФ – «Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный)» (под ред. В. В. Яркова). – 3-е изд., перераб. и доп. – «Инфотропик Медиа», 2011 г.

Отличается и круг лиц, к которым указанные институты применяются. Институт процессуального правопреемства применяется как к сторонам, так и в отношении третьих лиц, а не только на ненадлежащего ответчика.

Сущностное отличие заключается на наш взгляд, в следующем. Процесс при осуществлении правопреемства единый – в нём рассматривается тот же иск между теми же сторонами и меняется лишь лицо на одной из сторон процесса, которым эта сторона представлена. При замене ненадлежащего ответчика возникает новый иск, не тождественный первоначальному¹.

Последствием для процесса при правопреемстве является передача прав и процессуальных обязанностей от одного лица другому, в то время как последствием замены ненадлежащего ответчика является освобождение последнего от ответственности по предъявленному иску и выбытие его из процесса. Процедурные последствия заключаются в том, что при замене ненадлежащего ответчика процесс начинается сначала², а при процессуальном правопреемстве, такого не происходит и процесс продолжается. Правопреемник ввиду того, что он считается лицом, продолжающим существование правопреемника в процессе, приобретает весь комплекс прав и обязанностей стороны, на которой состоялось правопреемство (правопреемство в процессе всегда носит универсальный характер). Этим обусловлено правило, согласно которому для правопреемника все действия, совершенные в процессе до вступления правопреемника в дело, обязательны в той мере, в какой они были обязательны для лица, которое правопреемник заменил – ч. 2 ст. 44 ГПК РФ, ч. 3 ст. 48 АПК РФ, ч. 6 ст. 44 КАС РФ. Помимо этого, поскольку правопреемство может произойти в материальных правоотношениях в любое время, процессуальное правопреемство допускается на любой стадии процесса – ч. 1 ст. 44 ГПК РФ, ч. 1 ст. 48 АПК РФ, в то время, как замена ненадлежащего ответчика по общему правилу возможна только в суде первой инстанции – ч. 6 ст. 327 ГПК РФ, ч. 3 ст. 266 АПК РФ, ч. 9 ст. 307 КАС РФ, и только в случае, когда суд апелляционной инстанции переходит к рассмотрению дела по правилам производства в суде первой инстанции без учета особенностей рассмотрения дела в суде апелляционной инстанции, такая замена возможна в суде апелляционной инстанции³. Также, следует понимать, что при осуществлении процессуального правопреемства изменение подсудности не происходит. При замене ненадлежащего ответчика же, как указано в разъяснениях, содержащихся в п. 23 ПП ВС № 11 от 2008 г.⁴, «при замене ненадлежащего ответчика надлежало учитывать, что дело может рассматриваться тем же судом, если с учетом нового ответчика его подсудность не изменилась. Если подсудность дела изменилась (например, ответчик находится на территории юрисдикции другого суда), дело, исходя из положений, закрепленных в части 1 статьи 47 Конституции Российской Федерации, должно быть передано в суд, которому оно стало подсудно».

Замена ненадлежащего ответчика и процессуальное правопреемство, как проиллюстрировано выше, с очевидностью представляют собой различные явления. При этом, сложность в правильном соотношении процессуального правопреемства и замены ненадлежащего ответчика связана с наличием противоречивых разъяснений ВС РФ и ВАС РФ, Конституционного Суда Российской Федерации (КС РФ), а также неоднозначным пониманием норм процессуальных кодексов, посвященных процессуальному правопреемству, при их буквальном толковании, в связи с чем, представляется необходимым определить пределы их пересечения. В процессуальных кодексах случаи процессуального правопреемства перечислены и сформулированы таким образом, что позволяют сделать вывод о том, что процессуальное правопреемство осуществляется только в случае правопреемства в материальном обязательственном правоотношении либо в случае универсального правопреемства: «в случаях выбытия одной из сторон в спорном или установленном решением суда правоотношении (смерть гражданина, реорганизация юридического лица, уступка требования, перевод долга и другие случаи перемены лиц в обязательствах) суд допускает замену этой стороны ее правопреемником». КС РФ указывает, что указанный перечень оснований процессуального правопреемства является открытым и не исключает возможность процессуального правопреемства на основании

¹ Гурвич М. А. Право на иск / М. А. Гурвич ; ред. Клейман А. Ф. М. : Изд-во Академии наук СССР, 1949. С. 190.

² См. ч. 1 ст. 41 ГПК РФ, ч. 3 ст. 47 АПК РФ, ч. 3 ст. 43 КАС РФ.

³ См. пункт 22 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19.06.2012 № 13 «О применении судами норм гражданского процессуального законодательства, регламентирующих производство в суде апелляционной инстанции»

⁴ Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 июня 2008 г. № 11 «О подготовке гражданских дел к судебному разбирательству»

правопреемства в спорных или установленных судом абсолютных (в частности, вещных) правоотношениях¹. В материальном праве под правопреемством также понимается не только замена стороны обязательственного правоотношения как разновидности относительного правоотношения, но и преемство в отношениях абсолютных. То есть, при изменении субъектного состава материальных правоотношений всегда происходит правопреемство². На основании изложенного следует вывод о том, что правопреемство в любых материальных правоотношениях может являться основанием для процессуального правопреемства. При этом, выше мы уже определились с тем, что, если правопреемство в материальном праве состоялось до предъявления иска в суд, оно будет являться основанием для замены ненадлежащего ответчика.

Указанные положения представляются логически взаимосвязанными и обоснованными. Между тем, неопределенность вносит толкование норм процессуального права, которое дано в разъяснениях высших судебных инстанций применительно к спорам по искам об истребовании имущества из чужого незаконного владения, которые являются частным случаем толкования норм о процессуальном правопреемстве. Так, в пункте 32 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29 апреля 2010 г. № 10/22 г. Москва «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» высшие судебные инстанции разъясняют, что в случае отчуждения истребуемого имущества во время рассмотрения дела в суде, суд производит замену ненадлежащего ответчика. Следует признать данный вывод ошибочным и не основанным на основополагающих началах доктрины правопреемства. Поскольку материальное правопреемство положено в основание процессуального, считаем необходимым обратиться к исследованиям Б.Б. Черепахины, посвященным правопреемству в гражданском праве. Так, Б.Б. Черепашин указывает, что в правоотношении собственности, как и в любом другом абсолютном правоотношении, изменение субъектного состава может касаться только смены активного субъекта (субъекта права), но лишь до момента нарушения права собственности. С момента нарушения права собственности (вообще всякого абсолютного субъективного права) между потерпевшим собственником и нарушителем его права создается столь же конкретная правовая связь, характеризующаяся определенностью обоих субъектов правоотношения, как и в обязательстве³. И в этом случае, передача имущества лицом, посягнувшим на право собственности, относится к случаям правопреемства. Иное толкование может привести в конкретном указанном случае к бесконечным заменам ненадлежащих ответчиков на надлежащих при непринятии судом обеспечительных мер в виде запрета на отчуждение спорного имущества, а в целом – к неопределенности при соотношении норм о процессуальном правопреемстве и замене ненадлежащего ответчика.

Таким образом процессуальное правопреемство и замена ненадлежащего ответчика, являясь способами перемены лиц в процессе, отличаются как основаниями применения, так и правовыми последствиями процессуального свойства. Пересечение указанных институтов, как уже было проиллюстрировано, происходит только в тех случаях, когда правопреемство в материальных правоотношениях состоялось до предъявления иска в суд и необходимо определить, по каким правилам будет осуществлена перемена лица, занимающего положение ответчика в процессе. При правопреемстве в материальном праве после предъявления иска в суд произведение замены ненадлежащего ответчика недопустимо.

¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 16 ноября 2018 г. № 43-П «по делу о проверке конституционности части первой статьи 44 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан А. Б. Болчинского и Б. А. Болчинского».

² Б. Б. Черепашин. Волеобразование и волеизъявление юридического лица // Правоведение. 1958. № 2. С. 45.

³ Б. Б. Черепашин. Волеобразование и волеизъявление юридического лица // Правоведение. 1958. № 2. С. 43.